

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXIV
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO
MCMLXXI

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registros
y del Notariado

RODRIGO URIA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

JOSÉ ANTONIO DORAL: <i>Pactos en materia de alimentos</i>	313
BERNARDO MORENO QUESADA: <i>El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías</i> (art. 1.129-3.º del Código civil)	429
RAMÓN M. MULLERAT BALMAÑA: <i>El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles</i> (art. 1.504 del Código civil)	481

Estudios de Derecho extranjero

LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA: <i>El Derecho comparado ante la filiación extramatrimonial</i>	531
--	-----

Vida Jurídica

I. Notas Críticas

<i>Sobre el Tribunal Supremo norteamericano</i> , por M. ALONSO OLEA	591
<i>La función social de la posesión</i> , por Jorge A. CARRANZA	595

Bibliografía

Libros	613
CRISTOBAL MONTES, A.: <i>Estudios de Derecho civil</i> , por José Bonet Correa;	
DIEZ PICAZO Luis: <i>Fundamentos del Derecho civil</i> , por Rodrigo Berco-	
vitz; GALGANO, Francisco: <i>L'imprenditore</i> , por Luis de Angulo Rodríguez;	
GUAITA, Aurelio: <i>Derecho administrativo especial</i> , por José Luis Lacruz	
Berdejo; PITLO, A.: <i>Evolutie in het privaatrecht</i> , por José Bonet Correa;	
PUIG PEÑA, F.: <i>Tratado de Derecho civil español</i> , por José Bonet Correa;	
WEISMAN, J.: <i>Copro priete par appartement et copro priete horizontale</i> ,	
por José Bonet Correa.	

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas:

<i>Propiedad horizontal</i> , por Francisco Lucas Fernández	637
---	-----

II. Sentencias	649
--------------------------	-----

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M 125—1958

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXIV
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLXXI

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid-15

Pactos en materia de alimentos

JOSE ANTONIO DORAL

(Profesor de Derecho civil en la Universidad de Navarra)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. La deuda alimenticia: noción y alcance. 2. Características comunes a la deuda legal alimenticia. 3. Alimentos convencionales. 4. Calificación jurídica. *a)* Contrato de alimentos, el vitalicio y la renta vitalicia. *b)* Relaciones jurídicas en que interviene algún factor de extranjería. *c)* La específica función de mantenimiento. *d)* Problemas históricos de calificación. *e)* Indicios expresivos de una deuda alimenticia.— II. RÉGIMEN JURIDICO DE LA DEUDA ALIMENTICIA CONVENCIONAL. I. La heterogeneidad de las disposiciones legales. *a)* Influencia del origen de la obligación en el régimen jurídico. *b)* Ambito del art. 153 del Código civil. 2. Extensión analógica de preceptos relativos a los alimentos legales. *a)* El *ius aequum* y los límites puestos por otras reglas legales. *b)* La analogía y los principios reguladores de otras instituciones. *c)* La analogía en la práctica jurisprudencial. 3. Disposiciones legales para supuestos convencionales.— III. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA DE ALIMENTOS. 1. Posición jurídica del alimentista. 2. Posición jurídica del obligado. *a)* La reducción de las disposiciones inoficiosas. *b)* Los alimentos en la separación convencional de los cónyuges. *c)* El cobro de los alimentos por poder.— IV. CARACTERÍSTICAS PECULIARES DE LA PRESTACIÓN. 1. Modalidades de la prestación de alimentos. 2. Contenido mínimo adecuado. 3. Su contenido variable. 4. Modos de garantía. *a)* Medidas legales. *b)* Medidas convencionales. *c)* Otros modos convencionales de asegurar el mantenimiento.— V. LIMITACIÓN DE LA AUTONOMÍA EN MATERIA DE ALIMENTOS. 1. Límites legales. 2. El orden público y la jurisprudencia. *a)* Los deberes de convivencia y la obligación de alimentos. *b)* Criterios correctores. *c)* La nueva Jurisprudencia. 3. La moral y los pactos de alimentos. *a)* La moral como límite de la autonomía. *b)* Estipulaciones novatorias. 4. Límites institucionales.— VI. INTERPRETACIÓN COMPLEMENTARIA DE PACTOS EN LA JURISPRUDENCIA. 1. Criterio subjetivo. 2. Criterio objetivo. 3. Negocios complejos. RECAPITULACIÓN. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

INTRODUCCION

La obligación de alimentos es un claro exponente de ese consuetudinal negarse a la vida y a las exigencias sociales inherente al Derecho.

En la obligación de alimentos convergen, ordinariamente, las diver-

sas situaciones, conflictivas o no, en que puede encontrarse la vida familiar (1) y, tanto en su origen como en su eventual alteración intervienen el influjo configurador de los avatares económicos y las vicisitudes sociales. De ahí el alto interés que el tema contiene y la necesidad de centrar la atención en su problemática con una perspectiva actual (2).

La Ley, la autonomía privada y los Tribunales propenden en este tipo de obligaciones a cubrir intereses que, aun cuando tengan implicaciones en la esfera patrimonial, trascienden el ámbito individual para insertarse en uno de los imperativos de la solidaridad humana, el deber moral de asistencia que tiende a ser universalmente consagrado por el Derecho (3).

El carácter familiar —parentesco— y el desnivel económico —necesidad— son la piedra de toque de la prestación de alimentos legales a que corresponde en su normativa el Código civil; el rango y posición social ocupan en la disciplina legal, un lugar destacado, siendo también la «proporcionalidad» uno de los caracteres propios de la deuda legal de alimentos. En dicha proporcionalidad se basa la

(1) Sobre la influencia que ejercen en la prestación de alimentos a los hijos las diversas situaciones en que puede encontrarse la vida familiar, vid. J. GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts (München und Berlin, 1964)*, pág. 442.

(2) El desenvolvimiento histórico de la obligación de alimentos, así como sus características, pone de relieve los diferentes criterios en que se inspira a lo largo del tiempo este deber. Así ocurre con la obligación de alimentos entre cónyuges; vinculada, al principio, al régimen económico patrimonial, luego a la noción de estado familiar, ahora a los deberes sociales, más directamente constreñibles a los más próximos. De ahí también que la ineficacia de la renuncia estuviese primero en función de la dote, que fuera luego ineficaz por contraria a la ley, y que se hiciera después basar en la noción de orden público. Esta advertencia ayuda a reconsiderar la inexactitud de una visión rectilínea del orden público, pero también comprueba que una forma expansiva de procurar estos deberes de asistencia se ha incoado en la historia apoyándose en la idea de estado familiar donde esa noción es tan influyente.

(3) En la actualidad son muchos los aspectos de la obligación de alimentos, entre otros la educación, que se basan en el derecho de la persona, en los deberes sociales. Esa incorporación al dinamismo social hace que el régimen jurídico de la obligación de alimentos resulte hoy anacrónico en muchos de sus criterios aun vigentes. Por eso, el deber de educación se comprende en el de alimentos sólo como fuente de gastos.

De aquí que la obligación de alimentos adquiera hoy nuevo vigor, al articularse esta institución de Derecho privado con otras instituciones de Derecho público, seguridad social, asistencia pública, medidas educativas obligatorias, sanidad pública, etc. Cabe pensar, dice CARBONNIER, en un estudio ulterior del sistema en que los resortes públicos hagan desaparecer la obligación de alimentos, pero en todo caso, puede advertirse que la obligación esencialmente monetaria, una pensión en dinero, no es más que su expresión contingente; la obligación de alimentos es una obligación que no tiene nada de monetaria, como corresponde a una obligación de hacer vivir a otro; de ahí las notas particulares, su *urgencia* (es preciso vivir) y su *actualidad*. Cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil, 2, La famille, les Incapacités* (París, 1955), página 337. Acerca de la utilidad y relevancia social de la deuda alimenticia de origen legal, Vid. H. J. GÖHRING: *Aktuelle Fragen zum Unterhaltsrecht*, en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (1969), pág. 514.

histórica distinción entre alimentos civiles y naturales, cifrados estos en la idea de subsistencia.

En la misma época de la publicación del Código civil pudo decirse que este derecho otorga al alimentista «cuanto necesite para su subsistencia decorosa, esto es, en un orden correspondiente a su clase y condición; y por ello, no sólo atiende a la satisfacción de sus necesidades naturales, es decir, a facilitarle un pedazo de pan, un tosco sayo con que cubrir su desnudez y una gruta en que albergarse, sino que le proporciona todo lo que ha menester para vivir en una escala proporcionada a su rango y posición social» (4).

Pero este criterio, respetuoso quizá con los más elementales sentimientos de justicia conmutativa, no satisface a la dinámica social actual, más movable e igualitaria que aquel entorno predominante agrario a que se refiere en su disciplina el Código civil. Basta pensar, para poner de relieve la profunda distancia entre la mentalidad coetánea al Código civil y la correspondiente a nuestros días, en esa gran interrogante de la época codificadora, ¿la obligación de dar alimentos, se entiende necesariamente *intra-domus* o puede cumplirse fuera, en casos determinados? (5). La ejecución *in natura*, es decir, en casa, de la prestación de alimentos respondía mejor a las exigencias propias de una sociedad agraria que a su actual contextura urbana. De aquí que las incidencias económico sociales impongan hoy la revisión de su disciplina legal y aconsejen un nuevo estilo de cumplir esos deberes que toma como cauce la vía convencional.

(4) Cfr. N. DE OTTO Y CRESPO, *De la prestación de alimentos*, en RGLJ, 20 (1862), pág. 185.

(5) Cfr. N. DE OTTO Y CRESPO, *La obligación de dar alimentos ¿se entiende precisamente intra-domum, o puede en casos dados cumplirse fuera*, ob. cit., pág. 184.

Cuestión esta que quedó resuelta en el art. 149 del Código civil, que deja a elección del obligado a prestarlos verificar el pago de la pensión que se fije o recibir y mantener en su propia casa al que tiene derecho a ellos. El derecho de opción puede cesar por la existencia de una causa justificada que haga moralmente imposible la permanencia del alimentista en la casa del obligado. S. 11 de mayo de 1897, 5 de julio de 1901, etc, una sentencia de la Audiencia de Granada, en 1892, resuelve negativamente la cuestión acerca de si el obligado por un testamento a prestar alimentos constituido en patria potestad, puede ejercitar la facultad de elección que autoriza el art. 149 del Código civil. Entre los fundamentos de derecho declara esta sentencia que no disponiéndose en el testamento cómo se ha de cumplir la obligación de prestar alimentos, hay que atenerse a lo que dispone el art. 149 del Código civil, precepto que el artículo 153 hace extensivo a los casos en que por testamento o por pacto se tenga el mismo derecho. Ahora bien, entre las excepciones de la ley a lo consignado en aquella regla general o facultad de elección existe el ejercicio de la patria potestad, teniendo, por tanto, el deber de educarlo por si y vivir en su compañía, arts. 154 y 131 del Código civil. Por oponerse estas disposiciones al derecho de elección antes mencionado, no hay otro medio, a fin de armonizar estos preceptos, que fijar una pensión que la heredera satisfaga, al menos hasta que cumpla la edad señalada en el testamento; pensión que tendrá el carácter de provisional, porque las partes pueden promover el juicio declarativo correspondiente para fijarlos en definitiva. Vid. A. MARTÍNEZ LAGE, en RGLJ, 85 (1894), pág. 368.

¿Qué sentido tiene la opción prevista en el artículo 149 del Código civil, cuando acreedor y deudor se encuentran en países distintos? (6), ¿Cómo puede mantenerse ese criterio legal en circunstancias, no por anómalas menos frecuentes, de convenios de separación amistosa? La prestación de alimentos en el propio domicilio sería contradictoria.

De aquí también que la obligación de alimentos convencionales, tuviese para el Código civil una importancia secundaria, como se deduce del simple cotejo del artículo 153 del Código civil con la minuciosa reglamentación de los alimentos legales.

En cambio, como se verá, la importancia de los alimentos convencionales es creciente en nuestros días y, en ocasiones, imprescindibles para configurar jurídicamente transmisiones de empresa industrial o agraria sin perturbadoras divisiones, así como para dar fuerza vinculante a preexistentes obligaciones naturales que, de otro modo, carecerían de la deseable efectividad, establecer las bases para la separación de hecho, etc.

La vía convencional permite de este modo ampliar los deberes de asistencia. Así, por ejemplo, la ley no impone la obligación de pagar alimentos a un extraño (7) por lo que estos sólo pueden nacer del pacto (S. 11 de mayo de 1897) y, no obstante, cabe, a la inversa,

(6) Vid. La Convención elaborada por la conferencia diplomática convocada en Nueva York por el consejo económico y social del 29 de mayo al 20 de junio de 1956, sobre la base del Proyecto de Génova, en 1952 que tiene por objeto facilitar al acreedor que se encuentra en territorio distinto la prestación de alimentos del deudor bajo la jurisdicción de otro Estado. Acerca de dicha Convención, Vid. E. KRISPI NIKOLETO POULOU, *Le recouvrement des aliments à l'étranger selon la convention internationale de New York* de 1956, en *Revue hellénique de droit international*, 1,2 (1969).

Acerca de los conflictos de leyes en materia de obligación alimenticia, vid. J. DEPREZ, *Les conventions sur les pensions alimentaires*, en *Revue critique de droit international privé* 46 (1957) 367, y recientemente, M. SAUTERAUD-MARCENAC, en la *semaine juridique* (Juris-Classeur périodique), I (1969), pág. 2217.

(7) En nuestros días reviste singular importancia la contribución de un tercero al pago de una deuda de alimentos como extensión de la prestación de indemnizar daños. En caso de fallecimiento la indemnización de daños incluye los gastos que previsiblemente hubiera tenido que satisfacer el obligado si por causa de muerte han quedado privadas terceras personas de un derecho de alimentos. Vid. sobre la cuestión K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, t. II trad. española J. Santos Briz (Madrid, 1959), pág. 674.

En el Derecho alemán no se tiene en cuenta la voluntad contraria del dueño a la gestión de negocio cuando sin esta no había sido oportunamente cumplido un deber de aquel, «cuyo cumplimiento sea de interés público o un deber legal de alimentos que incumba al mismo», par. 679, 683,2. El incumplimiento por intervención de otro del deber de alimentos ha gozado, como se verá, del favor del Derecho ya desde el Derecho romano respondiendo a la urgencia de suministrar a la persona lo que humana y mínimamente necesita. Dicha tendencia histórica se corresponde con la protección a los cauces de la iniciativa privada que permiten secundar tareas en que estén en juego ineludibles deberes que, aun siendo personales, afectan a la sociedad entera. Respecto a la *negotiorum gestio* como forma de intervenir un extraño en el pago de una deuda alimenticia en Derecho español, vid. artículo 1.894, 2.º del Código civil.

obligar por pacto a aquellos que serían beneficiarios en virtud de la ley.

Pero la delimitación de las obligaciones convencionales de alimentos y su régimen jurídico, implica problemas de calificación y, en general, recobran especial interés las reglas interpretativas y los límites de la autonomía de la voluntad. De ahí también que para su tratamiento resulte inexcusable acudir a la jurisprudencia y analizar las cláusulas contenidas en los contratos con una clara finalidad de establecer un régimen convenido de obligaciones de alimentos, así como analizar formas contractuales surgidas en la práctica al calor de la autonomía de la voluntad, contrato vitalicio, etc.

Por otra parte, es preciso determinar el carácter de los preceptos relativos a la obligación de alimentos entre parientes y su eventual aplicación a los convencionales, cuestión esta que preocupó a la doctrina tradicional, excesivamente polarizada hacia el ámbito normativo de los preceptos pertinentes, agrupados en el Código civil con autonomía respecto a los efectos generales del matrimonio (8).

En razón a su origen las obligaciones de alimentos pueden ser legales o voluntarias. La deuda alimenticia entre parientes impuesta por vía convencional enlaza con los negocios jurídicos de Derecho de familia, no así los alimentos entre extraños.

Cuando se trata de simples obligaciones convencionales, en lo no previsto, ¿será preciso en todo caso acudir a los preceptos del Código relativos a alimentos entre parientes, atrayendo de este modo el contenido típico de la relación jurídica derivada al Derecho de familia, o más bien habrá que inclinarse por los criterios que rigen en general para las obligaciones surgidas de negocios jurídicos patrimoniales?, con mayor motivo esta pregunta es obligada cuando se trata de prestaciones alimenticias establecidas por pacto entre extraños.

La doctrina tradicional se muestra partidaria del carácter supletorio, en todos los casos no previstos, del régimen legal aplicable a los alimentos entre parientes.

Cuando existe un contrato en el que se conviene la prestación de alimentos, dice Manresa, hay que atender a sus cláusulas y respetar lo convenido, no siendo aplicables «más que en casos no previstos en el mismo», los artículos del Código civil, relativos a alimentos entre parientes (9).

Entiendo, por el contrario, que esta interpretación es inexacta por

(8) El Código civil hace esta materia objeto de un título especial, a cuyos preceptos, dice Manresa, ha dado carácter general y supletorio el artículo 153; «el nuevo Código consigue, de este modo, suplir las deficiencias del Proyecto de 1851 y aun de la Ley de matrimonio civil, que consignaban la obligación de prestarse alimentos los parientes entre los efectos generales del matrimonio, como si no existiesen otros nacidos de título distinto que merecieran ser regulados por el legislador». Cfr. J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español* (Madrid, 1914), pág. 619.

(9) Cfr. J. M. MANRESA, *ob. cit.*, págs. 691 y 618.

excesivamente generalizadora así como desajustadas sus consecuencias prácticas.

Sin duda alguna dicha interpretación del artículo 153 vendría a simplificar el problema, pero las soluciones simplistas no suelen ser las más justas ni, por tanto, las más recomendables.

Son muchas, en efecto, las cuestiones que suscita la interpretación en materia de pactos sobre alimentos y, en tal sentido, la recta inteligencia del artículo 153 del Código civil se revela de singular importancia.

Basta con referir algunas de las más importantes entre las que son objeto de atención en este trabajo.

En primer lugar, es preciso delimitar el ámbito de la autonomía privada en materia de alimentos, lo que lleva consigo la ineludible exigencia de señalar el contenido típico de la prestación de alimentos que no resulta, como se verá, tarea fácil.

¿Cuál es el contenido mínimo de la prestación para que pueda calificarse, en puridad, de alimenticia?

El significado de alimentos no es una noción unívoca, así se explica tanto su diversa configuración a lo largo del tiempo como los distintos sentidos de que ha sido susceptible; alimentos absolutos y relativos, civiles y naturales, etc. En último término, la noción, desde el punto de vista jurídico, varía según sea el punto de mira que para su caracterización se adopte, la vertiente física del sustento, su aspecto moral, educación, económico, pensión de alimentos, mantenimiento, etc.

Por otra parte, los preceptos legales que disciplinan la obligación de alimentos entre parientes no tienen el mismo valor normativo, a pesar de que estén agrupados en un mismo título del Código civil que les reúne bajo una dominación común «alimentos entre parientes». La colocación al final de dichas disposiciones legales del artículo 153 del Código civil, así como su propio tenor literal, no son afortunados. Este mismo precepto se remite, como salvedad, a lo dispuesto por la ley para el «caso especial de que se trate». Ni todos los preceptos legales contenidos en el título VI del libro primero del Código civil pueden aplicarse a los alimentos convencionales ni sólo los que pueden aplicarse están incluidos en la categoría de alimentos entre parientes.

Al penetrar en la estructura y contenido de la relación jurídica, surgen nuevos interrogantes.

La obligación de alimentos convencionales puede ser contraprestación de otra correlativa, ordinariamente de una donación. En tal caso, ¿la interpretación de la cláusula en que está formalizada la deuda alimenticia ha de deducirse necesariamente de las reglas generales previstas para la obligación de alimentos entre parientes? Más aún, cuando forma parte integrante de una institución, v. g., régimen económico matrimonial, artículo 1408, o se denota como cuestión previa para el cumplimiento del fin propuesto por el legislador en fenómenos de liquidación patrimonial, las rentas alimenticias ante lo

dispuesto en el artículo 820 del Código civil, o, en fin, de contratos que, como el vitalicio, llevan entremezclada con otras prestaciones la obligación de alimentos, la aplicación supletoria de normas que tienen una específica finalidad, resultaría perturbadora al introducir una desorganización en la relación jurídica de que se trate.

En cualquier caso, ¿qué características de la deuda legal alimenticia son extensibles a las obligaciones de alimentos convencionales?

O, lo que es lo mismo, ¿qué notas tienen en común las obligaciones legales entre parientes y las que nacen del pacto?

La contestación adecuada a este interrogante requiere analizar, de una parte, el carácter, dispositivo o no, de cada uno de los preceptos legales a la luz del criterio jurisprudencial, y de otra, describir los rasgos más salientes de su evolución histórica puesto que, como se ha dicho antes, la heterogeneidad de estos artículos revela una problemática particular.

¿Son aplicables a las obligaciones alimenticias las normas que rigen para las obligaciones en lo relativo a su modificación y extinción?, ¿a qué criterios acudir en lo no previsto respecto al lugar y modo de ejecución?

Como puede advertirse la complejidad de las cuestiones hasta aquí señaladas desaconseja, ya desde ahora, acudir a soluciones simplistas, sin la debida confrontación. Pero pone también de manifiesto tanto el interés doctrinal del tema como sus implicaciones prácticas.

Para llevar a cabo el desarrollo del tema propuesto es preciso, en primer término, partir de una noción genérica de alimentos que nos permita incluir figuras negociales típicamente alimenticias y excluir otras que no encajan en el supuesto general al no serles atribuibles sus notas características.

Una vez delimitadas, podrán analizarse adecuadamente las peculiaridades de este tipo de obligaciones tanto desde el punto de vista estructural como desde su desenvolvimiento, origen, modificación y extinción.

Por último, trazados los rasgos distintivos de la prestación y enmarcadas las peculiaridades de sus medios de garantía, podemos afrontar con mayor luminosidad los problemas que plantea la interpretación de pactos con designio alimenticio, así como intentar un examen del artículo 153 del Código civil que permita fijar sus caracteres extrínsecos y precisar su contenido intrínseco.

1. *La deuda alimenticia: noción y alcance.*

Antes de señalar los límites que recortan el ámbito de la autonomía privada en la configuración de una deuda alimenticia, en su modificación o extinción así como en la conversión en obligación civil de una obligación natural anteriormente existente, es preciso describir, con sus trazos característicos, un concepto general de este tipo de obligaciones con el que operar ya desde el comienzo, sin perjuicio de su ulterior rectificación.

Este concepto previo resulta fundamental para basar en él el supuesto de hecho común a las normas que disciplinan la materia, incluso en deudas alimenticias convencionales.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 153 del Código civil, «las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por éste Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate».

Una primera lectura de este precepto sugiere, entre otras (10), estas cuestiones:

¿Todas las disposiciones «que preceden» son aplicables a los alimentos convencionales en lo no previsto? Como entre estas disposiciones figuran las que definen el supuesto hecho y las características esenciales de la obligación de alimentos, esa caracterización sería común a las legales y a las derivadas del pacto.

De no ser así, ¿qué disposiciones, de entre las comprendidas en el régimen legal de alimentos entre parientes, tienen valor supletorio, complementario o interpretativo?

¿Todas las normas reguladoras de la prestación de alimentos entre parientes tienen carácter dispositivo? En tal caso, la autonomía privada sería suficiente para desplazarlas, ¿es ese el significado que cabe atribuir a la expresión legal «salvo lo pactado»?

¿A qué leyes se refiere la salvedad de lo dispuesto para el «caso especial» de que se trate?, ¿Hay «casos especiales» a que se refieren también las disposiciones comprendidas en el título VI del libro primero del Código civil?

De modo provisional hay que entender que el principal contenido del artículo 153 del Código civil es delimitar dos ámbitos normativos; el perteneciente a la ley y el que corresponde a la esfera particular de la autonomía. Cuando se establece por pacto una obligación de alimentos, su desenvolvimiento goza de autonomía respecto de la obligación legal.

En tal sentido tiene especial interés la Sentencia de 6 de octubre de 1904 (núm. 13) (11) que mantiene este punto de vista, el diferente cauce, convencional o legal, por que discurre en ambos casos la prestación de alimentos; «obligándose, declara uno de los considerandos de esta sentencia, una parte mediante contrato a suministrar a otra alimentos, sólo en el caso de no cumplir aquella lo pactado, es cuando, aparte del contrato y sin perjuicio de ejercitar las acciones derivadas del mismo, puede la segunda pedir los alimentos a que tenga derecho» (12).

(10) Las cuestiones surgen sobre todo, como dice SCAEVOLA, cuando no se ha pactado nada, cuando los contratantes hayan guardado silencio, ¿serán aplicables las diversas disposiciones de los artículos precedentes al 153? Cfr. M. SCAEVOLA, *Código civil*, III, 5.^a ed. (Madrid, 1942), pág. 488.

(11) *Jurisprudencia civil*, publicada por la Dirección de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. De esta Colección de sentencias se han tomado las referidas en este trabajo desde 1838 hasta 1936.

(12) En el supuesto de hecho de esta sentencia, la actora adquirió por

La prestación de alimentos puede surgir *ex lege*; los denominados alimentos legales, se configuran genéricamente según normas insertas dentro del título VI del libro primero del Código civil con un emblema común «alimentos entre parientes» que contiene la disciplina general, y complementadas por otras normas referidas a los «casos especiales», conexas con específicas disposiciones legales comprendidas o no en este título (13).

En ambos casos, los «agrupados» y «los demás casos» —los dispersos—, las normas que disciplinan los alimentos entre parientes ejercen, dentro de sus respectivos ámbitos, una influencia desigual en su contraste con pactos divergentes, artículo 153 del Código civil (14).

Pero, en rigor, obligación alimenticia convencional es aquella derivada de un acto voluntario, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, testamento o contrato sucesorio, en los casos admitidos por el Código

contrato privado el derecho de que su hija la abonase una cantidad en concepto de alimentos, y alega el incumplimiento de dicha obligación como base de la demanda. Incumplimiento que no resulta probado en el pleito lo que lleva al Tribunal Supremo a considerar que «son de estimar las infracciones alegadas, por haber la Audiencia otorgado el derecho de alimentos a quien no tiene necesidad de ellos, supuesto el contrato..., y no estar justificado ni que la parte demandada se haya negado a su cumplimiento, ni que con su conducta haya forzado a su madre a formular la reclamación del pleito».

En suma, si hay contrato falta uno de los elementos del supuesto que define las obligaciones legales entre parientes, la situación de necesidad en que se encuentra el alimentista.

(13) Los alimentos de los hijos ilegítimos forman uno de esos «casos especiales» incluidos en las normas generales que contienen la disciplina legal de los alimentos entre parientes. Son muchos los casos especiales con específico designio alimenticio que están recogidos en preceptos dispersos por el Código civil. Entre otros figuran, el art. 176 referente a los alimentos derivados de la adopción, los arts. 264 y 268 incluidos entre las disposiciones aplicables a la tutela, el art. 155 a la patria potestad, el 648, 3.º en sede de donaciones, 879 legado de alimentos, 1.408 alimentos con cargo a la sociedad de gananciales, art. 1.894, 2.º sobre el pago hecho por un extraño.

(14) Como se verá cada uno de esos preceptos trató de reflejar la norma que una experiencia de siglos venía a consagrar entendiéndola como justa para la mayor parte de los casos y, a la vez, las razones determinantes de la diversidad de trato aconsejadas en el supuesto de hecho; de aquí que tengan distinto alcance aquellos preceptos que determinan los presupuestos de la deuda alimenticia y los que sirven de complemento o de particularización a casos que no encajan plenamente en el supuesto general.

Vid. sobre los supuestos de deuda alimenticia entre parientes y los del *ius alimentorum ex lege*, B. PINAR LÓPEZ, *La prestación alimenticia en nuestro Derecho civil*, en RGLJ, 31 (1955), 14. Entre los supuestos de *ius alimentorum ex lege* señala este autor, para hacer de ellos un estudio separado, la prestación alimenticia a favor de quienes, por razones especiales, se hallan excluidos de la administración de su patrimonio, la prestación alimenticia a favor del hijo ilegítimo no natural, la prestación alimenticia en favor de la viuda durante el año de luto, la prestación alimenticia a favor del patrono o fundador y la prestación alimenticia a favor del donante. Sobre el derecho de alimentos de la viuda, Vid. M. ALONSO PÉREZ, *Los alimentos debidos a la viuda encinta*, en RGLJ, 59 (1969), pág. 389.

civil o en el Derecho foral. Los contratos tanto de institución de heredero como de ordenación de legado —legado contractual— son una de las formas más frecuentes de constituir obligaciones alimenticias. Por esto también las capitulaciones matrimoniales constituyen una de las fuentes de que derivan obligaciones de alimentos (15).

Pero la obligación de alimentos convencionales no es necesariamente una deuda contractual típica y eso aunque revista forma contractual su otorgamiento. A menudo viene enlazado su cumplimiento con otros compromisos de eficacia *post mortem*, lo que lleva consigo áridos problemas de calificación de que depende el régimen jurídico aplicable (16).

En Sentencia de 8 de marzo de 1962 traza el Tribunal Supremo los perfiles de las obligaciones alimenticias como «deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra u otras» (17). Este parece ser el contenido mínimo de la prestación para que pueda calificarse de alimentos legales.

(15) De la familia como unidad económica y como trabajo puesto en común aportando ingresos y rentas a fin de «mejor atender a las necesidades de la casa, y a las particularidades de sus miembros», surge el deber de mantenerlos a estos «tanto sanos como enfermos, proporcionándoles todo lo necesario a la vida humana, y a sufragar los gastos de educación e instrucción de los hijos, según el poder de la casa». Vid. J. HERNÁNDEZ-CANUT, *La deuda de alimentos en el Derecho especial de Cataluña*, en ADC, 15 (1962), pág. 103.

(16) Tiene interés al respecto el supuesto a que se refiere la S. de 11 de noviembre de 1908. Un señor de más de setenta años suscribe un documento privado ante cinco testigos, declarando que unos cónyuges habían contraído el compromiso de asistirle durante su vida. El contrato fijaba la nulidad cuando ambos cónyuges hubiesen fallecido, sin que los herederos de los mismos pudiesen reclamar rentas ni salarios, pero comprometiéndose el otorgante a dejar a favor de los esposos todos los bienes que tuviese a su fallecimiento, aunque en vida conservaría su dominio y podría vender los que le hicieran falta para su sustento.

Fallecido el otorgante sin testamento, los esposos demandan la propiedad de los bienes relictos que pretendían también los herederos *ab intestato*. En ambas instancias prosperó la demanda de los esposos frente a la postura de los demandados (*herederos ab intestato*) fundada principalmente en que la disposición era *mortis causa* y debiera haberse otorgado en alguna de las formas testamentarias reconocidas por el Código civil. Uno de los considerandos de esta sentencia declara que el contrato objeto de discusión reúne «todas las condiciones necesarias para su validez, por lo que es arbitrario equipararle a una disposición testamentaria»; la prestación realizada en la forma y condiciones pactadas permite reclamar ahora como pago a los cónyuges la entrega de los bienes convenida.

Realmente la calificación jurídica del supuesto de hecho es difícil. Encaja más bien en un contrato aleatorio en que la muerte figura como el *aleas* de que depende el resultado económico del negocio. Pero el compromiso se otorga *en vida* y *para* la vida del obligado.

Sin duda alguna el Supremo ponderó más la composición de intereses que la argumentación jurídica de la sentencia.

(17) En uno de los considerandos de esta sentencia, de la que fue ponente BONET RAMÓN, se describe la obligación alimenticia como deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra u otras, que «implica como toda obligación la existencia de un acreedor y de un deudor con la particularidad de que el primero es en hipótesis el necesitado, y el segundo está en condiciones de venir en su ayuda, pu-

El acreedor de la deuda legal alimenticia es un necesitado, y el deudor está en condiciones de venir en su ayuda. Ahora bien, ¿la necesidad en que se encuentra el alimentista es también esencial al contenido de la obligación de alimentos convencionales?

Una primera dificultad sale al paso, que la prestación de alimentos convencionales puede ser a su vez contraprestación de otra correlativa, incluso, vertida en un cauce negocial apropiado es este un modo de dar efectividad a una obligación natural (18). De aquí la importancia de señalar el negocio antecedente o el hecho causante para la delimitación del contenido o su licitud. La causa de la obligación, esto es, la correlativa prestación, juega un papel decisivo, como podrá verse a lo largo de este trabajo. Cuando dicha obligación depende de una «cuestión previa», valga la expresión, ofrece especial importancia la referencia al régimen jurídico a que aquella está sujeta; así se deduce del artículo 153, «lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate», comprensiva no sólo de obligaciones alimenticias impuestas por la ley sinó también de obligaciones de alimentos convencionales que están íntimamente unidas a institutos con régimen jurídico determinado.

De otro modo entendida, la expresión legal resultaría ilógica por contradictoria. Como se dijo anteriormente, el referido precepto contrasta el régimen jurídico de las obligaciones de alimentos surgidas de la ley y las que derivan de negocios jurídicos. La ley juega, en estos casos, como límite de la autonomía; de este modo, la referencia a la ley que hace el artículo 153 viene a ser correlativa a la prevista en el artículo 1258 del Código civil, si bien con expresión más desafortunada.

Ahora bien, la situación de necesidad parece nota común a las obligaciones legales entre parientes y a las convencionales, otorgadas o no entre parientes; no son, en tal caso, verdaderas deudas alimenticias aquellas que, amparándose en un pacto, incluso cuando sea contraprestación, no se basan en una necesidad vital.

Cabe pensar en dos tipos de obligaciones de alimentos surgidas convencionalmente; las unas basadas, como las legales, en la necesidad del alimentista y las otras en que ese requisito no es característica propia. Pero, en este caso, ¿podemos calificarla como deuda de alimentos?

Para despejar esta incógnita es preciso detenerse en el examen de las características de la deuda legal alimenticia.

diendo tal relación obligatoria tener su origen en un negocio jurídico —contrato o testamento— o en la ley, distinción que acoge nuestro Código en el art. 153, estableciendo que las condiciones sobre alimentos entre parientes son aplicables a los demás casos en que por el mismo, por testamento o por pacto, se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador y lo dispuesto en la ley para el caso especial de que se trate».

(18) La obligación primitiva subsiste en tal caso como base de la obligación civil. Es discutible si el contrato es, entonces, propiamente *fuentes* de obligaciones o simple instrumento técnico para la receptibilidad de la obligación preexistente. A esta cuestión nos referimos más adelante.

2. Características comunes a la deuda legal alimenticia entre parientes.

Cuando la deuda alimenticia tiene su origen en la ley, dice Valverde, reviste estos caracteres: es recíproca, personal, y, como tal, no ejercitable contra los herederos del alimentista, intransmisible, puesto que lo contrario vendría a significar una alteración a lo dispuesto en la ley, no susceptible de novación por cambio de objeto, ni de compensación, ni transacción; no es solidaria, es indivisible, e indeterminada en el tiempo y en la cantidad (19).

Uno de los considerados de la Sentencia de 2 de marzo de 1967, relativa a alimentos entre parientes (20), declara que la institución denominada por el Código civil «de los alimentos entre parientes» presenta caracteres propios que implican cierta autonomía e independencia, tanto en el terreno sustantivo como en el aspecto procesal.

(19) Cfr. C. VALVERDE, *Derecho civil*, IV, 4.^a ed. (Valladolid, 1938), 525. SÁNCHEZ ROMÁN distingue, con mayor corrección técnica, las características del derecho y de la obligación alimenticia. Respecto del derecho a percibirlos señala los siguientes caracteres: Personalismo, irrenunciable, intransmisible y no susceptible de compensación ni de transacción (artículos 151 y 1.814); la obligación, por regla general, intransmisible, con la excepción respecto de los hijos ilegítimos que no tengan la cualidad de naturales (arts. 150 y 845); y la deuda alimenticia, en general, o sea el derecho y la obligación que la constituyen recíproca y proporcional (arts. 143, 146 y 1.471). Repetimos, añade, que estos caracteres se *modifican* por el pacto o testamento en los alimentos *convencionales o voluntarios*, derivados de aquellas dos fuentes, a diferencia de los llamados *legales*, porque emanan directamente de preceptos de la ley, y cuyas notas y reglas que los establecen son aplicables sólo a los primeros, cuando el pacto o el testamento o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate, no previenen lo contrario (art. 153). Cfr. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V. Vol. 2, Derecho de familia (Madrid, 1912), pág. 1253.

En torno al criterio de reciprocidad discrepa la doctrina italiana: para un sector doctrinal es mera consecuencia del carácter personal del vínculo. Dada su esencial naturaleza personal no podría no ser recíproca (Maiorca). En cambio, otros autores entienden que se trata de un elemento natural que puede excluirse como ocurre cuando está referida a la obligación del donatario. Este argumento es inconsistente, si se tiene en cuenta que el vínculo surgido a través de la donación tiene un origen contractual y es de suyo extraño al Derecho de familia. Vid. sobre la cuestión L. SECCO y C. REBUTTATI, *Degli Alimenti* (Milán, 1957), pág. 12.

Beltrán de Heredia considera como una de las características propias de la obligación alimenticia en los alimentos «ex lege» su incompatibilidad, al configurarla como un derecho de la personalidad, con las obligaciones patrimoniales, lo que no es obstáculo para que el contenido de la obligación alimenticia sea estrictamente patrimonial, esto es, económico. Cfr. P. BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, *La obligación legal de alimentos entre parientes* (Salamanca, 1958), pág. 56.

(20) A la concesión de alimentos provisionales no se opone, declara esta sentencia, que, con anterioridad, la mujer, en representación del marido, haya concertado un préstamo de dos millones de pesetas, dado el carácter ganancial del mismo y, por tanto, no ser de libre disposición de la mujer, sin que la afirmación del notario de que la suma prestada fue entregada a ésta alcance a situaciones posteriores a las que se acredita en el momento de autorizar la escritura.

Desde el punto de vista sustantivo, se considera civilmente como un crédito a exigir y una deuda a satisfacer, por fundamentales razones de interés familiar y social, que se traducen en las notas siguientes: «solidaridad» entre los llamados a prestarlos (art. 145, 2), «irrenunciabilidad» del derecho a su percepción, aunque puedan renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas (art. 151), «intransmisibilidad» del mismo derecho con idéntica excepción, falta de aptitud para ser opuesta su «compensación» con lo que el alimentista debe por cualquier concepto (arts. 151, 1.200 del Código civil), no ser susceptible el derecho a los alimentos futuros de los contratos de transacción y compromiso (arts. 1.814 y 1.821) (21).

¿Qué tienen en común con las obligaciones legales las que nacen del pacto? Si nada se ha dicho, ¿de qué características de la deuda alimenticia de tipo legal participan? (22).

Parece, a primera vista, que las obligaciones de alimentos que tienen su origen en la voluntad, como no se basan en un vínculo de carácter personal, ni tienen por qué ser recíprocas (no tendría objeto en las obligaciones de pagar alimentos a un extraño), ni tampoco intransmisibles, si otra cosa se dispone.

La sentencia de 11 de mayo de 1897 (Jurisprudencia civil, núm. 213), refiriéndose a una obligación de alimentos convencional al haberse obligado a ellos el deudor en capitulaciones matrimoniales, declara en uno de sus considerandos que «la ley no impone la obligación de pagar alimentos a un extraño, por lo que, si nace aquella de un pacto, se ha de estar a lo convenido» (23).

(21) La S. de 7 de octubre de 1970 de que fue ponente Beltrán de Heredia, añade la «imprescriptibilidad». El art. 1.966 del Código civil, relativo a la prescripción de acciones por el transcurso de cinco años no se aplica a los alimentos cuya calidad de institución familiar —alimentos entre cónyuges— le priva del carácter patrimonial estricto otorgándole un matiz público alejado del poder dispositivo típico de la autonomía privada que impide su renuncia, transmisión o compensación, según se establece en el párrafo primero del artículo 151 de nuestro primer Código sustantivo, y la dota del carácter imprescriptible que la doctrina legal y científica proclamó constantemente y que *a sensu contrario* se deduce del artículo 1.936 del mismo cuerpo legal, en cuanto que, como tal, se trata de una cosa que esté en el comercio de los hombres.

(22) La deuda alimenticia de tipo legal se funda, de un lado, en el vínculo de parentesco o de matrimonio entre el sujeto pretensor y el deudor; y de otro, en la necesidad del primero y en las posibilidades económicas del segundo para satisfacerla en la proporción adecuada a las circunstancias de uno y otro. S. de 21 de marzo de 1958.

Los dos polos cuya carga es precisa, dice Blas Piñar, para que la prestación salte e incluso para fijar su contenido concreto, son, de un lado, la necesidad del alimentista, y, de otro, la capacidad o posibilidad económica del alimentante. Son estos los presupuestos objetivos, sin los cuales «la prestación alimenticia se halla tan sólo en una fase estática o potencial». Cfr. B. PIÑAR LÓPEZ, *La prestación alimenticia en nuestro Derecho civil*, pág. 35. Vid. también L. P. *Dictamen sobre derecho de alimentos*, en RCDI, 40, 1 (1967), página 69.

(23) La alimentista pretendía sustituir el modo de prestación originario «en su casa y compañía y a su igual, tanto sanos como enfermos, proporcionándole alimentos y vestido necesarios a la vida y correspondientes a su clase procurando ella a su vez utilidades de la casa», por una cantidad men-

Tiene interés hacer constar que ya en dicha sentencia la no alterabilidad unilateral del modo de ejecución —en el caso concreto permanencia del alimentista en casa del obligado a prestarlos— se fundamenta en el principio de buena fe (los contratos deben cumplirse de buena fe, D. 38,18,45,1), y en el principio *pacta quantacumque nulla servanda sunt* (el contrato es ley para los contratantes, criterio este recogido en Sentencias de 20 de abril de 1967, 27 de febrero y 21 de octubre de 1873, 13 de septiembre de 1882, 11, 25 y 28 de octubre de 1883, etc.), elementos interpretativos comunes a los negocios jurídicos patrimoniales (24).

Las deudas alimenticias derivadas de un negocio jurídico, son también susceptibles de modificarse conforme a lo convenido, por más que sean cuestionables los límites entre los que tal modificación es posible; es preciso, no obstante, distinguir entre alimentos convencionales propiamente dichos, los casos normales, de aquellos otros supuestos anómalos en que el convenio se basa en una obligación natural preexistente a que la obligación civil viene a dar cumplimiento, o aquellos otros en que se trata de un «caso especial» en que se ha de contar con «lo dispuesto por la ley», (25) como también ocurre ordinariamente con las normas legales dictadas para supuestos convencionales. En Sentencia de 8 de marzo de 1962 —cuya controversia gira en torno a la eficacia de la subrogación de un crédito de alimentos— se excluye, en virtud de que contradiría lo estipulado en

sual en metálico fuera de la casa del obligado. El Tribunal Supremo declara que ese cambio infringe la ley del contrato y en ningún caso puede obligarse al deudor contra su voluntad a pagar los alimentos fuera de casa porque le alcanzaría el beneficio de opción que le concede el art. 149 del Código civil, aplicable en este caso a Cataluña.

(24) La buena fe, declara en uno de sus considerandos la S. de 18 de mayo de 1954, debe presidir en la ejecución de los contratos. La averiguación de la voluntad real de los contratantes es elemento interpretativo, que requiere tener en cuenta, para juzgar la intención, los tratos preliminares y actos anteriores, como los posteriores y coetáneos. Las reglas interpretativas se proponen determinar la intención común o voluntad contractual. Como es sabido, la interpretación de los negocios jurídicos constituye una cuestión de derecho que se puede debatir en casación. Cfr. S. de 25 de enero de 1967. Por lo que se refiere al acceso a la casación de la interpretación de los testamentos, Vid. J. JORDANO, *Interpretación del testamento* (Barcelona, 1959), página 72.

(25) Uno de estos «casos especiales» es lo dispuesto en el art. 845 respecto de los derechos a los alimentos de los hijos ilegítimos que no tengan la condición de naturales; este derecho de alimentos no participa de los caracteres propios de la legítima, sino que constituye un simple crédito, el que, en definitiva, corresponde a la deuda alimenticia. Mas, por otra parte, entiende PUIG BRUTAU, como obligación de alimentos ofrece iguales caracteres especiales. En contra de la regla general de que la deuda alimenticia termina por muerte del obligado, art. 150, la obligación de prestarlos se transmite a los herederos del padre.

PUIG BRUTAU afirma, a mi juicio con acierto, la aplicación en este caso especial del art. 142 del Código civil teniendo en cuenta el art. 153. En este sentido, dice, el art. 845 ha de enlazarse con el art. 143, que concreta el contenido de la prestación de alimentos a los hijos ilegítimos. Se trata de una obligación personal pero, no obstante, es transmisible. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho civil*, tomo V, vol. III (Barcelona, 1963), página 91.

acuerdo bilateral oneroso, la aplicación de las limitaciones impuestas por los artículos. 150 y 151, al no reclamarse ninguna obligación legal alimenticia sino la derivada de las estipulaciones contenidas en un documento de transacción: «una simple cláusula subrogatoria, claramente consignada y libremente aceptada por los contratantes, que no puede envolver pacto sucesorio alguno en cuanto que no dimana de la sucesión de su padre, sino propiamente de las concesiones mútuas directamente consignadas en la transacción».

En rigor no son características propias de las obligaciones de alimentos convencionales ni la reciprocidad, ni la irrenunciabilidad, con sus secuencias; en cambio, es propio de estas obligaciones la susceptibilidad, por mútuo acuerdo, de modificación, la alterabilidad del modo de ejecución y la aplicación de las reglas contractuales en sede de interpretación.

Es decir, no son normas coactivas que prohiban un pacto divergente, al menos fuera del círculo familiar a que se refieren, los artículos 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152 del Código civil, disposiciones legales «que preceden» al artículo 153.

En suma, el único precepto que parece inalterable es el art. 142. que define los alimentos (26).

De aquí el interés que ofrece precisar el contenido intrínseco o el sentido de esta norma. Veamos, en primer lugar, sus antecedentes, lo que nos permitirá descubrir entre todas las vertientes a que dicho precepto se refiere los posibles contenidos de la prestación de alimentos de que son susceptibles los convencionales.

3. Alimentos convencionales.

Como tantas otras instituciones de Derecho privado la deuda alimenticia se ha abierto paso en la historia através del proceso. En Roma, en época clásica, la prestación de alimentos podía reclamarse mediante *la cognitio extra ordinem*.

En la medida en que la obligación de alimentos lleva consigo la atribución de deberes y derechos de contenido patrimonial, su desenvolvimiento ha corrido parejo a la crisis de la antigua organización

(26) El art. 143 es un precepto de naturaleza moral, S. de 10 de diciembre de 1959; la prelación de obligados que establece el art. 144 puede ser alterada, S. de 6 de junio de 1917; el art. 145 no entra en juego cuando no se trata de alimentos legales, S. de 4 de julio de 1947; el art. 148 es alterable en obligaciones convencionales, S. de 15 de noviembre de 1900 y 12 de junio de 1968; el art. 151 rige sólo para alimentos entre parientes, S. de 10 de noviembre de 1948 y 8 de marzo de 1962; al lugar y modo de ejecución, que puede ser materia susceptible de pacto, se refieren las S. de 25 de marzo de 1950, 12 de junio de 1962. Estas sentencias serán objeto de estudio a lo largo de este trabajo.

Acerca de la libertad de configuración interna del contrato y los límites necesarios que significan las llamadas normas coactivas, es decir, las que determinan los presupuestos. Vid. K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, ob. cit., pág. 74.

agnaticia de la familia en que el *pater familias* era el único sujeto de derechos patrimoniales. Por eso la *cognitio extra ordinem* presupone la violación de deberes de asistencia inherentes a la *patria potestad*; la obligación de alimentos viene a ser una importante limitación del poder absoluto del padre (27), pero la configuración jurídica como instituto autónomo sólo es posible mediante la extensión de sujetos con poder patrimonial y a través del reconocimiento progresivo de la *voluntad*. De aquí que alcance en el Derecho justinianeo su máxima expansión.

En el Derecho justinianeo se consolida la obligación de alimentos entre cónyuges, D. 23, 3, 73, 1, D. 24, 3, 22, 8, y se extiende la obligación incluso a los extraños (28); en caso de extrema pobreza del padre, los herederos del hijo, a pesar de ser extraños a la familia, están obligados a prestar los alimentos que el hijo hubiera debido al padre, D. 25, 3, 1, 14-15.

En los textos encontramos ya expresiones que están recogidas en nuestro Derecho histórico hasta la Codificación; la idea de «cáritas» como base de la medida de alimentos D. 34, 1, 22, *intuitu pietatis*, la *denegatio* —*qui alimonia denegat*— bajo el concepto de *necatio*. D. 25, 3, 4. Expresiones que, penetradas de un sentido cristiano, alientan también los modelos canónicos en que tanto influjo ejerce la noción de *aequitas* (29). La equivalencia *alere, necare*, permite acuñar una expresión permanente a lo largo del tiempo, «lo necesario para la vida», el verdadero sustrato de la deuda alimenticia, tanto surgida por testamento (*iure actionis*) como por ley (*ex pietate, ex officio iudicis*). Son alimentos necesarios aquellos que «sine his corpus ali non potest». Es esta la característica última de la prestación, su contenido cualitativo mínimo, la situación real de necesidad.

La determinación cuantitativa de la prestación, la «*quantitas patrimonii*» difiere conforme sea el título originario de la deuda alimenticia. En este punto la relación entre los patrimonios del acreedor y del obligado resulta fundamental. Si los alimentos tienen origen en la ley prevalece la capacidad económica del obligado sobre la necesi-

(27) Cfr. E. ALBERTARIO, *Sul Diritto agli alimenti*, en Studi di Diritto romano, I (Persone e famiglia), (Milán, 1933), 252. A. ARTHUR SCHILLER, «Alimenta» in the «*Sententiae Hadriani*», en Studi in onore di G. GROSSO, IV (Torino, 1971), pág. 144.

F. LANFRANCHI, «*Ius exponendi*» e obbligo alimentare nel Diritto romano-classico, en S. D. H. I., VI (Roma, 1940), 19. Este autor concibe la obligación de alimentos, vinculada a la *patria potestad*, como una limitación parcial de la misma. Vid., además, E. SACHERS, *Das recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassischen Zeit*, en Festchrift F. SOHULZ, 1, 3.^a ed. (Weimer, 1951), págs. 313 y ss.

(28) Cfr. P. KOSCHAKER, *Unterhalt der Ehefrau und Früchte der dos*, en Studi Bonfante, IV (1930), págs. 26 y ss.

(29) Acerca de la influencia de la jurisprudencia canónica en la evolución histórica de los alimentos. Vid. M. ROBERTI, *Il diritto agli alimenti*, en Miscellanea Vermeersch, t. I (1935), 25. G. BO, *Il diritto degli alimenti*: V. I. *Natura del diritto e soggetti* (1935), L. SECCO y C. REBUTTATI, *Degli alimenti* (Milán, 1957), pág. 9.

dad real, así como el pacto, prevalece la situación de necesidad. La relación entre los patrimonios explica también el juego de la variabilidad de la prestación.

El supuesto de hecho recogido en nuestro art. 142 del Código civil queda ya acuñado en los textos post-clásicos. Así, por ejemplo, en D. 34, 1, 6: *Legatis alimentis cibaria, et vestitus et habitatio debebitur, quia sine ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur*. De este modo se corresponde la situación de necesidad, «todo lo que es indispensable» con los medios más imprescindibles para cubrirla «sustento, habitación, vestido y asistencia médica»: si estos alimentos «corpus non potest».

Con el tiempo ese contenido cualitativo y su valoración patrimonial acaban por fundirse, lo que da lugar a una brusca contraposición entre alimentos legales y convencionales. Refiriéndose al artículo 68 del Proyecto de 1851, que prescribe que «el padre y la madre están obligados a criar a sus hijos, educarlos y alimentarlos», recoge García Goyena la línea histórica en estos términos: No se trata aquí de los alimentos que proceden de contrato o testamento, sino de los que se deben *ex aequitate, caritateque sanguinis*, de modo que el que los niega *necare videtur*. Entre unos y otros hay, dice, algunas diferencias. Estos segundos nunca se deben sino por el rico y al pobre; son más amplios, porque comprenden también los gastos de educación, *ea quae ad disciplinam pertinent*; de ellos se ha conocido hasta ahora en juicio sumario, sin admitirse apelaciones en cuanto al efecto suspensivo contra las sentencias favorables, ni restitución de los alimentos interinos... (30).

En cambio, en la práctica, el supuesto de hecho no varía en los convencionales, por más que sean distintas las otras características de la prestación, como la no repetibilidad. En el «Febrero Novísimo» recoge Tapia una fórmula de «petición para la protestación de alimentos»: F., parezco ante V., y como más haya lugar en derecho, digo: que días hace tengo en mi casa a N. mi sobrino o hijastro, suministrándole yo de comer, beber, vestir y calzar y demás alimentos necesarios, de mis propios haberes, y tengo deliberado por ahora continuarlo así durante mi voluntad; y como la mía sea repetir todas y cualesquiera cantidades que importen dichos alimentos, y no tengo yo intención de suministrarlos al susodicho por razón de piedad ni gra-

(30) Cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Vol. 1 (Madrid, 1852), pág. 82.

NAVARRO AMANDI recoge la misma expresión *ex aequitate, caritateque sanguinis*, pero se refiere también a la afección al patrimonio del obligado. Distingue, en orden a la sistematización de las reglas para deducirlos, la existencia o no del matrimonio: carga de la sociedad conyugal si el matrimonio *Código civil de España* (Madrid, 1880), pág. 86.

Código civil de España (Madrid, 1880), 86.

La misma influencia se advierte en Derecho italiano y francés. Cfr. FORNARI, *Delle obbligazioni degli alimenti* (Nápoles, 1902), 230, GEMMA, *L'obbligazione alimentare nel diritto comparato e internazionale* (Macerata, 1908), págs. 20 y ss.

ciosamente, lo declaro en esta conformidad, para que en ningún tiempo se dude de este mi ánimo. Por tanto:

A V. suplico mande admitirse la dicha protesta de alimentos que hago, para que en todo tiempo pueda yo repetir y cobrar su importe de los bienes de dicho mi sobrino o hijastro, y de cualquiera otros que con derecho pueda y deba...» (31).

El supuesto de hecho tanto de alimentos *ex lege* como en los convencionales tiene una nota común: lo necesario para la vida. Esta situación de necesidad que trata de remediarse tiene una implicación patrimonial, y es, precisamente, en esta vertiente, donde difieren los alimentos surgidos por la ley o por pacto, en la valoración de la necesidad. En los alimentos convencionales, la valoración de la necesidad, así como la garantía de la prestación, el modo de prestarlos, etc., se deja a la libre voluntad de las partes o del testador. En suma, los alimentos convencionales coinciden en que atienden directamente a satisfacer algo necesario para la vida del alimentista y se diversifican al fijar la «*quantitas patrimonii*» que resultará afectada al tratar de fijar el valor de los alimentos o el modo de representar y asegurar dicha valoración, el factor regulador.

De aquí que la noción genérica de la prestación de alimentos corresponda a la de «medidas de asistencia»; un mínimo de asistencia y un módulo para su valoración, fijado en los alimentos *ex lege*, y elegido de mútuo acuerdo de las partes o del testador en los que tienen su origen en la voluntad (32).

Para determinar la medida de los alimentos la ley atiende a la condición social de las personas o exclusivamente a la necesidad de la vida. Sobre este criterio se funda la antigua distinción entre alimentos civiles, medidos según la condición social, y alimentos naturales que se limitan sólo a lo que humana y mínimamente necesite; distinción que es extraña al Derecho romano. Pero el término alimentos comprende todo lo que es necesario a la conservación del cuerpo y de la salud, no sólo el sustento, sino también la habitación y el vestido y la asistencia médica.

Los gastos de educación —*quae ad disciplinam pertinent*— entran en una categoría especial, entre los *onera liberorum*. De ahí que las cantidades sean colacionables, lo que no sucede con los gastos de mantenimiento: «*non tantum alimenta, verum etiam cetera quoque onera liberorum patrem ad iudice cogi praebere, Rescriptis continentur*», (33) incluidos más tarde en los alimentos, junto con el vestido

(31) FEBRERO NOVÍSIMO, *Librería de jueces, abogados y escribanos*. 3.^a ed., t. 3.^o (Valladolid, 1837), pág. 337.

(32) Este criterio fue ampliamente desenvuelto por los pandentistas. Cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. ital. F. SERAFINI, XXV, (Milán, 1907), pág. 151.

(33) ULPIANO, L. 5, 12, libro II de *Officio Consulis*. Reflejo de esta trayectoria histórica se encuentra aún en diversos preceptos del Código civil. El art. 887 considera como distintos el legado de alimentos y el de educación, conforme a lo dispuesto en el art. 879. Del mismo modo el art. 1.924, referente a la prelación de créditos, distingue los créditos por anticipos en el

y habitación, en las Basílicas (34). La asistencia médica se incluye ya con Gaii, D. 44, 4, 16 junto al *vestiarium y habitatio*.

En suma, lo que varía es el módulo para la medida de los alimentos que ha de ser, en todo caso, *indicativo* respecto de la necesidad.

Pero esto nos lleva a conceder una importancia singular a la calificación jurídica, habida cuenta de que de ella depende el régimen jurídico aplicable a los alimentos.

3. Calificación jurídica.

La calificación jurídica de las obligaciones alimenticias es punto clave para la aplicación de la normativa adecuada. Esta no puede ser la misma cuando se trata de alimentos entre parientes, aunque estos se otorguen en virtud de contrato o cuando la obligación de alimentos se contrae con un extraño.

Las obligaciones alimenticias entre parientes tienen mayor propensión a enmarcarse en un cuadro legal; los límites de la autonomía se presentan como más recortados. La ley protege los alimentos entre parientes con diversas medidas, directas o indirectas; entre otras medidas protectoras que discurren por cauces distintos a los previstos en el régimen jurídico de la deuda alimenticia de tipo legal entre parientes figura la revocación de donaciones.

Hacia notar, en el debate parlamentario que suscitó la publicación del Código civil, Rodríguez Sampedro, que lo dispuesto en el artículo 644 del Código civil respecto de la revocación de donaciones entre vivos hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos caso de supervivencia de hijos, «antes se arbitraba a título de alimentos, ahora por revocación» (35).

Esta recíproca combinación entre deberes legales y deberes morales, jurídicamente exigibles, se encuentra garantizada por distintos cauces, v. g. Intituciones que tienen hoy un régimen jurídico especial no son sinó transformaciones legales de la deuda alimenticia. Hace notar Alonso Martínez que la legítima de los ascendientes no era

suministro al deudor en concepto de comestibles, vestido o calzado —la expresión de las Partidas—, «que coman, e que bevan e que vistan e que calcen», y las pensiones alimenticias y los gastos de enfermedad. La característica común a estas prestaciones es la necesidad, la garantía de lo necesario, la salvaguarda de un mínimo vital.

(34) Basílicas, t. IV, lib. XXXI, tít. 6. Const. 5. El vestido y la habitación están incluidos bajo la denominación de alimentos, como «se comprende generalmente todo lo que es necesario a la conservación de la vida y defensa del cuerpo». Esta idea se refleja, dice HERNÁNDEZ-CANUT, en la dicción del art. 25 del nuevo cuerpo legal catalán, que por responder a la misma tradición romano-canónica, no se diferencia conceptualmente del Código civil. Cfr. J. HERNÁNDEZ-CANUT y ESCRIVÁ, *La deuda de alimentos en el Derecho especial*, pág. 99.

(35) Cfr. *Diario de Sesiones de Cortes*, Congreso de los Diputados. Legislatura de 1888-89 (Madrid, 1889), pág. 2573.

más que una transformación de la deuda alimenticia (36). Pero la garantía del cumplimiento de los deberes puede quedar también al arbitrio de la autonomía.

La obligación de alimentos puede garantizarse o asegurarse a través de compromisos que implican sujeción o traslado de bienes.

A estos modos legales y convencionales de aseguramiento del suministro de bienes en concepto de alimentos nos referimos más adelante.

a) *El contrato de alimentos, el vitalicio y la renta vitalicia.*

El contrato de alimentos puede asumir formas del vitalicio, ese contrato en formación a través de la jurisprudencia. Sentencias de 16 de diciembre de 1930, (37), 2 de abril de 1928, 14 de noviembre de 1908, 28 de mayo de 1965, (38).

(36) Cfr. *Diario de Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, t. 5, pág. 2.614.

(37) La convención a que se refiere la S. de 16 de diciembre de 1930 contiene la cesión que una madre hace a sus hijos de fincas rústicas y urbanas de su pertenencia, mediante la entrega por parte de estos de una cantidad anual para atender a su manutención, cuya cantidad se aumentaría si, por enfermedad o por descontento, no quisiera vivir con ellos. La obligación de entregar los bienes rústicos y urbanos era correlativa a la que contrajeron sus hijos de entregar una pensión anual. Incumplida por éstos la obligación se plantea el problema de la resolución del contrato, a cuyo efecto se discute su carácter de donación con causa onerosa o renta vitalicia. La ideterminación de la cantidad y su eventual aumento sirve para rechazar esta última calificación, y admitir la donación con causa onerosa, aplicando el art. 1.124, que ampara la resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento.

Cualquiera que sea el tipo contractual adoptado es indudable que la prestación de la deuda figura como causa de la contraprestación de entrega. El desplazamiento patrimonial operado quedará sin causa al incumplirse la prestación.

(38) La S. de 28 de mayo de 1965 declara que «al amparo del principio de libertad contractual las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarle alimentos en la expresión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado «vitalicio» que no es una modalidad de la renta vitalicia, regulada en los arts. 1.802 al 1.808 del Código civil, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, recogido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarios a las leyes, a la moral y al que son aplicables las normas de las obligaciones».

El vitalicio es un contrato que produce la obligación de prestar alimentos y al que es aplicable lo dispuesto en el art. 153 del Código civil, Vid. A. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil* (Madrid, 1968), pág. 372.

Sobre la distinción entre el contrato de alimentos, las diversas formas de contrato vitalicio, y la renta vitalicia, Vid. RICCI, *Corso teórico-práctico di diritto civile*, IX, Torino (1877), 288, CARIOTA-FERRARA, *In tema di contratto di mantenimento*, en *Giur. compl. cass. civ.* III (1951), 53. E. VAL-SECCHI, *La rendita perpetua e La rendita vitalizia*, en el *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, A. CICU y F. MESSINEO. (Milán, 1961), 191. En Derecho alemán la doctrina común considera irreductible el ámbito del contrato de prestación de alimentos y el ámbito del vitalicio. Cfr. ENNECERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse* (Marburg, 1930), pág. 594.

De ahí que la caracterización misma de la prestación de alimentos, la determinación de su contenido lleve consigo una inexcusable tarea de calificación jurídica.

El problema de la calificación jurídica de una deuda alimenticia surgida de negocio jurídico y su diferenciación o identificación con la renta vitalicia, que puede constituirse también por contrato oneroso o gratuito o por testamento, es un tema debatido, sobre el que reina una disparidad de criterios (39).

Predomina la opinión de que son instituciones distintas; la renta vitalicia se constituye durante toda la vida del alimentista y consiste en una *res certa*, es decir, en una suma de dinero o en una cantidad de cosas invariablemente fijada. En la deuda alimenticia la cantidad de dinero estipulada o de cosas señaladas tiene un valor meramente indicativo de las necesidades del alimentista, apreciado de común acuerdo por las partes o por el testador. El objeto de la obligación, caso de renta vitalicia, es, una prestación de dar una suma de dinero; en la deuda alimenticia, el dinero tiene la mera función de representar el valor de los alimentos, con todas las consecuencias que de esta diferenciación se siguen en orden a la incidencia en la devaluación monetaria, formas de garantías, pactos añadidos, etc. (40).

La importancia práctica de elegir un medio jurídico adecuado tiene especial interés en materia de alimentos. El contrato vitalicio, por ejemplo, admite el pacto unilateral de revocación en favor del alimentista, mientras que el pacto de resolución de renta vitalicia es ilícito, S. de 14 de octubre de 1960, y, como tal, no inscribible, S. de 31 de mayo de 1951.

La acción a interponer, caso de incumplimiento, es factor decisivo para esa elección; por regla general, la resolución es más adecuada en el caso de que la prestación de alimentos sea a su vez contraprestación de otras, ya que da origen a una acción real, imprescriptible (S. de 4 de octubre de 1914 y 14 de noviembre de 1927), surte efectos retroactivos y valederos *erga omnes*, tiene carácter principal, etc. Vid. el comentario a la S. de 30 de enero de 1945 de R. BADENES GASSET, en RJC, 43-46 (1954), III, estudio comparativo entre la resolución y la rescisión.

Acerca de las diferencias entre resolución y revocación. Vid. A. DE FUENMAYOR, *La revocación de la propiedad* (Madrid, 1941), pág. 117.

(39) Cfr. V. E. CADUSI, *Legato di alimenti e sua adeguabilità ai mutati valori monetari*, Giur. compl. cass, civ. III (1950), 553, distingue entre legado de alimentos y legado de renta vitalicia; M. ANDRIOLI, *Rendita vitalizia* (Torino, 1954), 37, que atiende sobre todo a la duración del contrato, TORRENTE, *Della rendita vitalizia en Comentario del Codice civile*, de SCIALOJA y BRANCA, IV, arts. 1.861-1.932. F. MESSINEO, entiende que el contrato de alimentos es afín al vitalicio *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. esp. sentis Melendo, C. VI (Buenos Aires, 1955), 187 E. VALSECCHI, *ob. cit.*, página 193.

(40) El vitalicio, dice VALSECCHI, es contrato innominado con una forma típica, prestación de alimentos *in natura*, y otra en que la función de sostenimiento asume carácter especial, vitalicio *in genere*, que, por ser atípica, admite contraprestación, puede exteriorizarse en una suma y asumir una función de cambio. La renta vitalicia es contrato nominado. Cfr. E. VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, pág. 192. En algunos ordenamientos —dice— está previsto el vitalicio como contrato típico y nominado, disciplinado de modo autónomo respecto a la renta vitalicia, art. 521 Código suizo de las obligaciones; en el Derecho francés cumple esa función el *bail à nourriture*.

b) *Relaciones jurídicas en que interviene algún factor de extranjería.*

La calificación jurídica en materia de alimentos es especialmente relevante en los conflictos de leyes; para determinar el punto de conexión y la ley material aplicable es precisa la previa calificación del supuesto de hecho de la norma de conflicto; indicar, sin más, que a los alimentos corresponde la calificación de «familia», artículo 9 del Código civil y su conexión apodíctica el estatuto personal, Sentencia de 18 de marzo de 1916, suele ser consecuencia de una indebida interpretación y generalizadora extensión de las normas legales en materia de alimentos entre parientes. Es precisamente en tema de conflictos de leyes donde con mayor energía se ha sentido la necesidad de la adecuada calificación de las deudas alimenticias, ante las consecuencias que de ella se siguen. En la obligación de alimentos se incluyen diversas partidas que han llevado a la doctrina a reclamar un estatuto autónomo, en cuanto que los intereses en juego son heterogéneos. Se basan para ello en que las medidas de asistencia, medicina, educación, al rozar tan directamente el orden público, son medidas de carácter territorial y por eso reclaman un estatuto autónomo; asimismo otras medidas de protección y de asistencia adoptan un carácter híbrido, civil y administrativo (41).

(41) Las medidas de policía y seguridad abarcan una buena parte de materia de asistencia, como leyes que ponen al servicio de una institución de Derecho privado ciertos órganos de la Administración para asegurar mejor la realización de un interés social. Ante esto carecen de objeto medidas discriminatorias basadas en la precedencia nacional.

No constituyen propiamente una deuda alimenticia, las *litis expensas*: «El derecho de la mujer a *litis expensas* es compatible con la prestación de la deuda alimenticia por hallarse configurado con diferenciados fines de apreciación económica o de destino, y es exigible en todo el espacio del territorio nacional en cuanto que la necesidad de la defensa y de los vínculos de la vida conyugal son inalterables cualquiera que sean los regímenes legales o pactados por los cónyuges respecto a los bienes, teniendo la deuda alimenticia su específico contenido y destino, que de ningún modo cabe confundir con los gastos de un pleito» (S. de 24 de enero de 1959).

La S. de 10 de octubre de 1967 ratifica este criterio al declarar que el artículo 142 del Código civil establece con perfecta claridad el concepto de alimentos comprendiendo en él todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica según la posición social de la familia, y en el mismo concepto no quedan comprendidos los gastos de los pleitos que sostenga la mujer con su marido de acuerdo con las S. de 15 de abril de 1896, 27 de mayo de 1955, 24 de enero de 1959, doctrina que ha sido confirmada por la nueva redacción dada a los arts. 68 del Código civil y 1890 de la ley de Enjuiciamiento civil por la ley de 24 de abril de 1958.

A un problema de calificación en torno a *litis expensas* en Derecho Internacional se refiere a la S. de 17 de abril de 1956. En España las *litis expensas* forman parte del régimen económico patrimonial, mientras que en Alemania, la otra de las leyes en presencia, es parte integrante de la obligación de prestar alimentos. La referida sentencia aplica la calificación *lex fori*, que es el criterio seguido en la práctica en España. Vid. en el mismo sentido, refiriéndose a un problema de calificación suscitado con motivo de la contratación entre ausentes, el Dictamen del Consejo de Estado 5 de mayo de 1960, exp. 26.19.

La calificación jurídica de deudas alimenticias en que interviene algún factor de extranjería destaca esa complejidad de intereses en juego así como la incidencia de institutos que convergen en su establecimiento; de ahí su dificultad. Dificultad que, con frecuencia, en las deudas de alimentos entre parientes, se agudiza por rozar con el orden público internacional, con específicos problemas de competencia jurisdiccional, de ejecución de sentencias dictadas en el extranjero, etc. (42).

En este campo se advierte con mayor claridad el influjo que ejercen en el desenvolvimiento del Derecho las circunstancias económico sociales, pero también denota que permanece una problemática común a la que se han dado soluciones distintas en el tiempo y en el espacio. Así ocurre con la inclusión entre alimentos de la obligación de educar a los hijos (especialmente una cultura superior) tan discutida en el Derecho romano y que origina en el campo internacional problemas conflictuales (43); inclusión fundamentada en Roma, como es sabido, primero por razones de piedad y de equidad, por razones so-

(42) En S. de 21 de diciembre de 1963 se plantea ante el Tribunal Supremo una solicitud de deuda alimenticia reclamada en España por la madre de un hijo menor de padre divorciado en el extranjero. En el pleito se toman en consideración, a efectos probatorios, para la concesión de una pensión de alimentos, los documentos presentados, cuestión que se declara como distinta y, por tanto, admisible, a la ejecución de sentencia de divorcio.

(43) En S. de 29 de septiembre de 1956 se plantea el Tribunal Supremo un problema de calificaciones en relación con el supuesto de hecho de la norma, el carácter alimenticio de unos gastos de educación y asistencia sanitaria. Dictada en México sentencia en pleito de divorcio en un matrimonio celebrado en París, entre los cónyuges ahora litigantes, el Tribunal mejicano condena al esposo a abonar una pensión de alimentos, comprensivos de los gastos de educación del hijo, menor de edad, único habido en el matrimonio, privándole además de la patria potestad y confiando a la madre la guardia y custodia del niño. La esposa, nacional y domiciliada en México y accidentalmente en Barcelona, dedujo demanda, ante el Juzgado de primera instancia (núm. 7) de Barcelona, en juicio declarativo de mayor cuantía contra su marido, también de nacionalidad mejicana y residente en París; alega como hechos, entre otros, los siguientes: que el padre del niño era persona considerada en México, su país de origen, de magnífica situación económica, una de las primeras fortunas de dicha nación; que los gastos realizados por instrucción, educación y asistencia sanitaria ascendían en la fecha de la demanda a... de las que debía reintegrarse «por no ser justo que persona de tan elevada posición social y económica como el demandado no cumpliera con sus más elementales deberes familiares». Entre otras cuestiones, competencia del Tribunal, valor que para decidir este juicio tiene en España la sentencia dictada en México en pleito de divorcio, se plantea la de si en el concepto de gastos de educación deben o no incluirse los de permanencia en el internado de un Colegio.

La S. de 12 de junio de 1904 resuelve una controversia entre padre e hijo, ambos de nacionalidad belga y domiciliados en España, acerca de la aplicabilidad, en el caso concreto conducta poco correcta del alimentista, del art. 152 de nuestro Código civil, que señala las causas por la que cesa la obligación de dar alimentos y que no tiene equivalente en el Derecho belga del que habría de deducirse la ley material, declarada aplicable por las normas de conflicto españolas.

Vid., sobre la cuestión en el Derecho francés. J. L. FERNÁNDEZ FLORES, *Jurisprudencia francesa en materia de alimentos*, en REDI, XIV (1961), página 553.

ciales luego; en Derecho romano la obligación del padre se afirma por unos en el deber de hacer de los propios hijos ciudadanos útiles, y se excluye por otros en base a que el Derecho civil no concede un medio jurídico por el que los hijos pueden obligar al padre a costárselos, por lo que estos gastos son claramente distintos de los alimentos, que tienen una significación más restricta (44).

c) *La específica función de mantenimiento y las diversas medidas de calibrarlo.*

Las cantidades determinadas que se emplean para los gastos de alimentos han de tener una específica destinación, ya que no todos los supuestos que tienden a cubrir una necesidad pueden calificarse en la categoría genérica de deudas alimenticias.

¿Cuál es ese específico «contenido y destino» para que propiamente pueda hablarse de una deuda alimenticia?

Cuando la prestación de alimentos se otorga al lado de una atribución de bienes, su contenido suele articularse con el fin que se pretende a través del contrato translativo. Así ocurre con las donaciones otorgadas por los padres en atención al matrimonio del hijo a quien imponen la obligación de, con su esposa y familia, vivir con los donantes: «pasen a cuidar de ellos y ayudarlos». S. de 6 de febrero de 1954.

La convivencia y cooperación, en tal caso, están íntima e inseparablemente unidas a la donación, contituyendo una prestación recíproca. La donación figura como causa de la prestación de alimentos, cuyo incumplimiento daría lugar a una adquisición sin causa justa para retener.

Ahora bien, ¿en todos estos casos, deberes estipulados de convivencia y de asistencia, estamos ante una deuda alimenticia? ¿No se tratará, sin más, de un simple estabón en una cadena de causas, una prestación injertada en un haz de recíprocas prestaciones y contra-prestaciones?

En tal caso, su interpretación, como ocurre con los negocios complejos, ha de hacerse dentro de un contexto propio: interpretar las cláusulas unas por otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, artículo 1.285 del Código civil, sin acudir a otras reglas supletorias que pueden resultar entorpecedoras de lo realmente querido por las partes, puesto que, al combinarse entre sí prestaciones heterogéneas se borran las características y efectos normales propios de los componentes (45).

Por todo esto, la calificación de lo que debe entenderse por deuda alimenticia, resulta imprescindible.

En Sentencia de 4 de julio de 1947 se plantea el Tribunal Supremo un problema de calificación jurídica en materia de obligaciones con-

(44) Vid. sobre este tema F. GLÜCK, *ob. cit.*, pág. 150.

(45) Vid. S. de 13 de junio de 1961, como prestación dentro del vitalicio puede adoptar diversas variedades, S. de 28 de mayo de 1965, ya citada.

vencionales de alimentos, de gran interés para deducir las diferencias en la práctica entre alimentos legales y civiles.

El punto controvertido era precisamente si procedía la revocabilidad, en una discutible donación, por supervivencia de un hijo, conforme al artículo 644 del Código civil o, por el contrario, declarar la firmeza de la obligación si ésta se entendiera como deuda alimenticia; obligación que, con carácter vitalicio, voluntariamente, había constituido el obligado a favor de sus padres y que negaba fundándose, además, en que la cuestionada donación había sido ofrecida con intimidación (46). El obligado alega, de pasada, el artículo 145 del Código civil en que se apoya la sentencia para trazar las diferencias entre los alimentos convencionales y legales.

En uno de los considerados de esta sentencia se rechaza la tesis de la donación en base a estos argumentos: porque el obligado la calificó en el documento suscrito como pensión alimenticia revelando, sin duda alguna, la intención que le guiaba al suscribirlo; y porque tal obligación carece de los elementos que configuran la donación, principalmente: la indeterminación de la cantidad, lo aleatorio de la duración del plazo, la forma periódica de hacerlo y la promesa de afianzar la obligación. Razones estas que llevan a desvirtuar la tesis sostenida de haberse infringido el artículo 644 del Código civil.

Puesto que la donación no existe no ha podido infringirse el mencionado precepto, a pesar de la circunstancia del nacimiento de un hijo.

Pero tampoco resulta infringido lo previsto en el artículo 145 del Código, a que el obligado alude «toda vez que la obligación de abonar las 200 pesetas mensuales como pensión alimenticia nace en este caso de la voluntad manifestada en el contrato, y no de la ley, para el cumplimiento de la cual habrían de haberse llenado otros requisitos y tenido en cuenta otras circunstancias que no han entrado en juego en la voluntaria determinación, cuya existencia ha dado origen al presente pleito» (47).

La voluntad manifestada en el contrato, lo realmente querido, es el criterio subjetivo determinante y a esa voluntaria determinación ha de acudirse para exigir su cumplimiento.

Ese criterio subjetivo viene avalado en la referida sentencia por la ponderación de intereses; cabe recordar en este punto alguna de

(46) Porque de no firmar una carta en que expresó su voluntad y cuya interpretación da origen a la controversia, no hubiera, según declara, accedido su hermana a poner a nombre del demandado dos fincas adquiridas por este a nombre de aquella.

(47) De entenderse la variabilidad de la pensión como esencial, no cabría calificar como alimentos la pensión periódica. La doctrina entiende que son incompatibles los alimentos, esencialmente variables, y el legado de cantidad específica señalada por el testador, que no lo es. Cfr. M. DÍAZ CRUZ, *Los legados*, (Madrid, 1951), 332. En tal caso se trata más bien de un legado de pensión periódica. El mismo criterio habría que aplicar a una obligación que consista en dar cantidades específicas. ¿Puede decidirse que son, propiamente hablando, obligaciones de alimentos?

las apreciaciones que alegaba, en la etapa codificadora, Rodríguez Sampedro en relación con la revocación de las donaciones por supervivencia de hijos: «Así como hasta ahora parecía recibir un beneficio el donatario, en lo sucesivo lo que va a producirse para él es un estado de daño y de perjuicio tan grande que apenas comprendo yo que haya quien quiera constituirse en esa condición de donatario» (48).

De haberse entendido como donación, en el supuesto particular de esta sentencia, ese perjuicio hubiera sido real, ya que los beneficiados resultan acreedores, en virtud de un vínculo jurídico obligatorio por más que haya sido establecido por el deudor en interés propio.

Sin duda la voluntad declarada no es el único factor a tener en cuenta fuera del concierto de intereses a que responde, ni siquiera en el ámbito puramente familiar (49).

Pero no se alcanzan con facilidad las razones en que se ampara esa diferente solución; cómo discernir con rigor en qué casos se trata de una obligación convencional de alimentos, de una donación o de una renta vitalicia. La distinción es importante dada la desigual suerte del beneficiario en uno u otro caso.

Cualquiera que sea esa donación, indicaba González Sampedro, «por cualquier título o por cualquier manera que se tenga, según los preceptos de este Código contenidos en artículo 644, es preciso que todos los bienes que se han recibido de donación sean restituidos, y si no se pueden restituir que se aprecien para los efectos de la restitución por lo que valían al hacerse la donación; así es que debe tener mucho cuidado el donatario de no hacer uso de la cosa donada, para poderla restituir; porque, de otro modo, tiene que restituir, no sólo lo que se conserve, sino lo que haya consumido de la cosa donada, siquiera esa donación en nada afecta al estado futuro de fortuna o de familia o de los hijos de aquel que hizo la

(48) Cfr. *Diario de Sesiones de Cortes*. Congreso de los Diputados. Legislatura de 1888-89, tomo V (Madrid, 1889), pág. 2573.

(49) Uno de los considerandos de la Res. de 26 de diciembre de 1968 relativa al valor de la posesión de estado de hijo natural, declara que el establecimiento de la relación de filiación no puede ser un puro acto de poder personal ya que, a la vez que pueden seguirse de ella ventajas para el propio progenitor, pueden derivarse perjuicios o cargas para terceros, familiares o no, y señala entre estos eventuales perjudicados los comprendidos en el artículo 644 del Código civil. Por eso, es trámite obligado comunicar en persona a los afectados según el art. 644 la incoación del expediente, para que puedan constituirse en parte y formular oposición, «la cual impide la aprobación de aquél».

En relación con el concepto de posesión de estado de hijo en el ámbito civil y registral, según la doctrina científica y las orientaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, Vid. J. PERE RALUY, *Panorama del Registro civil en los últimos cuatro años*, en Pretor, 36 (1966), 48, ss. En orden al alcance de la reforma del Reglamento del Registro civil (D. de 2 de mayo de 1969) respecto de los expedientes de inscripción de nacimiento fuera del plazo (art. 343 R.R.C.). Vid. F. LUCES GIL, *La reforma del reglamento del registro civil*, Comentario al Decreto de 22 de mayo de 1969). Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia (Madrid, 1970), pág. 25.

donación»; y de tal suerte esto es así, continúa diciendo, que «aun cuando tenga por motivo esta revocación que decreta el Código la presunción de que cambie la disposición de ánimo del donante, que de haber tenido hijos quizá no hubiera hecho la donación, aun cuando después de venir los hijos declare ese donante que su intención es mantener la donación, la revocación se verifica de todos modos; porque, dice el artículo 646, en su última parte, que la acción de la revocación es irrenunciable y se transmite por parte del donante a sus hijos y descendientes legítimos, ¿Por qué eso?, ¿Es que habéis tenido por norte el dejar en completa inseguridad todos los bienes que se posean por título de donación?» (50).

No obstante, la donación y los alimentos convencionales guardan entre sí un estrecho contacto. La donación suele ser uno de los actos jurídicos del que derivan derechos de alimentos. Más aún, en el Derecho histórico si el donante llegase a un estado de fortuna inferior al que tenía cuando hizo la donación, la ley le autorizaba a que pudiese tener sobre la donación título de alimentos como bienhechor que había sido (51).

Por eso, dada la disciplina vigente (reducción, revocación de las donaciones), para garantizar la permanencia de la pensión alimenticia es conveniente establecerla como tal de modo expreso, explicitar el destino alimenticio de la prestación.

d) *Problemas históricos de calificación y su perspectiva actual.*

Pero esto supone contar con una noción de obligación alimenticia, válida tanto para las legales como para las voluntarias que no resulta fácil dado que a su carácter fluctuante y acomodaticio se añade la imprecisión legal, que ya censurara Azcárate: «Definense los alimentos en varios artículos, pero de manera distinta. El artículo 114 dice que los hijos legítimos tienen derecho: «2.º a recibir alimentos de sus padres y de sus ascendientes, y en su caso, de sus

(50) Este argumento es más retórico que jurídico. Es en efecto, irrenunciable por anticipado, antes de que haya surgido la posibilidad de ejercitar la acción por concurrencia de la causa adecuada, pues, en cambio, nada impide que el donante deje de utilizar semejante derecho. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, Vol. 2, Contratos en particular (Barcelona, 1956), pág. 90.

(51) La obligación de alimentos es compatible con prestaciones de servicios por parte del acreedor. El Tribunal Supremo declara en S. de 15 de diciembre de 1920 (n.º 140) que la cláusula por la cual el testador recomienda con mucho interés a su hija y al marido de ésta que conserven siempre a su lado a una antigua sirvienta, procurando no carezca de las cosas más precisas mientras viva, encierra un legado de alimentos, comprendido en el artículo 879 del Código civil, puesto que se designa legatario a quien alimentar, y heredero al que se impone la obligación de prestar alimentos. Aunque el testador no emplee la palabra «alimentos» su voluntad se interpreta claramente como un legado alimenticio. Ahora bien, el legado queda sin objeto mientras no tiene necesidad de ellos el alimentista. Cfr. M. DÍAZ CRUZ, *ob. cit.*, pág. 342.

hermanos, así como la educación e instrucción convenientes con arreglo a su fortuna». De donde resulta, dice, que, en este artículo son una cosa los alimentos y son otra la educación y la instrucción del alimentista. Por su parte, el artículo 142 prescribe «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista, cuando es menor de edad». En este artículo, a diferencia del anterior, se comprende en los alimentos la educación e instrucción del alimentista. De otro lado, el artículo 139 declara que, «los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres los alimentos *necesarios*». ¿Qué son alimentos necesarios?, se pregunta Azcárate, ¿Dónde están definidos?, ¿Es que sólo lo son el vestido, el sustento y la habitación? Lo sentiría; porque sería lamentable declarar que un padre no tiene obligación de educar e instruir a sus hijos ilegítimos (52).

Como se ha dicho, la idea de alimentos *necesarios* puede servir de base para esa caracterización común de deudas alimenticias, voluntaria o legalmente establecidas. Es precisamente, este concepto genérico, necesidad vital, el que ha ido extendiéndose hasta comprender la gama de los beneficiarios actuales en la obligación de alimentos entre parientes. Así ocurre, por ejemplo, con la deuda alimenticia entre hermanos, limitada a los auxilios «necesarios para la vida».

En las actas de la Comisión general de Códigos, haría notar Danvila, que se sometió a discusión, y la Comisión se dividió en tema de los alimentos entre hermanos; «estos no tenían derecho a alimentar a los hermanos más que por razón de piedad, de moral, de beneficencia, pero no había un vínculo de derecho que obligara a un hermano que estuviera en desahogada posición, y teniendo familia, a mantener a otro hermano pobre». En este punto —dice Dan-

(52) Sesión de 6 de abril de 1889, *Diario de las sesiones de Cortes*. Congreso de los Diputados, pág. 2363. En el texto de la edición primitiva se empleaba la expresión «alimentos necesarios», que fue sustituida por la referencia al art. 143. Alimentos necesarios son entonces los auxilios necesarios para la subsistencia. En el art. 143 la instrucción está separada de estos auxilios por el adverbio «además». Cfr. Edición crítica del Código civil. JERÓNIMO LÓPEZ y CARLOS MELÓN (Madrid, 1969).

Hace notar PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que al final del libro que contiene el proyecto de 1882 existe una advertencia, que por error de imprenta dejó de componerse una cuartilla, en la que había los artículos siguientes que deben ir después del artículo 122.

- Los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los da y a la necesidad de quien los recibe.
- Cesa la obligación de alimentos cuando el que los da deja de ser rico o indigente el que los recibe, y en los casos en que cabe la desheredación.
- No es renunciable el derecho a recibir alimentos.

Cfr. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El anteproyecto del Código civil español* (1882-1888) (Madrid, 1965), pág. 83.

vila— que, «como os digo, se dividió la Comisión, no consta en las actas la opinión que prevaleció, sino que el señor Alonso Martínez fue de opinión que los hermanos no tenían derecho a alimentos» (53).

Originariamente este tema debatido en la Comisión había dado lugar a un histórico problema de calificación: ¿la prestación de alimentos a los hermanos que se hallan en situación de necesidad, es una verdadera y propia obligación o un acto de liberalidad?

Especial interés ha ofrecido a los romanistas un texto de Juliano contenido en D. 27, 2, 4, relativo a si el tutor debería prestar alimentos a la hermana del pupilo. Se trata de un deber hacia el cual se presumiría obligado el pupilo de no tener sustraída la libre administración de sus bienes, pero es dudoso si este deber sería civilmente obligatorio (54). El caso práctico, que decide Juliano, es el siguiente: un padre instituye heredero universal a su hijo impúber, y para la hija, también impúber, ordena un legado de cantidad; a ambos hijos nombra un tutor. Fallecido el padre, el magistrado ordena al tutor a costa de la herencia el mantenimiento y la educación de la hija con un maestro particular en una de las artes liberales, costumbre de la época para las jóvenes. Cuando el hijo llegó a la pubertad pagó a su hermana la suma legada. Entonces surge la cuestión de si podría proceder contra el tutor para resarcirse de los gastos que éste había realizado en el mantenimiento y en la educación de la pupila. Juliano resuelve la cuestión negativamente en base a que la responsabilidad del tutor está a cubierto por el decreto de la autoridad y, porque, aun sin este decreto, se trataría de un deber moral.

El tutor estaba obligado a mantenerla y educarla convenientemente a expensas de la herencia por honor del pupilo, «dado que la omisión de este deber hubiera sido una vergüenza para responder de la cual el tutor hubiera podido ser judicialmente convenido» (55).

La situación de necesidad de los hermanos de la mujer facultaba también al marido durante el matrimonio a restituirla la dote,

(53) Sesión de 30 de marzo de 1889, *ob. cit.*, tomo IV, pág. 2192.

La doctrina limita los alimentos entre hermanos a los auxilios necesarios para la vida, cuando por un defecto físico o moral o por cualquiera otra causa que no sea imputable al alimentista, no pueda este procurarse su subsistencia. La deuda alimenticia entre hermanos tiene, dice CLEMENTE DE DIEGO, los caracteres de condicional, pues sólo se otorga en los casos que hemos visto; subsidiaria, pues sólo existe a falta de ascendientes y limitada a sólo los auxilios necesarios para la vida. Cfr. F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, t. 11, ed. revisada y puesta al día por A. COSSIO y CORRAL y A. GULLÓN BALLESTEROS (Madrid, 1959), pág. 694.

(54) ... *quaesitum est, an tutelae iudicio consequi possit, quod in alimentapupulae, et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit? Respondi, existimo, ctsi citra magistratum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit et liberalibus artibus instituerit (cum haec aliter ei contingere non possent), nihil e nomine tutelae iudicio pupillo, aut substitutis pupilli praestare debere.* Sobre las discusiones en torno a este texto, vid. E. SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie*, pág. 358.

(55) Cfr. F. GLÜC., *ob. cit.*, pág. 280.

con el fin de que esta pudiera socorrerlos D. 23,3,73 (56). Pero de aquí no cabe deducir tampoco la existencia de una obligación recíproca entre hermanos. La dote lleva consigo una peculiar destinación a cumplir funciones alimenticias: la *retentio ob liberos*, v. g., era un claro estímulo para la educación.

Por obra de la jurisprudencia romana el contenido de los alimentos fue gradualmente extendido hasta elaborar la figura jurídica en sus contornos actuales, en relación a la entidad del patrimonio y a la condición social (57).

Esta tendencia a alargar la esfera del derecho de alimentos *necesarios*, contenido mínimo de la prestación de alimentos legales entre parientes, es también hoy una constante jurisprudencial. El Tribunal Supremo viene declarando, desde la Sentencia de 27 de marzo de 1900, la procedencia de estos alimentos legales, tanto si trabaja el que reclama alimentos obteniendo ingresos modestos que le obligan a vivir estrechamente, como si no trabaja, aunque así lo deseara, mientras que los familiares, ascendientes o descendientes, disfrutan de buena posición económica, con el designio de que pueda vivir el alimentista en la forma que por su posición social y familiar le corresponde (Sentencias de 15 y 31 de diciembre de 1942, 30 de abril y 2 de octubre de 1923, 24 de noviembre de 1925, 8 de marzo de 1952, 24 de mayo de 1955, etc.).

A la misma idea responde la tendencia a excluir la opción del artículo 149 del Código civil cuando eso entrañase, si no de derecho, al menos de hecho, el privar a la madre del cuidado de sus hijos menores, lo que es, «indispensable», aun cuando la obligación en la vertiente económica se imponga a los abuelos (58) si los padres no están en condiciones de hacerlo (59).

Tendencia que, además de estar inspirada en la equiparación social y económica de la familia y, por tanto, apoyada en criterios de justicia, responde a una exigencia moderna ante las múltiples circunstancias, entre otras, accidentes de tráfico (59), crisis económi-

(56) Cfr. E. ALBERTARIO, *ob. cit.*, pág. 270.

(57) En Derecho romano no cesa la obligación de alimentos si el alimentista tiene bienes pero no rentas suficientes. Por parte del obligado cesa la obligación si este tiene un pequeño patrimonio con el que apenas puede alimentarse por sí mismo; se da preferencia al deber de la propia conservación.

(58) Este criterio, en juicio de declaración de alimentos provisionales, se mantiene en S. de 4 de noviembre de 1969 en la Audiencia Territorial de las Palmas. Cfr. RGD. 26 (1970), pág. 416.

(58) Una interpretación literal y restrictiva del art. 149 sería actualmente anacrónica y a la vez injusta, en la medida en que *de facto* vendría a significar la negativa a prestarlos por parte del obligado. De aquí que su interpretación amplia implique de suyo una tendencia difusiva de la obligación de alimentos. Lo «indispensable» figura como un límite del ejercicio de opción.

(59) En S. de 24 de noviembre de 1970, con motivo de la extensión del daño moral consecuente a un hecho culposo (art. 1.902), declara el Tribunal Supremo que «el derecho de indemnización surge en justa compensación a los deberes de asistencia familiar, que las leyes establecen en forma de deuda alimenticia, de la que no quedan fuera los hermanos legítimos de la víctima».

cas empresariales, etc., que determinan una mayor profusión de desniveles fortuitos y situaciones que reclaman la cooperación familiar y la asistencia social (60). Una interpretación rigorista de esos criterios legales estaría en pugna con la realidad actual. De aquí que los criterios jurisprudenciales tiendan a mantener la deuda alimenticia a base de entender favorable la calificación jurídica de obligación de alimentos, caso de duda, cuando se ha determinado voluntariamente por vía contractual y pretendan también acomodar la interpretación del texto de la ley en ese mismo sentido.

Cabe advertir una permanente tendencia del legislador a reconducir deudas alimenticias abriendo nuevos cauces legales, como pueden serlo la revocación de donaciones por supervivencia o supervivencia de hijos, la legítima de ascendientes, etc., modos de institucionalizar un gravamen eventualmente dilatado en el tiempo y con más posibilidades de suscitar controversias; mientras que la tendencia de los particulares es contraria, conservar el cauce de la convención, fijar convencionalmente la garantía de su percepción. Pero esta tendencia legislativa, no contradice ni puede agotar la vía convencional, que permite su acomodación a circunstancias difícilmente atendibles y satisface múltiples y complejas situaciones surgidas en la práctica (61).

En esta sentencia se contiene una doctrina de gran alcance, quizá, dudosamente extensiva a otros supuestos, cifrada en el título de parentesco, que presupone ese natural interés, aprecio y recíproca asistencia o amparo; aunque no existan especiales razones de «convivencia, dependencia económica o de otro orden físico» el derecho a la indemnización surge y se extiende a los hermanos en forma de deuda alimenticia conforme al art. 143 del Código civil.

En todo caso cabe advertir una progresiva ampliación de la gama de supuestos a que la jurisprudencia extiende la deuda alimenticia, con menor vinculación a datos físicos o materialmente constreñibles. Esta espiritualización, por así decir, de la materia tiene el riesgo de una eventual arbitrariedad, pero, como criterio general, es expresiva de la tendencia a aplicar las normas pretendiendo alcanzar el fin de la solidaridad familiar a que se dirigen.

(60) Un caso peculiar de gran interés por las circunstancias concurrentes es el que da origen a la S. de 30 de abril de 1968, que pone de relieve las consecuencias a que puede dar lugar un desnivel producido por acontecimientos exteriores. Entre estos, en el caso concreto, separación de bienes, el marido cultiva como bracero las fincas, de escaso valor rústico, propiedad de la mujer. Al calificarse estas como destino turístico se produce un aumento de valor que arroja un profundo desnivel económico hasta tal punto que el marido, con inclemencias económicas y afectivas se ve precisado a ser recogido en precario en casa de una cuñada y sin posibilidad de poder sufragar un alquiler para una vivienda normal. El marido reclama entonces de su mujer —en concepto de alimentos— ocupar una habitación de alguna de las diferentes viviendas que ésta había construido con el importe de esos incrementos.

(61) La fuerza inspiradora de las innovaciones operadas en la era justinianea se apoya, en buena medida, en la interpretación de pactos favorables a los alimentos, como puede serlo el entender restrictivamente el plazo de prescripción, D. 34, 1, 14, invocar la *caritas* para determinar la medida, D. 34, 1, 22, prestar provisionalmente los alimentos aunque luego resultase que no estaba obligado D. 25, 3, 1, en el obligar, en casos excepcionales, también a los extraños a la familia por la sola intrínseca cualidad de herederos del hijo. D. 25, 3, 5, 17. Puede añadirse a esta invocación justiniana la extensión

En cambio, para apoyarse en un criterio objetivo es preciso, a efectos de la debida calificación como deuda alimenticia, tanto sea de origen legal o convencional, tener en cuenta una caracterización común, además de la intención implícita, que, a mi modo de ver, es la correspondiente a lo dispuesto en el artículo 142 del Código civil.

e) *Indicios acreditativos de una deuda alimenticia.*

Sólo son verdaderas deudas alimenticias convencionales aquellas en que las partes han querido, respectivamente, proporcionar y recibir, en calidad de alimentos, los medios de asistencia precisos para remediar una necesidad. El contenido mínimo de la prestación de alimentos es el derecho de asistencia; su función típica, el mantenimiento de otro.

El derecho de asistencia es susceptible de gradación. Asistencia es, ante todo, la garantía frente a una necesidad de la vida. No sólo es asistencia proveer de lo indispensable para vivir sino el aseguramiento de bienes necesarios. En cuanto que la garantía se mueve en un entorno patrimonial, se concreta en bienes. Así, por ejemplo, la educación forma parte del contenido de la prestación no sólo como derecho de la persona sino también como fuente de gastos. De ahí que pueda concretarse en una cantidad destinada a «gastos de educación». Vid. Sentencia de 29 de septiembre de 1956.

Lo *indispensable* y, por eso, lo necesariamente garantizado por la ley, en parte o en su totalidad, enlaza con medidas cuantitativamente fijadas; pero pueden también determinarse estas convencionalmente a partir del contenido mínimo de la prestación de alimentos, y con destino al mantenimiento, la característica común a las obligaciones, tanto de origen legal, entre parientes o no, como de origen voluntario (62); son estos los que, en puridad, pueden lla-

del contenido del legado de alimentos reclamando la *mens testatoris* D. 34, 1, 6 y 7 y la que atiende a salvar, contemplando la *dignitas* del alimentista, la validez de un legado de alimentos indeterminados. Cfr. E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, pág. 277. A esta tendencia se debe también la «sorprendente» calificación de donación que ULPIANO asigna a la prestación de alimentos entre hijo y madre legítima y entre hermano y hermana.

(62) Esta característica es válida también para el legado de alimentos. El legado de alimentos, dice DÍAZ CRUZ, es aquel por el cual el testador dispone que se le otorguen al legatario los medios necesarios de subsistencia, Cfr. M. DÍAZ CRUZ, *Los legados*, pág. 328.

En cambio, si el causante lega una cantidad taxativa para alimentos, nos encontramos no frente a un legado de alimentos, sino a uno de pensión periódica, regulada en el art. 880 del Código civil, en cuyo caso, dice este autor, sólo se atenderá a la cuantía de la pensión, haciéndose caso omiso de la calificación que le haya dado el testador, toda vez que las relaciones jurídicas tienen un valor propio intrínseco, cualquiera que sea la calificación que se le haya dado. Pero, en último término, es también problema de interpretación de lo realmente querido, que, como indica este autor, parece se inclina más el «decurus» hacia la cantidad por él fijada que a la institución de alimentos.

marse alimentos «propios», puesto que su graduabilidad se mueve dentro de unos límites más amplios, en cuanto que excede de un riguroso deber moral o social (63) y su garantía queda señalada por pacto, cuyo mínimo determina la ley.

La determinación de una cantidad, fija o periódica, es, a efectos de calificación jurídica, algo accesorio (64) como lo es la garantía respecto de la obligación; si la cantidad es cierta, ordinariamente los alimentos *son impropios*. Los verdaderos «indicios» para la recta calificación jurídica de la obligación convencional de alimentos son, por consiguiente, la voluntad y las circunstancias objetivas antes señaladas: el empleo de medios jurídicos determinados a garantizar obligaciones de asistencia del alimentista.

Resulta bien a las claras que la calificación jurídica es especialmente importante en sede de alimentos convencionales porque de ella depende la adecuada aplicación de un régimen jurídico al supuesto de que se trate. La calificación interesa sólo a efecto de que se aplique o no un régimen determinado.

La variedad de los modos de que es susceptible la prestación hace que estas figuras negociales no surjan en la vida acomodadas a un tipo único. Con frecuencia, la prestación de alimentos enlaza con otras contraprestaciones encajables en los más diversos tipos contractuales.

En principio, la finalidad común, cubrir una necesidad de la vida y el módulo, determinante y libremente elegido para valorar su estimación, son elementos objetivos que denotan la presencia de una deuda alimenticia.

Entre las modalidades de prestación de alimentos admitidas en la práctica figuran las que se basan en la convivencia y colaboración, asistir al alimentista en la propia casa en todas las necesidades, tenerle en su compañía, etc.

(63) En los alimentos legales la *necesidad* se mide en función de las *posibilidades* del obligado; la indeterminación de la deuda legal en el tiempo y en la cantidad, de que deriva la variabilidad, no es otra cosa que el límite basado en una idea moral: a cada uno según sus necesidades; de cada uno según sus posibilidades. Esta idea figura como un principio normativo que articula el régimen jurídico de las obligaciones legales de alimentos. En las convencionales, operan, además, las reglas contractuales, comprendidas en el artículo 1.258, entre ellas, la buena fe, el uso y la ley.

(64) El momento del fin, mantenimiento de la persona, puede actuar, dice CÍCU, en dos diversas direcciones: asegurar a la persona medios de subsistencia o asegurar el efectivo mantenimiento del resultado al que los medios tienden. En el primer caso, el fin tiene sólo la medida de la prestación; medida que puede ser, preventivamente determinada en una suma o cantidad fija e invariable, porque se preste sin mirar a las condiciones económicas del alimentista, o, sólo para el caso de que el alimentista se encuentre en situación de necesidad; o dejarla indeterminada, determinable de una vez para siempre, determinada continuamente en relación con el alimentista. En el segundo caso, el fin, además de tener función de medida de la necesidad, requiere una actividad del obligado dirigida a obtener que las prestaciones consigan el resultado al que están destinadas. Cfr. A. CÍCU, *La natura giuridica dell' obbligo alimentare fra congiunti*, en *Rivista di Diritto civile*, II (1910), pág. 150.

Pero no es suficiente este dato objetivo para calificar, sin más, el supuesto como deuda alimenticia. El uso y habitación, v. g., se gradúan en función de las necesidades (65), «vivir juntos y comer en la misma mesa» suele ser cláusula establecida en los pactos sucesorios en Derecho foral, etc.

Por otra parte, si se determina una cantidad, a pesar que se pretenda también un designio alimenticio, obliga a calificar lo realmente querido y analizar el medio jurídico empleado; legado de cantidad renta vitalicia, donación. De incluir la prestación dentro de uno de los tipos del medio jurídico empleado se siguen múltiples consecuencias prácticas, en orden, v. g., al incumplimiento, a la revocación, a la forma de garantía.

II. REGIMEN JURIDICO DE LA OBLIGACION DE ALIMENTOS CONVENCIONALES

Una vez calificado el supuesto de hecho de la deuda alimenticia, queda expedito el camino para localizar los criterios normativos que regirán su normal desenvolvimiento o las específicas disposiciones legales a que ha de acudir para colmar lagunas.

La elección de reglas y principios que gobiernan el cumplimiento de la obligación de alimentos, las correspondientes a su modificación por cambio de las circunstancias y extinción suelen ser los puntos más vidriosos de su problemática a la hora de la aplicación práctica.

Antes de pormenorizar los criterios normativos que pueden aplicarse a cada uno de los elementos componentes de la deuda alimenticia convencional así como las normas que enmarcan su desenvolvimiento, conviene hacer una referencia global a las diversas clases de disposiciones que, de modo disperso y fragmentario, contiene, sobre la materia, el Código civil.

Dado su interés práctico parece también ineludible hacer un análisis previo acerca de la aplicación analógica de estos preceptos, a la luz de la jurisprudencia.

(65) La prestación de una deuda alimenticia puede realizarse en forma de uso, en cuyo caso el pago de esta obligación es acto a título oneroso, no una liberalidad de uso. Así ocurre, sobre todo, con los servicios recíprocos en cumplimiento de un convenio. Vid. sobre este tipo de prestaciones, L. RIERA AISA, *Las liberalidades de uso*, en RJC. 70 (1953), pág. 227. Mayor es la analogía entre usufructo y renta vitalicia desde el punto de vista de los efectos; en ambos existe un «aleas». Entre prestaciones típicas de mantenimiento combinadas con otras prestaciones de servicios, es frecuente el supuesto de cesiones de fincas con obligación de mantener al cedente y éste trabajar para la casa y con derecho a usufructuar la misma finca si tuviera que ampararse del cesionario. Acerca de la calificación de estos supuestos como contratos complejos, vid. sentencias de 14 de noviembre de 1908 y 19 de octubre de 1959.

1. La heterogeneidad de las disposiciones legales.

a) Influencia del origen de la obligación en el régimen jurídico.

Las obligaciones de alimentos entre parientes constituyen el núcleo más importante de deudas alimenticias, pero, ¿son una simple especie dentro de un género común? (66).

Sin duda todas las obligaciones de alimentos entre parientes *ex lege* responden a un cierto número de características comunes; son variables, recíprocas, típicamente familiares, y, en cuanto tales, no renunciables, intransmisibles, etc.

Ahora bien, las deudas alimenticias pueden tener los orígenes más variados, negociales, *ex lege*, de acto ilícito, y, desde este punto de vista, no forman un conjunto homogéneo, porque el origen de la obligación ejerce una permanente influencia en su régimen jurídico, vertido en reglas generales y reglas particulares, que entroncan con ese peculiar origen; por supuesto, las creadas por la actividad del hombre entre personas extrañas, derivadas de un acto o de un hecho jurídico, no concuerdan en su disciplina con las que resultan de un lazo legal de solidaridad familiar (67).

(66) B. BO, *Il diritto degli alimenti*, páginas 41 y siguientes, trata de unificar la obligación de alimentos que surge a consecuencia de un acuerdo voluntario o de una disposición testamentaria, con el deber de alimentos entre parientes *ex lege*. Entre nosotros Beltrán de Heredia, piensa que son distintas ambas obligaciones porque son diferentes el origen, el fundamento y la razón de ser y, a causa de ello, los efectos no pueden tampoco ser iguales.

El origen, dice, en la primera (la obligación de prestar determinados alimentos que surgen a consecuencia de un acuerdo voluntario), está en un acto de voluntad de carácter negocial; se basa en un acuerdo. Su naturaleza es estrictamente patrimonial. Cfr. J. BELTRÁN DE HEREDIA, *Aspectos civiles y penales del abandono familiar*, en R. D. P., 39 (1955), pág. 22.

(67) La doctrina se inclina, en general, por la negativa. Vid. sobre la cuestión, J. PELISSIER, *Les obligations alimentaires* (París, 1961), pág. 449.

En el Derecho francés juega un importante papel la institución conocida con el nombre «*personne à charge*», que tiene estrechas relaciones con la posesión de estado y de la que se siguen efectos en orden a prestaciones sociales. Quien provee de alimentos a una persona «*personne à charge*», provoca ciertos efectos para ella misma, como una suerte de diminutivo, dice Savatier, de la posesión de estado en los casos de hijos que no tienen una filiación probada a que viven en un hogar diferente del de sus autores, y abre, en todo caso, un derecho de prestaciones sociales. Vid. sobre este tema, las discusiones en torno al proyecto de ley belga de 14 de noviembre de 1956, tendente a modificar ciertas disposiciones del Código civil, relativas a los hijos naturales, en *Le statut juridique de l'enfant naturel*, Travaux de la première Journée d'études juridiques Jean Dabin (Bruselas, 1965), pág. 156.

En nuestro Derecho cumple, a determinados efectos, una función semejante la llamada «situación de acogido», que convierte en beneficiarios, caso de accidente de trabajo a los que se encuentren bajo la ayuda y amparo económicos, del accidentado. Vid. artículo 51 de la Ley de Accidentes de Trabajo y Sentencia de 9 de diciembre de 1963. En situación de acogido puede estar, declara esta sentencia, un hijo adulterino del obrero fallecido. Es este un modo indirecto de reconocer efectos a la filación extramatrimonial, cuando, cumpliendo con un deber moral, los padres atienden a su crianza.

Pero cabe dudar de que estas sean propiamente deudas alimenticias, lo que pone en tela de juicio la existencia de una categoría genérica que abarque a la vez las obligaciones de alimentos entre parientes —deuda alimenticia familiar— y entre extraños a la familia, no configuradas por la ley (salvo casos aislados, herederos, quiebras, etc.), sino que surgen *merae voluntate*.

Es natural que, al tratarse de reglas heterogéneas, la obligación de alimentos cuyo origen sea un negocio jurídico, *inter vivos* o *mortis causa* difiera esencialmente de esas obligaciones legales fundadas sobre un deber de familia, que tiene, sin duda alguna, algo de *officium* familiar, de que deriva una normativa propia e incomunicable. No todas sus normas se aplican, como complementarias ni como supletorias cuando la obligación de alimentos propiamente dicha tenga su origen en un negocio jurídico.

Entre las disposiciones legales en materia de alimentos unas tienen el objeto o contenido general determinado de manera abstracta, pero en otras se concreta individualmente; con frecuencia, el Código civil prevee para estos supuestos particulares normas especiales (*lex specialis*): el carácter del precepto (68) es determinante

La jurisprudencia, toma, por otra parte, en consideración los gastos de crianza y educación como presunción de posesión de estado. Sentencia de 12 de noviembre de 1964.

El viejo sistema que inspira el Código civil en materia de filiación se ciñe al interés de determinadas personas y desatiende discriminadamente los intereses de otras igualmente ligadas por vínculos de sangre. Estos lazos han permitido abrir una brecha en el sistema por vía de los alimentos; el establecimiento espontáneo de prestaciones alimenticias que rebasan el acotado margen legal y se acomodan a la realidad biológica, imprimen una tensión en orden al reconocimiento de efectos jurídicos de la filiación probada.

Una de las propuestas a la Comisión de Derechos Humanos, es que el mantener públicamente y durante cierto tiempo a otra persona, como si fuera de su familia, crea una situación protegible que no cesa si el alimentante fallece sin haber dispuesto lo debido. La obligación alimentaria debe recaer sobre su herencia hasta el momento en que deba considerarse extinguido. Cfr. *Estudio de la discriminación contra las personas nacidas fuera de matrimonio*, anotaciones de Derecho español, A. Pérez y García Margallo, en Pretor, 37 (1967), pág. 66.

(68) La regulación de supuestos particulares es dispersa y fragmentaria.

El derecho anterior al Código en materia de alimentos se constituye por la Ley de matrimonio civil, artículos 72 a 78, desde el doble punto de vista de las reglas *generales* sobre deuda alimenticia y de aquellas *de especial aplicación* a los cónyuges, hijos y hermanos procedentes de familia legítima originada por el matrimonio, completándose por algunas leyes precedentes compatibles con la de 1870; mientras que, por lo que se refiere a los alimentos entre ilegítimos, podrían considerarse vigentes en el Derecho anterior algunos textos de antiguos cuerpos legales y a las doctrinas que respecto de aquéllas produjeron los comentaristas. Cfr. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo V, vol. 2 (Madrid. 1912), pág. 1230. Sobre la evolución histórica de la deuda alimenticia respecto de los hijos ilegítimos, vid. E. GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español* (Sevilla, 1959), págs. 131 y ss.

La tendencia actual toma como base la determinación de la filiación, con la independencia de que ésta entrañe o no plenos vínculos de parentesco. Todas las personas nacidas fuera de matrimonio deben tener los mismos

de la extensión de la base legal para colmar vacíos. Así sucede con el artículo 879, que contiene realmente una norma supletoria para el caso en que «el testador no disponga otra cosa».

No es tanto el ámbito familiar o no en el que ha de desenvolverse una obligación de alimentos lo que le da su carácter especial como la específica composición del concierto de intereses en juego. Pero siempre dentro de un marco cuyos presupuestos han de ser comunes: sólo son alimentos aquellas prestaciones que tienen por fin ayudar a una persona que necesita de medios de asistencia (69). Cuando los alimentos forman una «cadena de prestaciones», cada anillo de la cadena pende del anterior y lo decisivo es el marco en que se encuadra (70).

Aparte de su diverso origen es también distinto su fundamento.

«La deuda alimenticia legal se funda, según declara la Sentencia de 21 de marzo de 1958, de una parte, en el vínculo del parentesco o de matrimonio entre el sujeto pretensor y el demandado, y de otra, en las necesidades del primero y en las posibilidades económicas del

derechos de alimentos que las nacidas de matrimonio. De ahí que se rechace el límite de «lo indispensable» para la subsistencia, que se obliguen por igual el padre y la madre, lo que permite el acuerdo para que cada uno de ellos soporte una carga comparable, y el contenido de la obligación no debe verse afectado por las circunstancias del nacimiento del alimentista. Cfr. *Estudio de la discriminación contra las personas nacidas fuera de matrimonio* (Proyecto de informe a la Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de prevención de Discriminaciones y Protección de minorías), anotaciones de Derecho español, por A. Pérez García y García Margallo, pág. 66.

(69) Se ha dicho que no es tanto el origen familiar como la específica destinación lo que da a la obligación de alimentos su carácter especial. Cfr. J. PELISSIER, *ob. cit.*, pág. 2.

Se comprende fácilmente, afirma Cicu, como un tal contenido no puede formar de ordinario materia de negocio jurídico: el intento de asegurar a una persona los medios de subsistencia será perseguido en la forma jurídica de la constitución de renta vitalicia onerosa o gratuita, o de la constitución de un usufructo o también de la enajenación de un capital, que ofrecen las ventajas de una mayor seguridad y libertad personal entre las partes. Cfr. A. CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, pág. 145.

(70) De aquí que se haya introducido en algunos países, Alemania, Bélgica, Francia, una noción de paternidad puramente alimenticia que cubra aquellos casos en que la filiación no puede ser legalmente establecida. La acción del hijo se basa en la paternidad biológica, pero al único objeto de constituir una condena pecuniaria y no al establecimiento de un lazo de parentesco. En tal caso, la acción de alimentos nada tiene que ver con una acción de estado, aunque su origen se basa en la paternidad y filiación biológica. Este es el principio a que responde el derecho posterior alemán (art. 1.717), criterio que ha servido de base para una transformación que lleva de la paternidad alimenticia a la paternidad estado civil. Cfr. P. GRAULICH, *Le statut juridique de l'enfant naturel*, pág. 80.

Vid. sobre la cuestión, W. BERNHARDT, *Das Recht des unehelichen Kindes und dessen Neuregelung in beidem Teilen Deutschlands* (Bielefeld, 1962), pág. 39; P. RESCIGNO, *La tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, en Riv. Dirit. matr. VII (1965), 44, y *Il danno da procreazione*, en Studi in memoria F. Vasalli, II (Torino, 1960), pág. 1337; A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio* (Milán, 1965), pág. 330. G. HOLLEAUX, *De la filiation en droit allemand, suisse et français, essai de droit comparé* (París, 1966), pág. 170.

segundo para satisfacerla en la proporción adecuada a las circunstancias de unos y otros, que los órganos jurisdiccionales precisan ponderar a través de las alegaciones y pruebas de las partes con el fin de no dejar desatendidos altos deberes de solidaridad familiar recogidas por el legislador, sin desorbitarlos, no obstante, en presencia de las exigencias que la vida impone al obligado en su peculiar medio de relación y sus personales relaciones».

En estas deudas alimenticias de origen legal «la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia, como problema de hecho, compete al Tribunal de Instancia y a su prudente arbitrio —y no arbitrariedad— queda sometido y debe respetarse en casación mientras no se patentice una manifiesta equivocación decisoria que equivalga a desconocer la naturaleza, contenido y finalidad de la prestación legal».

La deuda alimenticia legal entre parientes tiene un destino y contenido específico, directamente ligado a la vida familiar. Esa apreciación económica y destino es sustancial y permite diferenciarla de prestaciones análogas; por ejemplo, el derecho a las *litis expensas*, etc. En Sentencia de 24 de enero de 1950, ya referida, declara el Supremo que el derecho de la mujer a *litis expensas* es compatible con la prestación de la deuda alimenticia «por hallarse configurada con diferenciados fines de apreciación económica o de destino» (71). Su marco, pudiéramos decir, es diferente.

Es de notar que, incluso las normas particulares en torno al derecho de alimentos, reciben también la influencia de otros principios que tienen especial eficacia organizadora, cuando inciden o forman parte de una institución más amplia; el deber de alimentos entre cónyuges recibe el influjo indirecto del régimen económico matrimonial, v. g., el principio de inmutabilidad, aspecto este de gran interés caso de separación. Como es sabido, inspirándose en Pothier los redactores del *Code* pensaron la obligación de alimentos como nacida del matrimonio; pero más que al matrimonio pertenece al círculo familiar.

Los tipos más frecuentes de estipulaciones, la clase y extensión de la prestación se agrupan en torno a diversos confines normativos, donde se contiene el anillo principal de la correspondiente cadena de prestaciones.

Así ocurre con la deuda alimenticia convencional, una de las bases para organizar el estatuto *ad hoc* en casos de separación matrimonial convencional, acuñada en la vida práctica según principios que lindan con fronteras legales difícilmente plegables a estas cir-

(71) Una consecuencia práctica de dicha distinción es que el artículo 1.408 del Código civil no impone a la sociedad de gananciales la obligación de sufragar los gastos de los litigios que se sigan por interés del hijo o hijos habidos por cualquiera de los cónyuges en su anterior matrimonio, y que puede obtener con ese fin beneficios de pobreza si carece de bienes uno de los cónyuges, aunque el otro sea rico. Sentencias de 18 de abril de 1893, 12 de enero de 1898 y 21 de enero de 1903.

custancias, en el caso concreto la inmutabilidad del régimen económico patrimonial y el desconocimiento *de iure* de las separaciones convencionales o amistosas (72).

El artículo 153 del Código civil prescribe que las disposiciones que regulan la prestación de alimentos entre parientes son aplicables «a los demás» casos en que por ley, por testamento o por pacto «se tenga derecho a ellos». Sin duda alguna, la redacción desafortunada del precepto se presta a interpretaciones equívocas.

Este precepto plantea, como hemos visto, una serie de problemas, entre otros, ¿contiene una regla de analogía?, ¿en qué medida son aplicables a las obligaciones convencionales esas disposiciones legales?, ¿como supletorias?, ¿como integradoras a la voluntad?, ¿como límites en que se enmarca el ámbito de autonomía en tema de alimentos?, ¿son aplicables *todas* las disposiciones comprendidas en el título VI del libro I?, ¿en otro caso, cuáles son comunes a los alimentos legales y convencionales?

Como se ha dicho, el destino familiar, que como criterio orientador de la disciplina legal de alimentos «atrae» a su régimen específico las deudas alimenticias entre parientes, no es atribuible a otro tipo de deudas alimenticias que no encajan en ese marco (73).

En tal sentido la Sentencia de 10 de noviembre de 1948 considera que los artículos 151 y 1.814 del Código civil se refieren exclusivamente a los alimentos que deben darse entre parientes, y no a las cantidades que el perceptor aplique a su alimentación de cualquier clase de donaciones o pensiones, que *por no tener su fundamento en los deberes familiares, no pueden asimilarse a ellos*.

Pero, incluso entre parientes, cuando se respeta el contenido mínimo de la prestación de alimentos, lo pactado no encuentra otras limitaciones que las ordinariamente establecidas para los negocios jurídicos (74). Por ejemplo, efectuada la separación de los cónyuges y constituido el depósito de la esposa, el pacto de abonar a esta ali-

(72) Vid. M. DE LA CÁMARA, *La sociedad de gananciales*, en ADC, 22 (1969), págs. 3 y ss., vid., además, F. FAUS ESTEVE, *La separación de hecho en el matrimonio*, en Anales, II (1947), pág. 289.

(73) Esa distinción afecta también a las cantidades de la pensión alimenticia. Las cantidades que constituyen la pensión alimenticia están exclusivamente destinadas a los fines que, según las leyes, tienen atribuidas, y no pueden extenderse a otros de distinta naturaleza y finalidad. Sentencia de 27 de mayo de 1955.

(74) Tratándose de personas con derecho a alimentos, dice Scaevola, según el artículo 143, podrán establecerse los pactos que se estimen convenientes sobre lo accidental de dicho derecho (modo y lugar del cumplimiento de la prestación y aun cuantía); pero no sobre lo esencial (proporcionalidad entre la pensión y el capital, renuncia y transmisión), puesto que entonces quedaría destruido el objeto de la ley y se infringiría además la doctrina del artículo 1.255. En segundo lugar, dice, respecto de cualquier otra persona no comprendida en el citado artículo 143, puede convenirse con entera libertad cuantas condiciones deseen los interesados, siempre que no sean contrarias a la moral y buenas costumbres, ya que las prohibiciones del artículo 152 atañen única y exclusivamente al derecho de alimentos por ministerio de la ley. Cfr. Q. M. SCAEVOLA, *Código civil*, pág. 488.

mentos provisionales no es contrario, sino conforme a la moral y a las leyes (Sentencia de 22 de octubre de 1951) (75).

Las normas sobre alimentos legales, además de permitir el juego de la autonomía, su aplicación no es inflexible. Como tiene declarado el Tribunal Supremo —Sentencia de 21 de diciembre de 1953— el derecho de opción que el artículo 149 del Código civil concede no es en absoluto inflexible, sino que se halla subordinado a la condición de que no exista estorbo alguno, ni legal ni moral, para que el alimentista se traslade a casa del obligado y reciba en ella el conjunto de socorros comprendidos en el concepto legal de alimentos.

Es además, el sentido institucional y lógico de estas disposiciones legales no sólo el tenor literal el que sirve como criterio interpretativo a la jurisprudencia. En efecto, la jurisprudencia reiteradamente admite que la aplicación del artículo 149 del Código civil, constituiría, de otro modo entendido, una contradicción «in terminis» desde el momento en que «el deber de prestar alimentos fuera del domicilio originario que al marido se impone nace precisamente del rompimiento de la vida común (Sentencia de 27 de abril de 1956)»; como tampoco puede reconocerse «al padre privado de la patria potestad la facultad de opción a que este precepto se refiere» (Sentencia de 29 de septiembre de 1956) (76).

Ahora bien, en las obligaciones *ex lege* fuera de ese ámbito permitido de autonomía, los actos que contradicen las medidas típicamente protectoras son nulos. La voluntad individual no puede modificar esas reglas establecidas por el legislador, y, en particular, las renunciaciones y transiciones son nulas.

Pero no todos los actos sobre deudas alimenticias están tachados de nulidad, sólo aquellos que tienen por objeto suprimir o limitar el contenido mínimo de la obligación de alimentos.

Por eso en la determinación de la nulidad de estos actos importa mucho tomar en consideración la naturaleza y el origen de la deuda alimenticia. Las renunciaciones, v. g., a los créditos alimenticios que resultan de un hecho jurídico o de un acto pueden ser válidas (77).

Precisamente ha sido un punto debatido por la doctrina la validez de las renunciaciones a los créditos por razón de alimentos convencionales. Es mayoritaria la opinión de quienes entienden que el acreedor puede disponer libremente de una pensión alimenticia de origen convencional, renunciar y transigir.

(75) Cuestión distinta, pero conexa, es la de si los alimentos convencionales pueden o no concurrir con los legales que aseguran ya un mínimo de asistencia. A esta cuestión nos referimos más adelante.

(76) En la deuda alimenticia no ejerce ninguna influencia la *patria potestad*, como tampoco en Roma en la etapa postclásica. Como indica Ulpiano: *etiam si non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus: et vice mutua alere parentes debere*. Criterio este que confirma Justiniano en el Codex, 8, 5, *de bonis quae liberis*.

(77) Vale la renunciación en lo que excede de lo estricto necesario si se considera el contenido de la prestación como derecho patrimonial, como derecho en sentido estricto. Cfr. DE SCHUPPE, *Der Begriff den subjektiven Rechts* (1887), pág. 121. Cit. A. CIAU, *ob. cit.*, pág. 168: nota 7.

Es su origen legal el que sirvió para decretar la nulidad, confundiendo normas imperativas y de orden público. Pelissier, propone un criterio de indudable interés: ninguna de las obligaciones de alimentos que resultan de un lazo de solidaridad son susceptibles de renuncia. Por el contrario, las que resultan de la actividad del hombre pueden ser objeto de renuncia y transacción.

De este modo, dice, el fundamento de la nulidad se traslada de la noción de orden público familiar o financiero al orden público entendido como buenas costumbres: «es inmoral que una persona o un grupo se libere de un acto jurídico, de una obligación que la solidaridad le impone; no es, en cambio, inmoral que un amigo o un tercero se libere de una obligación de alimentos de origen convencional o delictual» (78).

b) Ambito del artículo 153 del Código civil.

Para concretar los diversos interrogantes hasta aquí señalados procede hacer ahora un nuevo análisis del artículo 153 del Código civil.

Se comprende cómo no debe hacerse de este precepto una interpretación simplista; a ese resultado se llegaría de entender indiscriminadamente las normas sobre alimentos entre parientes como supletorias de necesaria aplicación. Esta parece ser la opinión de Manresa, quien, luego de hacer un elenco de los casos en que según el Código puede existir dicho derecho «por título distinto del de parentesco», afirma que «en todos ellos» tendrán aplicación las prescripciones establecidas en este título, siempre que no exista regla alguna especial que a ello se oponga, lo cual acontecerá con frecuencia en los alimentos convencionales, en los que la voluntad de las partes puede preveer en modo distinto el régimen de los mismos, y en los dejados por testamento, en los cuales ha de estarse a lo ordenado por el testador, que es la ley del caso. Por eso, concluye, cuando existe un contrato en el que se conviene la prestación de alimentos, hay que atender a sus cláusulas y respetar lo convenido, no siendo aplicables, más que en casos no previstos en el mismo, los artículos del Código relativos a alimentos entre parientes.

Se trata, sin duda, de una interpretación simplista porque, en primer lugar, no todos los preceptos relativos a alimentos entre parientes tienen el mismo valor desde el punto de vista normativo, y, en segundo término, no es tampoco esa la *ratio juris* del precepto que estamos examinando.

En efecto, bastaría con pensar que los preceptos reguladores de la obligación no son homogéneos, para deducir que requiere hacerse una selección entre aquellos que son generales y los especiales para casos determinados previstos por el legislador. Como es natural no pueden tener unos y otros la misma fuerza expansiva.

Por otra parte puede inducir a error la colocación misma del

(78) J. PELISSIER, *ob. cit.*, pág. 330.

precepto, el último de los artículos comprendidos en el título VI del libro I, al regular los alimentos entre parientes. Indudablemente el repetido artículo está desplazado; su verdadero lugar debiera ser el primero. Por eso no se trata de un cajón de sastre pensado por el legislador como un molde residual donde verter lo no previsto. Lejos de eso contiene una norma de singular relieve delimitadora del papel que desempeña la libertad de autonomía en las obligaciones de alimentos.

Así entendido dicho precepto tiene una justificación propia al establecer los confines legales dentro de los que queda enmarcada la autonomía, el ámbito de los pactos en materia alimenticia. De aquí la importancia de hacer un elenco entre todos los preceptos legales para señalar aquellas normas que realmente son supletorias y las que no lo son.

Para abordar dicho estudio veremos en primer término de qué preceptos se ha servido la jurisprudencia para extender por analogía las normas inspiradoras del régimen legal de alimentos entre parientes. Se trata de preceptos que tienen alcance general. En segundo lugar se analizarán las normas legales para supuestos convencionales. El punto de contacto entre las normas reguladoras de los alimentos entre parientes, ya sean generales o especiales y esas otras disposiciones legales para supuestos convencionales sólo puede establecerse sobre una única caracterización de la prestación de alimentos. La caracterización y el contenido mínimo de la prestación de alimentos, por ineludibles exigencias de la lógica jurídica, han de ser unívocos.

En definitiva procede hacer una clasificación de reglas jurídicas en materia de alimentos *ex lege*, clasificación que resulta indispensable para deducir de ella el poder expansivo de las normas reguladoras.

Como se ha visto, al lado de algunas reglas generales, el Código contiene sobre esta materia reglas de carácter especial, que no tienen, fuera del reducido espacio a que se refieren, poder expansivo (alimentos a los hijos ilegítimos, entre hermanos, entre cónyuges).

Por último, otras reglas de entre las que disciplinan la materia, son sancionadoras, carentes, por lo tanto, de carácter general y no susceptibles de analogía (79).

2. *Extensión analógica de preceptos relativos a los alimentos legales.*

En materia de alimentos, la jurisprudencia ocupa un primer plano y su estudio se revela como imprescindible.

Tiene por eso interés referirse a los problemas que en este campo plantea la analogía; contrastar criterios jurisprudenciales que ponen de relieve esa permanente adaptación de las soluciones jurídicas a la

(79) Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 3.^a edición (Madrid, 1955), pág. 538.

vida, punto crucial del continuo remozarse las instituciones en el Derecho privado.

Por la evolución experimentada en este campo ofrece particular interés el tema de alimentos entre esposos, el círculo familiar más restringido. La jurisprudencia ha ido creando una normatividad que implica el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos a situaciones que no están legalmente previstas (80) y que comportan el reconocimiento de efectos a supuestos fácticos (cuando intervienen convenios) que pretenden prevenir las consecuencias a que un *statu quo* dará lugar, pero también responde a la intuición de crear nuevos ámbitos de protección jurídica a situaciones que reclaman, en ausencia de un régimen específico, una solución adecuada. La jurisprudencia juega así un doble papel, como fuente en unas ocasiones, y como método de reforma del Derecho en otras (81).

a) *El ius aequum y los límites opuestos por otras reglas legales.*

Por una parte la jurisprudencia niega la prestación de alimentos a esposos que hubieran incurrido en adulterio (S. de 10 de diciembre de 1959), o causa de divorcio (S. de 11 de abril de 1946), o viven separados el uno del otro sin consentimiento de este o por exclusiva voluntad, (S. de 5 de febrero de 1912, 17 de diciembre de 1916 y 17 de marzo de 1960). En todos estos casos, la situación básica es ilícita y la prestación de alimentos sería contraria a la ley; por eso, si está provocada por exclusiva iniciativa de quien lo solicita, se rechaza tal prestación (S. de 16 de octubre de 1903, 27 de abril de 1956, 9 de noviembre de 1957).

Ahora bien, ¿sería válida una obligación de alimentos establecida convencionalmente en estos casos?

Desde luego la separación de hecho libremente consentida entre los esposos, si bien implica una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que el artículo 56 del Código civil impone, lo que origina que sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles (S. de 19 de diciembre de 1932), no por ello les priva de un modo genérico y sin atender a las circunstancias personales que concurren

(80) El procedimiento analógico presupone, dice el profesor DE CASTRO, la falta de una regulación para el caso (incluso interpretándola extensivamente), en la de la institución propia y que, por eso, se buscan semejanzas en las reglas de otras instituciones, para ir ensayando sus principios. Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte general, I (Madrid, 1955), página 539.

(81) La existencia de una obligación de alimentos entre cónyuges en Derecho romano clásico es discutida, pero está ya delimitada en Derecho justiniano, dentro de las nuevas tendencias de la época. En D. 23, 3, 73, 1, se admite la restitución de la dote *manente matrimonio* para que la mujer provea con los frutos de la dote a los alimentos. Cfr. E. ALBERTARIO, *La connessione della dote con gli oneri del matrimonio*, en *Studi di diritto romano*, I (Milán, 1933), pág. 310. La precisa formalización de la obligación de alimentos entre cónyuges se contiene, a su juicio, en D. 24, 3, 22, 8.

en cada caso concreto, del derecho a recibir alimentos de su consorte (82), porque el artículo 143, 1.º no condiciona su exigibilidad al supuesto de que la separación se haya decretado judicialmente; por lo que, considera la Sentencia de 28 de febrero de 1969, «cualquier limitación que al interpretarlo se adoptara en tal sentido, sería opuesta al principio general del derecho *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*».

La razón de analogía para apoyar esa solución se basa por la jurisprudencia en lo previsto en los cánones 1130 y 1131 del *Codex juris canonici* que permiten, en determinados casos, la separación por autoridad propia en el artículo 1.434, 2.º del Código civil, que no supetita a la circunstancia contraria la percepción de este derecho.

Por vía analógica la jurisprudencia ha llegado a admitir que cuando la separación sea mutuamente consentida se reconoce ese derecho; no, en cambio, en aquellos otros casos que, a pesar de guardar analogía *facti*, por tratarse de separaciones de hecho, carecen de una base de concordia mínima en que apoyar el convenio (83).

Otro supuesto de analogía que se basa, dentro de los alimentos legales, en la expansión de un principio acomodado a las exigencias sociales, es la ampliación de la base subjetiva en la obligación de alimentos impuestos a los ascendientes. La Sentencia de 24 de noviembre de 1925 declaró que el nieto sólo puede reclamar alimentos al abuelo cuando no tenga padres o estos se hallen imposibilitados; ¿puede extenderse por analogía la noción de «imposibilidad por razones sociales» (84), v. g., si resulta ineludible la permanencia de la madre en el hogar familiar para la atención de los hijos? Ya se vio anteriormente un supuesto de la «pequeña jurisprudencia» (85) confirmando este criterio, de indudable trascendencia en nuestros días, caso de fallecimiento del padre, en accidente; aunque queda la madre

(82) No podría hacerse extensivo este principio favorecedor del Derecho de alimentos en supuestos especiales tipificados; como lo dispuesto en el artículo 1.379, no es susceptible de extensión analógica a las uniones ilegítimas. Sentencia de 20 de enero de 1927. El beneficio que concede a la viuda este artículo, declara esta sentencia, está basado exclusivamente en la existencia del vínculo matrimonial, y no es extensivo a las uniones ilegítimas.

(83) En cambio, sí sería válida y eficaz una promesa de alimentos cuando se establece pensando también en los hijos, aunque las relaciones entre los padres surjan de concubinato. Vid. Sentencia de 17 de octubre de 1932. En S. de 4 de mayo de 1970 el Supremo concede alimentos ex artículo 1430 en caso de disolución de la sociedad de gananciales por causa de sentencia de separación personal. Vid. el comentario que hace a esta sentencia J. DELGADO ECHEVERRÍA, en ADC, 23 (1970), pág. 828.

(84) Es principio fundamental del Derecho de obligaciones que el deudor quede liberado de cumplir la prestación cuando se encuentra ante una absoluta imposibilidad física o moral de hacerlo. El que no tiene más que lo suficiente para cumplir con los deberes de su casa se encuentra imposibilitado para cumplir con los demás. Cfr. F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, II, Derecho de familia, 2 (Madrid, 1963), pág. 269. El fundamento último de este principio radica en la preferencia otorgada en el ordenamiento jurídico al deber de la propia conservación.

(85) La Sentencia de 21 de noviembre de 1968 advierte que es impropio calificar de «pequeña jurisprudencia» a las sentencias de la Audiencia Territorial.

con posibilidad de trabajar no debe desatender el hogar familiar. La noción del trabajo en el hogar familiar, no rentable de modo inmediato en la vertiente económica, tiene mayor relevancia social y exige poder reclamar alimentos de los abuelos, que están en mejor posición económica (86); cuando, a pesar de la capacidad de trabajo de la madre (87) para otras tareas no domésticas, no podría ésta cumplir la prestación sin desatender necesidades más apremiantes de su familia.

En los casos en que, como sucede con los hijos legitimados por concesión real o naturales reconocidos, quedaría excluida, con una interpretación literal, la exigibilidad de elementos de «abajo hacia arriba», los ascendentes más allá de los padres, ¿ese criterio, no legal, sería actualmente aplicable?

Indudablemente no, si se entiende como una inherente finalidad de la deuda alimenticia la protección a la familia en sentido estricto y por el carácter de regla especial que no permite interpretación extensiva sino dentro de su propio espacio (88); pero sí, si se parte de la función social y económica de la obligación de alimentos: presidida por esa idea de solidaridad social, que es especialmente constreñible ya en el ámbito familiar. La prestación de alimentos no se basa ahora tanto en un hermético contexto familiar como en el escenario social que tiene en la familia una específica juridicidad (89).

(86) En Sentencia de 10 de enero de 1906 declara el Supremo que no tienen obligación los padres de suministrar alimentos a su hija casada ni a sus nietos si el marido no se halla física ni moralmente impedido. Criterio distinto al de la sentencia aquí referida. Pero este criterio, ¿es aplicable por analogía al supuesto de que sea la madre imperiosamente reclamada en el trabajo del hogar?

(87) La pretensión de alimentos presupone en nuestro Derecho que una persona no se puede mantener por sí misma (arts. 146, 147, 148, 152), y exige tener en cuenta tanto su *patrimonio* como su *capacidad* de trabajo. Cfr. las notas de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. CASTÁN TOBEÑAS al *Derecho de familia* de T. KIPP y M. WOLFF, trad. 2.º ed. alemana, 4.º, 2.º (Barcelona, 1952), pág. 243. La capacidad de trabajo juega, dicen los anotadores, un papel esencialísimo en nuestro régimen legal de alimentos, toda vez que basta la mera *posibilidad* de que el alimentista ejerza un oficio, profesión o industria o haya adquirido un destino que le rindan lo necesario para la subsistencia, para que cese la obligación de darle alimentos. En este extremo la jurisprudencia es menos rígida, a partir de la Sentencia de 15 de diciembre de 1942.

(88) Como el Código, al hablar en el artículo 144 de descendientes y ascendientes, no distingue entre los legítimos y los naturales, hay que comprender en la regla a unos y otros, pero desde luego, si el alimentista es un hijo legítimo por concesión real o natural reconocido, no ha de pasarse de los padres en línea de los ascendientes, pues la ley, en la filiación ilegítima limita a los padres la obligación de alimentos a la prole, sin extenderla a los abuelos (arts. 143, 3.º y 4.º y S. de 6 de julio de 1895). Cfr. B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. CASTÁN TOBEÑAS, notas al Derecho de familia, de T. Kipp y Wolff, pág. 246.

(89) Otro principio de la materia, dice J. Dabin, que clama por su revisión, es que la filiación natural no produce efectos más que en el primer grado, en las relaciones entre el hijo y sus padres, con exclusión recíproca de los otros miembros de la familia. La razón de este principio, dice este autor, no formulado en términos generales en el *Code* pero que deriva

Otra base fáctica de analogía se advierte en el comportamiento del alimentista. El artículo 152 niega el derecho cuando la necesidad del alimentista procediera de su mala conducta o de falta de aplicación al trabajo. La Sentencia de 24 de diciembre de 1940 extiende al artículo 143 del Código civil lo explícitamente consignado en el artículo 152, apoyándose, precisamente, en la expansividad de un principio con arraigo social: no imponer una carga legal que pudiera ser fomentadora del «vicio», criterio este que se deduce de su sentido y espíritu en toda la disciplina de los alimentos legales. Es forzoso entender que no se refiere (el art. 143) al caso de que el alimentista carezca de ocasión, contra su voluntad, para encontrar medios con que atender la satisfacción de sus necesidades, sino que es preciso que el estado de penuria haya sobrevenido por su mal comportamiento. La referida sentencia extiende este criterio, en el caso concreto, por analogía, a los hermanos luego de declarar su vigor como principio normativo (90).

En los alimentos convencionales ¿sería aplicable por analogía este principio? Entiendo que sí, pero, para fundamentar dicha afirmación es preciso acudir no al mecanismo legal sino causal, que nos permitirá deducir un principio de analogía *juris*.

Ciertamente, resulta más problemático en los alimentos convencionales contemplar como supuesto único el mal comportamiento del alimentista y no del obligado a prestarlos. Pensemos en un supuesto que propone el profesor De Castro, refiriéndolo a la simulación, la clásica donación disfrazada de compraventa.

Una tía dona generosamente a su sobrina (por escritura de compraventa) la finca que constituye toda su fortuna, con la condición de que la cuide (a la tía), hasta su muerte; dueña de la finca, la sobrina se casa y abandona a su anciana tía quien pide entonces la nulidad de la donación.

Aparte del problema de si la escritura de compraventa sirve o no para cubrir la forma de la donación, cuestión esta resuelta negativamente por la sentencia reseñada por el profesor De Castro de 27 de junio de 1953 (91), la nulidad podría instarse —a mi juicio— en base

en línea directa del sistema individualista del reconocimiento voluntario, es que cuando un individuo ha procreado un hijo natural que reconoce, este *affaire* no atañe más que a él sin que pueda entrañar consecuencias jurídicas en favor o en detrimento de los otros miembros de la familia. Cfr. J. DABIN, *Le statut juridique de l'enfant naturel*, pág. 93.

(90) Por tratarse de una regla sancionadora no admitiría la analogía. Realmente, es más bien una interpretación extensiva para la diferencia entre ambas, como admite la doctrina más común, es una diferencia de grado. Aun cuando la ley sólo hace referencia a los descendientes, el Tribunal Supremo había extendido dicho criterio a los hermanos en Sentencia de 16 de mayo de 1883. La interpretación en materia de alimentos ha estado presidida a lo largo de la historia de su configuración jurídica por una regla de especial interés también en nuestros días: *Non debet fieri interpretatio contra alimenta, quae de sui natura sunt favorabilia*, cfr. DE SERAPHINI, *Aureae decisiones* (Romae, MDCXIII, 1956), pág. 1604.

(91) Cfr. F. DE CASTRO, *La simulación y el requisito de forma en la donación de cosa inmueble*, en ADC (1953), pág. 1005.

a la falta de causa para retener, fundamentada en un comportamiento desleal, además de la revocación por la causa establecida en el artículo 644 del Código civil, o, según el artículo 648, por causa de ingratitud.

Pero para establecer las bases de analogía conviene no perder de vista la histórica diferencia entre lo que son auxilios necesarios —mal llamados alimentos propios— y los alimentos impropios (92). Ambos son medios de asistencia, pero los alimentos «impropios» son más amplios. Así se hace notar en Sentencia de 15 de diciembre de 1942 «según el artículo 142 del propio Código los alimentos se han de prestar según la posición de la familia». La obligación de alimentos no desaparece por el mero hecho de que dicho alimentista ejerza un oficio, profesión o industria, si se ve obligado, a pesar de ello, a vivir con estrecheces. Los alimentos, declara la Sentencia de 27 de marzo de 1900, son un modo de asistencia más amplio que lo que el artículo 143 del Código civil llama auxilios necesarios para la subsistencia y no deben confundirse con estos (93).

Los alimentos convencionales si las partes están unidas por vínculos de parentesco exceden ordinariamente los auxilios necesarios; cualquier convenio que niega o limita estos últimos será nulo; en tal sentido constituyen uno de los límites entre los que puede moverse el acuerdo de las partes.

De ahí la genérica definición recogida por el Tribunal Supremo en la Sentencia del 8 de marzo de 1962, al calificar las obligaciones ali-

(92) En tales casos, *singularia non sunt extendenda*. Los preceptos en que se reduce el *quantum* de asistencia a «lo indispensable» son de interpretación restrictiva, y les es aplicable el brocardo *inclusio unius, exclusio alterius*. La base para la analogía radica, por consiguiente, en los alimentos «impropios» o «civiles», aunque esa distinción está actualmente superada por anacrónica, discriminadora y vejatoria.

La diferencia entre las obligaciones propias y la obligación de alimentos impropia se basa en la distinción entre el fin y los medios. Se trata de una obligación propia, decía Schanze, cuando el fin, el mantenimiento del alimentista es asumido por el contenido de la prestación, una típica prestación de hacer. En las deudas alimenticias impropias el fin está fuera del vínculo obligatorio, la prestación tiene un contenido de *dare* pensión alimenticia, una suma determinada, etc.

Para Cicu, en ambos casos el fin es el mismo, el mantenimiento de la persona, pero actúa en dos direcciones, como *medida* de la prestación, alimentos propios o como *resultado* al que tienden los medios, y, por tanto, entraña una actividad del obligado dirigida a su logro, alimentos impropios. Vid., sobre la cuestión, A. CICU, *ob. cit.*, pág. 150.

Quizá el origen histórico de la distinción radique en la interpretación de dos términos que en Roma significaban el mismo concepto, con mayor o menor amplitud, *victus*, más restrictivo, y *alimenta* más comprensivo; los *alimenta* incluyen también el *vestiarium* y la *habitatío*, que no entraban originariamente en el legado de alimentos.

(93) La doctrina llama también alimentos *naturales* a los indispensables, para cuya fijación no se tiene en cuenta la posición social de la familia ni el criterio de proporcionalidad establecido por el artículo 143. Comprenden los auxilios necesarios para la subsistencia y los gastos indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio. Vertido este término a un significado actual sería más propia su sustitución por «educación suficiente».

menticias como un deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra u otras (94); la subsistencia se denota como el soporte común a las prestaciones de alimentos.

Como puede advertirse, la analogía no tiene como único punto de apoyo la disciplina legal relativa a la obligación de alimentos entre parientes, puesto que el derecho de alimentos no se funda exclusivamente sobre un deber estricto de familia.

Por eso los criterios de interpretación analógica se alcanzan mejor desde el punto de vista del fin —asegurar a una persona medios de asistencia— que ceñidos al origen convencional o legal de la deuda alimenticia (95); con ese enfoque —función de mantenimiento— a pesar de la diversidad de origen se esclarecen muchas dificultades prácticas.

La doctrina francesa más reciente, a mi juicio, no siempre acertadamente ha destacado la influencia del fin en el régimen de la prestación de alimentos. Entiende Savatier, en esta línea, que siempre que una obligación contractual o testamentaria contiene una pensión de alimentos el crédito correspondiente se encuentra profundamente influenciado por este carácter. «Es intransmisible e inembargable. No puede ser objeto de renuncia» (96). Como puede advertirse la asimilación con el régimen legal es excesivamente condicionadora en este autor del ámbito de la autonomía. A mi entender, el único ámbito al que son aplicables esas notas es a los «auxilios» necesarios entre parientes fijados por vía convencional, en cuanto que contienen el mínimo legal, lo no disponible, pero no a otras obligaciones que rebasan ese mínimo, nazcan o no del parentesco, como ocurre cuando la percepción de alimentos es a cargo o por cuenta de un tercero y sin obligación de resarcirlos (97). La Sentencia de 26 de enero de 1961 declara, en uno de los considerandos, que debe hacerse una profunda distinción en cuanto a la percepción de alimentos a cargo y por cuenta de un tercero y sin obligación de resarcirlos del supuesto en que la pensión se obtiene de caudal propio (98).

(94) Definición que recoge literalmente la de BONET, *Compendio de Derecho civil*, IV (1960), pág. 691.

(95) Si el padre suministra alimentos a su hijo sin necesidad y no manifiesta con actos o palabras su intención de hacerlo a título de préstamo, dice Glück, se presume, por razón de piedad, haber hecho una donación. Cfr. F. GLÜCK, *ob. cit.*, pág. 155. La eficacia de dicho suministro de alimentos seguiría en tal caso las reglas de la donación, reducción, etc.

(96) R. SAVATIER, *Encyclopedie Dalloz, Droit civil, Voz Alimentos*.

(97) El Derecho legislado, en expresión del profesor De Castro, crece mediante la analogía «alimentándose sólo de su propia sustancia». F. DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 535. Esa sustancia propia de que se alimenta la deuda alimenticia, valga la redundancia, no se nutre sólo de lo dispuesto en el Código civil entre parientes.

(98) Respecto de cualquier otra persona no comprendida en el artículo 143, dice Scaevola, pueden convertirse con entera libertad cuantas condiciones deseen los interesados, siempre que no sean contrarias a la moral y buenas costumbres, ya que las prohibiciones del artículo 151 atañen única y exclusivamente al derecho de alimentos por ministerio de la ley. Cfr. Q. M. SCAEVOLA, *Código civil*, pág. 488.

Ni siquiera el estado de necesidad en que se encuentra antes de su percepción el alimentista es característica común. En las convencionales la prestación de alimentos suele enlazarse a su vez como contraprestación relativa a transmisiones de bienes o prestaciones de servicios que hizo el deudor. Más aún, ordinariamente el engranaje causal de prestaciones y contraprestaciones resulta criterio de singular relieve interpretativo en los alimentos cuya fuente es el contrato. El acreedor alimenticio no tiene entonces derecho en calidad de pariente sino como parte, en virtud de la realización de un contrato. No se ve por qué hayan de ser las reglas de obligaciones de alimentos basadas en el parentesco las que dicten criterios de analogía en obligaciones que, como las contractuales, nacen con presupuestos distintos (99).

El contrato puede actuar también no sólo como fuente sino como receptáculo de una obligación natural o de un deber moral preexistente; si este se basa en el parentesco, puede dar lugar a una «concurencia de obligaciones de alimentos», de distinto origen y cuyas reglas organizadoras han de coordinarse en razón al fin (100).

(99) Por la misma razón puede ordenarse un legado de alimentos a pesar de que el alimentista ejerza una profesión, oficio o industria o disfrute de rentas que rebasen el mínimo de lo constreñible, el hecho de la subsistencia, siempre que tengan la función de satisfacer una necesidad vital. En este caso, para lo no previsto, la ley particular es lo dispuesto en el artículo 879 del Código civil, que limita la duración a la vida del alimentista.

(100) El fin a que se refiere la deuda alimenticia puede ser el de dar eficacia jurídica a un convenio que trata de paliar las consecuencias derivadas de una anterior situación ilícita y prohibida. Así, por ejemplo, el compromiso de pagar cierta cantidad mensual durante la vida del oferente, solicitada y aceptada por la persona a quien se ha dirigido la promesa formal, instituye una obligación a cargo del emitente mediante acuerdo vinculativo, a pesar de que la motivación de este negocio jurídico unilateral se basa en unas anteriores relaciones ilícitas entre un hombre y una mujer. En Sentencia de 17 de octubre de 1932, considera el Supremo que «al romperse éstas por el desamparo infidente del seductor y reconocidos por éste en la promesa formal de la pensión ofrecida, vinieron a transformarse en una obligación civil, perfectamente coercible, a virtud de la cual el deudor, ha de pagar no «donandi» sino «solvendi» ánimo, porque el signatario de los documentos en que mediante la promesa quiere cubrir un deber de conciencia no lo hace con intención de gratificar..., sino acuciado por las reiteradas instancias de la mujer seducida y abandonada..., y estimulado también por las propias responsabilidades morales cuya asunción queda explícita en los términos categóricos de las cartas dirigidas a la amante y ésta aceptó al recibir las primeras pensiones mensuales, suspendidas radicalmente por el obligado a darlas con manifiesta violación del compromiso contraído».

Modernamente se señala como tendencia basada en la idea de derecho-función, la de que más que imponer la paternidad o maternidad ha de proveerse al máximo de obligaciones patrimoniales a cargo de los progenitores que no quieren proveer a sus procreados. Cfr. E. GERMANO y F. SANTANERA. *Nuovi orientamenti in materia di filiazione*, en Rivista di Diritt. matr. e dello stato delle persone., X (1968), pág. 635.

Este criterio se apoya más que en la noción *status* en la idea de responsabilidad por actos. Vid. P. RESCIGNO, *La tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, en Riv. dir. matr., VII (1965). pág. 44.

Una característica común a las obligaciones de alimentos, cualquiera que sea su origen y régimen, convencional y legal, es la influencia que en su exigibilidad tiene la conducta. En las obligaciones legales, la conducta del alimentista es relevante, como antes se dijo, tanto entre descendientes (101) como entre hermanos y cónyuges. Incluso más que al estado matrimonial propiamente dicho (102) la percepción de alimentos entre esposos depende, de hecho, de la conducta del alimentista; en casos de separación se requiere —como se ha visto ya— para el ejercicio del derecho que el cónyuge que lleva la iniciativa unilateral tanto en la separación como en el divorcio, no sea culpable. En las obligaciones convencionales contractuales la conducta se fundamenta en la noción misma de vínculo contractual, en la buena fe.

Cuestión distinta es que sea un criterio acompasado a las circunstancias actuales apoyar sólo en la «culpabilidad» la condena a la privación de alimentos. Exonerar a la familia es hacer que grave sobre la sociedad entera una deuda que no es suya, que ninguna razón justifica el traspaso de esa carga. La falta del indigno —se dice— no es mayor para la familia que para la sociedad, ¿«por qué liberar a aquellos obligados en primer lugar y que soporten la deuda los obligados en segundo»? (103).

b) *La analogía y los principios reguladores de otras instituciones.*

¿Cabe la analogía por razón del fin con otras normas no típicamente reguladoras del derecho alimenticio? Parece que sí; así ocurre con las normas de la desheredación. En el caso de indignidad sucesoria pierde la vocación de alimentos quien pierde la vocación a suceder, por más que el origen del crédito de alimentos pueda ser del todo independiente de la sucesión *mortis causa*. Quien viola los más elementales deberes de solidaridad no puede después acogerse a lo favorable (104).

Las razones analógicas pueden establecerse también según la índole de la relación obligatoria surgida del acuerdo: la obligación de

(101) En cambio, el criterio analógico hacia los padres no parece aplicable, quizá quepa recordar la regla romana: *Quamquam enim legum contemptor et impius sit tamen pater est.*

(102) Así como las facultades de estado, por su carácter personal y de orden público, están sustraídas al poder de disposición individual, la deuda legal alimenticia entre parientes se corresponde con facultades derivadas de una situación de estado que permiten mayor intervención de la autonomía y están sometidas a otras reglas. Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*. II (Madrid, 1952), pág. 88.

(103) Cfr. J. PELISSIER, *ob. cit.*, pág. 136.

(104) Si el legatario hubiese incurrido en alguna de las causas del artículo 756 no podrá entrar, dice Scaevola, en posesión o disfrute del legado de alimentos. No porque pierda el derecho a estos, sino porque no lo adquiere en virtud de lo dispuesto especialmente por la ley para el caso de los alimentos por última voluntad. Cfr. Q. M. SCAEVOLA, *Código civil*, pág. 484.

asistencia es una obligación de hacer; sigue, por tanto, las reglas de las obligaciones cuya prestación consiste en *un facere*, mientras que la deuda alimenticia consistente en una pensión económica se atribuye a las obligaciones de dar. La distinción entre la obligación de dar y obligación de hacer está prevista por el legislador en la obligación de alimentos legales. Así, por ejemplo, la obligación de educar es una obligación de hacer, velar por la educación suficiente del alimentista. La obligación pecuniaria o de dar, puede incluso atribuirse a personas distintas a las obligadas a *un facere*. En la ya referida sentencia de la Audiencia Territorial de Palma, la obligación pecuniaria corresponde a los abuelos, la de educar a los hijos, a la madre. Pero la educación, como fuente de gastos, se reconduce a una prestación de dar (105).

La definición amplia recogida por la jurisprudencia de obligación alimenticia como deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra u otras (S. de 7 de marzo de 1962), cualifica la deuda alimenticia por el resultado y no por el origen de la obligación. Las fuentes habituales de las obligaciones pueden ser fuentes de los créditos por alimentos y aplicables por tanto sus principios fundamentales. La obligación descansa, entonces, sobre una *actividad* (contrato, testamento) y no sobre una *cualidad*, parentesco (106). La adquisición del derecho es consecuencia de un acto jurídico.

El acto puede ser a título gratuito, una liberalidad, o a título oneroso, en que la obligación de alimentos figura como contraprestación de atribuciones de bienes, servicios prestados o de trabajo. Cualquiera que sea el origen de la prestación, acto unilateral o contrato, acto a título gratuito u oneroso, es alimenticia cuando, con esa específica destinación permite al acreedor satisfacer una necesidad vital.

Una de estas figuras negociales, frecuentes en los sistemas forales, es la formulada en estos términos: «vivir juntos y comer en la misma

(105) Las prestaciones *in natura* no puede en ningún caso ser cedibles, sí, en cambio, las pensiones económicas cuando forman prestación de *dare*. Pero en materia de alimentos el *dare* y el *facere* se entrecruzan. Por eso, por ejemplo, la educación cabalmente consistente en un *facere* se desglosa en partidas de efectos económicos, de gastos, y se expresa en contenido de *dare*, una cantidad, unas pensiones, etc. Forman, como se ha dicho antes, una cadena eslabonada de prestaciones, cada una de ellas tiene su raíz en la otra.

Con relación a los pactos de educación y sus implicaciones, caso de separación, Vid. M. CICALA, *Considerazioni intorno agli accordi non patrimoniali fra coniugi*, en Rivista del Diritto matrimoniale e dello stato delle persone, IX (1967), pág. 484.

(106) Reducir todos los supuestos de *ius alimentorum*, dice Blas Piñar, al mismo módulo, imponiéndoles el mismo cuño, es tanto como difuminar la línea divisoria entre el campo de las obligaciones que gira en el mundo de los derechos patrimoniales y el campo de los deberes jurídicos que se mueve en el mundo de los derechos de la personalidad. Por eso, la extensión análoga de las normas legales sobre la deuda alimenticia entre parientes debe plantearse, añade, arrancando no del objeto o contenido de la prestación, ni siquiera del título o razón de la misma, sino de la finalidad que persigue y trata de cubrir. Cfr. B. PIÑAR LÓPEZ, *La prestación alimenticia en nuestro Derecho civil*, pág. 12.

mesa»; por tratarse de una obligación de hacer —de contenido económico— puede cambiarse su ejecución de mutuo acuerdo o, caso de incumplimiento, por un equivalente, una obligación principal y una subsidiaria, de hacer y dar respectivamente; el resultado práctico, asegurar los derechos del alimentista, que cumple la correlativa prestación, es un criterio interpretativo, que no siempre reconduce el carácter de la obligación de alimentos al de una deuda alimenticia familiar.

Pero la analogía no puede ser empleada sin cautela: una solución consagrada por el Derecho para una situación determinada no puede extenderse a otras situaciones mientras no se constate que entre todas ellas hay identidad. Piénsese en la analogía entre esas obligaciones de alimentos legales graduables según el grado de fortuna del obligado y las necesidades del alimentista, y las que propenden a deberes de subsistencia por razón de indemnización —accidentes— o de trabajo —salario—. La regla analógica sería desajustada (107).

Por último, establecida por pacto una obligación de alimentos transmisible no rige el principio *res inter alios acta neque nocet neque prodest*. Como es sabido, el principio general de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos y no afectan a terceros, no rige si, por naturaleza, por pacto o por disposición de la ley, la obligación es transmisible.

¿Qué reglas de las que regulan la obligación de alimentos entre parientes no son aplicables a las deudas alimenticias?

Para dar respuesta a este interrogante el mejor camino es también el señalado por la jurisprudencia.

Ya se ha dicho anteriormente que la necesidad —lo necesario— es el centro de los criterios legales en que se basa la deuda alimenticia entre parientes. La Sentencia de 6 de octubre de 1904 declara que, «establecido por contrato privado el derecho de la madre a recibir de su hija determinada cantidad y a que la alimentase teniéndola en su compañía, sentándola en su mesa y asistiéndola en sus enfermedades, es evidente que la madre, prescindiendo de dicho contrato, no puede pedir alimentos, por no encontrarse necesitada de ellos, y que sólo si hubiese justificado que estaba abandonada por su hija, sin recibir de ésta los alimentos obligados, es cuando, aparte el contrato, y sin perjuicio de ejercitar las acciones derivadas del mismo, hubiera podido, por razón de urgencia, entablar la reclamación de alimentos». Se trata, por tanto, de dos esferas normativas distintas, la ley y la autonomía; ahora bien, lo no previsto, ¿qué base legal tiene para colmar las lagunas? Y, por otra parte, ¿las lagunas legales, cómo han de llamarse?

Hemos visto hasta aquí los diversos supuestos a que la jurisprudencia ha extendido la aplicación analógica. La cuestión tiene importancia, además de práctica institucional ya que implica que para establecer la analogía, existe en ambos supuestos particulares un principio

(107) En estos casos la responsabilidad se basa en otras reglas, daños, perjuicios, dependencia económica, etc.

general que sea común. La analogía no supone un simple paso de lo particular a lo particular, sino que requiere, dice De Castro, subir al principio general de otro particular (con el que tiene la nota común (108).

Agrupando todos los supuestos a que se ha extendido un criterio analógico se comprueba la permanencia en el tiempo de la tendencia expansiva de los alimentos, del favor jurídico de que gozan las causas de alimentos, y, simultáneamente, una tendencia que paralelamente por vía analógica, dirige la conducta del alimentista por los cauces de la buena fe, de la concordancia, de la utilidad a la sociedad.

Por analogía se concede a la separación convencional una eficacia sobre la que puede basarse lícitamente el establecimiento de una deuda alimenticia, asimismo se extiende la obligación de alimentos, pensión alimenticia, a los abuelos cuando la madre no puede abandonar, sin grave obstáculo, las tareas del hogar, etc. La interpretación dada a la expresión «imposibilidad» engloba razones sociales y ha servido de base a esta interpretación extensa para ampliar el círculo de los directamente obligados.

Es de destacar, dado su alcance sancionador, que lo dispuesto para los descendientes como motivo de «decadencia» de la obligación, caso de culpabilidad y mala conducta se extiende también por analogía a los hermanos y a los cónyuges. En todos estos casos un principio general se amplía a supuestos fácticos contemplados por reglas de carácter especial. Pero incluso, en los convencionales, que exceden el mínimo de asistencia, se llega al mismo resultado por analogía *iuris* a través del mecanismo de la causa, ingratitud, principio de buena fe, etc., principios reguladores de otras instituciones.

c) La analogía en la práctica jurisprudencial.

Veamos ahora otros supuestos a que la jurisprudencia niega una razón de analogía, lo que pone en tela de juicio la expansividad de los principios al no atribuirseles carácter común.

La reciprocidad, artículo 143, falla, en algunos supuestos legales relativos a alimentos y es principio común sólo a ciertas deudas alimenticias familiares (109) legales.

(108) Cfr. F. DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 535.

(109) Los alimentos, dice Sánchez Román, pudieran clasificarse en *familiares o legales*, y *patrimoniales o voluntarios* (convencionales testamentarios o fundacionales), y *judiciales* (definitivos o provisionales). Los primeros están regulados por las *leyes civiles*, con carácter *reciproco* entre cónyuges, entre padres e hijos y entre ciertos parientes, como asunto comprendido en las *instituciones familiares*. Los segundos, constituyen un derecho *patrimonial*, que se regula por los principios y reglas del contrato, de la sucesión *mortis causa* o de la *fundación*. Los terceros nacen por la decisión de los Tribunales, dictada en un procedimiento judicial, bien por virtud de los convencionales o legales declarados en juicio. Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 5.º, 2.º, Derecho de familia (Madrid, 1912), pág. 1226. La reciprocidad ha sido confirmada por la jurisprudencia, Sentencia de 12 de mayo de 1900.

La prelación de obligados que establece el artículo 144 puede ser alterada, Sentencia de 6 de junio de 1917.

La Sentencia de 4 de julio de 1947 declara que el precepto del artículo 145 no entra en juego cuando no se trata de alimentos legales. El principio de la mancomunidad de la obligación de dar alimentos no es nota común a todos los supuestos y no empece establecer una obligación *in solidum*.

Otras cuestiones no están siquiera explícitas en nuestro régimen jurídico como si puede exigirse en caso de desvalorización de la moneda, la elevación de la pensión alimenticia. Es posible revisar o modificar la cuantía de los alimentos legales por razón de las variaciones que experimenten los factores en que ha de basarse su determinación, artículo 147, y siempre cabe la rectificación en juicio plenario de la suma señalada provisionalmente en el sumario de alimentos, artículo 1.187 LEC. La variabilidad de la prestación de alimentos es principio común.

La Sentencia de 15 de noviembre de 1900 declara que es inaplicable el artículo 148 cuando no se trata de la prestación de alimentos entre parientes legalmente obligados a suministrarlos, sino del cumplimiento de un contrato a cuyas cláusulas hay que atenerse para resolver las cuestiones que se originen. La Sentencia de 13 de diciembre de 1900 sienta que pueden reclamarse pensiones alimenticias atrasadas cuando el derecho a percibir las arranca de testamento o fundación, de pacto o de previa resolución judicial. Tampoco es aplicable en casos en que la prestación tiene naturaleza especial, como el señalamiento en el expediente de depósito. Sentencia de 1 de abril de 1960.

El artículo 151 se refiere sólo a los alimentos entre parientes, conforme a las Sentencias de 10 de noviembre de 1948 y 13 de junio de 1950.

Tampoco son inalterables las reglas referentes al lugar y al modo. Sentencia de 12 de junio de 1968 y Sentencia de 25 de marzo de 1958. En la medida en que implican derogaciones al régimen de las obligaciones, no tienen esos principios carácter expansivo.

Por lo que se refiere al artículo 148 ofrece mucho interés la Sentencia de 26 de mayo de 1908 que declara que no puede la hija eximirse de la obligación de prestar alimentos a su descendientes, por el mero hecho de haber transferido al marido sus bienes en dote estimada, pues «siendo éste deudor del precio, no debe considerarse a la mujer desposeída en absoluto de tales bienes» (110).

La reciprocidad nunca es aplicable a la deuda alimenticia derivada del testamento, puesto que la obligación tiene vida, observa Scaevola, en el momento de fallecer el testador. Cfr. SCAEVOLA, *Código civil*, pág. 480.

(110) Uno de los problemas con que en materia de alimentos ha de enfrentarse el intérprete del artículo 148, ap. 1.º, es el de los actos fraudulentos del deudor para colocarse en la imposibilidad de restarlos. Ninguna duda cabe de la impugnabilidad de actos fraudulentos llevados a cabo por el obligado a prestarlos con posterioridad a la demanda. Pero es cuestionable con relación a los anteriores, tanto, dice Castán, porque la res-

El principio de intransmisibilidad en los alimentos legales entre parientes se debe a su carácter estrictamente personal, Sentencia de 6 de julio de 1895, por lo que no se extiende a relaciones típicamente patrimoniales (111). La misma regla contenida en el artículo 151 no se aplica a la prestación alimenticia a favor de los hijos ilegítimos en los que no concurre la condición legal de naturales, artículo 845 (112). Los pactos que establecen la transmisión *post mortem* de la deuda alimenticia requieren una previa calificación, *legatum ex lege*, pactos sucesorios a título singular, legados de pensión, etc. En todos estos casos la regla seguirá los principios de la institución de que forma parte, no siendo plenamente atraída por las prescripciones legales entre parientes. Ha de atenderse a la coordinación de los criterios que rigen una relación compleja y no debe introducirse una perturbadora desorganización al aplicar fuera de su contexto normas que tienden a una específica finalidad.

Tampoco pueden ser interpretadas extensivamente normas derogatorias de las reglas generales del Derecho de obligaciones, como las que responden al principio *in praeteritum non vivitur*. Ya se ha hecho referencia a la Sentencia de 15 de noviembre de 1900, que declaró que el artículo 146 no se aplica cuando sólo se trata del cumplimiento del contrato, a cuyas cláusulas hay que atenerse para resolver las cuestiones que originan y más concretamente la Sentencia de 13 de diciembre de 1900 que admite que pueden reclamarse pensiones alimenticias atrasadas cuando el derecho a percibirlos proviene del testamento o fundación de pacto o de previa resolución judicial.

Por último, las disposiciones del título VI del libro primero no son aplicables por analogía (fuera del espacio de la regla especial) a supuestos que tienen un régimen específico como los alimentos al cónyuge superviviente y a sus hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber. La reclamación ha de hacerse en el correspondiente juicio de testamentaría, y continúa vigente el derecho al percibo de alimentos mientras se sus-

cisión de los actos en fraude de los acreedores exige que el acto o contrato que se impugne sea posterior al crédito, como porque el derecho a su abono sólo nace a partir de la reclamación judicial. Vid. sobre la cuestión, F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, II, Derecho de familia, VI, 2, pág. 270.

(111) Cuando el contenido de la prestación es un *facere* la intransmisibilidad es inherente a su naturaleza, no así cuando se trata de un *dare*, prestación de dinero.

(112) ¿Podrá admitirse en el Derecho español, se pregunta Puig Peña, el pacto por virtud del cual el beneficiario de una deuda alimenticia conviene con el deudor de la pensión que ésta subsistirá aun después de la muerte del último? En la jurisprudencia extranjera se resuelve el problema de diversas y opuestas maneras, desde luego partiendo del principio de la personalidad de la prestación alimenticia, tal pacto sería nulo por ir en contra de este principio fundamental; sin embargo, la casación francesa ha entendido que tal pacto es válido, pero estimándolo no como una convención sobre los alimentos, sino como una donación de pensión. Cfr. F. PUIG PEÑA, *ob. cit.*, pág. 275.

tancie su impugnación, Sentencia de 28 de mayo de 1966, y 11 de octubre de 1951.

3. Disposiciones legales para supuestos convencionales.

Uno de los preceptos del Código civil más cuestionables desde el punto de vista de los alimentos (113) es el artículo 648, que permite revocar la donación por causa de ingratitud a instancia del donante si el donatario «le niega indebidamente alimentos».

Para comprender este precepto debe distinguirse dos supuestos; que el donante sea pariente del donatario, o que no lo sea. En ambos casos —porque la ley no distingue— si el donatario le niega indebidamente alimentos, el donante tiene la facultad de revocar la donación. De este modo se logra un resultado análogo a una deuda alimenticia cuya consistencia jurídica se obtiene por la vía indirecta de la revocación.

La ley toma la negativa indebida como base de una no justificación de la retención por el donatario. Por eso, el donante puede «repetir» de quien carece de causa justificada para «retener». El artículo 648 no crea una prestación de alimentos directamente exigibles, sino que permite al creditor recobrar la totalidad de los bienes donados.

Pelissier entiende que la revocación de la liberalidad es, en último término, una condena al *máximum*, cuando el donatario no prevea por un *mínimo* de asistencia al donante (114). Pero, a mi modo de ver, cabe otra explicación más convincente, aunque la solución legal escapa en rigor en este caso a la técnica; al alterarse las circunstancias en que se basaba la *causa donandi* el desplazamiento patrimonial resulta injustificado.

Al otorgar la donación el donante se encontraba en una situación de disponibilidad económica trocada luego en necesidad, y, a la vez, la conducta del donatario al incumplir un deber de gratitud, denota un comportamiento reprochable, hasta entonces no conocido *qui alimonia denegat necare videtur*.

Pero la negación «indebida» de los alimentos, ¿qué alcance tiene? Veamos separadamente los dos supuestos antes referidos, que entre

(113) Nos limitaremos a señalar alguna de estas disposiciones legales que recogen supuestos de deudas alimenticias, concediendo mayor margen a la autonomía privada y cuyo tratamiento es distinto de las deudas alimenticias *ex lege*. Entre otros cabría incluir aquí el artículo 1.379 del Código civil, que contempla el supuesto de disolución del matrimonio por muerte del marido, y que permite a la mujer optar entre exigir durante un año los intereses o frutos de la dote, o que se le den alimentos del caudal que constituye la herencia del marido. La Sentencia de 20 de enero de 1927 basa este beneficio en la existencia de vínculo matrimonial, por lo que no es extensivo a las uniones ilegítimas.

(114) Cfr. J. PELISSIER, *ob. cit.*, pág. 124. Pero a mi modo de ver, el artículo 648 no es tanto un precepto sancionador como un precepto permisivo; otorga al donante una facultad por más que basada en el incumplimiento del *ius gratitudinis* por el donatario.

donante y donatario exista parentesco o que no intervenga dicha cualidad.

En el primer caso, niega indebidamente alimentos el donatario que incumple la obligación alimenticia nacida al margen de la donación. Para Mucius Scaevola este precepto sólo puede referirse a aquellas personas que recíprocamente se deben alimentos por la ley. En el mismo sentido entiende Blas Piñar que la donación indebida de alimentos se produce tan sólo cuando el donatario incumple la obligación de alimentos *ex lege* entre parientes (115). Indebido viene a ser un incumplimiento de un deber jurídico, no impuesto por la donación pero conexo con ella.

En tal caso, ¿el donante, cabe preguntarse, ha de haber solicitado judicialmente alimentos y obtenido sentencia favorable, o basta una mera inhibición del donatario ante esa situación de necesidad? Parece ser que es suficiente para el recto significado de la expresión legal «indebidamente» la pasividad del donatario o su negativa infundada, al margen de una eventual controversia judicial (116).

Si no media parentesco, «indebidamente» sólo puede entenderse en un sentido moral, «sin razón justificada», ya que de otro modo, el donatario vendría a ser un tercero obligado a prestar alimentos, lo que elimina la necesidad en que basar la deuda alimenticia *ex lege* y puede conducir a una situación injusta de rebote o peloteo entre los obligados por títulos distintos. Cuando el alimentista debe percibir alimentos por contrato con un tercero, puede decirse que no se encuentra necesitado de ellos, Sentencia de 6 de octubre de 1904; Manresa admite que el donatario niega debidamente alimentos al donante cuando éste, en realidad no los necesita, o cuando existen otras personas normalmente obligadas a alimentarle que *pueden* cumplir esta obligación (117). De aquí que la negativa del donatario no pariente sólomente en defecto de estos sería indebida, a menos que la donación misma lleve implícita en todo caso una obligación de alimentos.

¿De qué naturaleza, se pregunta el profesor Fuenmayor, es semejante obligación? (118). El carácter de los alimentos debidos por el donatario es dudoso así como su aplicación a cualquier tipo de donación. A su juicio, como los alimentos familiares, el que se impone al donatario tiene un carácter autónomo que le aleja del campo de las obligaciones puramente patrimoniales, dándole una fisonomía particular. Se trata de una obligación unilateral, con lo que quiebra la nota de reciprocidad que acompaña siempre a los familiares; el dona-

(115) M. SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*, XI, pág. 682. B. PIÑAR LÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 25.

(116) La contienda judicial, obtenida por el donante sentencia favorable, no implica sin más una negativa indebida, sólo acreditada de modo patente en juicio de alimentos definitivos. Obtenidos los alimentos por vía judicial, ¿queda expedito el camino para la revocación?

(117) Cfr. J. M. MANRESA, *Comentarios del Código civil*, VI, pág. 165.

(118) Cfr. A. DE FUENMAYOR, *La deuda alimenticia del donatario*, en RDP (1942), pág. 154.

tario está obligado indirectamente, con sanción indirecta: la facultad revocatoria del acreedor significa un *medio de presión psicológica*; son también distintos, respecto de la deuda alimenticia familiar, los presupuestos, lo que respecta a su cuantía y extinción (119).

Como antes se dijo, a mi entender, el mecanismo de la revocación se articula a una retención que resulta injustificada. El incumplimiento del deber legal, caso de parentesco, o moral, en los demás supuestos, del donatario permite el recurso a la revocación. El profesor Fuenmayor, al analizar el supuesto de que la cosa parezca por caso fortuito o fuerza mayor, indica que el donatario queda enteramente liberado, pero debiera restituir, por virtud de las reglas de la subrogación real, lo que recibió, por ejemplo, como premio del seguro; es decir, lo que constituiría para él un enriquecimiento sin causa a costa del donante, y, en tal caso, debe también los alimentos.

En último término opera aquí el mismo juego de la *datio*; al resultar injustificada da lugar a la *condictio*, que, respecto del enriquecimiento injusto, es su versión actualizada.

Puede, en tal sentido, hablarse de una obligación de alimentos exigible al donatario que no nace «*ex causa donationis*», pero se enlaza con la *causa donandi*, a través del *ius gratitudinis* para facultar la revocación y marcar la cuantía de los alimentos, en el sentido de que no puede pretenderse del donatario una correspondencia superior a la liberalidad del donante.

Pero, nacida de un deber de gratitud, no es una verdadera obligación de alimentos convencionales (120); trata de proteger un interés no estrictamente patrimonial aun cuando se deriven consecuencias patrimoniales de su incumplimiento.

Entre otros preceptos que previenen la obligación de alimentos figura el artículo 1.408 del Código civil relativo a los gastos de «sostenimiento de la familia», que correrán a cargo de la sociedad, de gananciales. El artículo 1.409 permite, con cargo a la sociedad, convenciones en materia de alimentos destinados a colocación o carrera de los hijos comunes y ampara también el concepto en que se acuerde satisfacerlos con los bienes de la propiedad de uno de los cónyuges (121).

(119) Por el fundamento moral de la obligación, dice Torrente refiriéndose al Derecho italiano donde se recoge la obligación de modo explícito, el donatario está obligado a dar alimentos al donante incluso si el estado de necesidad de éste no se debe a la liberalidad hecha, y en el caso en que el bien donado no produzca una renta suficiente para su mantenimiento. En este sentido ha interpretado la jurisprudencia italiana (Cass, 15 de marzo de 1951), el artículo 436 del Código de 1942 en que se introdujo el derecho a los alimentos del donante. Cfr. A. TORRENTE, *L'obbligazione alimentare e le sue sanzioni civili nel Diritto italiano*, en *Rivista del Diritto matrimoniale e dello stato delle persone*, V (1963), pág. 195.

(120) Dicha obligación no existe cuando no es la *causa donandi* el fundamento del desplazamiento patrimonial, sino que la donación figura como contrapartida, cuando el donante ha recibido un beneficio anterior y correlativo.

(121) La obligación de sostenimiento de la familia y educación de los

Tiene interés el supuesto a que se refiere la Sentencia de 6 de mayo de 1967, de que fue ponente Beltrán de Heredia. Se trata de una donación otorgada por el padre, de la mitad del haber de la sociedad de gananciales, con la finalidad de contribuir a la «colocación» del único hijo del matrimonio, ayudándole al sostenimiento y mejora del negocio de ferretería y juguetería instalado por éste. Donación que se considera incluida en los supuestos que permite el artículo 1.409 en relación con el 1.415, que no requiere consentimiento de la esposa; a pesar de que, en el caso concreto, se utilizó el procedimiento del artículo 1.413, autorización judicial, debido a que, por enfermedad, no podía prestarlo la mujer. El término «colocar», que emplea el artículo 1.409, debe ser, declara la referida sentencia en uno de los considerandos, necesariamente interpretado en sentido amplio, «no reducido al hecho material de dar una colocación o empleo, sino al de situar al hijo en la vida». La colocación con que se intentó cumplir este deber de los padres fue el mantenimiento del indicado negocio que los hechos demostraron no iba lo suficientemente bien para que el hijo pudiera considerarse acomodado con medios idóneos y bastantes y sin que se haya probado impericia, mala administración o negligencia por parte de aquel que pudiesen hacerle responsable de ese resultado.

Lo «donado o permitido», en estos casos, se basa en la autonomía de la voluntad; la ley, artículos 1.409 y 1.415 del Código civil, viene a imponer el límite, para salvaguardar la unidad familiar y evitar perjuicios a la autonomía; por eso es correcta la interpretación de estos preceptos hecha en consonancia con ese fin, más amplio que el estricto deber de alimentos, de realizar, también sobre el plano económico la unidad de la familia, la solidaridad familiar.

El artículo 1.434 del Código civil prevee que el marido y la mujer deberán atender recíprocamente a su sostenimiento (122) durante la

hijos comunes y de los legítimos de uno sólo de los cónyuges, artículo 1.408, 5.º del Código civil, no ha de entenderse, dice Cossío, en los mismos términos que la legal que el Código regula en el Título VI del Libro I del Código civil. El valor de la expresión «sostenimiento de la familia», es, afirma, más amplio, extendiéndose a la responsabilidad de todos aquellos gastos exigidos por dicha finalidad, siendo indiferente que se trate de gastos necesarios o de meros caprichos, siempre que hayan tenido la finalidad antes indicada. Cfr. A. DE COSSÍO Y CORRAL, *La sociedad de gananciales*, t. 50, V, I, del Tratado práctico y crítico de Derecho civil (Madrid, 1963), pág. 79.

122) ¿Se refiere este precepto a la obligación de alimentos restricta o a la más amplia de mantenimiento? O parece ceñirse, por la referencia a las notas de reciprocidad y necesidad, a los alimentos *ex lege*, pero se trata de prestaciones más amplias a las que requiere el mínimo legal; no sólo cubrir la indigencia, sino mantener un mismo tenor de vida. La obligación de mantenimiento, dice Torrente, tiene como fin realizar sobre el plano económico la unidad de la familia. Cfr. A. TORRENTE, *Sull obbligo alimentare dei genitori verso i figli*, en *Giur. Comp. dir. civ.*, III (1939), pág. 309. La Sentencia de 16 de abril de 1963 del Tribunal de Casación italiano, extiende las obligaciones recíprocas de los cónyuges, incluso en caso de separación de hecho por voluntad concorde de las partes, y, por tanto, subsiste por parte del marido la obligación de mantenimiento de la mujer. En el mismo sentido *Cass. de 4*

separación y el sostenimiento de los hijos. La Sentencia de 16 de octubre de 1903, declaró que la naturaleza y el deber de socorrerse es compatible y exigible en todas las situaciones, mientras que el cónyuge necesitado no lo fuera por alguna causa ilícita; el artículo 1.434 guarda relación con el artículo 1.814 precepto fundamental que estudiaremos más adelante.

Por su parte, el artículo 1.894 del Código civil dicta una regla especial en base a ese deber de asistencia social, que, por trascender intereses individuales, puede ser cumplido por otro, por un extraño (123). El distinto criterio que resulta de los artículos 1.158 y 1.159 no es del todo explicable; por qué ha de ser peor condición el que paga por otro una deuda de alimentos que el pagador de otra deuda ajena diferente (124).

III. LOS SUJETOS DE LA RELACION OBLIGATORIA DE ALIMENTOS

1. *Posición jurídica del alimentista.*

Los elementos personales de la deuda legal alimenticia están entre sí determinados por una cualidad inseparable, la del parentesco. El título VI del libro I así lo confirma con la denominación común alimentos entre parientes.

En las convencionales los elementos personales se relacionan entre sí por ocupar una posición jurídica, acreedor y deudor, como en cualquier relación obligatoria de contenido patrimonial.

De ahí que difieran las normas de capacidad y que, así como el carácter personal de la deuda alimenticia legal impide el cambio de sujetos, las convencionales se rigen en este punto por las reglas comunes a las obligaciones.

En este tipo de obligaciones ofrece interés práctico la intención del que presta los alimentos y del que los recibe; a esta cuestión se

de septiembre de 1937, 4 de abril de 1955, 7 de mayo de 1955, 8 de julio de 1953, etc. Cfr. Riv. de Dir. matr., V (1963), pág. 742.

(123) No carece de cierto fundamento la opinión de hacer en determinados casos de la responsabilidad por el mantenimiento un supuesto de responsabilidad objetiva; así, por ejemplo, en base a que la falta de prueba evidente no puede operar en daño del hijo cuando existía la posibilidad de la paternidad (quien ha tenido relaciones con la madre en la época de la concepción). Acerca de este supuesto como caso especial de *Gefährdungshaftung*. Vid. HUBNER, *Die Künftige Rechtssstellung des unehelichen Kindes* (Berlín, 1954), pág. 19.

(124) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II (Barcelona, 1956), pág. 652.

Es el caso del llamado suministro de alimentos. Si un tercero subviene a las necesidades del alimentista tendrá derecho a reembolsarse del verdaderamente obligado. Se trata de una secuela de la doctrina general de las obligaciones, frente al principio *in praeteritum non vivitur* que recoge el artículo 148 del Código civil.

referían los romanistas interpretando un texto de Paulo, D. 3. 5. 33., 34. (125). En el caso de alimentos prestados sin la correspondiente obligación importa tener en cuenta las particulares circunstancias *in facto* y, a la vista de ellas, decidir si la prestación tuvo lugar *animo donandi* o *animo repetendi*. La prueba debe siempre deducirse de hechos tales que manifiesten este *animus repetendi* de manera inequívoca (126).

En el caso de que los padres concedan a los hijos necesitados en concepto de alimentos una suma es de presumir que la prestación se hizo *animo donandi*, no *repetendi*.

En los alimentos de origen legal se interfiere un interés superior al privado de las partes por circunscribirse al ámbito de la familia.

Las partes pueden regular contractualmente la obligación de alimentos entre parientes. En este supuesto es preciso determinar, por un lado, los límites entre los que pueden moverse con eficacia el acuerdo de las partes y, por otro, los efectos del vínculo voluntariamente asumido. En principio es válido el contrato que sea ventajoso para el alimentista, en cuanto que le atribuya una «medida» superior a la prevista por la ley.

Pero en estos casos cabe distinguir dos hipótesis: que las partes hagan abstracción del régimen legal o que adopten el criterio legal como integrador de la voluntad. En el primer caso se seguirán las reglas concernientes a las obligaciones típicamente patrimoniales, en el segundo lo «no previsto» se regula por lo dispuesto en la ley. La posibilidad, propuesta por Cicu, de un convenio meramente ejecutivo de lo dispuesto en la ley en que la libertad de las partes no esté dirigida a crear un vínculo sino a aplicar la ley (127) me parece poco probable. Por su propia motivación el convenio se otorga no para ejecutar lo dispuesto en la ley sino para adecuar a las circunstancias los principios a que responde su normativa, lo que implica una alteración de la medida, de las formas de garantía, del modo de ejecución.

Sin duda alguna hay una «diversidad de construcciones» entre los diferentes tipos de deudas alimenticias, de tal modo que parece explicable que la unidad de la noción se ponga en duda y que haya

(125) Vid. sobre este texto, E. SACHERS, *Das Rechts auf Unterhalt in der römischen Familie*, pág. 335.

(126) El tema de la repetición de los alimentos ya prestados cuando aquel que los recibe venga a mejor situación económica, ha dado lugar a diversas interpretaciones. El problema gira en torno a la presunción o no del ánimo de donar. La opinión más acertada es la que distingue la hipótesis en que quien concede a otro alimentos está obligado a prestarlos, de aquella en que no lo esté. En un caso puede tener lugar la repetición, en el otro no. Puede repetir quien alimenta a un extraño y no ha procedido por puro ánimo de liberalidad si se prueba el *animus repetendi*.

En cambio, no cabe repetición en los alimentos entre parientes, al basarse en un deber natural que las leyes positivas han elevado a obligación jurídica.

Cabría también en el primer caso encontrar supuestos de *negotiorum gestio*, lo que no es compatible con quien actúa en cumplimiento de un *officium pietatis* en que está implícito el *animus donandi*.

(127) Cfr. A. CICU, *ob. cit.*, pág. 190.

autores que nieguen la calificación de deuda alimenticia a las que tienen origen contractual (128).

Si no existe una unidad de régimen es difícil sostener, en efecto, la existencia de unidad institucional. Pero quizá sea esta materia de los alimentos una de las zonas del Derecho en que con mayor propiedad puede decidirse que la permanente tensión entre la libertad y la ley, la autonomía privada y la heteronomía, es constituyente de la vida jurídica. Basta para comprobar dicho aserto con pensar que los supuestos de hecho recogidos en la ley se corresponden con supuestos que originariamente se establecían por la vía convencional.

El testamento y la donación han sido los cauces convencionales que han permitido modelar la deuda alimenticia por los padres a los hijos (129) naturales (Novela, XVII, 5); la prestación de alimentos a los hermanos en situación de necesidad era ya conocida como legado de alimentos, «*Legati causa solvit*»; por extensión de la *actio tutelae* como *actio bonae fidei* (el caso práctico a que alude Juliano) permite *interveniente decreto* al tutor designado en el testamento para ambos pagar una deuda alimenticia a la hermana del instituido heredero aunque disminuya su patrimonio.

Por otra parte, en la disciplina histórica de los alimentos juega un papel importante la *actio negotiorum gestio*. En D. 25, 3, 5, 14, se recoge un rescripto imperial que concede la *repetitio* contra el padre por deudas alimenticias satisfechas por la madre en favor del hijo. La madre tiene derecho a *repetir* porque la obligación compete al padre, pero si éste no lo hace por liberalidad y se dan las condiciones, puede reclamar lo pagado «*negotiorum gestorum actione*» (130).

(128) Cfr. ALFANDARI, *La Droit aux Aliments en Droit Privé et en Droit Public*, II (Poitiers, 1958), págs. 2 y 3.

(129) En época del emperador Valentiniano I, confirmado nuevamente por Teodosio, se permitía al padre que dejase descendientes legítimos y hubiera tenido hijos de una concubina, disponer por testamento o asignar con donación a estos últimos o, incluso a su madre 1/12 de la herencia, y 1/4 de sus bienes si no hubiera hijos legítimos. En cambio, ningún texto de la época habla de una obligación de alimentos por parte del padre. Justiniano concede un derecho hereditario a los hijos naturales incluso en la sucesión *ab intestato* del padre en el caso de que éste no dejase hijos legítimos. El haberles alimentado en la misma casa y haberles tenido como propios era condición imprescindible.

(130) Este texto, dice Longo, no niega también una obligación de la madre. Los magistrados deberán determinar cómo la deuda alimenticia debe repartirse entre los dos. Cfr. G. LONGO, *Contributi di critica esegetica*, I. *Sul diritto agli alimenti*, en *Anali della Università di Macereta*, XVII (Milán, 1948), pág. 219. En el derecho a *repetir* del padre los alimentos que la madre había suministrado al hijo se basó Albertario, para afirmar que necesariamente y exclusivamente estaba obligado el padre o el ascendente paterno. Cfr. ALBERTARIO, *ob. cit.*, pág. 254.

La afirmación de una verdadera obligación de alimentos entre marido y mujer ha surgido de un texto de Ulpiano, D. 24, 3, 22, 8. que habla de una mujer dotada a la que el marido había rehusado el cuidado y sustento aprovechándose de los frutos de la dote en beneficio exclusivo. Los remedios que este texto concede contra los abusos del marido, se dirigen contra la mala administración de la dote.

2. Posición jurídica del obligado.

Sujeto pasivo de la relación obligatoria es el deudor. Pero si bien el deudor es el obligado no siempre es el deudor quien paga.

Cuando lo hace un tercero a quien no incumbe la obligación, es preciso indagar la voluntad del pagador. Puede pagar en calidad de representante, por acuerdo con el obligado, por amistad, por mediar un negocio solutorio.

Ya se ha visto el importante papel que en la evolución del derecho de alimentos ha tenido la intervención de un tercero a través de la *negotiorum gestio*, así como la relevancia que adquiere actualmente la extensión de las indemnizaciones por daños a quien tiene un deber de alimentar a otro (131).

Son, por otra parte, muchas las cuestiones que giran alrededor del carácter de la posición jurídica del obligado, como las posibilidades de *liquidar* la deuda alimenticia por vía de daciones en pago, conversión en renta vitalicia, subrogación, actos fraudulentos para alterar su posición económica, etc. A estos aspectos nos referimos más adelante, al estudiar las garantías de la prestación de alimentos.

Por tratarse de una temática que ha servido de base a recientes trabajos nos fijamos ahora de modo especial en estos extremos: el legado de alimentos en relación con la facultad de optar del legitimario concedida por el artículo 820 del Código civil, y los alimentos establecidos con ocasión de un pacto de separación entre los cónyuges. Por haber suscitado también dudas y dificultades nos referimos, por último, a la concesión de un poder para el cobro de los alimentos debidos.

a) *La reducción de las disposiciones inoficiosas y el legado de alimentos.*

El artículo 820, 3.º del Código civil concede al legitimario la facultad de optar en los casos en que la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, entre admitir la disposición con el gravamen o sólo la legítima sin el gravamen.

Entre las diversas cuestiones que la redacción de este precepto suscita (132) figura la de si debe o no comprenderse dentro del supuesto un legado de rentas alimenticias.

(131) Pero el hecho de que un tercero que sin obligación jurídica asista al alimentando o con convenciones en dinero o manteniéndolo en la propia casa, no hace decaer su derecho a obtenerlos *ex lege*, puesto que, como se ha dicho ya, se trata de ámbitos diferentes. Por más que mientras el convenio esté vigente no entra en juego la deuda alimenticia legal.

(132) Acerca de las dudas que suscita este precepto, vid. A. GULLÓN BALLESTEROS, *El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil*, en ADC (1961), pág. 875, y J. VALLET DE GOYTISOLO, *La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible*, en ADC (1962), págs. 589 y ss.

Los autores que se han ocupado del tema optan por la afirmativa. Lo dispuesto para el legado de usufructo o de renta vitalicia es aplicable en otros casos de gravamen, concretamente, los derechos de uso y habitación, caracterizados también por su temporalidad vitalicia y su difícil valoración, y asimismo parecen comprendidas en la *ratio* del precepto las rentas alimenticias, todavía más inciertas, dice Puig Brutau (133), y más difíciles, por tanto, de valorar que la incertidumbre que afecta a la renta vitalicia.

El legado de alimentos hace notar el profesor Gullón Ballesteros, en determinados supuestos parece identificarse con el legado de renta.

Precisamente ocurrirá así, dice, cuando se da la fijeza e invariabilidad de la renta o prestación periódica que no depende de las necesidades o estado y condición (párrafo 3.º, art. 879) (134).

Se trata, por tanto, de un problema de calificación al que se añade la dificultad, tan debatida, de entender la expresión legal «cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible», ¿Cómo calcular éste valor que exceda al de la parte disponible?

Ya se ha dicho que entre el legado de alimentos y el de renta vitalicia existen diferencias de naturaleza. El legado de alimentos propiamente dicho presenta la característica común a toda deuda alimenticia de la variabilidad en función de las necesidades del beneficiario. A la incertidumbre conexas con la variabilidad de las necesidades se añade la de la duración de la vida contemplada (135). Por eso, entiendo, si la renta es fija e invariable no estamos en presencia de un verdadero legado de alimentos.

Pero ciertamente es difícil distinguir, el legado de rentas y el de alimentos cuando se señala el pago de una pensión periódica por vía de alimentos. El concepto de legado de pensión, dice Puig Brutau, es genérico y puede estimarse que engloba el de educación y el de alimentos (136).

Como ya se ha hecho referencia a este punto en tema de calificaciones, basta ahora recordar que para la recta configuración de un legado de alimentos es preciso que el supuesto sea común al de toda deuda alimenticia: cubrir una necesidad vital y por ende variable. El legado de alimentos tiene por función proporcionar al legatario lo necesario para vivir.

Pero el legado de alimentos puede revestir modalidades diversas en la determinabilidad del «*quantum*» y adoptar formas distintas como las de un legado de renta, de cantidad, etc., de la misma manera que la deuda alimenticia surgida de un contrato asume modalidades atípicas. Incluso, el legado de usufructo puede usarse para este fin.

Este punto de vista se confirma con argumentos históricos. El

(133) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo VIII, pág. 177.

(134) Cfr. A. GULLÓN BALLESTEROS, *ob. cit.*, pág. 878.

(135) Cfr. E. VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, página 210.

(136) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, V, 11, pág. 398.

artículo 696 del Proyecto de 1837, «casi» reproduce el 880 actual, pero justamente ha desaparecido la mención a los alimentos (137). En el artículo 694 del Proyecto de 1851, que se refiere de modo expreso al legado de alimentos, se distinguen los dos aspectos hasta aquí señalados; García Goyena, al explicar la procedencia, indica que el precepto está copiado de los artículos 672 y 673 austriacos, que los extiende a toda la vida, y 44) prusiano, que los limita al tiempo de la necesidad. Señala también que en el artículo 851 sardo dice «El legado de alimentos comprende la comida, el vestido, la habitación y las otras cosas necesarias durante la vida del legatario y puede todavía extenderse, según las circunstancias a la instrucción conveniente a su condición».

Las necesidades de la vida son elemento constituyente del supuesto, al que se añade la variabilidad, que es medible según unos módulos. El artículo 694 aplica, subsidiariamente, los comunes, el estado y condición del legatario y añade el «haber hereditario» que sustituye al patrimonio del obligado.

Si el testador señala una cantidad fija e invariable, en último término implica la sustitución de una obligación de alimentos por un legado de cantidad. Así se confirma en el artículo 695 del Proyecto de 1851 donde se hace notar que pueden legarse los alimentos simplemente sin designación de cantidad, es decir el verdadero legado de alimentos, y en el artículo 696 que prevee esa otra forma de legado de cierta cantidad, «sea o no para alimentos».

Se trata de evitar la indeterminación de la cantidad para impedir la ineficacia, pero siempre como *medida*, para cubrir lo necesario para vivir.

Como en Derecho romano, del que García Goyena indica procede la norma, el legado de alimentos tiene siempre esa función, proporcionar al legatario lo necesario para vivir (138). El testador, dice Voci, puede proveer a esta necesidad en varios modos: en primer lugar, puede atribuir al legatario un bien, cuyo crédito sea destinado a su mantenimiento; el legado de usufructo es, con frecuencia, usado para este fin; las fuentes añaden que análoga función puede ser atribuida a un legado de propiedad. En estos casos, dice, el legado conserva el régimen que le es propio, y si el testador ha especificado que tiene función de alimentos su declaración tiene sólo el carácter de *causa* o de *demonstratio*. D. 34, 1, 22. (139).

(137) Ha desaparecido una mención aclaratoria: *sea o no para alimentos...*

(138) Cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, II, pág. 136.

(139) Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, 2 (Milán, 1963), pág. 308.

El testador, dice, puede proveer también a las necesidades del legatario con prestaciones diversas que puedan ser de distinta naturaleza con fin de alimentos, legado de anualidad, con prestaciones de dinero o de otra cosa fungible, legar un capital a una determinada persona con la carga al fideicomisario de devolver los intereses al alimentando, dejar directamente los alimentos en medida más o menos amplia según que el testador indique «ciba-

En consecuencia, el legado de alimentos puede incluirse en el ámbito de aplicación del párrafo 3.º del artículo 820 cuando sus modalidades se adapten a la *ratio juris* de ese precepto. Pero entiendo que el régimen de la «conmutabilidad» no es aplicable al legado de alimentos completo incluso en el caso de señalar prestaciones económicas cuya «fijación» lleva consigo una variabilidad automática en función del «importe» de la herencia y de las necesidades del alimentista.

El valor del legado de alimentos en su forma típica no es concreto en bienes ni mensurable en cifras absolutas. Su unidad de medida es relativa, su fijación se basa no en datos agregables sino en términos de proporción (140).

b) *Los alimentos en la separación convencional.*

Particular interés ofrece en nuestros días el convenio por el cual el marido, separado de hecho, se obliga a pagar a su mujer una pensión alimenticia. En este tipo de pactos suelen afectarse determinados bienes gananciales al pago de la pensión alimenticia; De la Cámara en un trabajo en que se pone de relieve su penetrante visión jurídica, describe el pacto por el que los rendimientos de ciertos bienes (por hipótesis gananciales) quedan abscritos al pago de la pensión y se faculta a la mujer para percibirlos directamente.

Las dificultades que su establecimiento llevan consigo pueden concentrarse en los dos ámbitos afectados, el régimen económico patrimonial del matrimonio, ya que implica delegación de funciones, y, sobre todo, el problema de los alimentos convencionales, puesto que en el supuesto concreto se hacen cuestionables los límites de su contenido y las posibilidades de garantía.

Con singular maestría, De la Cámara, hace una exposición de los obstáculos que pueden ofrecer, en orden a la validez y eficacia del pacto, los principios que rigen el régimen económico, y, con acierto, va despejando lo que son principios dogmáticos que no resisten un embate sereno de la crítica y seleccionando aquellos otros principios que son verdaderamente rectores, en los que no puede advertirse una incompatibilidad con el convenio de que se trata. Especialmente me parecen vigorosos estos tres argumentos en que el autor basa la valoración crítica de los supuestos preceptos obstaculizadores: sería una sinrazón que el cumplimiento del deber de convivencia se convierta de hecho en fuente de castigo para una sola de las partes; no tiene sentido en nuestros días deducir de preceptos que implican

ria», «cibaria et vestiaria» o «alimenta». El legado completo de alimentos incluye *vestiaria, cibaria, habitatio*.

(140) Refiriéndose al cálculo del valor, punto esencial para la aplicación del precepto, entiende Vallet que si se trata de una renta debería capitalizarse ésta al interés legal sin hacer deducción alguna por su carácter temporal o vitalicio y compararse la capitalización obtenida, con el valor total computable para calcular la legítima a fin de ver si tal capitalización sobrepasa o no de la porción disponible. Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *ob. cit.*, pág. 610.

prohibiciones concretas, previstos para situaciones especiales, en que no cabe subsumir el supuesto que nos ocupa, una regla de incapacidad contractual recíproca de los cónyuges y, por último, el principio de inmutabilidad, referido al artículo 1.320, no afecta para nada a este pacto; al ser norma prohibitiva no cabe una interpretación extensiva a lo que no es objeto de pacto capitular; no cabe tampoco establecer un criterio de analogía con el 1.394. Argumento de más peso, dice sería el 1.315, que impide un otorgamiento de capitulaciones *post nupcias*, pero tampoco es este el caso, puesto que se trata de un precepto de interpretación restrictiva, no aplicable a un convenio en que no se modifica ni el sistema general de administración ni se sustituye por otro el estatuto económico del patrimonio.

Por eso el verdadero núcleo de la cuestión es otro, el referido autor así lo hace constar sin ambages: «La admisibilidad de mi tesis, dice, depende en gran medida de que quede previamente despejada esta incógnita», y se enfrenta de lleno en el problema de los alimentos. En este punto coincido con sus resultados pero difiero de él en la fundamentación de diversos extremos. En síntesis su punto de vista es el siguiente: los obstáculos a la licitud del pacto pueden provenir de la interpretación de los artículos 146, 1.814 y 149. Y las razones en que se apoya para salvar esta dificultad son, expuestas en sus líneas generales, las que se señalan a continuación.

Por lo que se refiere al artículo 149, la separación de hecho no suprime el derecho a exigir el retorno a la vida común. Si ejerce el marido ese derecho y la mujer accede a las exigencias del esposo queda el pacto sin efecto; si se niega y recurre a la separación judicial, entran en juego los artículos 67 y 68, y el juez, en su virtud, podrá satisfacer el convenio o desconocerlo y si la negativa se fundamenta en que el marido lo único que pretende es incumplir lo pactado, esta conducta no debe ampararse. A tal efecto es digna de elogio la doctrina contenida en la Sentencia de 21 de diciembre de 1953, ya analizada.

La conclusión que de este minucioso examen deduce De la Cámara es que los únicos supuestos en que pierde eficacia el convenio básico son, por tanto; si cesa la separación de hecho; si el marido se opone a que la separación continúe y ejerce su derecho de modo veraz (141) y la declaración judicial que declare excesiva o improcedente la pensión.

El acuerdo, por consiguiente, persigue una finalidad lícita el decoroso sustento de la mujer, y pueden en consecuencia, analizarse

(141) El ejercicio de este derecho del marido, incluso de modo veraz, no está exento de dificultades, sobre todo en aquellos casos en que la convivencia puede resultar humanamente imposible o excesivamente penosa sin culpa de ninguno de los cónyuges. En estos supuestos, la cesación de una obligación de mantenimiento pactada, puede hacer antijurídica, si la separación se basa en una «causa justa», la obligación recíproca de asistencia que constituye uno de los puntos cardinales del matrimonio. Vid. sobre la cuestión, *Il Convegno di Como sulla separazione personale tra coniugi*, en Rivista del Diritto Matrimoniale, V (1963), pág. 662.

las posibilidades de garantía. En este punto, si se afectan bienes inmuebles no hay cuestión, ya que el 1.413 ofrece la garantía frente a una arbitraria disposición por el marido; si se afectan muebles, como títulos valores, una medida eficaz puede ser la de constituir depósito a nombre de la mujer (142).

Esta línea argumental parece impecable y conduce a un resultado ponderado y justo; ahora bien, cabe advertir algunos reparos.

Me parece que no es motivo suficiente para explicar que no hay modificación prohibida del régimen conyugal por el hecho, destacado por este autor, de que el derecho a reclamar alimentos no nace del pacto sino de la ley, artículo 143. Como ya se ha dicho, el ámbito de la ley y de la autonomía en materia de alimentos son distintos. Mientras hay convenio no entra en juego la deuda alimenticia legal, y tampoco es la obligación preexistente «*ex lege*» la fuente y el fundamento del convenio. En este caso, los alimentos surgen por pacto, y la ley ofrece simplemente un criterio de interpretación de lo «no previsto».

De aquí que habría de calificarse bien como pensión alimenticia, por el destino y determinar el módulo definidor de la variabilidad, ya que, en otro caso, estaríamos en presencia de otro contrato que, como el de la donación, roza, sin duda alguna, con prohibiciones concretas.

Abunda en este mismo criterio una línea jurisprudencial moderna que respeta, por lo demás, su anterior trayectoria.

Podríamos fijar así esta tendencia jurisprudencial :

1. La separación de hecho libremente consentida entre los esposos implica una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que impone el artículo 56 del Código civil.

De donde se sigue que sus consecuencias no son jurídicamente protegibles, Sentencias de 9 de diciembre de 1932, 17 de junio de 1949 y 30 de septiembre de 1959.

2. Pero no ha de mantenerse por eso una tajante postura que no tenga en cuenta las circunstancias que concurren en cada caso concreto, cuya implicación es decisiva en materia de alimentos.
3. Que no ha de rechazarse, sin más, el deber de alimentos caso de separación libremente acordada, se deduce de una razonable interpretación de los artículos 142 y 56 del Código civil. Ni uno ni otro condicionan la exigibilidad de la prestación al cumplimiento de la obligación de vivir juntos o que la separación se haya decretado judicialmente. Una interpretación distinta contradice, no sólo al principio general de derecho, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, sino también a lo previsto en los cánones 1130 y 1131 del Codex, que permiten, en determinados casos, la separación por autoridad propia, así como el artículo 1.434, 2.º del Código civil.

(142) Cfr. M. DE LA CÁMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, págs. 97 a 111.

4. La culpabilidad de uno de los consortes es lo que le priva de los derechos sucesorios sobre la herencia de otro (arts. 834, 855 y 913) y de la posibilidad de exigir alimentos después de declarada la inexistencia de la unión conyugal.
5. Un argumento *ab absurdum*, a que conduciría mantener vivo el vínculo con que están ligados y reconocer otros derechos tales como los artículos 59, 60, 61, 1.357, 1.361 y 1.387, y no el de alimentos.
6. La circunstancia de no acudir a la vía judicial para recabar la separación del matrimonio no justifica por sí sola la pérdida del derecho sin atender a otras razones que pueden ser encomiables, como el deseo de evitar el escándalo y perjuicio familiares a que puede dar lugar la intervención de los Tribunales.
7. Queda resuelto definitivamente por la jurisprudencia que cesa el deber de alimentos entre los esposos si vivieron separados uno del otro sin consentimiento de éste y por su exclusiva voluntad (Sentencias de 5 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916 y 17 de marzo de 1960), y si no acreditaran la necesidad de recibirlos por gozar de la administración de determinados bienes, Sentencia de 3 de noviembre de 1905.
8. En cambio lo ha reconocido expresamente cuando la separación es mutuamente consentida y no existan méritos suficientes para estimar que quien los solicita los hace derivar de una situación ilícita y contraria a derecho provocada por su exclusiva iniciativa, Sentencias de 16 de octubre de 1903, 27 de abril de 1956, 9 de noviembre de 1957, y Sentencia de 28 de febrero de 1969 que recoge sustancialmente los criterios hasta aquí expuestos.

c) *El cobro de los alimentos por poder.*

Un tema debatido, especialmente en la doctrina italiana, es el de la susceptibilidad de la concesión de un poder para el cobro de alimentos debidos (143).

La cuestión se suscitó a propósito de una sentencia del Tribunal de Génova de 18 de diciembre de 1951, cuya controversia giraba en torno a la eficacia ejecutiva de la sentencia de condena a alimentos, ante la incertidumbre de si permanecían o no los presupuestos de la obligación. Como uno de esos «casos clínicos» a que se refería Car-

(143) La cuestión tiene importancia además de práctica institucional; en razón a su afectación el crédito de alimentos es indisponible, pero esa indisponibilidad no puede ser tan absoluta que impida al acreedor ceder su crédito a un establecimiento público o privado de asistencia que provea sus necesidades; con mayor motivo la concesión de un poder para su cobro. Las limitaciones a la indisponibilidad del crédito lejos de comprometer esa afectación, se hacen de acuerdo con ella. Vid. sobre este tema, en Derecho francés, P. KAYSER, *L'obligation alimentaire en droit français*, en Rivista del Diritto matrimoniale, IV (1961), pág. 187.

neluti, hizo de esa sentencia un comentario, jugoso y sugerente, Pugliese que ha constituido la opinión más autorizada en este punto.

Condenado el marido a prestar alimentos a su mujer por una sentencia previa a la pronunciada después por separación personal en que se declara a éste culpable, se suceden diversas circunstancias que dan al supuesto controvertido un carácter complejo y poco común. Entre otras circunstancias cabe destacar el hecho de que, con anterioridad a la sentencia de separación, la alimentista concedió poder general a su madre para reclamar cualquier crédito y promover acciones judiciales de cualquier especie.

El marido, en medio de una perpleja duda ante el desconocimiento de la actual residencia de su esposa, —fuera de Italia— y de sus condiciones, la persistencia incluso en el *status* de cónyuge, suspende el pago. La representante del alimentista, que se niega a satisfacer la información que le ha sido pedida, solicita el pago fundándose en la sentencia de condena.

En esta situación, se pregunta Pugliese. ¿qué debe hacer el marido? Desde luego, el Tribunal, quizá compenetrado con esa situación singular en que sin culpa ha venido a encontrarse el marido, ante la falta de noticias respecto a la permanencia y al *status* actual del alimentista, declara a pesar de ello, que la sentencia que condena a prestar alimentos constituye un título ejecutivo hasta que no intervenga otra sentencia que declare la cesación o la modificación de la obligación, y que la correlativa ejecución forzosa puede ser promovida por un representante general del alimentista. Pero es, en cambio, atendible la oposición a la ejecución, ejercitada por el obligado que aduce la falta de noticias en torno a la permanencia en vida y al *status* actual del alimentista y prospera al no haber presentado el «procurador general» pruebas aptas para disipar tal incertidumbre.

Indudablemente concurren una serie de circunstancias que suscitan la duda acerca de la fundamentación técnica de esta sentencia. Esta decisión no puede justificarse, dice Pugliese, en el discutido principio de que las sentencias en materia de alimentos se sujetan a la cláusula tácita *rebus sic stantibus*; tal principio no comportaría la ineficacia de la sentencia por el cambio de las circunstancias, contempladas desde el momento de su emanación, sino el poder de obtener una nueva sentencia que determine la cesación o la modificación de la relación y quedaría a expensas del obligado la carga de probar esos cambios.

El hecho de que eventualmente surja una causa extintiva, como puede serlo la muerte de la beneficiaria o la pérdida del *status* de cónyuge, no opera *ipso iure*. En todo caso, la carga de la prueba, que el Tribunal ha invertido, incumbe siempre al obligado y, si la carga de la prueba no incumbe al alimentista, ningún ilícito se deriva por parte de la madre del silencio respecto a la hija.

La fundamentación de la sentencia para conducir al mismo resultado sin necesidad de trastocar principios ni torcer la argumentación jurídica, hubiera podido basarse en el carácter personal de la obliga-

ción de alimentos; carácter personal que implica la incesibilidad del crédito y la exclusión por este crédito de los elementos del patrimonio por lo que cabe dudar de la admisibilidad, en esta materia, del poder y del mandato.

Tedeschi, excluye la legitimidad de un mandato irrevocable, que coincide en la práctica con una cesión, pero reconoce la admisibilidad de un mandato revocable si los alimentos se suministran mediante pensión. En tal caso, no es un cesionario ni hace valer el derecho de otro en su propio interés.

Pero la naturaleza personal de la relación de alimentos hace inconcebible que el beneficiario, en este caso, cónyuge separado, rompa todos los lazos con el sujeto pasivo y se sustraiga a su control. Si se piensa que el obligado puede optar por el suministro de alimentos *in natura*, dar acogida al beneficiario en la propia casa, se comprende que este no puede comportarse como un acreedor cualquiera. La misma variabilidad de la obligación de alimentos exige que el sujeto pasivo sea puesto en condición de ejercitar una indagación sobre la conducta y sobre las condiciones económicas del beneficiario.

Puede pensarse, en consecuencia, que el otorgamiento de poder, en este caso, implica una efectiva cesión o, al menos, que ha cesado el estado de necesidad. «Quien se comporta como la mujer de que se trata en esta sentencia, se pone en contraste con los caracteres esenciales de la relación de alimentos y, si no se pierde el relativo derecho, al menos no puede, por el momento, hacerlo valer» (144).

IV. CARACTERISTICAS PECULIARES DE LA PRESTACION

La prestación de alimentos tiene características peculiares, propias; pero eso no significa que forme un tipo especial, una figura unitaria o independiente que pueda incluirse como una de tantas dentro del cuadro de las modalidades que suelen señalarse en los tratados de Derecho de obligaciones (145).

La singularidad de la prestación de alimentos es, precisamente, la multiplicidad de formas que puede adoptar, la rica gama de posibilidades que permite su contenido, *dare, facere*, etc., pero siempre ofrece una particularidad propia (146).

Su característica propia es la de tender a cubrir una necesidad. De ahí también su doble vertiente; desde el punto de vista del fin al

(144) Cfr. G. PUGIESE, *Efficacia esecutiva della sentenza di condanna agli alimenti e incertezza sul permanere dei presupposti dell'obbligazione alimentare*, en *Giurisprudenza italiana*, I, II (Torino, 1952), pág. 917.

(145) Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), pág. 118.

(146) La tradicional discusión en torno al carácter estrictamente personal de la prestación de alimentos o sus implicaciones patrimoniales, responde en buena medida a ese afán clasificatorio. La deuda alimenticia legal tiene contenido patrimonial, y la que tiene su origen en el pacto lleva consigo, como veremos, un cariz netamente personal, no sólo es patrimonial.

que tiende se trata de una prestación de resultado, el logro de lo preciso para cubrir una necesidad vital, y, por el permanente riesgo (147) lleva implícita la idea misma de esa necesidad, reclama la continuidad en el tiempo de las medidas que han de adoptarse, y la forma de asegurar el cumplimiento mientras dure la necesidad. Por eso, es una prestación de tracto sucesivo (148).

La totalidad de prestaciones que han de hacerse en el caso de que la necesidad afecte a diversos sectores de la vida se designa con el nombre genérico de alimentos.

Veamos ahora separadamente esos extremos, la variedad de las posibles conductas, el contenido mínimo adecuado a la prestación y su contenido variable, lo que nos permitirá, finalmente, trazar la delimitación del ámbito de autonomía en materia de alimentos.

1. Modalidades de la prestación de alimentos.

Advierte Hernández Gil que, a veces, la modalidad de la prestación no tiene mayor transcendencia que la inherente a la particularidad que ofrece, pero, en cambio, otras veces es el presupuesto de verdaderas categorías de obligaciones con un régimen jurídico suficientemente diferenciado en diversos aspectos (obligaciones indivisibles, genéricas, alternativas, dinerarias, de valor) (149).

La prestación de alimentos no es, en tal sentido, una prestación especial con autonomía propia; sus modalidades, cosas, servicios, dinero, ocupan, por así decir, un lugar secundario ante la particularidad propia de los alimentos.

Indudablemente se catalogan entre las prestaciones positivas consistentes en un *dare* o en un *facere* (150) pero pueden revestir también

(147) Empleamos el término riesgo no en su acepción técnica, sino en el significado recogido por los clásicos en materia de alimentos; al tratarse de una necesidad vital, el riesgo abarca la propia vida y «*secundum quod crescit etas crescit alimentorum prestatio*». Cfr. U. NICOLINI, *Il Trattato «De alimentis» di Martino da Fano*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto Verona, 1948, I (Milán, 1953)*, pág. 364.

(148) Es expresivo en este sentido el supuesto a que se refiere la Sentencia de 28 de junio de 1968, relativa a alimentos provisionales, en que el beneficiario es un hijo natural. El padre abre a nombre de la actora en un Banco una cartilla por una cantidad de 25.000 pesetas «creyendo que todas las obligaciones como padre quedaban reducidas a esa cantidad». Por esa lamentable convicción no presta luego ninguna clase de auxilio para la alimentación, vestido y cuidado de su hijo, a pesar de su próspera situación económica. Uno de los considerandos de esta sentencia declara que puede impugnarse la determinación de la cuantía de los alimentos que en virtud de sus facultades hagan los Tribunales de instancia, cuando de modo notorio no se ajuste a la proporcionalidad que preceptúa el artículo 146 del Código civil. En el mismo sentido, Sentencias de 13 de abril de 1951, 21 de marzo de 1958, 14 de abril de 1962.

(149) Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, I, pág. 118.

(150) El concepto histórico de los alimentos se sintetiza en diversas prestaciones tendentes a un resultado: «Que les deben dar que coman, e que bevan, é que vistan, e que calcen, e lugar do moren, e todas las otras cosas

la forma de actividad. Como indica Hernández Gil, en la vida real sucede que los fines útiles (no, sin embargo, estrictamente económicos) son los que mueven a las personas a crear entre ellas vínculos de dependencia o de cooperación. Estas prestaciones, en forma de convivencia y colaboración, son frecuentes —como se ha visto— en sede de alimentos. En ellas se entrecruzan de ordinario las posiciones de acreedor y deudor, como ocurre también en las prestaciones positivas de dar.

Pero la prestación de alimentos tiende a un fin que forma parte de la prestación, cubrir una necesidad. En este sentido figura entre las llamadas prestaciones de resultado. La conducta no se agota en una actividad, sino en su constante tendencia al logro de un resultado, a cubrir una necesidad. Esa permanente presencia del resultado en la conducta se quiere significar en aquella máxima tradicional, la deuda alimenticia «se renueva día a día».

¿En qué medida influye la necesidad de asistencia en la prestación? Ante todo en que no puede la prestación realizarse en un sólo acto o momento, sino que ha de desarrollarse en el tiempo; son prestaciones de tracto sucesivo, que, por la naturaleza del fin que pretenden alcanzar, no admiten dilación (151).

2. *Contenido mínimo adecuado.*

La deuda alimenticia, para que pueda ser calificada como tal, requiere esa permanente tendencia a cubrir una necesidad de la vida. Es, por tanto, el fin que se pretende para lograr un resultado lo que permite subsumir un supuesto en la categoría de deuda alimenticia, no en el carácter alimenticio de los medios que se destinan para conseguir esa finalidad (152). El legado de alimentos, v. g., es

que le fuere menester, sin las cuales non pueden los omes bivar», Ley 2.^a, tít. 19. Partida IV.

En los llamados alimentos propios se basa la prestación en deberes de asistencia.

(151) Esta característica tiene también implicaciones directas en el ámbito procesal. Como hace notar Herce, «por descansar normalmente los alimentos en una necesidad perentoria debe resolverse rápidamente la situación del alimentista; por ello, el legislador, ante la urgencia de la materia, ha establecido medios para la obtención de aquéllos con carácter provisional y evitando el tiempo que supone la tramitación del procedimiento ordinario». Vid. V. HERCE, *Cuestiones procesales en materia de alimentos*, en R. D. Proc. (1945), pág. 225.

(152) La deuda alimenticia responde mejor a la idea de asistencia; su noción estricta coincide con lo necesario para la vida del alimentista; su más acuciante finalidad es mitigar la indigencia. En un círculo más amplio, por encima del límite mínimo de cubrir una necesidad vital, figuran las prestaciones, análogas por su contenido, conocidas con el término de mantenimiento, que realiza la idea de unidad en el plano económico de la familia, instrumento de cohesión familiar. El concepto de mantenimiento es más amplio que el de alimentos, permite mayor ámbito a la autonomía y su entidad patrimonial no se recorta como ocurre con aquellos, según el patrón de las obligaciones de carácter personal. Pero mantenimiento y subsistencia son reductibles, en último término, porque se trata de círculos concéntricos que

históricamente sólo aquel que tiene la función de otorgar al legatario lo necesario para vivir, D. 33, 1, 5, aunque el testador pueda proveer —como ya se ha dicho— a esta necesidad de diferentes modos. Los medios jurídicos empleados conservan su régimen propio pero ocupan, respecto de la verdadera sustancia de la prestación de alimentos, un lugar secundario. En tal sentido la prestación de alimentos tiene una naturaleza particular que le imprime esa permanente adecuación de los medios al fin.

La prestación de alimentos no se agota por el mero hecho de que se proporcionen unos medios al alimentista que pueda emplear en satisfacer una necesidad. Es esa necesidad vital su presupuesto, la que aglutina y da sentido al conjunto de derechos y deberes que articulan la relación obligatoria para que, en rigor, sea alimenticia (153). La prestación de alimentos, —derecho relativo—, ha de ser ejercitable

están presididos por una misma función de solidaridad, personal, familiar, social.

(153) La situación de necesidad se ha planteado como polémica en el caso del legado de alimentos, si es o no precisa la necesidad del alimentando para la concreta eficacia del legado de alimentos.

Caben tres soluciones, una negativa C. GANGI, *La successione testamentaria*, II (Milán, 1952), págs. 90 y ss., que se basa en la antigua tradición romanística y toma en consideración la voluntad del testador, que no se identifica con la intención de asegurar al beneficiado el mínimo de los medios de subsistencia, aunque la presupone; otra, en sentido contrario, admite que sólo una expresa y explícita manifestación de voluntad del testador puede conseguir que el legado de alimentos tenga eficacia prescindiendo *del estado de necesidad del beneficiario*. CICU, *Il testamento* (Milán, 1951), pág. 240, y una tercera, admite que sólo cuando no se puede demostrar cuál fue la intención del testador puede invocarse la interpretación según la cual es presumible que el legado de alimentos se haya hecho con la intención de asegurar al beneficiario contra el peligro de no poder satisfacer las más apremiantes necesidades de la vida. Vid. A. TRABUCCHI, *Il bisogno nel legato alimentare*, comentario a la Sentencia de 4 de abril de 1957. Cassazione civile, en *Giurisprudenza italiana*, A, I (Torino, 1958), pág. 63.

En todo caso, conviene que el testador exprese claramente la voluntad: como ejemplo de las deudas a que puede dar lugar la manera de expresarse el testador, PUIG BRUTAU, señala tres sentencias que tienen relación con legados de alimentos. La Sentencia de 20 de marzo de 1902, en que el Tribunal Supremo estimó que se trataba de la ordenación de un legado (el testador instituyó heredera a su esposa y le *recomendó* a su hermana «a fin de que la atendiera y le suministrara todo lo necesario para su decorosa subsistencia mientras viviera»); la de 15 de diciembre de 1920 (en que *recomendó* el testador a sus herederos que dieran a la sirvienta que había tenido, las cosas más indispensables para su subsistencia mientras viviera) y que el Supremo calificó también de legado de alimentos comprendido en el artículo 879 del Código civil, y la Sentencia de 15 de enero de 1916, que resolvió lo contrario; la cláusula estaba redactada así: «*recomienda* a sus herederos, 1.º Que si el hermano de la testadora, don ..., por consecuencia de cesantía en su destino o de cualquiera otra causa llegara a encontrarse sin recursos, provean a lo que le sea absolutamente necesario para la subsistencia. La locución «*recomienda*» la entiende aquí el Supremo como un encargo, ruego o súplica de tantos como frecuentemente se consignan para favorecer a un tercero, pero que si voluntariamente no se cumplen no hay posibilidad legal de exigir su cumplimiento, y quedan sin ejecutar. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, II, pág. 363.

contra una determinada persona, cuya conducta ante la necesidad del favorecido es jurídicamente relevante y, por eso, contreñible.

De aquí la oportunidad de distinguir la deuda alimenticia de esos otros supuestos en que una persona, por ley o por pacto, *contribuye* a aliviar la necesidad de otro.

Esta contribución puede ser, incluso, más extensa que el contenido mínimo de la prestación de alimentos: lo necesario para vivir; pero no se confunde con ella. Es otra cosa, una donación, una forma de *negotium gestio*, etc.

La prestación de alimentos no es de suyo simple liberalidad en la medida en que es contreñible, aun cuando puedan emplearse medios jurídicos cuya característica técnica corresponde a los actos lucrativos para coadyuvar a ese resultado. Tampoco cabe confundir la prestación con su «medida».

La razón fundamental que puede esgrimirse para estas destinaciones radica en que la efectividad de la prestación, aun siendo esta relativa, requiere fijar una base patrimonial como garantía de la cobertura del riesgo implícito en la idea misma de necesidad, y valorar el estado de necesidad.

De este modo la obligación de alimentos, incluso de origen legal, tiene una acusada vertiente patrimonial, puesto que se adhiere y dirige al patrimonio del obligado y puede afectarse también por convenio a uno de los elementos del patrimonio. Cabe decir que el derecho relativo del acreedor tiene implicaciones cuasi reales: nace, vive, se desenvuelve y extingue dentro y en función del patrimonio del obligado.

Quizá no se haya destacado suficientemente la importancia de esta «inherencia» a los bienes, siendo así que los modos de garantía constituyen, como se explicará detenidamente más adelante, uno de los aspectos más característicos de la prestación de alimentos, tanto desde el punto de vista científico como práctico (154). Cubrir una necesidad es, cabalmente, asegurar un riesgo vital (155).

(154) Es esta también una constante histórica. La jurisprudencia romana, cuando el padre, a título de alimentos, concede una suma para el sustento de un hijo habido fuera de matrimonio, aunque éste sea ilegítimo *sensu stricto*, considera esta obligación, que nace dentro del patrimonio del padre, como de *derecho civil, no pietatis intuito*. Para esta deuda de alimentos, la práctica concede el *beneficium competentiae* cuando su patrimonio fuese insuficiente, de pagar el debido, para cubrir los medios necesarios de subsistencia. Sobre el «*beneficium competentiae*» concedido al padre natural, cfr. W. BERNHARDT, *Das Recht des unehelichen Kindes und dessen Neuregelung in beidem Teilen Deutschlands*, (Bielefeld, 1962), pág. 39.

(155) A este riesgo alude la argumentación retórica tan usada por los clásicos: *ne care videtur*, y la histórica controversia en torno a si han de tomarse en consideración las rentas o sólo el capital responde a esa idea de la valoración del estado de necesidad. Vid. sobre la cuestión, A. C. PELOSI, *Obbligo alimentare e funzione educativa*, en *Rivista del Diritto matrimoniale e dello stato delle persone*, V (1963), pág. 94.

3. Su contenido variable.

Sabido es, que en tema general de obligaciones, entre los requisitos de la prestación figura la determinabilidad. La prestación ha de ser determinada o determinable.

El fundamento de que la prestación haya de ser determinada, o al menos determinable a base de criterios fijados al nacer la obligación (arts. 1.273, 1.447 ss, 1.690 y, últimamente, la Sentencia de 22 de febrero de 1968), estriba, como dice Albadalejo, en que lo contrario permitiría al acreedor pedir lo que quisiera y al deudor cumplir con lo que tuviese por conveniente (156). Pero el modo de proceder a esa determinación es variable, depende de unos criterios de determinabilidad. La determinación puede confiarse también al arbitrio de un tercero, *arbitrium marae voluntatis* o de equidad, *arbitrium boni viri*.

Pues bien, la prestación de alimentos es una prestación de suyo determinable. Es este un punto importante para comprender en todo su alcance el carácter propio de la deuda alimenticia. Con frecuencia se confunde la determinabilidad inherente a la prestación con el contenido variable. La determinabilidad se refiere a la fijación de las bases para medir la necesidad, que es de suyo variable; es decir, a los posibles módulos que puedan elegirse o los que determine la ley. El carácter determinable de la prestación es consecuencia directa de su presupuesto básico, la necesidad, y enlaza con el contenido mínimo de la prestación que, en fase de cumplimiento, es variable. Vivir es algo que se hace para adelante; de aquí que *in preteritum non vivitur* y que la obligación de alimentos se renueve día a día. La necesidad sirve de *medida* al crédito, por eso la determinación de su alcance está en constante función de la necesidad y se gradúa, de otra parte, según unos módulos que tienen conexión con la base patrimonial afectada.

La medida de los alimentos se arbitra en relación a circunstancias de hecho, aunque estas varían por esencia; de aquí que las eventuales variaciones en ningún caso sean violación, infidelidad a lo pactado, sino observancia de la ley (157), algo inherente al supuesto mismo del que se parte. El principio de la obligatoriedad (*pacta sunt servanda*), se basa en el ajuste permanente de los medios empleados al fin propuesto.

Esta variabilidad nada tiene que ver con la revisabilidad por alteración de circunstancias en el campo contractual, que se apoya en el desequilibrio entre las prestaciones recíprocas (158).

A diferencia de esta no requiere pacto expreso, y si las partes acuerdan otra cosa, por ejemplo, que el cambio de la necesidad no in-

(156) Cfr. M. ALBADALEJO, *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, Parte General (Barcelona, 1970), pág. 19.

(157) Cfr. E. FAVARA, *Variabilità del debito alimentare*, *Giurisprudenza italiana*, LVI (1954), pág. 771. COSTA, *La sentence civile con la clausola «rebus sic stantibus»*, en Studi Senesi (1930), pág. 40.

(158) Cfr. Sentencia de 6 de junio de 1959, aplica la revisabilidad como recurso a los principios generales para colmar un vacío legal.

fluya para nada en la determinación de la prestación la deuda alimenticia quedaría desnaturalizada. A veces se ha recurrido a la cláusula tácita *rebus sic stantibus* en la deuda alimenticia, para explicar —a mi juicio, incorrectamente— la estabilización de la medida, del *quantum patrimonii* afectado. En rigor los supuestos son distintos en uno y otro caso. En las obligaciones no típicamente alimenticias surgidas de los contratos la revisabilidad se aplica como principio a falta de ley; (art. 147) (159), y sólo puede excluirse mediante pacto expreso, que, ordinariamente, delata la presencia de una prestación no claramente alimenticia por no cumplirse uno de sus presupuestos.

El único dato común a ambos supuestos en el de que se trata de prestaciones de tracto sucesivo.

La especialidad de la prestación de alimentos es, por tanto, su carácter determinable en función de unos módulos a que tienden las diversas operaciones de determinabilidad. Podríamos decir que en esa determinabilidad las partes mismas pueden constituirse en *arbitro*, y si la cuestión se hace litigiosa, decidirá el juez en el juicio correspondiente. En relación con las cuestiones que se suscitan en torno a los derechos de vivir en la Casa, de ser alimentada y atendida la persona a cuyo favor se hayan establecido, interpretación, cumplimiento o incumplimiento, en los Derechos forales se someten a la decisión de los Parientes Mayores, Consejo de Parientes, etc. (160).

(159) La «doctrina capital», en expresión de Benito Gutiérrez, en materia de alimentos, queda recogida en estas notas: deben ser proporcionados al caudal del que los da y a las necesidades del que los recibe; son exigibles desde que se necesitan, cesando sólo por renuncia. A esta idea de proporcionalidad se debe la variabilidad. Cfr. BENITO GUTIÉRREZ. *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* (Madrid, 1871), pág. 622.

Esta «idea de proporcionalidad» a que se debe la «variabilidad», no es exclusiva de los alimentos. El artículo 259 del Código civil, recoge este mismo principio referido a la fianza: «La fianza podrá aumentarse o disminuirse durante el ejercicio de la tutela, según las vicisitudes que experimenten el caudal del menor o incapacitado y los valores en que aquella esté constituida».

(160) «En todas estas cuestiones los Parientes Mayores efectuarán las valoraciones de los derechos, pudiendo asegurarlos, liquidarlos, sustituyéndolos por un capital o pensión y, caso de apreciar culpa del beneficiario, declararlos extinguidos», Ley, 91, Recopilación privada del Derecho privado foral de Navarra. En Derecho aragonés la reclamación podrá hacerse ante el Consejo de Parientes y también ante el Juez. Cfr. J. J. RICO GAMBARTE, *Alimentos como suplemento de legítima*, en ADA, VI (1951-1952), pág. 234.

En la Compilación del Derecho civil de Aragón parece necesario que el legítimo se encuentre en situación legal de pedir alimentos, y que lo asignado en la herencia no baste para cubrir su necesidad, para que surja su derecho a reclamarlos de los herederos. Cfr. M. GARCÍA ATANCE, *Libertad de testar y legítimas en Aragón*, en ADA, XIII (1965-1966-1967), pág. 445.

Si bien es cierto que estas normas responden a una organización que institucionalmente reclama el deber de mantener a los miembros; más que de obligaciones pactadas, entraña, dice Hernández Canut, el reconocimiento legal de unos derechos y exigencias que tienen los miembros de esta comunidad familiar organizada en torno a la explotación única de la casa. Cfr. J. HERNÁNDEZ CANUT y ESCRIVÁ, *La deuda de alimentos en el Derecho especial de Cataluña*, pág. 103.

4. *Modos de garantía.*

Esa determinabilidad de la prestación viene a ser un tanteo hacia la garantía real. Dice Cicu, no sin fundamento, que la deuda de alimentos no es un débito que grave sobre el patrimonio (161); no grava, cabría decir con gravamen real; más aún, tiende a evitar un gravamen excesivo; pero eso no significa que la función que pretende tal determinabilidad sea diversa. Los módulos que se emplean para dicha determinabilidad persiguen una finalidad análoga a la que se pretende con la hipoteca de máximo para garantizar deudas indeterminadas hasta un tope de responsabilidad que se señale; así se gradúa en proporción con la cuantía de la herencia, artículo 879, la fortuna del que hubiere de satisfacerlos, artículo 147, etc. Esa garantía es, incluso, más eficaz, porque sólo decae con la pérdida del patrimonio o su clara insuficiencia. Pero la deuda no gravita como carga real ni sobre el patrimonio ni sobre elementos concretos, por más que entrañe una afección significada en unos módulos a partir de un mínimo y hasta un máximo (162). La fijación de una responsabilidad máxima, responde a la necesidad de determinar el monto de la obligación.

Para ilustrar este punto de vista procede hacer una referencia, siquiera sea breve, a las diversas medidas de asegurar la efectividad del crédito por alimentos, aun cuando no sean todas ellas auténticas medidas de garantía; distinguiendo entre las medidas legales y los posibles modos convencionales de asegurar el cumplimiento de la prestación.

a) *Medidas legales.*

Una función típica de garantía, en sentido muy general, cumplen las preferencias legales de los créditos por alimentos, que giran en torno a la *indeterminabilidad* en el patrimonio del acreedor por esa afectación.

El artículo 1.924 concede preferencia a los créditos devengados por pensiones alimenticias, a no ser que se funden en un título de mera liberalidad.

(161) Cfr. A. CICU, *ob. cit.*, pág. 171.

(162) La determinabilidad de la prestación alimenticia se extrae de datos extraños a la relación obligatoria, mediante unos criterios de determinabilidad. Estos criterios de determinabilidad están establecidos en la ley, rentas de patrimonio afectado, importe de la herencia, bienes donados, etc., o mencionados en el título constitutivo. Podemos señalar dentro de estos criterios de determinabilidad la referencia a un patrimonio o elemento patrimonial, a un valor estabilizador, a las bases establecidas por las partes de mutuo acuerdo; cabe incluso dejar la determinación a elección de una parte, artículo 149. El artículo 964 impone una carga alimenticia a los bienes hereditarios en beneficio de la viuda gestante. Su anomalía, dice Alonso Pérez, reside sobre todo en que no presuponen un estado de indigencia. La medida de lo que se entregue por alimentos no puede exceder de la participación del póstumo en la cuota sucesoria. Cfr. M. ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 415.

«En el supuesto de hecho de la norma examinada, entiende Díez Picazo, se encuentra la circunstancia de que el deudor común sea también deudor de una pensión de alimentos que no se funde en un título de liberalidad. La norma engloba, por consiguiente la obligación legal de alimentos entre parientes y el derecho a la prestación de una pensión alimenticia fundado en un título oneroso. Literalmente, el precepto se refiere a las pensiones alimenticias devengadas durante «un juicio de concurso», aunque parece que debe ser aplicable también a la circunstancia singular de un acreedor con derecho a alimentos con un acreedor ordinario (163).

En este mismo artículo otorga preferencia a otros créditos devengados en concepto de gastos de alimentos sin constituir pensiones. Así las anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado, e incluso, los gastos de última enfermedad en el último año. La causa del crédito justifica la preferencia, y se extiende, como afirma Díez Picazo, a los créditos por suministros de bienes de consumo destinados a bienes vitales: suministro de gas, farmacia, etc.

Junto a estas preferencias legales figura la inembargabilidad de las pensiones por alimentos, sin otros límites que los señalados en la L. E. C. El crédito alimenticio no es susceptible de embargo ni retención en más de lo que autoriza el artículo 1.449 L. E. C.

El problema de las garantías de la prestación de alimentos debida por la ley a los hijos ilegítimos ha sido, a lo largo del tiempo, uno de los más debatidos; quizá por esa tendencia del Código civil a la protección a la familia legítima con desdoro de la ilegítima, tendencia que, en este punto concreto es regresiva respecto al Derecho histórico.

La insuficiencia de las medidas de garantía de la prestación de alimentos a los hijos ilegítimos en vida de los padres se denota tanto por la dificultad de graduar lo que constituye el «mínimo indispensable» (164), como por no acogerse a la solidaridad que en vida de los padres reforzaría la base de garantía (165).

(163) Cfr. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*; Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias, I (Madrid, 1970), pág. 764.

(164) La manera de conciliar la prohibición restablecida por Justiniano en el capítulo 15 de la Novela 89, que prohibía a los padres dar alimentos a los hijos ilegítimos que hayan sido procreados de cópula prohibida por las leyes, con el criterio canónico introducido por Clemente III, ha servido a la doctrina para distinguir dos tipos de alimentos, unos necesarios y otros convenientes. Los primeros, dice Llamas y Molina, son aquellos sin los cuales no se puede conservar la vida y éstos se deben por derecho natural propio y riguroso, y los segundos, convenientes, son los que se deben dar con respecto a las circunstancias del padre y del hijo, y en este concepto se llaman civiles por traer su origen de la ley humana y positiva. Supuesta esta diferencia o diversidad de alimentos, es fácil conciliar la disposición de Justiniano con lo que establece el derecho natural, diciendo que la Novela prohibió los alimentos señalados por el Derecho civil, pero de ningún modo privar a los hijos de los alimentos necesarios e indispensables para la vida. Cfr. S. LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de*

Pero además, esa deficiente ordenación se demuestra en lo dispuesto en el artículo 845 del Código civil. Hay en esta disposición, dicen Pérez González y Castán, una tendencia plausible y que parece coincidente con la que refleja el Derecho alemán al considerar transmisible a los herederos del padre, como obligación de la herencia, la prestación de alimentos; mas la finalidad práctica del sistema español y su aparente analogía con el germánico resultan frustradas en parte por la falta de normas complementarias que garanticen el derecho del hijo y fijen su verdadera naturaleza. No hay, dicen, disposición expresa en la que se reconozca que los bienes de la herencia quedan afectados para responder del pago de la pensión y, al no haberla, hay que entender que el Código patrio no ha concedido al derecho alimenticio del hijo legítimo más garantía que la responsabilidad personal del heredero (166).

Sin embargo, a mi juicio con mayor fundamento, Martínez Radio, entiende que tendrá la garantía que establece el Código civil en los

Toro (1875), pág. 186. Esta distinción se recoge en la doctrina hasta la publicación del Código civil; sobre la distinción vid. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, pág. 82.

(165) Para la paternidad del uno, dice Glück, existen tantos indicios como para la paternidad del otro, y ninguno puede invocar en su propia justificación el que aquella se haya concedido al otro. «Hoy se está de acuerdo en este punto, se trata de una *obligatio in solidum*». Cfr. F. GLÜCK, *Comentario alle pandette*, pág. 252.

Que en estos casos la deuda alimenticia debiera ser solidaria, como más conveniente a la naturaleza de la obligación de alimentos en la filiación extra matrimonial, es también un criterio al que propende la doctrina; además de borrar la diferencia respecto de los alimentos civiles, suprimir la opción entre satisfacer los alimentos en su propia casa o en otra forma, que debiera ser excepcional. La base para esa extensión de la garantía, se adecúa al carácter de una relación basada en el daño y, por consiguiente, en la reparación de un acto culpable que se imputa, en principio, al padre y a la madre conjuntamente. Cfr. TREVILLA PANIZA, *Derecho de los hijos ilegítimos*, en RGLJ, 112 (1908), pág. 477.

De aquí que modernamente se tienda, en los casos en que la filiación no esté regularmente establecida, a conceder acciones de alimentos al hijo contra sus padres, sin que la acción tenga por efectos proclamar la existencia de un lazo de filiación cuyo establecimiento no sería posible. De este modo se aumenta el número de acreedores de alimentos frente al arcaico e injusto criterio de los llamados «auxilios», basado en una discriminación que se nutre de disposiciones «odiosas» y no son susceptibles de generalización. Vid. sobre este extremo, P. KAYSER, *L'obligation alimentaire en droit français*, en *Rivista del Diritto matrimoniale*, IV (1961), pág. 184. En torno a la separación de la acción de alimentos respecto de las acciones de estado en Alemania, vid. P. GRAULICH, *Le statut juridique de l'enfant naturel*, cit., pág. 78.

En el ámbito legislativo, la ley belga de 10 de febrero de 1958, artículo 340, b y 342, a, introduce una acción de alimentos no declarativa de la filiación, extensiva a los hijos adúlteros e incestuosos. Con la ley francesa de 15 de julio de 1955, artículo 342, 2, se introducía una acción, contraria a las tradiciones del Derecho francés, que tiende a proclamar la existencia de un lazo de filiación, cuyo establecimiento estaría prohibido, pero cuyos efectos se limitan al crédito de alimentos. Indirectamente es también una nueva facilidad dada al hijo ilegítimo para probar judicialmente su filiación.

(166) Anotaciones a Kipp y Wolff, Vm 2.º, pág. 214.

artículos 1.082 y 1.089, además de las que suponen los artículos 145 y 1.084 (167).

Una medida de garantía respecto de los alimentos a los herederos es la fijación de la renta líquida de los bienes atribuibles. Los alimentos que han de otorgarse a los herederos no se dan el mismo día en que acaece el fallecimiento del causante de la herencia, pero se le deben dar desde ese día y tan pronto como justifique la cantidad que le puede corresponder «como renta líquida de los bienes a que tenga derecho», Sentencias de 24 de diciembre de 1888, 26 de marzo de 1888, 6 de febrero de 1890 (168); pero a la vez que una medida de garantía es un criterio de determinabilidad.

En relación con el pago de legados si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos, el artículo 887 señala, como diferentes, los de alimentos y los de educación, pero ambos gozan de preferencia.

El sistema de preferencia de los créditos por alimentos no satisfechos resulta en el Código civil, por más que con una regulación fragmentaria, uno de los criterios legales básicos de garantía (169). Entre estos supuestos figura la preferencia de los créditos por alimentos no satisfechos frente a los acreedores personales del tutor, Sentencia de 15 de junio de 1948 (170). La obligación del tutor, como la de los padres que ejercen la patria potestad, constituye un título de mejor derecho de los hijos a ser atendidos con el importe de los bienes afectos al cumplimiento de ese deber, sobre el de cualquier otro acreedor ordinario. A esta cuestión se refiere la Sentencia de 27 de julio de 1892; se trataba de un crédito que ostentaba contra una madre con patria potestad el Banco de España, en cuya virtud se embargaron las rentas de diferentes fincas que la deudora usufructuaba como madre de los menores. Interpuesta demanda de tercería de dominio y de mejor derecho con relación a las rentas embargadas por el defensor judicial de los menores (que era hermano suyo mayor de edad), el Supremo confirma la sentencia declarando preferente el derecho de los demandantes a percibir alimentos con cargo a los productos de sus bienes, usufructuados por su madre, en concurrencia con el Banco de España, acreedor personal de la misma. En este mismo sentido resolvió un caso sobre tercería de mejor derecho la Sentencia de 27 de septiembre de 1893.

Como medida de garantía ha incluirse también lo previsto en el

(167) Cfr. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, *Notas acerca de la filiación ilegítima no natural*, en RDP (1957), pág. 390.

(168) Cfr. J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *El derecho de alimentos*, en RGLJ, 118 (1911), pág. 310.

(169) Aunque en estos casos el privilegio sea una simple facultad del acreedor para reclamar el cobro preferente frente a otros acreedores y no constituye derecho real, pone de relieve que el crédito de alimentos tiene, desde el punto de vista de la prestación, una defensa especial. Acerca de si los privilegios constituyen o no derechos reales, vid. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, pág. 753.

(170) Vid. Comentarios a esta sentencia, BONET, RDP, 32 (1948), página 927.

artículo 22 de la Ley de seguridad social. Las pensiones otorgadas no son objeto de cesión total o parcial, embargo, retención o descuento, con una excepción «en orden al que tiene la obligación de alimentos». Se trata de una garantía indirecta que alcanza el pago de alimentos hecho por un tercero sin estar obligado (171).

b) *Modos convencionales.*

Si ahora nos referimos a los modos convencionales de asegurar el cumplimiento de la prestación, cabe señalar unas medidas de garantía directa y otros modos de asegurar, no el cumplimiento de una deuda alimenticia, pero sí la continuidad del mantenimiento.

No pretendemos aquí hacer un estudio exhaustivo de estas posibles medidas, lo que excedería con creces los límites y extensión de este trabajo. Basta con señalar algunas que se denotan como más problemáticas y otras que se emplean con mayor difusión en la práctica.

a) *Medidas directas.*

Especial atención merecen la hipoteca como medida de garantía real ¿Cabe sujetar con hipoteca bienes en garantía de deudas de deudas alimenticias?

En principio toda clase de obligaciones son susceptibles de garantía hipotecaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.861 del Código civil y 105 de la Ley hipotecaria, y, por consiguiente, no habrá reparo en dar una respuesta afirmativa.

Ahora bien, la cuestión se complica de hacer un examen atento de las diversas modalidades que puede revestir la relación jurídica en sede de alimentos así como los tipos de hipoteca aptos para su garantía.

La regla general a que responden estos preceptos no es tan extensa como de su propio tenor parece deducirse. De aquí que tenga excepciones con especial aplicación al supuesto que nos ocupa. Cabe señalar, entre estas:

1. Quedan excluidas de las reglas las obligaciones derivadas del estado civil, que son inestimables. El estado civil tiene carácter personal y sus facultades están sustraídas al poder de disposición individual, inaptas para ser adquiridas mediante cesión o venta (172).

(171) Vid. además artículo 4.º del Reglamento de prestaciones de la Seguridad Social, Orden de 28 de diciembre de 1966. En torno a los Derechos laborales en la familia laboral, vid. Sentencias de 20 de noviembre de 1968, 23 de enero de 1969, 25 de septiembre de 1969, Sala de lo Social. Vid. sobre la cuestión, M. ALONSO OLEA, *Instituciones de seguridad social* (Madrid, 1970), pág. 227. El aspecto asistencial en el vigente derecho de seguridad social aleja una conexión excesiva con el aspecto familiar. Cfr. J. M. ALMANSA PASTOR, *La protección por muerte en la seguridad social española*, en Revista Iberoamericana de seguridad social, I (1969), págs. 314 y ss.

(172) Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II, pág. 88.

2. Resultan también fuera de la regla general aquellas otras obligaciones que no pueden resolverse en una suma de dinero. El carácter patrimonialista de la relación hipotecaria es preponderante hasta tal punto que se ha podido decir que ésta «vincula una suma de dinero» (173).

En consecuencia parece que quedan comprendidas en estas excepciones gran parte de las deudas alimenticias *ex lege*, tan directamente influidas por el *status familiar* y aquellas otras convencionales, con prestaciones *in natura* que se reconducen a un *facere* de índole personal, por lo que carecen de corporeidad e independencia.

Ahora bien, por lo que se refiere a las deudas alimenticias *ex lege* ni todas, como se ha visto ya, se basan en un estado familiar, v. g., las correspondientes a los hijos ilegítimos, ni pueden tampoco aplicarse con excesiva rigidez los criterios por los que aquellas se rigen cuando la familia se ha «dislocado» y es urgente dotar de las suficientes garantías un estatuto «ad hoc» para evitar mayores perjuicios (174).

Por otra parte, la prestación de alimentos, incluso las derivadas «ex lege», tienen una clara vertiente patrimonial. Aun en su forma más simple, prestaciones *in natura*, se reconducen a unos gastos, unas pensiones, etc.: el *facere* se impregna de contenidos típicos de *dare*, por más que, debido a su cariz personalista, no son, en principio, cedibles ni negociables.

Las deudas alimenticias convencionales propiamente dichas, cuando adoptan modalidades de *dare* no constituyen obligaciones dinerarias sino de valor; en estas, el dinero no se busca, indica Díez-Picazo, en función de cambio ni de equivalente sino como unidad de valor; viene determinado en función de un poder adquisitivo; opera en función de equivalente de un bien de naturaleza distinta, que es reducido a dinero (175).

(173) Cfr. J. W. HEDEMANN, *Derechos reales*, traducción española de J. L. Díez Pastor y M. González Enríquez (Madrid, 1955), pág. 398.

(174) A la hipoteca sobre ciertos inmuebles en garantía de un compromiso de prestar a su mujer alimentos en cierta cuantía, se refiere la Sentencia de 19 de noviembre de 1932. El Tribunal Supremo declaró la nulidad del convenio y, en consecuencia, de la hipoteca. Comentando esta sentencia dice, con fundadas razones, De la Cámara, que «la mujer se pasó de raya a la hora de exigir garantías», y entiende que la viabilidad de esta hipoteca era «más que dudosa». Cfr. M. DE LA CÁMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, pág. 98, nota 133. Se trataba de una hipoteca, inscrita en el Registro, sobre 5 casas, en garantía del pago de una pensión alimenticia de 500 pesetas mensuales, pagaderas mediante el cobro de las rentas de esas casas, que eran bienes gananciales. La Resolución de 25 de mayo de 1917 considera no inscribible la garantía constituida por un marido separado de hecho: hipoteca voluntaria en pago de una pensión vitalicia. Singular interés ofrece la Res. de 17 de marzo de 1966 relativa a la constitución de hipoteca legal en garantía de pensión alimenticia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 73. 6.º del Código civil sobre los derechos que ostente un fideicomisario condicional en la legislación catalana, que plantea el problema de la indeterminación en la subsistencia —sobrevivencia— y en la extensión cuantitativa en relación con el artículo 54. R. H. y, en el caso concreto, la falta de inscripción previa.

(175) Vid. L. DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, págs. 453 y 457.

Veamos ahora las modalidades de obligaciones de alimentos que pueden ser garantizables con hipoteca.

Cuando se señala una pensión alimenticia, fija y determinada, el tipo de hipoteca adecuada es la de renta. Pero, como se ha visto, no son cabalmente deudas alimenticias aquellas que se limiten a señalar una pensión invariable, como ocurre en la renta vitalicia cuya forma de aseguramiento es la constitución en favor del pensionista de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (176), artículo 157 de la Ley hipotecaria, 248 R. H. y 1.805 Código civil.

La tradicional dicotomía, hipoteca de renta o hipoteca de capital, no sirve para encuadrar estos supuestos sin forzarlos. Sin duda por ese intento clasificatorio, la Sentencia de 6 de octubre de 1896 establecía una razón de analogía, de dudosa consistencia, entre las pensiones alimenticias aseguradas con hipoteca y los intereses pactados de un capital.

Mayor interés ofrece el amplio marco de la hipoteca de seguridad que incluye la de máximo y, en general, las de fianza.

La hipoteca de máximo se constituye, como es sabido, por una cantidad máxima en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía (177).

Las características básicas de la hipoteca de máximo permiten su acomodo a este tipo de obligaciones y ofrecen ventajas indudables, dado que ese máximo no es un límite del crédito sino de responsabilidad hipotecaria.

Por otra parte, el carecer de una regulación global su régimen tiene la flexibilidad suficiente para incluir cláusulas que se adecuen a las vicisitudes del crédito, y, sobre todo, no quebranta el desenvolvimiento de la deuda alimenticia que permanece acompañada al ámbito extra hipotecario. El crédito, dice Roca Sastre, vive fuera de la relación hipotecaria, en el Derecho civil (178). Debido a la estrecha accesoriadad o subordinación a las contingencias del crédito son poco aptas para la cesión, lo que concuerda con el tinte personal de que se rodean estas obligaciones.

Esa flexibilidad de su regulación permite también que las partes pacten *a priori* un procedimiento de concreción; combinar la variabilidad del *título constitutivo* con formas preestablecidas de concreción del débito. Por otro lado, queda indicado el carácter alimenticio de la deuda y, sus notas fundamentales, relación de deuda continuada, no quedan comprometidas.

En la hipoteca de máximo las modificaciones que experimente el crédito se mueven dentro de un ámbito propio; la cesión de los créditos asegurados es independiente de la garantía hipotecaria y se realiza al amparo del Derecho común (Res. de 21 de marzo de 1917). *A sensu contrario* se desprende que la incesibilidad de los créditos

(176) Cfr. A. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil*, pág. 369.

(177) Cfr. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, IV, 2.º, págs 706 y ss.

(178) Cfr. R. M. ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 713.

puede no ser obstáculo, por ser independiente, a la constitución de hipoteca. No obstante, como garantía real, asegura también indirectamente en estos casos el cumplimiento específico de estas prestaciones (179).

Las deudas alimenticias *ex lege* sólo serán hipotecables de convenir una cláusula de estimación. Pero cabe dudar de que, en este caso, la deuda alimenticia no resulte sustituida por otra convencional. Puede pensarse en la posibilidad de que, al solicitar judicialmente alimentos legales, el beneficiario reclame junto al establecimiento de la deuda alimenticia una garantía real; de obtener sentencia favorable, difícilmente en los provisionales, podría el juez promover, de no llegar las partes a un acuerdo o estar el demandado en rebeldía, en trámite de ejecución de sentencia, el otorgamiento de escritura, artículo 787 L. E. C. (180).

En orden al legado de alimentos en forma de pensión o prestaciones periódicas, además de la hipoteca de renta, puede emplearse el procedimiento del artículo 90 en relación con los artículos 88 y 89 de la Ley Hipotecaria; pedir que la anotación preventiva que se hubiere tomado de su derecho se convierta en inscripción de hipoteca (181). Pero, como hace notar Roca Sastre, tiene más ventajas adoptar claramente la garantía de la hipoteca de renta que la que, en forma confusa, constituye al artículo 90 (182).

Con relación a los bienes muebles, la forma de seguridad más adecuada puede ser el depósito de valores, sujeta a menos complicaciones y riesgos de nulidad.

Al lado de estas medidas de garantía figuran otras medidas de seguridad típicamente procesales, recogidas en el Código civil y en la ley de enjuiciamiento civil. Entre otras, señala Herce la asignación interina de alimentos, sin procedimiento alguno y como medida de aseguramiento, en ciertos supuestos: en el juicio de testamentaria, artículo 1.110 debe asignarlos para cubrir necesidades perentorias; en el juicio de concurso, artículo 1.916, etc. Dentro del Código civil, el artículo 68 establece también determinadas medidas de seguridad,

(179) En esta finalidad indirecta, típica función de la fase de seguridad en la hipoteca, se apoya la Resolución de 19 de mayo de 1900 para declarar que los padres, aún sin contraer segundo matrimonio, pueden constituir hipoteca voluntaria en garantía de los intereses de los hijos.

(180) Entre las medidas que en casos de separación conyugal se arbitran en Derecho italiano, figura la de que en conciliación puede el Presidente del Tribunal, de oficio, en una ordenanza, proveer aquellas medidas temporales y urgentes en interés de los cónyuges y de los hijos, entre ellas, las pertinentes por razón de alimentos, artículos 189 y 708 del Código procesal civil. Tal ordenanza constituye título ejecutivo, pero no específica si puede tener como consecuencia una hipoteca judicial. Ante este silencio, Torrente indica que el legislador debería colmar tal laguna. Cfr. A. TORRENTE, *L'obbligo alimentare e le sue sanzioni civili*, pág. 205.

(181) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, II, página 398.

(182) Acerca de la utilidad práctica de la hipoteca testamentaria, vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, IV, I, pág. 619. Sobre la hipoteca en garantía de legado de pensión vitalicia, vid. RDN, VII, X (1955), pág. 660.

cuando se haya admitido la demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio (183).

c) *Otros modos convencionales de asegurar el mantenimiento.*

El aseguramiento de deudas alimenticias convencionales da lugar en la práctica a situaciones de difícil calificación que ponen de relieve la necesidad, de *jure condendo* de preveer un eficaz sistema de garantías que no roce tan de cerca como el actual con prohibiciones legales. En esta elección de modos convencionales eficaces para asegurar el mantenimiento se recurre con frecuencia a fórmulas que se basan en el empleo, con vistas al logro del resultado, la salvaguarda de típicas funciones de mantenimiento, de moldes de derechos reales, particularmente el usufructo (184).

Tiene, en este sentido especial interés la discutida Sentencia de 7 de junio de 1960. Un padre hace donación de bienes a un hijo del primer matrimonio, con intervención de la segunda esposa y con reserva de usufructo a favor de los mismos cónyuges y del que de ellos sobreviva hasta su fallecimiento. Se pretendió la nulidad de la donación en base a que se había infringido el artículo 1.334 del Código civil; el Supremo declaró, respecto de la reserva de usufructo hasta la muerte de los dos cónyuges que al ocurrir consolidaría el pleno dominio en favor del donatario, que dichas reservas no se hicieron por partes determinadas entre ellos, sino en común, para satisfacer las necesidades del matrimonio, y sólo cuando ocurra el fallecimiento de uno de ellos, es cuando se produce el disfrute de todo por el sobreviviente; es entonces cuando podría admitirse la existencia de la donación, pero no durante el matrimonio, sino disuelto éste. Independientemente de lo expuesto, sigue razonando el Supremo, aunque existiera esa donación, durante el matrimonio no cabe olvidar que los donatarios serían dos y que la inhabilidad para serlo de uno sólo de ellos no puede determinar la nulidad total de la donación, cuando, como aquí ocurre, lo donado son cosas distintas: a uno de la nuda propiedad y al otro el usufructo; nulidad que, al producirse, llevaría consigo la consolidación del pleno dominio, la liberación del gravamen, en perjuicio de la misma recurrente.

Por mi parte entiendo que la reserva de usufructo en común para satisfacer las necesidades del matrimonio y su disfrute por el sobre-

(183) Cfr. V. HERCE, *Cuestiones procesales en materia de alimentos*, páginas 225 y 235.

(184) Supuesto frecuente en el ámbito familiar es la transmisión gratuita de bienes en favor de hijos, con reserva del usufructo en favor de los cónyuges para asegurar una decorosa sobrevivencia de los mismos. Entraña, dice Casasús Homet, una aparente liberalidad *inter vivos* entre los esposos, que roza la prohibición del artículo 1.334, pero en vida no hay enriquecimiento patrimonial. Cfr. E. CASASÚS HOMET, *Actos dispositivos con reserva de usufructo que favorece al cónyuge del disponente*, en RDN, 51 (1966), pág. 186.

Vid. también E. MENÉNDEZ VALDÉS, *La transmisión de bienes con reserva de usufructo a favor del transmitente y de su cónyuge*, en RDN, 64 (1969), pág. 394.

viviente, cumple una función, en vida de los otorgantes, análoga a las deudas alimenticias en su sentido amplio de mantenimiento, a la que se añade el deseo de asegurar su continuidad *post mortem*.

De este modo la obligación de suministrar alimentos, que ordinariamente no constituye carga o gravamen a que estén afectos los bienes del que deba darlos y no se transmite con la muerte del obligado (S. de 6 de julio de 1895), queda robustecida, tanto al asegurar el mantenimiento como la continuidad al fallecer uno de los cónyuges.

A la misma finalidad tienden otros medios indirectos que pueden emplearse también para dotar de bienes privativos al cónyuge que sobreviva, o medidas de previsión obtenidas con el concurso de ambos.

Así ocurre con el seguro de vida y con la renta vitalicia en que, como advierte Puig Brutau, ha de tenerse en cuenta, por encima de cualquier otra consideración, la finalidad que se persigue al contratarlos (185).

Generalmente serán contratos celebrados para asegurar la posición económica del cónyuge supéstitute una vez disuelto el matrimonio. Se trata de una finalidad claramente previsoras de una subsistencia decorosa. Así entendido resulta más comprensivo el *iter* del razonar que sigue la Sentencia de 22 de diciembre de 1944 que declara —aún cuando queda al margen del pleito por indiscutido— que el capital asegurado corresponde íntegramente al cónyuge supéstitute por la consideración de que el derecho del beneficiario trae causa directa del asegurador y no del asegurado, según resulta de los términos en que está concebido el artículo 428 del Código de comercio. Esa sentencia resuelve, en sentido afirmativo, la cuestión acerca de si deben reembolsarse a la sociedad de gananciales las primas pagadas con fondos consorciales; la justificación de esa postura se basa en tratarse de una detracción de fondos comunes «en beneficio propio» que ha de compensarse al disolverse y liquidarse la sociedad (186).

Lacruz Berdejo, advierte que dicha sentencia resuelve la cuestión en términos demasiado absolutos. Considera posible, a mi juicio con acierto, que tal seguro consista, en algún caso, en un gasto de sostenimiento de la familia (art. 1.408, núm. 5), una de las normales atenciones familiares «cuyo coste en relación con la posición de la familia *debe quedar definitivamente atribuido el fondo común*». Esto es, dice, algo debido naturalmente al cónyuge necesitado: «un acto de previsión que no supone una simple liberalidad».

Parece natural que si dicha previsión se hace con la finalidad de arbitrar en vida un procedimiento que asegure la continuidad de su percepción por el supéstitute al fallecimiento de uno de ellos, aunque

(185) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 660.

(186) La referida sentencia se mueve, sin duda, dentro de una cautelosa ponderación de posibles obstáculos legales; especialmente, «la rigidez de las normas sobre gananciales», la contratación entre cónyuges y los posibles abusos en la facultad de disposición de los gananciales. Y, sobre todo, el temor reverencial a los pactos sucesorios de institución recíproca, que, de manera indirecta, pudiesen introducirse defraudando la ley.

las primas salgan de los bienes comunes, al ser en beneficio de los dos cónyuges, nada tenga que reembolsar el sobreviviente (187).

La misma finalidad permite que la renta vitalicia, al disolverse la sociedad de gananciales, se convierta en bien privativo del cónyuge beneficiario, normalmente el supérstite. La finalidad de la renta es asegurar al sobreviviente una posición económica adecuada, lo que sólo puede lograrse plenamente si el derecho a la renta queda separado del patrimonio ganancial. Sería contrario, dice Puig Brutau, a su finalidad que tal derecho pudiera adjudicarse a los herederos del premuerto y que el cónyuge sobreviviente tuviese que compartir con éstos las sucesivas rentas o pensiones. Si la renta ha sido constituida por ambos cónyuges a favor del que sobreviva, cada uno, dice Lacruz, habrá cedido una parte de los bienes comunes a cambio de la expectativa de resultar favorecido en el caso de supervivencia. El negocio ha sido hecho por la comunidad a fondo perdido, porque representa la adquisición de una seguridad para ambos esposos y no un beneficio particular para cada uno de ellos (188).

¿En todos estos supuestos la nota común, la finalidad pretendida, no está clamando también por una cierta homogeneidad de tratamiento? En todo caso, se pone de manifiesto que el entremado legal no resulta acompasado a esta composición de intereses que se apoyan, sin duda, en una justa previsión de asegurar el mantenimiento, un mismo tenor de vida, en lo que roza con la función familiar, por una vía de contratación que rebasa los planteamientos legales inspirados en una noción estática del patrimonio y en la idea de simple asistencia familiar.

En último término, esos modos de aseguramiento establecidos en vida y elegidos para lograr su continuidad, al fallecer uno de los cónyuges, por el que supérstite, lindan con fronteras legales cuya extensión de modo absoluto a estos supuestos sería perturbadora. La inadecuada regulación de los alimentos convencionales hace que hayan de elegirse modos de asegurar el cumplimiento y formas diversas de prestaciones para su recepción en cauces de suyo admitidos pero que operan fuera de esa finalidad. De ahí la dificultad que suscita su calificación en la práctica, al situarse en un ámbito distinto pero equivalente al que, como las donaciones entre cónyuges y los pactos sucesorios, no gozan del favor de la ley. El favor de que gozan los alimentos en todo su decurso histórico puede aligerar todavía el rígido frontis del complejo legislativo vigente. Pero, para eso, es preciso no desfigurar la verdadera fisonomía de los alimentos, adulterando su propia sustancia, a efectos de que puedan discurrir por vericuetos legales que ofrecen cierta hostilidad.

(187) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y M. ALBADALEJO, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía* (Barcelona, 1963), págs. 509 y 510.

(188) Cfr. PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 660; J. L. LACRUZ BERDEJO y M. ALBADALEJO, *ob. cit.*, pág. 512.

V. LIMITACION DE LA AUTONOMIA EN MATERIA DE ALIMENTOS

La autonomía de la voluntad queda enmarcada, en sede de alimentos, dentro de un cuadro legal, se desenvuelve al impulso de unos principios de moral y de orden público y encuentra, cuando se inserta mediante un trueque de prestaciones y contraprestaciones, en el seno de una institución, los mismos límites que configuran a esta.

1. Límites legales.

La delimitación legal más importante, aquella que contiene el supuesto general de deudas alimenticias, ha sido ya expuesta.

También han sido realizadas ciertas limitaciones operantes en la misma base en que se asienta la prestación, como la eficacia del pacto de alimentos caso de separación convencional de los cónyuges. A este extremo ya se hizo una referencia concreta en torno a la licitud de un tipo de pactos con afección de bienes gananciales. Se trata ahora de mostrar la dificultad de su establecimiento referida a la cuestión previa de que depende, el convenio mismo de separación (189).

La necesidad de arbitrar una previsión por vía convencional de alimentos se devela como más exigente en supuestos de separación de hecho, cuando las medidas legales resultan inoperantes por tratarse de situaciones que no gozan del amparo de la ley; la comunidad de vida queda quebrantada y el complejo normativo dispuesto para los casos de vida en común no interviene sino como barrera o cortapisa de la autonomía (190).

Caso de separación de hecho falta un régimen jurídico que ha de traducirse en la imposibilidad *de jure* de demandar los alimentos fuera del domicilio conyugal; como advierte Puig Brutau, la obligación dimanante de los artículos 142, 143 y 144, parece que ha de estar en todo caso subordinada a la obligación primordial de vivir juntos y socorrerse mutuamente, (art. 56), la cual, por su propia naturaleza y contenido, comprende y abarca la noción de deuda por alimentos. Ese ha sido también el criterio jurisprudencial, desde la Sentencia de 3 de noviembre de 1905, 17 de noviembre de 1916 y 11 de abril de 1946 (191).

(189) La Resolución de 27 de marzo de 1954, refiriéndose a la analogía con los cánones 1.129 y 1.130 del *Codex Juris Canonice*, declara que no hay porqué acudir a normas supletorias dictadas para supuestos de naturaleza diversa, pero, aun así, esos cánones dejan subsistente el vínculo y la separación carece de efectos externos mientras no intervienen los Tribunales ordinarios.

(190) Cfr. J. FAUS, *La separación de hecho en el matrimonio*, en A. A. M. N., 11 (1946), pág. 358.

(191) Conviene distinguir la obligación de vivir juntos y socorrerse mutuamente, que son deberes de estado, y que implican la igualitaria contribución de los esposos a las cargas del matrimonio y que se ejecuta en principio de una manera espontánea por el juego del régimen matrimonial, la deuda alimenticia, que surge en los casos excepcionales en que cesa la vida

Pero examinado el problema en conjunto se ha ido llegando —dice Faus— a estas conclusiones:

- a) La mujer separada de hecho con consentimiento de su marido puede reclamar la prestación alimenticia.
- b) No es necesario que esta situación de hecho quede legalmente regulada.
- c) Sólo es necesario formular demanda cuando no se pruebe que la separación de hecho es consentida.

Los convenios de separación, que se otorgan con frecuencia, pese a las restricciones legales en ese ámbito de la autonomía, establecen y prevén deudas de alimentos, contenidas en «pactos de honor»: las partes se han sometido a una obligación que tiene su fuerza, no en las medidas coercitivas del poder público, sino en el valor de la palabra «empeñada» (192). Aun cuando los Tribunales no amparen su eficacia, en muchos casos producen efectos porque las partes las cumplen al haber sido otorgadas en interés de ambos cónyuges y siempre que este interés sea permanecer en estado de separación.

Estos «pactos de honor», convierten en valores negociales, lo que son funciones familiares. Esto ocurre —se dice— con la concesión hecha por el marido a la mujer, para que ésta pueda gobernarse por sí misma, de la licencia con carácter irrevocable, al ser contraprestación del marido a la mujer; lo mismo sucede con la transformación de los alimentos legales en convencionales.

Un pacto frecuente en los convenios de separación, dice Puig Brutau, es el de alimentos, que el marido, generalmente, se obliga a pagar a su mujer bajo la forma de una pensión abonable en los plazos que se determinen. A lo sumo, dice, tendrá una eficacia subsidiaria por estar subordinado a que no pida la reanudación (193).

Entiende Faus que la prestación consensual no convertirá en obligación de base negocial la impuesta *ex lege* a los cónyuges que exige comunidad de vida, pero puede quedar *sustituída* por una obligación de prestar alimentos, que no es más que una forma impropia de sustentación de la cual queda liberado el obligado pagando la prestación.

El pacto operaría en tal caso la sustitución de una obligación de alimentos *ex lege* por una equivalente convencional, con característi-

en común de los esposos, separación, etc., y que ordinariamente toma la forma de pensión alimenticia, y los deberes, más amplios, de mantenimiento. Acerca de la diferencia en el Derecho francés entre *l'obligation de secours entre époux* y la obligación de alimentos, vid. P. KAYSER, *L'obligation alimentaire en droit français*, pág. 178.

(192) Cfr. FAUS, *ob. cit.*, pág. 310.

(193) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 265. En los pactos de separación, el recíproco deber de socorrerse mutuamente y atender a las cargas familiares, se sustituye por una correlativa deuda alimenticia o por compromisos establecidos de mantenimiento, que no tienen por qué seguir las reglas de los alimentos *ex lege*.

cas análogas, situación de necesidad, reciprocidad, etc. Un pacto con características diferentes encontraría mayores dificultades, dado que tropieza con las prohibiciones de contratación entre cónyuges y, sobre todo, con la repulsa del ordenamiento jurídico hacia lo que signifique transigir en materias de «estado civil».

A ambos extremos, alimentos y concesión de poderes, se refería la Sentencia de 3 de noviembre de 1905 (núm. 92) en que el marido solicita alimentos de la mujer por carecer éste de medios de vida y aquella estar en buena posición económica. El recurso fue desestimado sobre la base de que, no hallándose legalmente separados, es deber de ambos vivir juntos y socorrerse mutuamente. «No puede sostenerse que aquel tenga necesidad de que su esposa le suministre alimentos para vivir separado de ella fuera del domicilio conyugal donde tiene su puesto, y la facultad de disponer frutos de los bienes de su esposa para atender con ellos al levantamiento de las cargas del matrimonio, y, por lo mismo, a su propio mantenimiento sin necesidad de acudir a su mujer (194).

El mismo criterio mantiene el Supremo caso de convenio. La Sentencia de 17 de noviembre de 1916 contempla el supuesto de una pensión alimenticia que pretendía la mujer, separada, de hecho y por su voluntad, del marido. A pesar de que la separación existía en virtud de un convenio celebrado entre los cónyuges, prosperó la posición del marido, quien reconoce que le incumbía la prestación de alimentos, pero solicita hacerlo en su propio domicilio, (art. 149).

Asimismo la Dirección General de los Registros y del Notario ciñe al ámbito de la convivencia matrimonial el deber de alimentos.

La Res. de 1 de julio de 1943 se refiere a un convenio entre marido y mujer, que vivían separados de hecho, en cuya virtud el primero abonaría a la segunda una suma a distribuir en dos plazos. Transcurrido el segundo sin haberse cumplido lo convenido, la esposa solicitó que se llevase a efecto lo acordado, por trámites de ejecución de sen-

(194) Declara la Sentencia de 16 de octubre de 1903 (jurisprudencia civil, núm. 70), que el marido que dejó la casa conyugal sin ejercer acción alguna para tener a su mujer en su compañía, tiene el deber de socorrerla, artículo 143, 1.º.

Esta sentencia parece dar respuesta afirmativa a la pregunta acerca de si el abandono del domicilio conyugal por parte del marido puede ser sancionado en su caso con la pérdida del derecho de alimentos. Es el marido quien debe fijar el domicilio conyugal que la mujer ha de seguir. Pero el abandono injustificado del domicilio conyugal lleva consigo la privación de alimentos, mientras que sigue obligado a prestarlo a su mujer. Como supuesto de abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del marido, señala Torrente el caso en que se traslade a un lugar diferente de donde lo tenía constituido, impidiendo a la propia mujer seguirle y rechazando la convivencia con él en el nuevo domicilio, y también cuando el marido, sin una razón suficiente, rechaza a la mujer del domicilio conyugal. Los principios rectores son, de una parte, salvaguardar la continuidad de la convivencia y, de otra, la igualdad moral y jurídica de los cónyuges. Cfr. A. TORRENTE, *L'obbligazione alimentare e le sue sanzioni civili nel Diritto italiano*, pág. 199.

tencia. En uno de los considerandos declara que no es posible admitir que las manifestaciones de los cónyuges, hechas en forma inadecuada, sirvan para destruir la comunidad matrimonial y alterar profundamente el régimen económico de la familia.

Nos encontramos, como en otras tantas ocasiones, ante dos tendencias contrarias; una la de recomponer la unidad de la familia por los cauces legales establecidos, fortificados estos con motivaciones de orden público, determinantes, según la concepción clásica de la nulidad de lo actuado en contravención de la ley; la otra, a resolver situaciones que, a pesar de su anomalía, propenden a instaurar un específico estatuto protector de las consecuencias a que da lugar la separación convenida privadamente (195).

Tiene en este sentido un extraordinario interés comprobar a través de la jurisprudencia esta tensión entre la norma y la vida. La aplicación rígida de principios normativos puede conducir a situaciones injustas, lo que da lugar a una continua modelación hasta que acaba por prevalecer una solución *ad hoc* en consonancia con las necesidades reales (196).

Especialmente ilustrativo es, en estos supuestos, el juego de la noción de orden público. El orden público no puede contenerse «apisionado» en una determinada disposición legal. Como su contenido se nutre de principios constituye, en muchas ocasiones, más que un freno una avanzadilla de la ley, su mismo impulso, la fuerza normativa que acabará imponiéndose cuando la solución legal resulta desplazada ante las nuevas circunstancias que no pueden abarcarse a través del precepto (197). El orden público y la ley complementan de este modo el radio de acción de la autonomía, de la defensa de criterios tradicionales y, a la vez, su permanente ajuste a necesidades nuevas que quedan desamparadas mediante una flexible combinación de principios.

La Sentencia de 5 de febrero de 1912, número 51, contiene la misma doctrina en el supuesto de abandono por parte de la mujer: como la mujer no justifica que vivía separada de su marido por culpa o abandono de éste y con su consentimiento, no procede la concesión de alimentos.

(195) Las más importantes son los alimentos, la ampliación de la potestad doméstica, el domicilio independiente de la mujer, el cuidado de los hijos, la administración de bienes.

(196) La «convivencia» es condición del disfrute de prestaciones familiares de la Seguridad Social, artículo 4.º de la Orden de 28 de diciembre de 1966, de pensiones de viudedad, artículo 160 de la Ley de Seguridad Social. De ella dependen también las prestaciones en favor de los hijos y de las personas que tenga a su cargo el beneficiario.

(197) Vid. mi trabajo acerca de *La noción de orden público en el Derecho civil español* (Pamplona, 1968), págs. 63 y ss.

Un aspecto importante a tener en cuenta también en estos supuestos de separación de hecho, en orden a los alimentos, incluida la educación, es el bien de los hijos, los cuales no tienen por qué sufrir los males y detrimentos que de la separación de sus padres se derivan y pueden serles evitados. Vid. sobre la cuestión, A. DE FUENMAYOR CHAMPIN, *La educación de los hijos en las causas de separación y de nulidad matrimonial*, homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano, I (Madrid, 1959), pág. 466.

2. *La separación de hecho, el orden público y la jurisprudencia.*

Como es sabido, la separación de hecho, además de los problemas inherentes al mantenimiento, lleva consigo otros de no fácil solución en un sistema matrimonial en que no está legalmente reconocida. Su asimilación a la separación legítima no puede ser absoluta.

Si se tiene en cuenta que el número de los que se separan sin acudir al juez es muy superior a los que siguen el cauce establecido por la ley, es lógico que la doctrina y la jurisprudencia en los últimos años denuncien las consecuencias de la rigidez del sistema y aboguen por una, al menos, mayor flexibilidad en la aplicación de las normas en estos supuestos anómalos, sin quebranto de la protección ordinaria de los principios en que se apoya la familia legítima.

La separación de hecho se asimila a la legal a ciertos efectos, cuestiones de competencia, alimentos, etc., pero no a otros tan importantes como puede serlo la impugnación de legitimidad. La separación de hecho, declara en uno de los considerandos la Sentencia de 7 de marzo de 1963, no puede asimilarse a la legítima a efectos del artículo 108 del Código civil. De este modo puede atribuirse una paternidad jurídica que no corresponde a la realidad.

Resulta también difícil conciliar deberes de fidelidad impuestos por la ley a quienes permanecen separados, impidiéndoles, de modo indirecto, el cumplimiento de otros deberes morales y jurídicos. En tales casos la vida artificiosa del matrimonio, lejos de albergar la esperanza de una eventual reconciliación, se resiente ante la innecesaria obstaculización del cumplimiento jurídico de lo que constituyen también auténticos deberes morales.

No faltan, sin embargo, sobradas razones que inspiran la ponderada argumentación de las decisiones jurisprudenciales llegando recientemente a una jurisprudencia correctora que trata de esquivar la inclemencia de la ley y concede especial relieve a la fuerza de los hechos en los casos en que no existe convivencia. Quizá la Sentencia más audaz y, en tal sentido histórica, sea la de 16 de abril de 1969, que exige que la mujer pruebe la convivencia física con el marido en los casos de separación, a efectos del artículo 108, criterio reiterado en S. de 21 de abril de 1970.

La separación convencional no sirve por sí sola para destruir la presunción, pero sí para la excepción, oponerse probando la separación, en cuyo caso, la mujer sostenedora de la legitimidad ha de acreditar el hecho de la cohabitación con el marido. El marido ha de afirmar la separación y la mujer la cohabitación.

Veamos, en un elenco de decisiones, los criterios tradicionales sobre la materia, que nos permitirán trazar las líneas de la eventual rectificación legislativa y a la vez dar realce a los principios que articulan tradicionalmente nuestro sistema familiar.

a) *Los deberes de convivencia y la obligación de alimentos.*

La jurisprudencia admite —como se ha dicho ya— que el artículo 56 del Código civil, contiene una norma «de orden público o de derecho necesario». La Sentencia de 2 de noviembre de 1905, en uno de sus considerandos, aduce una razón de conveniencia, a *sensu contrario*: de prevalecer lo contrario —separación convencional— se vendría a sancionar que los unidos por el vínculo de matrimonio podrían prescindir de él, separándose por su propia voluntad, estableciendo, en contra del precepto legal contenido en el citado artículo 56 del Código civil, un estado de derecho completamente incompatible con la naturaleza y efectos del matrimonio, prescindiendo de los deberes inherentes al mismo y perturbando la unidad de la familia, en oposición de lo que la ley, de acuerdo con la moral, tiene establecido (198).

El mismo criterio prevalece en la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado. La resolución de 30 de noviembre de 1917 declara que la obligación de vivir juntos impuesta a los cónyuges como inmediata consecuencia de la constitución de la comunidad matrimonial por el artículo 56 del Código civil, es, en su generalidad, «de orden público o de Derecho necesario», y aunque en la realidad social existen situaciones anómalas que pueden repercutir en el ordenamiento civil, sin necesidad de provocar separaciones judiciales, definitivas o interinas, «no es posible admitir que el mútuo acuerdo de los obligados sea por sí sólo fuente de relaciones jurídicas capaces de alterar la superior unidad conyugal sobre la que descansa la familia entera (199).

Un compromiso de prestar alimentos a su mujer en cierta cuantía, con garantía hipotecaria sobre ciertos inmuebles, es declarado nulo en la Sentencia de 19 de noviembre de 1932, ya analizada, en base a que la separación es opuesta al deber que impone el artículo 56 del Código civil a los cónyuges (200).

(198) En Derecho italiano, el deber de alimentos corresponde a un régimen de Derecho estricto, distinto del de mantenimiento. El primero se fundamenta en el matrimonio, el segundo en una exigencia moral y equitativa y abarca todas las exigencias de la vida del cónyuge separado como si la convivencia no se hubiese quebrantado, Vid, sobre la cuestión, F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi* (Milán, 1966), 278.

(199) De la mutua fidelidad, y asistencia nace la obligación recíproca para los esposos, incluso cuando haya separación de cuerpos de prestarse alimentos. Justificada por la persistencia de la unión matrimonial, la obligación de alimentos conserva su carácter recíproco. Esta pensión alimenticia puede ser exigida por cualquiera de los cónyuges. Cfr. A. BLERIOT, *La pension alimentaire au cas de divorce et de séparation de corps* (París, 1939), página 113.

El derecho a percibir alimentos está subordinado al cumplimiento por el cónyuge alimentista de los fundamentales deberes que el matrimonio le impone, entre ellos el de la fidelidad a su consorte. S. de 24 de mayo de 1969. En la obligación legal de alimentos entre cónyuges, declara esta sentencia, no cabe compensación de culpas pero si puede cesar para ambos la obligación de dar alimentos cuando por ambas partes interviene alguno de los motivos señalados en el art. 152, en el caso concreto, sevicias y adulterio.

(200) Como ya se ha dicho, la Res. de 25 de mayo de 1917 considera no

El mismo criterio se desprende de la Resolución de 1 de julio de 1943, que incluye el artículo 56 entre esas disposiciones legales que albergan normas «de orden público o derecho necesario» (201).

El orden público actúa de ese modo como un parámetro extrínseco a la deuda alimenticia por motivos institucionales.

El artículo 143, 1.º del Código civil se entiende, como puede advertirse, supeditado al régimen jurídico de la familia, lo que incide en su caracterización, al extenderse a su campo el orden público, tan influyente en aquel ámbito familiar. Lo mismo cabe decir, entonces, del derecho de elección que concede al alimentista el artículo 149 del Código civil que sólo cede ante obstáculos de orden moral, material o legal puestos a su ejercicio.

Del mismo modo para anular las renunciaciones y transacciones, la jurisprudencia invoca el orden público identificado, como se ha visto, con el carácter de normas de Derecho necesario y, otras veces, con la idea de moral.

b) *Criterios correctores.*

Pero esa extensión del orden público resulta perturbadora entendido en una concepción clásica. Bastaría con invocar el orden público para justificar la nulidad en beneficio propio, cuando se sigan de ella incluso abdicación de deberes. Por eso, ese criterio negativo y paralizante del orden público es insostenible; incluso en el plano familiar la noción de orden público no invade todos los cauces de la autonomía, así v. g. no puede extenderse el complejo normativo previsto para la vida del matrimonio en los casos normales a supuestos en que no hay cohesión familiar porque se ha roto, cuando con expresión de Pelissier, la familia «se ha dislocado» (202).

Existen otros principios que son también de orden público y que no se reducen al ámbito del complejo de normas que regulan la fami-

inscribible una hipoteca voluntaria sobre varias fincas constituida por un marido separado de hecho para cumplir el deber de alimentos a favor de su mujer. Entiende la Dirección General que la constitución de renta entre esposos a título lucrativo entraña una verdadera donación prohibida por el art. 1.334. Advierte Lacruz, comentando esta Resolución, que es dudoso que en este caso la renta sea un acto espontáneo de liberalidad. El contrato dice, «es, desde luego, rechazable, pero en realidad, más que por constituir donación entre cónyuges, por ser contrario a las buenas costumbres. No cabe sustituir obligatoriamente la forma de prestación normal de los alimentos por entregas en dinero, pues dada la obligación de vivir juntos los cónyuges, la forma de cumplimiento de la obligación de alimentos no queda a su libre disposición. Mas nada de ello obsta a que, entregado el dinero, la entrega no haya constituido donación en ningún caso, y este es un matiz que escapa a la D. G.», Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y M. ALBADALEJO, *Derecho de familia*, pág. 512, nota 12.

(201) En relación con la separación de hecho libremente acordada por las partes, se ha podido decir que el deber de cohabitación es de «derecho público», por lo que no puede admitirse la exclusión del mismo por el mero convenio privado de las partes.

(202) Cfr. J. PELISSIER, *Les obligations alimentaires*, pág. 329.

lia legítima. Entre éstos, señala Pelissier, el principio de solidaridad extensible a la familia ilegítima que entraña un deber particularmente imperioso en cuya virtud pueden anularse los actos que limitan la obligación de alimentos impuesta al deudor (203).

Las obligaciones de alimentos, dice, que resultan de un lazo de solidaridad no son susceptibles de renuncia y si, por el contrario, las que resultan de la actividad del hombre.

A los «altos deberes de solidaridad familiaridad» se refiere la Sentencia de 21 de marzo de 1958 y declara que «no son susceptibles de una aplicación absoluta que no tenga en cuenta todas las circunstancias concurrentes».

Entre estas circunstancias han de pesar también los actos propios, de tal modo que no resulte protegido quien creó por acto propio, una situación anómala (204).

Por consiguiente, confluyen en el supuesto de referencia principios de distinta adscripción que ponen en tela de juicio la firmeza de esa línea jurisprudencial hasta ahora consignada y que, como se verá, introducen un cambio de criterio que permite deducir la posibilidad de un régimen específico a los alimentos, caso de separación convencional, sin abandonar por ello principios tradicionales.

Del conjunto de estos principios resulta a las claras una conclusión, que la aplicación de uno no contradice la influencia de los otros y que ningún precepto legal puede «bloquear» en exclusiva el orden público.

c) *La nueva Jurisprudencia.*

Como veremos, la evolución experimentada en la jurisprudencia en decisiones recientes responde a este punto de vista. Podemos señalar, a título de ejemplo algunas de las sentencias más significativas en esta línea de reconocimiento de efectos cuando la separación sea libremente consentida o de denegación de facultades concedidas por la ley al obligado cuando su reconocimiento contradice la finalidad pretendida.

El orden público ha de proteger por igual los intereses que quedan comprendidos en su ámbito y no sólo aquel que recibe legalmente una consagración. En este sentido la Sentencia de 21 de diciembre de 1953, interpreta el artículo 149, ajustándose a esa dirección aquí se-

(203) Mantener las limitaciones procedentes de la prestación a la familia legítima no justifica un trato discriminatorio a los hijos nacidos fuera del matrimonio en cuanto al mantenimiento y a la instrucción y educación. Como ordinariamente estos hijos viven fuera del entorno de la familia legítima sólo por vía pacticia, en el estado actual de nuestra legislación, pueden acomodarse esos criterios adecuadamente.

(204) El reconocimiento de los actos propios como principio general aplicable en virtud del art. 6.º es criterio jurisprudencial. Entiende, por el contrario, la doctrina que no es principio general propiamente dicho sino que viene a ser en cierto sentido como un subproducto de la buena fe. Cfr. L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos (Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo)* (Barcelona, 1962).

ñalada; el ámbito y finalidad del referido precepto se opone a «producir a la demandante una situación incómoda y en cierto modo violenta que le hiciera amargos los alimentos recibidos, si acaso éstos, no eran prestados con los sentimientos de cordialidad y afecto que los antecedentes no garantizan plenamente, o con una insuficiencia que sería tan real como delicadamente comprobable». El supuesto, por más que sea compatible con los deberes matrimoniales que impone el artículo 56, rebasa la finalidad del artículo 149. Aplicar el artículo 149 de manera rígida vendría a significar la destrucción del propio fundamento de la sentencia recurrida que concede alimentos basándose en la separación.

Y de modo explícito la Sentencia de 27 de abril de 1956, en un caso de abandono por el marido a la mujer, que carece de medios y que esa situación no le es atribuible, declara, que, aunque los alimentos están subordinados a la convivencia, la aplicación del derecho de opción en estos casos en que la obligación de prestarlos fuera del domicilio originario nace con motivo del rompimiento de la vida común, constituiría una contradicción «in terminis».

La Sentencia de 4 de diciembre de 1959, expresa con claridad la idea de que los artículos 56 y 57 se ciñen más al ámbito de la conciencia que «al frío precepto legal». De aquí que, de probarse la necesidad, incluso caso de separación, sería procedente la acción para solicitarlos.

La Sentencia de 17 de marzo de 1960, reafirma el criterio tradicional de que carece de acción la casada que de hecho y por su propia voluntad está fuera del domicilio del marido.

En relación con la separación y el incumplimiento del acuerdo sobre alimentos, la Sentencia de 28 de febrero de 1969, ya referida (205), en uno de los considerandos declara que la separación de hecho libremente consentida entre los esposos, si bien implica, una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que el artículo 56 del Código civil impone, lo que origina el que sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles, no por ello les priva de un modo genérico y sin atención a las circunstancias personales que concurren en el caso concreto, del derecho a recibir alimentos de su consorte, conforme a las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código civil. Esta sentencia, recoge el criterio jurisprudencial

(205) Como ya se dijo anteriormente, en uno de los considerandos de esta sentencia, de que fue ponente Rodríguez Solano, se establece una analogía con los cánones 1.130 y 1.131 del Código de Derecho canónico que permiten una separación por autoridad propia en los casos respectivamente señalados. Especialmente en el canon 1.131 se prevén como medidas provisionales, antes de que recaiga resolución administrativa, que permite a los cónyuges separarse, o sentencia. La doctrina y también la jurisprudencia canónica indican, quizá con excesiva rigidez, que no produce efectos antes de la decisión administrativa en el fuero externo. Vid. sobre la cuestión E. MONTERO y GUTIÉRREZ, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, (Madrid, 1965), 393. Se trata de una separación temporal cuya duración depende de la naturaleza de las causas. La incertidumbre a que esta duración indeterminada podría dar lugar, impone la fijación convencional o jurisdiccional de alimentos.

anterior a la misma, que niega el derecho a percibir tal prestación «a los esposos que hubieren incurrido en adulterio (S. de 10 de diciembre de 1959, R. 4883) o causa de divorcio (S. de 11 de abril de 1946, R. 444) o vivían separados del otro sin consentimiento de éste y por su exclusiva voluntad (SS. de 5 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916 y 17 de marzo de 1960, R. 967) e incluso a los que no acreditasen la necesidad de recibirlos por gozar de la administración de determinados bienes (S. de 3 de noviembre de 1905); en cambio le ha reconocido expresamente, cuando la separación sea mutuamente consentida y no existan méritos suficientes para estimar que quien los solicita lo hace derivar de una situación ilícita y contraria a derecho provocada por su exclusiva iniciativa (SS. de 16 de octubre de 1903, 27 de abril de 1956, R. 2684 y 9 de noviembre de 1957, R. 3401)».

Pero la referida sentencia, parece sustituir por la prestación de alimentos *ex lege* a la convencional, sin conceder especial valor al acuerdo sobre el mantenimiento. Ordinariamente los alimentos convencionales tienden a acomodar a estos casos, los surgidos de la ley. No se ve la razón de que, por mantener la situación «como anómala e incompatible con los deberes matrimoniales», se otorgue mayor relieve al artículo 143, n.º 1, que al artículo 153, si no les priva del derecho a recibirlos (206).

3. *La moral, las buenas costumbres y los pactos de alimentos.*

Este punto ofrece en la práctica indudable interés y su tratamiento es problemático y difícil de abordar en el espacio reducido de este trabajo.

Por eso nos fijaremos especialmente en los aspectos de mayor relevancia en orden a los alimentos convencionales, el de la moral como límite de la autonomía y el de la conversión en obligación civil de un deber moral o de conciencia, cuya temática incide directamente en la doctrina acerca de la novación.

(206) La jurisprudencia ha empleado, con frecuencia, el argumento de la prohibición de las donaciones entre cónyuges, sin hacer frente a la cuestión de fondo, el tema de la validez de estos pactos en materia de alimentos, prejuzgando, de modo indirecto, su validez. Coincido con el profesor Lacruz en que el argumento de la donación entre cónyuges viene a relegar a un segundo plano la cuestión principal: si es o no contrario a las buenas costumbres un contrato, en estos casos, para garantizar alimentos. Lacruz opta por la negativa, en el comentario ya referido a la Res. de 25 de mayo de 1917. La razón que aduce es que no cabe sustituir obligatoriamente la forma de prestación normal de alimentos por entregas en dinero. Coincido con el profesor Lacruz en esta conclusión pero, abundando en su razonamiento, añado: porque en tales supuestos no se mantiene la deuda alimenticia, sino que se *sustituye* por otra de naturaleza distinta, una prestación de dar, dineraria, que, indirectamente, implica la renuncia a una obligación de alimentos propiamente dicha; pero entiendo que sí cuando, salvando el *mínimo* legal, se respetan convencionalmente los presupuestos de la deuda alimenticia que el mantenimiento supone y adecúa a las circunstancias concretas.

a) *La moral como límite de la autonomía.*

Alega Bonfante que los alimentos constituyen un *mínimum* no susceptible de extensión porque se trata de un deber moral de intenso contenido; por eso, dice, como la inobservancia de los deberes morales no menos imperiosos se sustrae a la sanción jurídica y su incumplimiento lleva consigo más una condena social grave que estrictas consecuencias jurídicas (207).

Este punto de vista es inexacto y significa una concepción estrecha de los alimentos como deberes morales de beneficencia.

Pero sin duda alguna refleja una idea verdadera, la influencia que en su consistencia jurídica tiene la moral. En buena medida el surgir mismo de una deuda alimenticia se debe a impulsos morales, incluso cuando no vengan éstos vinculados por exigencias imperiosamente jurídicas. Si falta el reconocimiento formal de los hijos, la ley no obliga al padre a proveerles de alimentos, no obstante la *pietas* impone una obligación moral o natural de mantenimiento, educación, e instrucción. Es ese mismo deber moral, válido para todos los padres, correlativo al deber de reconocer a los hijos. Se explica así que entre los indicios de la posesión de estado figure el hecho de proveer alimentos.

El desenvolvimiento de la obligación de alimentos está también presidido por una exigencia de equidad; el legislador deja a la equitativa apreciación del juez la adaptación a las nuevas circunstancias, imposibles de definir «a priori».

El modo de suministrarlos se pliega también a tendencias morales, la conveniente tutela de la dignidad personal del alimentista cuando los alimentos han de prestarse en casa; aunque la convivencia conyugal es condición del fin social y moral del matrimonio, y, por tanto, también obligación jurídica, no es susceptible de material coerción por lo que no puede convertirse el deber recíproco de alimentos entre cónyuges en un cauce artificioso para imponer una convivencia acaso de modo abusivo. La ley debe fomentar, como lo exigen los fines morales y sociales inherentes al matrimonio, la reconciliación de los cónyuges pero no siempre, y menos en supuestos anormales, es el medio más eficaz la imposición de límites y condicionamientos de la obligación de asistencia.

Por motivaciones morales, incluso lo estrictamente necesario es relativo, ya que toma en consideración circunstancias personales y sociales del alimentista, la obligación del trabajo, la conducta ordenada o reprobable... y del deudor, no gravarle con cargas superiores a las que sus posibilidades le permiten, etc. En los Derechos forales la costumbre ha ido acuñando fórmulas que expresan esta recíproca colaboración. Conocida es la fórmula aragonesa «al haber y poder de la casa». Los alimentos se extienden a mantenerlo sano y enfermo, médicos, medicinas, y demás requisitos necesarios para la vida humana con

(207) Cfr. BONFANTE, *L'obbligazione alla prestazione degli alimenti e le spese funerarie*, en *Scritti Giuridici varii*, vol. IV (Roma, 1925), pág. 553.

arreglo al haber y poder de la casa, lo que lleva, por otro lado, una réplica de obligar al favorecido a trabajar en la casa, en beneficio de la casa.

En los alimentos debidos por fuerza de convenio o de testamento —*iure actionis*—, ni las partes, ni el testador podrán derogar *in peius* las disposiciones legales que contienen específicas normas de orden público o de buenas costumbres.

Una cláusula contra la moral o las buenas costumbres sería inválida conforme a lo prescrito en el artículo 1.116 y 1.255 del Código civil, sin perder de vista que en materia de alimentos, precisamente por su íntima referencia a las necesidades de la vida ha de tomarse en consideración el *favor juris*.

Como cláusulas contrarias a las buenas costumbres señala Scaevola la de estipular que, aunque la fortuna del alimentante disminuya en los términos referidos en el párrafo 2 del artículo 152, ha de seguir prestando los alimentos. El efecto de dicha cláusula, dice, sería invalidar el contrato. Asimismo el pacto en cuya virtud la obligación de alimentos continuará aunque el alimentista incurra en alguna falta de las que dan lugar a desheredación. Del mismo modo, un pacto contrario a lo dispuesto en la causa 5.^a del repetido precepto merecería el que fuera reprobado como inmoral y opuesto a las buenas costumbres «ya que con el se estimularía el vicio y la ociosidad» (208).

b) *Estipulaciones novatorias.*

La convención puede ser un medio de dar vigor jurídico a originarias obligaciones naturales; de canalizar, por cauces jurídicos, deberes morales y obligaciones de conciencia (209).

Cuando una de estas obligaciones naturales se reviste de una forma contractual, puede pensarse en dos hipótesis: que no cambien ni las personas, ni el objeto, ni sus modalidades en cuyo caso la obligación imperfecta primitiva subsiste como base de la obligación civil, o que cambien esencialmente.

En el primer caso, la obligación natural preexistente figura como causa del negocio; puede decirse por eso que el acuerdo, aunque fuente de la obligación, es instrumento técnico para la «receptibilidad» de la causa, limitada originariamente a una potencial *soluti retentio*.

Por esa preexistencia de una obligación natural puede explicarse la afirmación de Sinay de que las convenciones sobre la obligación de alimentos «no tienen fuerza creadora»; cuando la obligación es im-

(208) Cfr. M. SCAEVOLA, *ob. cit.*, págs. 494 y ss.

(209) La jurisprudencia francesa admite la promesa de sostenimiento que se basa en una previa obligación natural de los padres respecto a sus hijos ilegítimos. Una sentencia del Tribunal de París de 18 de febrero de 1910 estableció que el hecho de que un padre se ocupara regularmente del hijo ilegítimo constituye una promesa implícita civilmente obligatoria. Cfr. F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español. Derecho de familia*, II, pág. 290.

perfecta, dice, el acuerdo asegura precisamente aquella obligación (210).

Para este autor las convenciones sobre alimentos presentan una particularidad que les impone una fisonomía especial; versan todas sobre una obligación preexistente, ya sea una obligación legal o una obligación natural.

Esta preexistencia de una obligación introduce necesariamente —dice— una cierta alteración en la estructura del convenio; pero, de una parte, la convención no tiene fuerza creadora, puesto que la obligación ha nacido antes que ella, y, de otra, la convención no puede modificar ni extender la obligación preexistente.

Entiendo, por el contrario, que esta regla no puede ser absoluta (211). En la segunda hipótesis de que la obligación natural difiera esencialmente de la civil, ¿puede pensarse en una convención novatoria? En este caso el contrato ha de tener con mayor motivo una cierta fuerza creadora: «La fuerza creadora» que permite convertir en obligación dotada de acción a las obligaciones naturales. «La perfección» de una obligación natural implica un cambio sustancial una «recreación»; sobre todo, el convertir en obligaciones civiles lo que pueden no ser otra cosa que obligaciones de conciencia.

Esa fuerza creadora puede, en cambio, faltar en las convenciones relativas a la esencia de una obligación legal, cuya existencia presupone de tal modo que transigir sobre ella implicaría la nulidad absoluta del acuerdo.

En cambio, aplicar el mismo criterio a las obligaciones naturales, deberes morales o al mero reconocimiento vinculante de los «pactos de honor, significa generalizar en exceso; en ocasiones llevaría a soluciones injustas como obstaculizar a quien afrontando un deber moral pretendiese reconducir o reparar las consecuencias de una conducta irregular anterior. De no admitir la fuerza creadora de la convención, quedaría sin cauce jurídico para hacer efectiva, con las debidas garantías, una auténtica responsabilidad por hechos propios, un daño causado sin suficiente protección jurídica.

El negocio jurídico que genera la obligación civil constituida para cumplir una obligación natural, es siempre de índole causal, siendo

(210) Cfr. H. SINAY, *Les convention sur les pensions alimentaires*, en *Revue Trimestrelle de Droit civil*, 52 (1954), pág. 264.

(211) Es preciso distinguir aquellos supuestos en que se trate de personas con derecho a alimentos, artículo 143 del Código civil, de aquellos otros en que las partes no estén entre sí previamente vinculadas con una obligación exigible. En este caso, la autonomía de la voluntad permite un radio de acción más amplio como fuente directa de la relación alimenticia.

Cuestión distinta sería el establecimiento *ex novo* de una relación de alimentos por contrato, no la modificación de una deuda legal alimenticia en vigor. En estos casos, como se ha dicho ya, la obligación de alimentos *ex lege* permanece latente, porque falta uno de sus requisitos de esencia, la necesidad del alimentista. La obligación que impone el art. 143 es subsidiaria de la contraída en documento público por el obligado a darlos, y mientras no se pruebe que el contrato no se cumple no cabe pedirlos con fundamento. S. de 6 de octubre de 1904.

su causa ese deber de justicia (deber moral, obligación natural). No es, por consiguiente, la misma obligación la que se recibe inmutable amparada en una forma negocial, sino que este negocio tiene como base la relación natural preexistente (212), aunque ésta se apoye en un hecho en su origen ilícito.

El artículo 1.901 puede ser aplicable como comprensivo de la *causa* para retener: si la obligación natural constituye uno de los supuestos del artículo 1.901, lo pagado será irrepitable, precisamente por la *justa causa* para retener de que dispone el *accipiens*.

Si existe convención la *obligatio naturalis* es la causa del negocio jurídico que justifica el desplazamiento, la adquisición. La obligación natural, por consiguiente, interviene siempre de ese modo como causa: en un caso, como causa de la exigibilidad, en otro, como causa de la *retención* (213).

La voluntad tiene, por tanto, fuerza creadora en orden a la obligación de alimentos, aunque preexista una obligación natural.

En la concepción clásica de obligación natural esta se presenta como una obligación jurídica imperfecta, pero obligación que preexiste.

En cuanto que obligación jurídica imperfecta, es un deber moral con acreedor y objeto determinados.

Por eso se dice que cuando el deudor de una obligación natural paga, no «crea» la obligación sino la «ejecuta»; sanciona una obligación de alimentos imperfecta.

En relación con estas obligaciones naturales, ¿si por una convención se da carácter de obligación jurídica perfecta, se ha operado una novación?

En su trabajo acerca de las convenciones sobre las convenciones alimenticias, Sinay afirma que estas obligaciones de alimentos no son otra cosa que obligaciones naturales novadas (214).

Entiendo que este punto de vista es inexacto. En efecto, la obligación natural preexistente no se extingue sino que se mantiene como causa; lo que era causa de una *soluti retentio* potencial, para caso de cumplimiento voluntario, pasa a ser causa de la exigibilidad coactiva de ese cumplimiento es decir, causa de la obligación.

Tiene interés al respecto el supuesto que dio origen a la sentencia de 17 de octubre de 1932. Se trataba de poner término a las relaciones ilícitas mantenidas durante tiempo entre un seductor y una mujer, de la que tuvo tres hijos; pretende aquel recomponer su vida y otorga

(212) Cfr. A. FUENMAYOR CHAMPIN, *El cumplimiento post mortem de las obligaciones naturales*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», X (1959), 18.

(213) El juego de las causas del desplazamiento patrimonial tiene gran interés práctico; los alimentos tienen una influencia en el régimen jurídico de las instituciones dentro de las que operan, pueden ser causa, causa alimenticia desde el punto de vista teleológico, pero no prestación y pueden intervenir como prestación imprimiendo al contrato en que se inserten un carácter singular, donación moral, etc.

(214) Cfr. SINAY, *ob. cit.*, pág. 267.

al efecto un documento comprometiéndose al pago de una suma compensatoria de las responsabilidades civiles contraídas. La validez de dicho documento se hace cuestionable.

La razón originaria de este compromiso de abonar una pensión se basa en un hecho ilícito por la índole de las relaciones hasta entonces mantenidas, pero no, en cambio, si se tienen en cuenta los deberes morales y sociales surgidos; la necesidad de responder de los propios actos cuando existen además otros intereses protegidos como los de los hijos nacidos de esas relaciones concubinarias. La obligación jurídica resulta «creada» en el compromiso formalizado en el documento, pero la causa de la prestación del deudor tiene un basamento remoto. En este motivo se funda la nueva obligación que tiene allí su porqué jurídico su razón causal, la obligación natural preexistente, que, por eso, no desaparece.

El paso de obligación natural a civil no es novación por que no hay *prius obligatio* (215).

Veamos ahora la modificación convencional de las deudas alimenticias legales.

¿Cabría estipular la solidaridad entre deudores en una obligación legal ya existente? En este caso, sí puede hablarse de una novación. La obligación nueva solidaria cambia el carácter de la legal (216), *extingue la prior obligatio*. Desde luego la solidaridad no limita la obligación del deudor por lo que el pacto no sería ilícito, ya que, además aumenta la garantía; pero respecto de la obligación originaria es *aliquid novum*. La sustitución de una obligación *ex lege por otra* convencional implica novación y la novación extintiva de una obligación legal es en principio un acto nulo de versar sobre su esencia, (art. 1.855). *Un mutuus dissensus* no tiene distinta eficacia que un *mutuus consensus*.

Pero acreedor y deudor pueden evaluar convencionalmente el monto de la deuda debida, repartir la deuda alimentaria entre codeudores, prever el modo de ejecución (217), por lo que en este caso de aumen-

(215) La obligación natural actúa como *causa* de la obligación civil, pero no implica novación porque no hay *prius obligatio*. En cambio sí puede hablarse de novación en un sentido analógico, Cfr. F. de A. SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones* (Madrid, 1962), pág. 60.

(216) Por Derecho romano pesaba la obligación de alimentos a los hijos cuando el matrimonio no existe: 1.º sobre el padre; 2.º sobre los ascendientes paternos; 3.º sobre la madre, 4.º sobre los ascendientes maternos. Nuestras leyes de Partida copiaron el Derecho romano; pero la Ley del matrimonio civil, vigente en este punto, ha señalado un orden distinto y más en armonía con los vínculos de parentesco y de afección. Cfr. NAVARRO AMANDI, *Código civil de España*, (1880), 86.

(217) En el desenvolvimiento de la deuda alimenticia han de discernirse estos dos aspectos característicos de toda obligación, la responsabilidad y la garantía. La garantía se refiere a los bienes. Esta distinción aparece marcada con claridad en S. de 11 de octubre de 1951. La esposa del causante de una herencia solicita la obligación de alimentos como anticipo a su haber hereditario y a cargo del mismo en una cantidad equivalente al 8 por 100 del valor líquido de las rentas de los bienes relictos, a pesar de haber formulado demanda de nulidad de las operaciones particionales, por no haber concurrido

to de garantía si no hay perjuicio de terceros entiendo que será admisible.

Las reglas de la novación han de adaptarse también al régimen peculiar en las obligaciones alimenticias; su carácter personal, más o menos acusado, es un criterio fundamental para la delimitación convencional de su contenido, así como el *modo* en que ha de verificarse la prestación, de tanta influencia en el patrimonio del obligado (218).

Por lo que respecta a las convenciones en torno a deudas alimenticias *ex lege* nos parecen, dice Sinay, comparables a los decretos de aplicación que toman en consideración situaciones particulares, ajustan, adaptan, ponen en obra la ley. La existencia de la obligación es debida a la ley, pero su adaptabilidad puede ser convencional (219)

La obligación legal puede ser adaptada, pero no mediante una nueva obligación que ponga en tela de juicio el *minimum* de asistencia de la creada por la ley, De aquí la importancia de la distinción entre convenciones relativas a la *existencia* de la obligación y convenciones relativas a su *adaptabilidad*.

La convención de alimentos de origen contractual se configura según las reglas de las obligaciones contractuales; son transmisibles pasivamente, susceptibles de renuncia, de transacción. Los principios de autonomía, de la voluntad presiden su desenvolvimiento jurídico, el principio de la equivalencia, y sus límites son también los límites de la libertad contractual (220).

a la liquidación de la sociedad conyugal. La controversia gira, entre otros extremos, en torno a la recta interpretación del art. 1.430 del Código civil, al oponer el demandado que dicha masa común no existía por haberse llevado a efectos un inventario, avalúo, participación y ejecución e, incluso haberse hecho a la demandante ofrecimiento de los bienes que le fueron adjudicados.

El Tribunal Supremo considera que «estando sometida la nulidad o validez de la referida escritura particional a los Tribunales de Justicia, no puede calificarse de injustificada la causa que impide a la demandante de hacerse cargo de bienes que estima son inferiores a los que la corresponden al liquidarse debidamente la sociedad de gananciales y señalarle su parte en la herencia como viuda del causante; continuando, en consecuencia, con derecho al percibo de alimentos».

(218) A la novación de obligaciones alimenticias por contrato se refiere la S. de 12 de junio 1968. No es novación declara en uno de sus considerandos cuando se trata de la sustitución de una obligación por otra distinta, sino de la regulación del lugar y modo de la prestación de la obligación subsistente.

Este criterio es discutible entendido en su generalidad, ya que puede amparar el fraude de acreedores. Si se cambia el modo de prestación *in natura* por una prestación económica cuya fecha y rango se retrotraen al momento en que nació la obligación «preexistente» puede, sin duda, implicar un fraude.

(219) Cfr. H. SINAY, *ob. cit.*, pág. 231.

(220) Cuando el derecho de alimentos proviene de un contrato o de un legado, ya la romanística permitía su renuncia; renuncia libremente a los provenientes de un contrato, y en cuanto a los que tenían su vigor en un testamento, podían renunciarse del mismo modo los que se referían a un tiempo pasado; pero los futuros sólo en virtud del decreto del Pretor (Ley 8.ª tít. IV, libro II Cód.). Sin embargo, los intérpretes del Derecho creen

4. Límites institucionales.

Dentro de las instituciones más diversas puede insertarse una deuda de alimentos. ¿En qué medida influye esa institución en los límites de la prestación de alimentos? Además de los límites de la disposición que concede el derecho de alimentos, testamento, contrato, que han de tenerse en cuenta las reglas por las que se rige la institución de que se trate (221).

Ocurre con el contrato como con la declaración de la existencia de la obligación de prestar alimentos por los Tribunales, que, ordinariamente, sirven de base para determinar su alcance y contenido, pero no agotan todas las cuestiones suscitadas conexas con su cumplimiento. A este respecto la Sentencia de 25 de abril de 1968 considera que, «si bien es cierto que los efectos civiles del matrimonio deben ser declarados por los Tribunales civiles, también lo es que aquellos surgen de la existencia o no del vínculo, que ha de ser necesariamente tomada como base para su determinación, y la existencia de la obligación de prestar alimentos ha sido declarada por el Tribunal civil» (222).

que puede renunciarse no mediante precio, del mismo modo que se renuncia a cualquier otro legado. Cfr. NAVARRO AMANDI, *o. c.*, pág. 89.

La S. de 9 de mayo de 1870 (núm. 172), con relación a la renuncia hecha por la mujer de no pedir al marido cantidad alguna por alimentos pasados, presentes y futuros, declara que tal pacto es ineficaz por ser contrario a las leyes; a pesar de que no existía prohibición de contratar entre cónyuges ni de renunciar al derecho de alimentos la sentencia rechaza la aplicación al caso la ley 1 título 1. 10 de la Novísima recopilación que impone la ley del contrato, a que se refieren también las SS. de 2 de abril de 1961 y 26 de abril del mismo año.

(221) Una típica institución admitida en los Derechos forales es el «acogimiento a la casa». Cuando en capitulaciones matrimoniales, testamento u otras disposiciones se establezca en favor de alguna persona derechos de vivir en la casa, de ser alimentada y atendida tanto en salud como en enfermedad y otros similares, con o sin obligación de trabajar para la casa, se estará a la disposición que los concede y a la costumbre del lugar». Ley 90 de la *Recopilación privada del Derecho Privado General de Navarra* (Pamplona, 1967), 56.

(222) Seguido un proceso canónico de separación a instancia de la esposa, se declara a la actora culpable a causa de la vida licenciosa y de la presunción de adulterio por ella cometido, y se decreta la separación por tiempo indeterminado. La esposa promueve pleito de alimentos que fue desestimado en Sentencia del Tribunal Supremo el 13 de octubre de 1953. En 1965 el Tribunal eclesiástico decreta que quedaba cesante y sin ningún valor en el futuro la sentencia de separación y devolvía a los esposos los derechos canónicos y civiles derivados del matrimonio. Hasta ese momento el marido pasaba a la mujer graciosamente una cantidad de 500 pesetas mensuales y dejó de hacerlo desde que el Tribunal canónico resolvió en 1965. La mujer vivía de la caridad pública y sin medio alguno de subsistencia, mientras que el marido gozaba de buena posición económica. En una carta decía estar dispuesto a dar a su mujer una pensión de 5.000 pesetas mensuales. Esta situación insostenible la hacía, a su juicio, acreedora de la prestación de alimentos, mientras que el marido no se consideraba deudor por ser él el ofendido y en base al artículo 73, 5.º

Como puntos litigiosos entre las partes figura la cosa juzgada que afecta a la pensión de alimentos, al ser firme la sentencia de 1953. La sentencia

Antes de su exigibilidad, incluso a pesar de la subsistencia de causa excluyente del deber de alimentos por incumplimiento del cónyuge de sus obligaciones, la prestación hecha por el alimentista voluntariamente, graciosamente, ¿qué carácter tiene? Sin duda se trata de una obligación de alimentos convencionales, unilateral adscrita a un círculo familiar. ¿Qué diferencia existe entre la obligación legal, que desconoce el Tribunal y la obligación civil impuesta voluntariamente y graciosamente? Difiere su origen, pero pueden coincidir sus presupuestos y contenido si el obligado así lo ha previsto.

Pero la obligación de alimentos convencionales no «debidos» jurídicamente sigue, en principio, las reglas de las obligaciones contractuales (223).

En cambio, si la obligación ha surgido ya de la ley, esta marca los límites a la convención.

La voluntad cuando preexiste una obligación legal, queda sujeta a una acción restringida; su ámbito es residual. La subsistencia de la obligación, atrae las causas excluyentes, etc., fuera del marco de autonomía.

Está también fuera de ámbito de autonomía el concepto de «alimentos», señalado en el artículo 142 (224). La Sentencia de 10 de octubre de 1967, declara, en uno de los considerandos que «teniendo en cuenta que el artículo 142 del Código civil establece con perfecta claridad el concepto de «alimentos» comprendiendo en él «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia».

La cantidad abonada por alimentos se caracteriza por su destino «las 15 pesetas mensuales que, como alimentos están señaladas a la esposa, lo tuvieron por ser, estimada la posición de la familia, para

eclesiástica, según alegación del demandado, produce efectos civiles pero no declara ni concede derechos civiles, con lo que no puede producir la inexistencia de la sentencia dictada en 1953 por el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Al haber sido dictada por la jurisdicción eclesiástica, dentro de sus atribuciones, sentencia declarando nula aquella por la que se acordó la separación temporal, desaparición de la cuasa impeditiva o excluyente del deber de alimentos por incumplimiento del cónyuge de sus obligaciones.

(223) En el Derecho histórico el tercero que recoge y cría a un expósito, podía reclamar después los gastos hechos en su crianza, si antes manifestó que no los hacía gratuitamente sino con intención de recobrarlos. Cfr. Ley 3 y 4 tít. XX, Partida 4.^a y Ley 5, cap. 25 y 26, tít. XXXVII (libro VII, Novísima Recopilación).

A uno de estos supuestos se refiere Tapia en el Febrero Novísimo, quien recoge una fórmula de petición para la protestación de alimentos ya reseñada. Cfr. «Febrero Novísimo», pág. 337.

(224) El destino concreto de la deuda alimenticia tiene singular interés a la hora de determinar la normativa aplicable y la especial afectación del patrimonio del que han de deducirse. Así por ejemplo, no es aplicable el art. 1.408, núm. 5 del Código civil y no se deducen, por tanto, de la sociedad de gananciales los alimentos que no responden a educación del alimentista, sino a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, a que es aplicable exclusivamente el art. 143 núm. 2 del Código civil. S. de 20 de diciembre de 1952.

cubrir las atenciones antes citadas». (SS. de 15 de diciembre de 1896, 27 de mayo de 1955 y 24 de enero de 1959).

Lo que excede de la prestación mínima adecuada cabe acordarlo por vía de convención; pero, en tal caso, no tiene por qué seguir la pauta de la obligación legal, si se ha operado una novación (225), sí, en cambio, si la *novatio* es impropia.

Por último, las obligaciones convencionales de alimentos entre personas no unidas por vínculos de parentesco, entran en el ámbito de la autonomía negocial y las reglas interpretativas, así como su establecimiento, están sujetas a las normas generales de las obligaciones contractuales.

Cabe también que uno sea el deudor y un tercero, no obligado, quien verifique el pago; en tal caso, el pago hecho por quien no es deudor viene a ser un supuesto de *negotiorum gestio* (226).

Puede la obligación de suministrar alimentos, vestido y educación, ser correlativa de otra; es el caso de la tutela con asignación de frutos por alimentos, en que el incumplimiento por parte del tutor de dichos deberes entrañaría un lucro indebido. En tal caso es la institución de que se trate la que ejerce su influencia en el ámbito y fijación de la deuda alimenticia.

En la tutela con asignación al tutor de frutos por alimentos se advierte esta idea que ha sido recogida por la jurisprudencia. El incumplimiento de los deberes —administrar los bienes del tutelado, suministrarle alimentos, vestido y educación—, «debe privar necesariamente al tutor, conforme a los más elementales principios de equidad, del derecho de hacer suyos los frutos y productos del caudal de su pupilo, y la interpretación contraria entraña un lucro para el tutor en perjuicio de los intereses del tutelado, opuesto a los principios de confianza y beneficencia sustentadores cardinales de la institución tutelar», Sentencia de 15 de junio de 1958. Lo que no excluye el derecho que tienen el menor o el incapacitado, de exigir al tutor, por

(225) Si nace una nueva obligación convencional de tal modo que entraña un *aliquid novi* se ha producido una novación. Para determinar su eficacia es preciso tomar en consideración el beneficio que de ella se sigue para el alimentista y el posible perjuicio que puede irrogarse a terceros. Vid. sobre la cuestión F. A. SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, pág. 60.

(226) También en estos supuestos es preciso analizar las reglas del correspondiente instituto jurídico en que se enmarca la deuda alimenticia, que pueden determinar su fijación o medida. Es el caso, v. g., del usufructo de fidelidad en Navarra. El usufructuario debe prestar alimentos, en el sentido más amplio, a los hijos y descendientes del cónyuge premuerto, en todos los casos en que éste hubiera tenido obligación de prestarlos y dentro de los límites del disfrute. Sin embargo, el viudo no estará obligado a alimentar a los hijos o descendientes de un matrimonio anterior del cónyuge premuerto, salvo que estos justifiquen hallarse en situación legal de pedir alimentos conforme al artículo 142 y siguientes del Código civil. Ley 220, *Recopilación privada del Derecho privado foral de Navarra*.

Como puede advertirse el concepto de alimentos excede del deber mínimo que se señala como límite en casos de excepción.

acción distinta, la reparación de cualquier clase de perjuicios que haya podido irrogarles durante el desempeño del cargo (227).

VI. INTERPRETACION COMPLEMENTARIA DE PACTOS EN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia ha trazado los rasgos más característicos de la relación obligatoria valiéndose de otras normas complementarias o supletorias procedentes del Derecho de obligaciones.

A algunas decisiones, entre las más importantes, ya se ha hecho referencia. Especial interés ofrece la Sentencia de 12 de junio de 1968 que accede a las reglas generales de las obligaciones para determinar el incumplimiento y la extinción.

Uno de los considerandos de esta sentencia analiza las diversas formas de incumplimiento total y parcial, y sus efectos; el alcance del artículo 1.124 del Código civil aplicado a una deuda alimenticia. Apunta la posibilidad de acudir, también en este campo, a los criterios interpretativos comunes a los contratos, interpretación gramatical, lógica y sistemática, para descubrir el sentido de lo realmente querido, «el sentido de lo racional, lógico y moral».

Aplicando el procedimiento de interpretación deduce esta sentencia las posibles defensas frente a un incumplimiento del obligado. Para dar lugar a la resolución del contrato se requiere, por parte del que incumple, «una conducta o actitud persistente y rebelde», como se deriva de la recta interpretación del artículo 1.124 del Código civil, y sólo procede, añade el Tribunal Supremo, la resolución en el caso de incumplimiento esencial de la obligación. Asimismo se aplican las reglas generales de las obligaciones en orden a la modificación de la relación obligatoria a los cambios operados en lo que respecta al modo y lugar de cumplimiento.

De dicho razonamiento llega a una conclusión, ciertamente discutible, y a la que ya hemos hecho referencia: no es novación extintiva el acuerdo entre el beneficiario y los deudores de trasladar en el supuesto concreto el domicilio en que se prestaban estos (el de los obligados), al suyo propio (del alimentista), y, a pesar de que, por mutuo acuerdo, se haya operado un cambio en el modo, sustituyendo una inicial prestación *in natura* (asistir al alimentista en su propia casa en todas sus necesidades), por otra prestación de dar una suma de dinero.

Dado que lo discutido era el problema acerca de si había o no

(227) Cuando el tutor obtiene el cargo con la asignación de frutos por alimentos la pensión alimenticia no tiene por qué fijarse atendiendo a las rentas o productos del sujeto a tutela. La obligación gravita entonces en el patrimonio del tutor en cuyo patrimonio figuran los frutos de esos bienes. Parece equitativo que quien *recibe* unos *frutos* con el fin de dar *alimentos* no pueda quedarse con esos frutos sin proporcionar alimentos, S. 15 de junio de 1948. Vid. Comentario a esta Sentencia de G. ORTEGA PARDO, en ADC, II (1949), pág. 291.

incumplido lo acordado, la declaración no parece ser extensible como criterio jurisprudencial a otros supuestos. Sin duda alguna al cambiarse una prestación *in natura* por otra de dar una cantidad fija y determinada, la deuda alimenticia originaria, al menos, se desnaturaliza, y, las consecuencias a que puede dar lugar ese punto de vista, excluyente de la novación podrían resultar injustas de conservar la preferencia de rango correspondiente a la prioridad de fecha frente a otros acreedores, así como la posición de posibles fiadores, etc., que puede quedar comprometida sin su conocimiento.

Ahora bien, lo realmente querido ocupa en la interpretación de deudas alimenticias convencionales un primer plano.

También en este punto el criterio es general a las obligaciones surgidas de la autonomía privada. En un inédito e ignorado manuscrito de la obra *De alimentis* de Martino de Fano, jurista del Siglo XII, se hace un elenco de las diversas acciones según las vías convencionales en que puede contenerse una prestación de alimentos, *actiones ex testamento, actiones ex eo contractu, actione ex stipulatu, actione prescriptis verbis* (228), en que la voluntad es criterio determinante.

Es una constante histórica en tema de alimentos convencionales la elección de tipos establecidos en que la voluntad, lo realmente querido, se denota como sustancial.

Pero la interpretación de lo realmente querido por las partes, al emplear una diversa gama de prestaciones y permitir la elección de moldes tan dispares, no es siempre tarea fácil; frecuentemente habrá que acudir a criterios extrínsecos a la deuda alimenticia pero sin perder nunca de vista la verdadera finalidad pretendida (229).

2. Criterio objetivo.

Para la debida configuración como alimenticia podemos apoyarnos también en otros indicios objetivos, que acreditan los rasgos característicos de la prestación.

Si se ha señalado un módulo de estabilización a la prestación, unos criterios de determinabilidad, una cuantía variable en función de las necesidades o una especificación del destino alimenticio, etc.

Estos indicios aparecen ordinariamente en interconexión con otras prestaciones o formando parte de instituciones en que la obligación de alimentos es pieza principal, Consejo de parientes, tutela, adopción, etcétera. Como se ha dicho ya, los alimentos engloban prestaciones

(228) Cfr. U. NICOLINI, *Il Trattato «De alimentis»*, di Martino da Fano, página 360.

(229) De ahí la importancia de atender a una interpretación teleológica al desenmarañar la influencia de los límites impuestos por la institución en que la deuda alimenticia se alberga. En el referido manuscrito, De Martino se plantea una cuestión, que recuerda mucho a las que ya hemos analizado como problemas actuales en la doctrina más reciente: *Maritus testans dixit: relinquo uxorem meam dominam et usufructuariam omnium meorum bonorum; numquid istud legatum valet?...* Expresión vulgar que significaba el mantenimiento de la mujer como si viviese el marido: «*sicut viro vivo*».

diversas, de *dare* y *facere*, que pueden recaer en obligados distintos, prestaciones de hospedaje, educación, de asistencia, dinerarias, etc.

Pero la recta inteligencia del carácter alimenticio permitirá enlazar estas prestaciones dentro de una relación jurídica organizada por unos mismos principios en una unidad de fin. De otro modo, su fragmentación resulta perturbadora, v. g., calificar de acto de liberalidad lo que es una exigencia impuesta por un deber, como préstamo cuando no implica obligación de restituir, etc. Ya se ha hecho referencia al valor de estos indicios en el Derecho histórico, lo que confirmó la *praxis*, forzada a declarar —si tal era su deseo— la intención de repetir lo entregado en concepto de alimentos (230).

3. *Negocios complejos con prestación de alimentos.*

La deuda alimenticia puede surgir combinada con otras prestaciones tomadas de los contratos más diversos.

Como contrato atípico señala Albadalejo aquel en que alguien transmite a otro la propiedad de una cosa a cambio de que se realicen a su favor ciertos servicios, y, además, le sean prestados, si los necesita, alimentos de por vida; pues entonces, dice, se desvirtúa la función que el contrato típico de renta vitalicia (arts. 1.802 y 595) desempeña, que es el de, a cambio de una cosa, percibir una pensión estable durante la vida de una persona (231).

En estos casos la regulación aplicable es la que corresponde en general a los contratos atípicos. En primer lugar, las normas legales de carácter *imperativo* adecuadas al caso; en este supuesto habrá que contar, además de las que tienen ese carácter en los contratos, con preceptos imperativos pertinentes a los alimentos. Ya se han expuesto antes aquellos a que la jurisprudencia concede esta característica. En segundo lugar lo establecido por las partes dentro de los límites señalados por la ley, la moral y el orden público, y, por último, las normas legales de Derecho supletorio; el artículo 153 con peculiar redacción equivale, dentro de la extensión que comprende su ámbito propio, al artículo 1.258 del Código civil y, por consiguiente, juega un importante papel complementario, lo que se deduzca de la *buena fe* y lo que el uso establece.

(230) El problema de la repetibilidad de lo suministrado en concepto de alimentos cuando el que los recibía llegaba a una mejor situación económica ha dado lugar en la historia a opiniones dispares. La cuestión lleva implícita un problema interpretativo; en caso de duda se presume el ánimo de donar. GLUCK, entendía que los alimentos, sean prestados por una obligación jurídica, por mero amor o compasión, no pueden repetirse, y confirma este principio la *condictio indebiti*. Porque en la base de los alimentos, dice, hay un deber natural que las leyes positivas han elevado a obligación jurídica. En el *officium pietatis* va implícito el *animus donandi* y las prestaciones se hacen *animus donandi, non repetendi*. La ausencia de *animus donandi* ha de probarse, Cfr. *Commentario alle Pandette*, pág. 321.

(231) Cfr. M. ALBADALEJO, *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, página 297. Vid. sobre la configuración y modos más frecuentes de contratos atípicos, J. JORDANO BAREA, *Los contratos atípicos*, en RGLJ, 195 (1953), 90 ss.

En lo que discrepa el contrato absorbente, es criterio marcado por la jurisprudencia el de atender a la unidad del fin económico, Sentencia de 27 de febrero de 1950, que coordina las dos posturas doctrinales, la *combinación* y la aplicación analógica (232).

Especial relevancia merece a la hora de la interpretación ver su enlace con otras prestaciones con quienes entra a formar un entramado causal como base de concurrencia de varios contratos unidos.

En este sentido arroja mucha luz la Sentencia 1 de julio de 1969, que toma como punto de referencia la ligazón de las distintas cláusulas de un contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil. Una de estas cláusulas, la que mostró la controversia, era esta: Una vez que el señor S. B. haya satisfecho a sus padres el importe total estipulado como precio de la fábrica que adquiere, si sigue con la misma en funcionamiento, el referido señor S. B. pasará a sus padres una pensión de 6.500 pesetas mensuales que aumentaría en la cuantía que estime posible tan pronto como lo permita el buen desenvolvimiento y prosperidad del negocio y que distribuirá por partes iguales entre sus padres, siendo esta una condición que el señor S. B., fija, llevado de su deseo de contribuir al mayor bienestar de sus padres» (233).

La aludida sentencia utilizando el sentido gramatical del texto de la cláusula, plantea el tema acerca de si la expresión «llevado de deseo de contribuir al mayor bienestar de sus padres» se refiere a la propia constitución de la pensión o sólo al aumento de su cuantía y se inclina por esto último.

Pero a través de la interpretación sistemática «desvanecer tales dudas merced a lo dispuesto en el artículo 1.285 del Código civil., a través de la conexión de la cláusula litigiosa con las distintas cláusulas del contrato». De este medio interpretativo deduce que la «citada cláusula no atribuye a la pensión que en ella se establece el carácter de pura liberalidad, sino, por el contrario, el de una contraprestación de aquél para con éstos «a modo de pensión o renta vitalicia por la adquisición de la fábrica».

La razón fundamental para esta calificación procede de que la repetida cláusula está inserta en un contrato de compraventa y «el carácter del mismo excluye en principio toda idea de gratitud». Tal onerosidad se refleja en el conjunto del contenido contractual y se desprende del texto mismo de las cláusulas y condiciones establecidas. En una de ellas se obliga el hijo, sin limitación alguna en cuanto al tiempo, a sufragar todos los gastos extraordinarios que ocasione una enfermedad de sus padres «independientemente de la pensión a devengar». Se prevén en cláusulas sucesivas las fluctuaciones posibles

(232) Cfr. ALBADALEJO, *ob. cit.*, pág. 298.

(233) Entre otras cuestiones controvertidas figura la eficacia de la renuncia a la referida pensión llevada a cabo por el marido sin el mandato de su mujer y en fraude de ésta, así como el mantenimiento de la pensión a pesar de que la beneficiaria no se encontraba en estado de necesidad merced a un caudal adquirido por herencia.

del valor de la moneda y también el rendimiento del negocio. El conjunto del clausulado contractual puesto en armónica relación arroja, como conclusión, que «se ha pactado la continuidad en el percibo de la renta o pensión convenida como obligada contraprestación del hijo por la adquisición de la fábrica».

Tratándose, declara en otro de los considerandos, de un contrato oneroso como la compraventa y conteniendo la referida cláusula una estipulación de carácter aleatorio al estar constituida la pensión o renta sobre la vida de los beneficiarios, el hecho de que la actora haya mejorado de fortuna y no necesite de dicha renta o pensión es intrascendente, a efectos de enervar su derecho a reclamarla, por no implicar tal circunstancia cambio alguno en las recíprocas prestaciones y menos aún la destrucción del equilibrio de las mismas, requisito este último sin cuya concurrencia no cabe aplicar la cláusula «*rebus sic stantibus*».

Esta sentencia, sin duda ponderada en su fundamentación y ajustada a los más encomiables sentimientos de justicia, se enfrenta con una cuestión cuya solución técnica es discutible. Concurren todos los elementos que caracterizan la deuda de alimentos convencional y, sobre todo, de tomar la expresión, como lo hace el Supremo, en el sentido de «aumento», difícilmente puede calificarse de renta vitalicia. El Tribunal Supremo advierte la dificultad al añadir un «a modo de pensión o renta vitalicia».

A estas dudas se añade otra que resulta del máximo interés: ¿al cesar la situación de necesidad merced al caudal que recibe en calidad de herencia el beneficiario, debe cesar también la obligación de alimentos?

El problema se traslada al modo peculiar en que, en el caso concreto, se encuentren enlazadas las prestaciones.

En caso de contratos unidos, concurrencia de diversas prestaciones que se entrecruzan en una misma relación obligatoria, los criterios doctrinales se basan en el papel que desempeñan cada una de las prestaciones dentro del conjunto, atendida la finalidad y su relevancia causal.

Larenz, por ejemplo, se apoya en la «conexión» con el sentido y la «idea fundamental». El juez puede resolver una cuestión no disciplinada expresamente en el contrato —en el caso concreto el incremento del patrimonio del acreedor— sin acudir a la reglamentación general en sus normas complementarias de carácter positivo, ya que «se explica por su sentido y del mismo deriva la consecuencia que ofrece» (234).

Al estudiar el supuesto de la «coexistencia de varios contratos diferentes entre sí, aunque ligados por determinadas razones, Albada-lejo, presupuesta la existencia de varios contratos, distingue los supuestos en que estén unidos sólo *aparente* o *externamente* (un mismo documento, etc, de aquellos otros en que están unidos como un

(234) Cfr. R. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, trad. esp. Santos Briz (Madrid, 1958), 118.

conjunto querido globalmente como un todo). En este caso, la fijación se manifiesta de diferentes modos, como *subordinación* del uno al otro (de forma que la nulidad de este arrastra la desaparición de aquel pero no a la inversa), como *dependencia recíproca* y como unión alternativa (235).

En el supuesto controvertido la sentencia se basó en el compromiso de satisfacer una pensión en concepto de alimentos para llegar a la conclusión de que por tratarse de una dependencia recíproca el hecho de que la actora mejore de fortuna es intrascendente.

En el caso concreto la prestación de alimentos se enlaza con la contraprestación de pagar un precio por la venta. ¿Se trata de un sólo contrato de compraventa en el que el precio cierto se añade para lograr a un precio justo una prestación de alimentos?, ¿o se tratan más bien de dos contratos unidos de alimentos y de compraventa? El Tribunal Supremo parece inclinarse a la primera solución al basar la sentencia en el equilibrio de las prestaciones en un sólo contrato, «la conexión de las diversas cláusulas de un contrato, declara en uno de sus considerandos, constituye un factor fundamental para fijar su sentido y alcance».

La cuestión acerca de cuando hay un sólo contrato y cuando pluralidad de contratos unidos, tiene indudablemente transcendencia práctica.

Cuando la prestación de alimentos se liga a una atribución de bienes, su contenido suele articularse con el fin que se pretende a través del contrato translativo. Así ocurre con las donaciones otorgadas por los padres en atención al matrimonio del hijo, a quien impone la obligación de que, con su esposa y familia, pasen a vivir con los donantes «para cuidar de ellos y ayudarlos», Sentencia de 6 de febrero de 1954.

La convivencia y cooperación, en tal caso están íntima e inseparablemente unidas a la donación, constituyendo una prestación recíproca. La donación figura como causa de la prestación de alimentos, cuyo incumplimiento daría lugar a una adquisición sin causa justa para retener.

Ahora bien, ¿en todos estos casos a pesar de que surgen deberes estipulados de convivencia y de asistencia estamos ante una deuda alimenticia? ¿No se tratará, sin más, de un simple eslabón en una cadena de causas, una prestación injertada en un haz de recíprocas prestaciones y contraprestaciones? En tal caso, su interpretación, como ocurre con los negocios complejos, ha de hacerse dentro de un contexto propio: interpretar las cláusulas unas por otras, atribuyendo el sentido que resulte del conjunto de todas, artículo 1.285 del Código civil, sin acudir a otras reglas supletorias que pueden resultar entorpecedoras de lo realmente querido por las partes, puesto que al com-

(235) Cfr. M. ALBADALEJO, *ob. cit.*, pág. 300.

binarse entre sí prestaciones heterogéneas se borran las características y efectos normales propios de los componentes (236).

Por todo esto, la calificación de lo que debe entenderse por deuda alimenticia, en cada caso, resulta imprescindible.

RECAPITULACION. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

Como ha podido comprobarse a lo largo de este trabajo la deuda alimenticia, especialmente a través de la vía convencional, sigue abriéndose paso en inequívoca trayectoria entre preceptos legales que son resíduos de una peculiar sensibilidad.

He intentado describir ese proceso extrínseco de abrirse camino a través de diversos cauces que imprimen su huella en la prestación de alimentos forzándola a adoptar un desarrollo multiforme.

Advertir las variaciones experimentadas desde la publicación del Código civil, que parecía culminar el proceso del desenvolvimiento histórico en sede de alimentos, así como analizar la extensión de la deuda alimenticia en áreas cada vez más amplias, ayuda a comprender el permanente impulso que las circunstancias sociales introducen en la vida jurídica.

De este modo, el artículo 153 del Código civil, que pudo parecer un cajón de sastre donde verter lo no previsto por el complejo legislativo adquiere mayor virtualidad y permite ampliar la visión de una nueva panorámica.

El simple hecho de describir estos nuevos procesos de cristalización y la toma de conciencia del interés que el tema ofrece para la recta inteligencia de muchas cuestiones actualmente controvertidas, justificaría de suyo el esfuerzo realizado.

La hermética separación entre alimentos convencionales y legales no es posible porque el supuesto de hecho ha de ser común; de ahí la propensión a desvirtuar la esencia de la deuda alimenticia con el fin de eludir la anacrónica resonancia de algunos preceptos que frenan su desenvolvimiento y acomodo a los tiempos. Es esta la razón última de muchas dificultades que quedan en pie.

Esta deformación de la figura se explica también por la cautelosa selección de cauces establecidos que, bordeando prohibiciones, encuentra siempre la amenaza de su validez. Quizá en este punto el histórico «favor legal» de que gozaron los alimentos se haya frenado por esa tergiversación que ofrece la noción al desfigurarse sus contornos y perspectivas. A este riesgo cabe añadir la visión de los límites con sentido netamente amputador lo que lleva consigo una irreductible separación entre los alimentos legales, que gozan de protección, y los convencionales que se disfrazan de formas sinuosas para defenderse en entorpecedoras interpretaciones de la ley, ocultando, en todo o en parte, su verdadera fisonomía.

(236) Vid. S. de 13 de junio de 1961. Como prestación dentro del vitalicio puede adoptar diversas variedades, S. de 28 de mayo de 1965, ya citada.

De aquí la importancia que tiene insistir en el sentido típico de la deuda alimenticia, en su perfil general, por más que se haga con una amplia orientación.

La deuda alimenticia es por esencia variable. El carácter determinable que es genuino de la prestación de alimentos y la variabilidad específica del supuesto de hecho, permite distinguirla de otras prestaciones con las que acaso coincida en la misma finalidad pero cuyo régimen jurídico es distinto.

De otra parte, las medidas para prever la continuidad en el mantenimiento y las garantías para asegurar el cumplimiento de la prestación, reclaman una revisión de criterios y una particular sensibilidad del intérprete a la vista de su verdadera finalidad. El principio de *favor iuris* concedido a los alimentos ha de constituirse en principio coordinador que dé unidad al eslabón de prestaciones y contraprestaciones, ordinariamente heterogéneas, cuando estas juegan como piezas enlazadas de un conjunto.

Por último, es preciso, de *jure condendo*, facilitar un sistema que permita tanto las garantías adecuadas a la prestación de alimentos como medidas que faculten la extensión de su finalidad, asegurar el mantenimiento de otro a partir de un mínimo adecuado para la subsistencia, con la flexibilidad que ha de imprimirle su destinación sobre el vivir mismo.

El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías

(Art. 1.129-3.º C. c.)

BERNARDO MORENO QUESADA
(Profesor en Granada)

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. NATURALEZA JURÍDICA. III. FUNDAMENTO.—IV. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN: 1. Garantías a que se refiere.—2. Disminución o desaparición de las mismas.—3. Actos propios del deudor. Consideración del hecho de tercero en sus distintos supuestos.—V. EFICACIA DEL ARTÍCULO 1.129-3.º, RESPECTO DE TERCEROS: 1. En relación con el fiador personal.—2. En cuanto a garantías reales: El tercer poseedor de cosa hipotecada y el concedente de garantía real.—VI. LA ACTUACIÓN DE LA EXIGIBILIDAD ANTICIPADA.—VII. LA SUSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS COMO POSIBLE EXCEPCIÓN A LA EXIGIBILIDAD ANTICIPADA.

Establece el artículo 1.129 del Código civil, en su número 3.º, que «perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo cuando por actos propios hubiese disminuído aquellas garantías (a que estuviese comprometido) después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituídas por otras nuevas e igualmente seguras».

Es grande la importancia que la aplicación de este precepto puede tener para un elevado número de supuestos de créditos garantizados; ello se pone de manifiesto en que viene propugnada su incorporación por pacto expreso a ciertos tipos de garantías; unido esto a la frecuencia con que así se hace en la práctica, justifica sin duda la atención que se preste a su estudio y al de las cuestiones más relevantes que en el mismo se plantean.

I. El origen del principio según el cual la disminución de las garantías prestadas produce la decadencia del término estipulado y la inmediata exigibilidad del crédito, se suele encontrar en la antigua jurisprudencia francesa, en el antiguo Derecho consuetudinario de este país, del que Pothier tomó el principio que luego plasmaría el Código de Napoleón, en su artículo 1.188.

Pero se ha hecho observar también (1) que, con anterioridad, la doctrina del Derecho común, fundándose en un párrafo contenido en D. 5, 1, 41, se había aproximado a la solución de referencia al establecer que el deudor que dilapidase los bienes o diese motivo para sospechar que iba a fugarse, podía ser obligado a pagar antes del tiempo previsto, si no prefería dar fianza, estimándose que tal era una de las justas causas de vencimiento anticipado que con carácter general se reconocían en aquel pasaje. También se cita como anterior, a Salgado de Somoza que, en su «Labyrinthus creditorum», sostenía que «creditor ante diem solutionis potest agere quando pignore vel hypotheca ex aliquo accidente periclitantur» (2).

Como principio general, con el alcance que tiene en las legislaciones modernas, lo formula Pothier (3) al considerar que la ley presume el término establecido solamente en beneficio del deudor, y que el principal fundamento de los plazos concedidos por el acreedor a su deudor es la confianza que tiene aquél de que podrá cobrar su crédito en el tiempo convenido: así que faltando este fundamento, cesará el efecto del plazo; por ello resulta, pues, justo y natural que éste incurra en la caducidad del beneficio, siempre que desaparezcan las condiciones económicas en virtud de las cuales es de suponer que se lo ha concedido el acreedor. Y con respecto al caso concreto de disminución de las garantías, aplicando el mismo fundamento del plazo en la confianza en el deudor, mantiene (4) que el acreedor hipotecario puede pedir el pago aunque el término no haya vencido, porque al desaparecer su derecho de hipoteca, en el que había basado su confianza para conceder el término a su deudor, debe cesar el efecto de dicho término.

El principio se recogió en el artículo 1.188 del Código civil francés, según el cual «el deudor no puede reclamar el beneficio del término cuando ha caído en quiebra o cuando por hecho propio ha disminuído las garantías que había dado por contrato a su acreedor». Aparte de otras aplicaciones del principio (por ejemplo el art. 1.613 sobre facultad del vendedor de no entregar la cosa, mediando plazo, cuando por quiebra o insolvencia del comprador corra el peligro de perder el precio, a menos que le preste fianza; y el 1.913 sobre que el capital de la renta constituída perpetua, se hace exigible en caso de quiebra o insolvencia del deudor), se previó especialmente para la hipoteca el artículo 2.131, para el supuesto de que perezca o se disminuya por caso fortuito, quedando insuficiente para la garantía del acreedor, que éste podrá o perseguir sin más su reembolso u obtener un suplemento de hipoteca.

(1) GIORGI: *Teoría de las obligaciones*, trad. esp., IV, Madrid, 1911, páginas 422 y ss.

(2) Vid. DÍEZ-PICAZO: *El pago anticipado*, en «Rev. Der. Mercantil», julio-septiembre, 1959, pág. 76, nota 153.

(3) *Tratado de las obligaciones*, trad. esp., Barcelona, 1839, notas 233 y 234, pág. 133.

(4) Op. cit., núm. 236, pág. 134.

De este Código se recoge por los que en él se inspiran, que siguen el mismo sistema de establecerlo como principio general en las obligaciones a plazo, y recoger una aplicación específica para el caso de disminución de la garantía hipotecaria (5). Tal es, también, la forma en que se recoge en las más recientes codificaciones, como es la portuguesa de 1966 (6).

Por lo que se refiere a nuestro Derecho, el Proyecto español de 1851 estableció igualmente dos preceptos paralelos a éstos: el artículo 1.048 según el cual el deudor constituido en quiebra o que hubiere disminuído, por medio de actos propios, las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, no podría reclamar el beneficio del término (no exigible por consiguiente que las garantías fuesen dadas por el deudor a su acreedor por medio de contrato); y en cuanto a la hipoteca, el artículo 1.796 establecía que cuando los bienes hipotecados se pierdan o deterioren por culpa del deudor, podía el acreedor reclamar el pago, a no ser que prefiera que se la amplíe la hipoteca; y en cambio, si la pérdida o deterioro no le es imputable al deudor, éste podría renovar o ampliar suficientemente la hipoteca, y sólo en el caso de no hacerlo tendría el acreedor derecho a exigir el pago antes del vencimiento del plazo.

Con esta regulación, evitaba el legislador español de 1851 muchas de las cuestiones que se han planteado tanto en la doctrina francesa como italiana al interpretar sus respectivos preceptos, con un acierto que se prueba en que el reciente Código portugués ha venido a recoger gran parte de ella.

En relación con todos estos antecedentes, la reglamentación de la materia en nuestro Código vigente, tiene como características más salientes: 1.^a el regular sólo el vencimiento anticipado para los créditos a plazo en general, prescindiendo de su aplicación a la hipoteca que ya estaba regulado cuando se publicó, en el artículo 97 del Reglamento hipotecario de 29 de octubre de 1870, y 2.^a ampliar, en el artículo 1.129, dichos antecedentes en cuanto de una parte incluye en el mismo como uno de los supuestos, el de la desaparición de las garantías por caso fortuito, y de otra permite que se enerve la exigencia de cumplimiento inmediato por el acreedor, garantizando la deuda en el caso de insolvencia, o sustituyendo por otras nuevas e igualmente seguras las garantías afectadas, en los términos que recoge tal medida el número 3.^o del referido precepto.

No puede olvidarse esta circunstancia porque la regulación un tanto híbrida que de esta agrupación resulta, hace surgir algunos pro-

(5) Así el Código civil italiano de 1865, arts. 1.176 y 1.980, respectivamente, que en el de 1942 se corresponden con los 1.186 y 2.743.

(6) Arts. 780 y 701, y 725, ya que con respecto a la hipoteca regula en preceptos distintos el pericimiento de la cosa hipotecada o la insuficiencia de la garantía hipotecaria por causa no imputable al acreedor, en relación con el deudor, y el de disminución de la seguridad del crédito por culpa del adquirente de la cosa o derecho hipotecado y en relación con el mismo.

blemas que iremos viendo, e impide aplicar, cómo con notorio error se hace en ocasiones, principios o conclusiones obtenidos por la doctrina extranjera en base a preceptos de contenido parcialmente distinto.

II. Dispone el artículo 1.129 que cuando se den los supuestos contemplados en sus tres números, «perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo». Algunas consideraciones permitirán establecer mejor cual sea la verdadera naturaleza jurídica de esta disposición legal.

Partiendo de la expresión utilizada por el Código, es frecuente referirse al artículo 1.129 como a un caso de «pérdida del beneficio del plazo».

Ahora bien, la inexactitud de esta afirmación se pone de relieve por algún sector de la doctrina (7) llamando la atención acerca de que el efecto prevenido se produce no sólo cuando el plazo es «beneficium debitoris», sino también cuando ha sido establecido en interés común de ambas partes; porque, efectivamente, la justificación o fundamento que, como veremos, tiene el precepto como medio para actuar la seguridad del crédito, tiene vigencia siempre que exista una obligación con vencimiento aplazado, en que la conjunción del transcurso del tiempo con determinadas circunstancias relativas a las garantías del crédito representa un riesgo para la normal satisfacción de éste. Y entonces el legislador a pesar de que, por haberse señalado un día cierto para el cumplimiento, la obligación sólo sería exigible cuando llegase el día, en atención a aquellas circunstancias prescinde del tiempo de espera, suprime el plazo, y hace la obligación exigible «desde luego».

Por ello se habla, más exactamente de «caducidad del plazo», de «revocación del plazo» (8) de «decadencia del término», de «vencimiento anticipado» y de «exigibilidad anticipada». Esta última expresión es la que parece más acertada a Díez Picazo (9) —que la recoge de Vaz Serra, y que tiene una gran solera, pues ya Demolombe (10) la utilizó—, por estimar, con Polacco, que no se produce un vencimiento «ipso iure» sino que el acreedor queda facultado para dar por vencida la deuda.

Considero, por mi parte, que hay en este supuesto una desapatiación del plazo por precepto legal, que hace a la obligación pura, vencida y, en consecuencia, exigible desde luego; lo que no obsta para que el acreedor pueda como en los supuestos en que originariamente sea así, exigirla inmediatamente o esperar, a su elección, el tiempo que tenga

(7) DÍEZ-PICAZO: *El pago...*, cit. pág. 67. BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pág. 277.

(8) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*, XIX, Madrid, 1902, pág. 705.

(9) *Op. y loc. cit.*

(10) *Cours de Code Napoleon*, vol. XXV («Traité des contrats», 2.º), París 1877, pág. 661.

por conveniente con las consecuencias que en este caso pueda derivarse de ello (11).

Por otra parte algunos autores, y entre nosotros Sánchez Román (12) con base en el artículo 1.851 —donde una modificación del tiempo del cumplimiento extingue la obligación del fiador—, han considerado que por ser el tiempo un elemento esencial de la obligación, la alteración del inicialmente señalado supone la extinción de la primitiva y la creación de una nueva, esto es una novación, que hará que sólo subsistan las obligaciones accesorias (punto que aquí nos interesa) en cuanto aprovechen a un tercero que no haya intervenido en la novación (art. 1.207).

Sin embargo, es mayoritaria la opinión (13) de que la concesión de un término al deudor, o la renuncia por el mismo del que inicialmente se le había otorgado no implica, en principio, novación, por considerar con Planiol que el término sólo afecta a la ejecución de la obligación y no a su constitución. Siendo la novación entonces simplemente modificativa, quedará subsistente la fianza en los términos estipulados (14).

Tenemos, pues, que por virtud del artículo 1.129 se origina un vencimiento anticipado de la obligación, que no implica novación de la misma, por lo que afectará a las garantías de cualquier clase, y por ello a las reales que puedan haberse constituido para su seguridad. Y sin embargo es curioso observar que cuando se trata de estas garantías no se le presta atención.

Pudiera pensarse que no lo tratan por considerarlo formando parte de la fase ejecutiva del crédito, en cuanto que es un modo de abrir paso a ella, precipitándola en el tiempo, y no de la fase de seguridad, que es lo que justificaría su tratamiento junto con la acción de deterioro o devastación y, cuando se hace, de otras medidas dirigidas a tal fin; en este sentido, en su estudio sobre la fase de seguridad en la hipoteca, Doral (15) considera que se integran en ella «las diversas medidas con que cuenta el acreedor hipotecario antes de que se desencadene el proceso ejecutivo, medidas que componen en su conjunto

(11) Cfr. la Sentencia del T. S. de 3 noviembre 1955 sobre extinción de la fianza por el transcurso del plazo de duración establecido.

(12) *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2.^a ed., Madrid, 1899, pág. 465.

(13) Cfr. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, III, 9.^a ed., Madrid, 1958, pág. 333.

(14) Sentencia T. S. 8 julio 1915. Cfr. CASTÁN, op. cit. IV, pág. 697 y PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, IV-2.º, Madrid, 1951, pág. 505. Vid. por otra parte, las condiciones que el T. S. considera deben concurrir en la prórroga prevista por el art. 1.851, según una Sentencia de 6 octubre 1908, que examino más adelante.

(15) *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1967, pág. 48. Vid., y es de mucho interés a este respecto por aplicar el art. 1.186 del Código civil francés (similar a nuestro 1.129), CABRILLAC: *La protection du créancier dans les suretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, Paris, 1954, especialmente págs. 128, 150 y s. y 253 y ss., y sobre todo 350 y ss.

uno de los aspectos más característicos de la fase de seguridad. Pero, aparte de que como las demás que se estudian se trata en este caso de una forma de protección del crédito frente a ataques contra sus garantías, aunque difiera de otras en la manera de realizarla (que unas veces se hace manteniendo la incolumidad material de las mismas, otras reintegrándolas, y por medio de ella haciendo exigible el crédito, protección eficaz contra la disminución de las garantías que con el aplazamiento pone sin duda en peligro aquél), prueba que no es esa la razón de no considerarlos el hecho de que los mismos que prescinden de su consideración propugnan, como complemento y mejora de la acción de devastación, el pacto de vencimiento anticipado para los supuestos de la misma.

Tampoco cabe pensar que al contemplarla como acción contra el dueño de los bienes prescindan de considerar al deudor, porque normalmente ambas cualidades se reúnen en una misma persona, pues la realidad es que los casos de separación de titularidad pasiva de la deuda y de la garantía, son más escasos porque ni se da con frecuencia la constitución de hipoteca por deuda ajena ni, ante las más recientes disposiciones sobre la materia, son tantas como antes las transmisiones de fincas hipotecadas sin asunción por el comprador de la deuda que garantizan. Desde luego no cabe duda de que tratando del deudor obligacional se abarcan bastantes más casos de créditos hipotecarios, que contemplando al dueño de la finca hipotecada.

Porque no puede olvidarse, como dice el mismo Roca Sastre (16), que distinta es la posición del deudor (con su responsabilidad patrimonial universal), de la posición del sujeto pasivo de la hipoteca como propietario del inmueble hipotecado, pero que la hipoteca, «como derecho accesorio al servicio de la garantía de un crédito integra con éste la entidad o figura del crédito hipotecario». De aquí que si bien el acreedor del mismo ha de ser siempre un solo sujeto, el deudor puede serlo también (responsable hipotecario por deudas propias) o haber dos: el del crédito garantizado (deudor personal u obligacional), y el de la garantía del crédito (deudor hipotecario o real). Y decía antes que, sin duda, este supuesto es menos frecuente que aquél, por lo que de tratar sólo uno, más limitada será su eficacia si se hace del segundo que del primero; y de todas formas lo mejor, sin duda, es tratarlo desde ambos puntos de vista.

Y causa más extrañeza esa abstención, porque esos mismos autores han llamado la atención sobre que «la circunstancia de que un crédito esté garantizado con hipoteca no altera la naturaleza y efectos del crédito en sí, pues éste vive su propia vida y el acreedor con la hipoteca únicamente obtiene la seguridad de que caso de no satisfacerse el crédito contará con el valor de la cosa hipotecada para cobrar el importe del mismo. Así pues la existencia de la hipoteca deja

(16) *Derecho hipotecario*, IV, 6.^a ed., Barcelona, 1968, págs. 102 y s.

incólume el crédito con la consiguiente responsabilidad patrimonial universal del deudor en el supuesto de incumplimiento» (17). Y, desde luego, otras muchas consecuencias, entre las cuales la exigibilidad anticipada prevista y sancionada por el artículo 1.129 del Código civil. Puede explicarse quizá por una visión unilateral que se manifiesta al afirmar el mismo Roca (18) que en el supuesto del deudor personal que a la vez es propietario del inmueble hipotecado, «parece confundirse el crédito con la hipoteca, pero no hay tal, ya que no sólo como propietario está constreñido a no desmejorar el inmueble gravado, cosa que no le incumbe como deudor personal»... pues o prescinde del 1.129 o resuelve demasiado rápidamente sobre la naturaleza y eficacia del mismo.

Tampoco creo puedan ser motivo de la abstención en tratar del tema, posiciones vanguardistas (19) sobre las relaciones crédito-hipoteca en cuanto al vínculo de accesoriedad, porque además de que tales actitudes se mantienen con base en supuestos excepcionales que van encontrando acomodo en nuestra legislación positiva, y por tanto no permiten interpretaciones extensivas, es que ese abstencionismo se encuentra en autores que defienden sin vacilar como uno de los caracteres de la hipoteca, el de la accesoriedad. No está de más en este punto tener en cuenta que, como dice Cossío (20), una cosa es la relación del crédito con el derecho real (que puede concebirse como accesorio o como independiente) y otra cosa distinta es la coexistencia de las responsabilidades personal y real por una misma deuda, o la exclusión de la primera y admisión exclusiva de la segunda, por lo que siendo así cabe mantener la accesoriedad de la hipoteca aunque se limite la responsabilidad sólo a la finca hipotecada.

Cierto que el artículo 1.129, por su misma naturaleza, encuentra determinados supuestos en los que no puede operar, como por ejemplo cuando se trate de créditos futuros o ilíquidos o eventuales (21) en los que no cabe su inmediata exigibilidad... (y en cambio será eficaz una medida puramente conservativa de la cosa garantizadora ex artículo 117 de la Ley Hipotecaria, y parece que también las medidas cautelarse del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la vez que se solicita el cumplimiento o simplemente el aseguramiento, que contemplan directamente la protección de la garantía).

Respecto a su posible aplicación al crédito garantizado con una hipoteca de responsabilidad limitada o con pacto de concreción de res-

(17) ROCA SASTRE, op. cit., vol. I, pág. 163.

(18) Op. cit., IV, pág. 118.

(19) Vid. LA RICA: *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de la hipoteca*, en los «Anales de la Acad. Matrit. Notariado», volumen IV, Madrid, 1948, pág. 287.

(20) *Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1945, pág. 207.

(21) COVIELLO: *Ipoteche...*, pág. 250: «inaplicable la decadencia en la hipoteca dotal en favor de la mujer sobre los bienes del marido».

pensabilidad a los bienes hipotecados, permitida por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, no creo que pueda presentar dudas (22).

Y debe aplicarse este precepto porque quizá con más intensidad que en los casos normales se produce en éste la necesidad de defender el crédito, de garantizar el pago: por eso ha dicho Roca (23) que en estos casos adquiere especial relevancia la acción de deterioro, ya que entonces el acreedor no cuenta con el suplemento de la acción personal ejercitable contra los bienes o patrimonio del deudor; si en los demás casos propugna el reforzamiento de la eficacia de esta acción con el pacto de exigibilidad anticipada, con más motivo será de utilidad en éste. Y en cuanto a que esté justificado el vencimiento anticipado ex artículo 1.129-3.º, creo que las razones que lo abonan en los demás supuestos concurren ahora más intensamente porque se ha limitado la garantía del crédito y por ende le afectarán, mucho más y con más intensidad que de ordinario, las posibles disminuciones de la única garantía que tiene. En este sentido se pronuncia Cárdenas Hernández (24).

En esto habría, por otra parte, una razón más para rechazar la posición de La Rica (25) que, manteniendo la accesoriedad inicial, estima que «una vez constituida la hipoteca sin responsabilidad personal del deudor, sin acción contra éste en el acreedor, la obligación personal se esfuma, se desvanece en el limbo de los conceptos, se pierde en la nebulosa de lo abstracto». Y no es esto así porque el acreedor usar de la facultad que le confiere el 1.129, por la disminución de las garantías que ocasione el deudor por sus propios actos. ¿Supone esto que hay un deudor? Para mí no tiene duda. Y no porque lo derive de esta circunstancia, lo que sería por lo menos tan lícito, y creo que más, desde el punto de vista hermenéutico, que deducir su volatilización de haberse concretado o limitado la responsabilidad a unos bienes concretos con sus consecuencias sobre la ejecución en caso de incumplimiento, sino porque la obligación es mucho más que el puro aspecto de la responsabilidad; y como éste es un hecho que no se puede cambiar, por mucho que se diga otra cosa, el propio La Rica ha de reconocer (26) que mientras permanezca la finca hipotecada en poder del deudor «todavía puede sostenerse que subsiste la obligación del deudor, si bien con una responsabilidad centrada solamente sobre una parcela de su patrimonio», y que «el deudor se halla jurídicamente obligado a pagar» y que «frente al acreedor podrá

(22) La aplicación a este caso del art. 1.129 ha de excluirse, por supuesto en cuanto al núm. 1.º porque la insolvencia del deudor no tiene trascendencia alguna, toda vez que su patrimonio queda al margen de la responsabilidad, concretada exclusivamente sobre los bienes hipotecados; también en cuanto al núm. 2.º, porque las garantías prometidas ya se constituyen de esa forma especial dicha.

(23) Op. cit., IV, pág. 734.

(24) Cita de ROCA, I, pág. 176, nota 2.

(25) *La obligación personal...*, cit. pág. 306.

(26) Op. cit., pág. 312.

el deudor oponer cuantas defensas de índole obligacional le asistan y la naturaleza del procedimiento de ejecución le consienta». Y que en cuanto se transmita el crédito o la finca, definitivamente se volatilice la obligación, tampoco es cierto y no cambiará la situación, sino que como acertadamente pone de relieve Roca (27) la persona que adquiriera la finca devendrá deudor personal del crédito garantizado, con la misma limitación o concreción de responsabilidad, «produciéndose una subrogación o asunción de deuda sin requerirse el consentimiento del acreedor en cada caso, pues este consentimiento ya se prestó, tácitamente al menos, al otorgar el pacto de concreción de responsabilidad personal».

O sea que habiendo una subsistencia del débito con responsabilidad patrimonial general, como dice Cossío, o de un verdadero deudor personal, con su débito y su responsabilidad, como defiende Roca de acuerdo con los términos de la Ley, el hecho es que el acreedor hipotecario conserva su crédito con su consiguiente acción personal, que le permitirá invocar el artículo 1.129 del Código civil, en las circunstancias que veremos más adelante, frente a la realización de actos dismisorios de la garantía llevada a cabo por el propietario de los bienes hipotecados al amparo del artículo 140 de la Ley Hipotecaria.

En éste, como en los demás casos, la posible aplicación del artículo 1.129 al crédito hipotecario será sin duda beneficioso en todos los aspectos, cumpliendo una de las funciones de las garantías que es la de coaccionar o inclinar al pago voluntario por el temor a las consecuencias de su falta; y esto en cuanto al acreedor, porque reforzando muy eficazmente su derecho contribuirá a una mayor inclinación y decisión de contratar con esta garantía; y en cuanto a los deudores, porque les hará abstenerse de unos actos perjudiciales para el crédito, dando mayor seriedad a la relación y con ella mayor posibilidad de encontrar quienes proporcionen capital; en cuanto a los terceros dueños de cosas dadas en garantía, si son adquirentes posteriores animándolos a asumir la deuda para obtener un mayor control de la misma, e incluso a su cancelación, dejando libres los capitales para ser de nuevo aplicados, y si se trata de hipotecantes por deuda ajena, haciéndoles tomar precauciones frente al deudor garantizado, y evitando ulteriores cuestiones entre ellos. Todo, en fin, contribuyendo sin duda al fomento del crédito territorial. Ello demuestra además, que es un medio de protección de los créditos.

Otro punto interesante relativo a la naturaleza del artículo 1.129 es el referente a si el vencimiento del término se produce como consecuencia del incumplimiento de una obligación de mantener las garantías o, por el contrario, es una pura y simple carga de no deteriorar que pesa sobre el deudor.

Quizá en nuestro Derecho no se plantea el problema con el alcance que en el italiano, por ejemplo si lo referimos exclusivamente

(27) En su obra citada, vol. IV, pág. 171.

al artículo 1.129 y prescindimos —sin perjuicio de una ulterior consideración en el momento adecuado— del 117 de la Ley Hipotecaria. Porque, efectivamente, la solución y los presupuestos que se establecen en el artículo 1.129, número 3.º para la disminución de las garantías por actos propios del deudor, no pueden dejar lugar a dudas de que sancionan un verdadero deber por parte de éste de no perjudicar de esa forma las garantías concedidas.

Se deduce así de las siguientes consideraciones:

a) Que no se han puesto en el mismo plano (al exigirse la total desaparición) las consecuencias del acto propio que las del hecho fortuito, lo que da a entender la existencia de un deber al que falta el deudor cuando disminuye las garantías por actos propios; y en cambio al no poderse entender así en el caso fortuito, es por lo que se regula de forma distinta y mucho más beneficiosa para el deudor.

b) Que la consideración (28) de que sólo se puede hablar en este caso de un deber del deudor en el mismo sentido del que tiene frente a cualquier acreedor de no deteriorar su patrimonio o, lo que es lo mismo, de no resultar insolvente a los efectos del mismo artículo 1.129, número 1.º, no tiene esta eficacia en nuestro Derecho porque, a diferencia del italiano en el que se argumenta así, cabe que el deudor que resulte insolvente evite el vencimiento anticipado garantizando la deuda.

De todas formas puede resultar superflua la cuestión (salvo para algunas manifestaciones específicas), en cuanto que, se considere carga u obligación, las consecuencias serán las mismas: las que ha marcado la ley. Porque no cabe argumentar que falta la obligación en cuanto que no se presupone una culpa para que se considere violado (29), toda vez que como obligación legal, no sólo es exigible por estar expresamente determinada en el Código, sino que se regirá por el precepto que lo haya establecido, y sólo en lo que éste no haya previsto, por las disposiciones generales de las mismas. De aquí la consecuencia, que han de reconocer todos, de que su incumplimiento tiene una sanción específica —el vencimiento inmediato del crédito—, y ello cualquiera que sea la causa del mismo —pues abarca a todos y cada uno de los actos que puedan ser atribuidos (actos propios) al deudor—.

Si esto no fuera así, ¿en qué situación pondríamos al acreedor ante la disminución de las garantías por acto propio del deudor? ¿En qué basaríamos su derecho (indiscutible como tal a todas luces) de exigir el vencimiento? Y es que entre nosotros no se puede sostener que (30) desde el punto de vista estructural la situación cambie en

(28) GORLA: *Le garanzie reali delle obbligazione*, Parte generale, Milano, 1935, pág. 158.

(29) RUBINO: *La responsabilità patrimoniale*, en el Trattato di Diritto civile italiano» de Vassalli, Torino, 1956, pág. 19.

(30) Cfr. RUBINO, op. y loc. cit.

el momento en que se verifica la disminución de las garantías, y que entonces surja un verdadero y propio derecho (de crédito) del acreedor, y una correspondiente obligación del deudor, a proporcionar una nueva garantía, no actuables coactivamente en forma específica y cuyo incumplimiento tiene por sanción sólo la decadencia para el deudor del beneficio del término. Es evidente que, ante los términos del artículo 1.129-3.º, no se puede sostener esta construcción; pero tan evidente o más lo es también, y resulta importante para los fines que perseguimos, que tampoco hace falta sostenerla (31).

Todo esto es porque, como veremos seguidamente al tratar del fundamento del precepto, junto a la idea de sanción que se acumula en el supuesto de disminución por actos propios del deudor, su base es la protección de las garantías y seguridad del crédito; cuya forma de protección en este caso deriva directamente de la voluntad de la propia ley que la ha establecido con un precepto específico, y no de la de las partes, que pueden sólo excluirla total o parcialmente por medio de pacto, al ser materia de mero interés privado (32).

III. Porque, en efecto, con relación al fundamento del precepto contenido en el artículo 1.129 podemos decir que es complejo, en cuanto que se comprenden en el mismo cuatro supuestos de configuración diferente y de distinto alcance; y así en unos se acentuará una razón más que en otros, a la par que alguna será común para todos.

Y es que, mientras respecto de los números 2.º y 3.º en su primera parte cabe afirmar que se produce una pérdida de la confianza en el deudor, razón de tipo puramente subjetivo, no puede sin más afirmarse tal cosa del número 1.º, ya que la insolvencia puede haberse producido de una manera fortuita, ni desde luego de la segunda parte del número 3.º, en que expresamente se reconoce ser éste el caso. Prueba de ello, es que en estos dos últimos supuestos se permite al deudor impedir la consecuencia prevista del vencimiento anticipado mediante la constitución o sustitución de garantías; se pone así de manifiesto que hay un elemento objetivo que lleva a adoptar esa medida del vencimiento anticipado del término.

De todas formas no puede dejar de tenerse en cuenta esa nota subjetiva de pérdida de la confianza en el deudor que hace se le aplique con un cierto carácter de sanción, lo que servirá para explicar algunos puntos de su regulación positiva. Se ha recordado al respecto (33) que, discutiéndose el Código de comercio francés, alguno

(31) Cfr. «a contrario sensu» los argumentos de ANDRIOLI, en el *Commentario del Codice civile*, de Scialoja-Branca, libro della Tutela dei diritti, Bologna-Roma, 1954, pág. 43.

(32) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, en el «Trattato de Cicu y Messineo», Milano, 1956, núm. 104, pág. 232, que cita a CHIRONI: *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, II, 2.ª ed., 1918, núm. 208, para el que según las normas generales que rigen la obligación de garantir, las partes son libres de modificarla y también de quitarla (cit. arg. art. 1.483) o bien de imponerla donde legalmente no existe.

(33) GIORGI: *Teoría de las obligaciones*, cit. IV, pág. 426.

de los que componían la Comisión legislativa propuso que en este caso se permitiera al deudor hacer el descuento correspondiente a la anticipación del pago; pero que no se aceptó tal proposición, porque se quiso que la caducidad tuviese todos los caracteres de una verdadera y propia pena contra el deudor, y no pudiese nunca perjudicar al acreedor obligándole a pagar un descuento que podría resultarle perjudicial. Y ello por esta decadencia del plazo que, en ciertos aspectos, «toma el carácter de una pena» como decía Demolombe (34).

También se defendió, con carácter más general, que la anticipación del vencimiento tiene su origen en la voluntad presunta de los contratantes que estipularon el término. Funciona éste, al decir de Beltrán de Heredia (35), mediante el pacto de «non petendo» que vincula la actividad del acreedor hasta que venza el plazo señalado. El plazo se ha concedido, verosímilmente, porque el acreedor confía en que las garantías que se le han dado, lo ponen a cubierto de los riesgos que para su crédito se pueden originar por el transcurso de este tiempo que falta hasta la exigibilidad. De aquí que para precipitar ésta se haya invocado, en tal sentido, la cláusula «rebus sic stantibus», la condición resolutoria tácita, etc. (36).

Lo cierto es que la garantía opera con mucha frecuencia como elemento decisor en la constitución de la relación obligatoria, en el sentido de que el contratante no se habría decidido a una determinada prestación, sin las garantías que la otra parte ha constituido: como dice D'Amelio (37), no siempre la garantía es proporcionada a la deuda, ya que puede ser excesiva o insuficiente, pero su valoración está en la apreciación de las partes, y el acreedor, concluido el contrato, sabe que el buen éxito del mismo, además de en la garantía personal del deudor, se funda sobre las constituidas expresamente; por ello siendo la garantía real, si en el transcurso del contrato el bien disminuye de valor o, peor aún, perece, el acreedor se encuentra en una situación diversa de aquélla que lo indujo a concluir la relación, y en la cual probablemente no la habría concluido».

La referencia a la condición resolutoria tácita encuentra así una cierta justificación, si bien con eficacia respecto a algunos supuestos solamente (pues poca puede tener respecto al del número 1.^o), y no yendo más allá de una similitud en cuanto a los presupuestos, toda vez que la regulación en uno y otro difiere profundamente: así, aparte de lo que directamente se deduce de los términos de ambos preceptos, lo derivado de la interpretación que el Tribunal Supremo ha dado al artículo 1.124 y que manifiesta la diversidad de concepción: por ejemplo, la exigencia de que se trate de obligaciones en las que el

(34) Op. cit. vol. XXV, pág. 653.

(35) *El cumplimiento de las obligaciones*, cit. pág. 268.

(36) Vid. DEMOLOMBE, op. y loc. cit. últimamente.

(37) *Delia responsabilità patrimoniale*, en el «Commentario al Codice civile» por él dirigido, Libro della Tutela dei Diritti, Firenze, 1943, pág. 447.

principio de reciprocidad esté tan perfectamente caracterizado, que no se conciban unas obligaciones sin otras (Sentencias de 28 de septiembre y 30 octubre 1965 y 1 de febrero de 1966) y que no entra en juego cuando se trata de obligaciones que, estando incorporadas a un contrato unilateral o bilateral, tienen puro carácter accesorio o complementario en relación a aquellas prestaciones, o contraprestaciones en su caso, que constituyen el objeto principal del contrato (Sentencias del Tribunal Supremo citadas anteriormente y las de 5 de enero de 1935 y 30 de noviembre de 1965, entre otras muchas). Y esta circunstancia no concurre en el caso que examinamos, porque con razón Rubino (38) niega que pueda calificarse, como hacen algunos autores, el contrato de prenda de bilateral, en base a la obligación de no disminuir las garantías que pesa sobre el concedente; y ello porque «para admitir que el artículo 1.186 suponga una verdadera obligación en tal sentido, ha de darse por cierto que se trataría de una obligación secundaria, cuya importancia no se podría elevar hasta ponerla en relación de sinalagmática con la obligación de custodiar». Por otra parte se ha resuelto que cuando hay una disposición específica sobre la materia, no se aplica el artículo 1.124 (Sentencia de 11 de noviembre de 1943 y 6 de marzo de 1954), con lo que en el caso aquí tratado poca utilidad puede proporcionarnos, en cuanto a su fundamentación, el recurso a la figura que está regulada en el mencionado precepto.

En cambio el principio de la conservación de la garantía (como medio para la seguridad del crédito), es un principio general del que se encuentran otras manifestaciones, y no sólo en cuanto a las garantías reales sino también en cuanto a las personales: así cita D'Amelio (39) la facultad concedida al acreedor de pedir otro fiador con capacidad y bienes suficientes, si el que anteriormente se le dio viniera al estado de insolvencia y salvo que éste hubiera sido el que exigiera el acreedor, solución recogida en el artículo 1.829 de nuestro Código civil. Como observa respecto al similar artículo 1.943 del Código italiano, e igual ocurrirá en el del nuestro que se acaba de citar, aunque el precepto no añade nada sobre las consecuencias de la no prestación del nuevo fiador, pocas dudas pueden haber de que el deudor perderá el beneficio del término por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.186 (nuestro 1.129).

Se trata, pues, de un principio que encuentra diversas manifestaciones en la legislación positiva, que ha de acentuarlo más o menos según el tipo de garantía y los medios que utilice para protegerlas.

En razón de ello, habrá que compartir la afirmación (40) de que ésta del artículo 1.129 estableciendo el vencimiento anticipado de las obligaciones a término, no es una norma excepcional: ni en cuanto

(38) En *II pegno del Trattato* de Cicu-Messineo, junto con *La responsabilità patrimoniale*, cit. en pág. 239.

(39) *Della responsabilità patrimoniale*, cit. pág. 449, nota 1.

(40) RUBINO: *L'Ipoteca...*, cit. pág. 356.

a algunos presupuestos, como la falta de culpa, que tampoco en las relaciones de cambio y de goce excluye una reacción (por ejemplo en resolución de los contratos por imposibilidad sobrevenida, y en la garantía por evicción y por vicios); ni en cuanto al contenido, del cual se puede decir solamente que es distinto de los remedios usados en las relaciones de cambio y de goce, lo que es consecuencia de la diversa función de garantía que cumple, y que hace inutilizables aquellos otros medios.

Y la consecuencia de ello es que al no ser norma excepcional resultará susceptible de aplicación analógica, extremo de gran importancia a efectos interpretativos en algunos de los problemas que sobre tal precepto se plantean.

IV. De los términos en que está concebido el número 3.º del artículo 1.129 se deduce que son tres los presupuestos de aplicación del mismo: 1) existencia de unas garantías previamente establecidas; 2) disminución o desaparición posterior de ellas, y 3) que lo haya sido por actos propios del deudor o, incluso, por caso fortuito si es que han desaparecido. Veámoslos:

1. Es de sumo interés para determinar el alcance del precepto, en cuanto constituye un presupuesto de su aplicación, determinar qué garantías son las que disminuidas provocan la exigibilidad anticipada del crédito.

Se refiere el precepto legal a unas «garantías después de establecidas». Quiere decir pues que se trata de garantías que cumplan su función aseguradora del crédito mediante un establecimiento específico; que no son pues los medios que, con carácter general, el ordenamiento jurídico pone a disposición de los particulares para reforzar la tutela intrínseca de los varios tipos de derechos subjetivos (la acción revocatoria, la subrogatoria, etc.).

Según Rubino (41) las garantías en general, como medios auxiliares que son, se agrupan en dos categorías, según su función sea la de remover los obstáculos que puedan surgir contra la realización del derecho del cual refuerzan la tutela o de cualquier otro modo contribuyan a hacerla factible, lo que de todas formas se obtiene con los medios intrínsecos al mismo derecho tutelado (la acción revocatoria, por ejemplo), o bien sean por sí mismos idóneos para alcanzar la satisfacción del crédito, independientemente de los medios intrínsecos del derecho, que son los que constituyen los derechos de garantía en sentido estricto. Es la misma idea que pusiera de relieve Gorla (42); de que la garantía de la obligación, en sentido técnico, no es otra cosa que el reforzamiento de la sanción que con carácter general tiene aquélla, realizado por el particular, precisamente en atención a una relación de hecho práctico; y este reforzamiento puede hacerlo ya multiplicando los sujetos pasivos, o sea creando junto al deudor (llamado

(41) *La responsabilità patrimoniale*, cit. pág. 13.

(42) *Le garanzie reali della obbligazione*, cit. pág. 6.

principal) otros deudores (fiadores), ya estableciendo una obligación de resarcimiento del daño (cláusula penal) para el caso de incumplimiento pero reforzado mediante su aumento convencional, ya, finalmente, asegurando el éxito de la acción ejecutiva haciendo que pueda recaer con seguridad sobre un bien determinado (garantías reales).

Entre nosotros, con criterio amplio, Castán (43) establece un cuadro general de las garantías personales y reales, haciendo figurar entre las primeras el juramento, la fianza, el aval cambiario y la cláusula penal y entre las reales, principalmente, los depósitos constituidos como caución de determinadas obligaciones, las arras o señal, el derecho real de prenda, el de hipoteca, el de anticresis, el derecho de retención, el embargo preventivo de bienes y la anotación preventiva, diciendo que se citan también como una forma de garantía del crédito, los privilegios.

En atención a ello, sobre el punto que nos ocupa, hay que partir de la base, y tal conclusión es pacífica en la doctrina al interpretar las disposiciones que en otros ordenamientos se corresponden en este punto con nuestro artículo 1.129, de que la referencia a las garantías lo es, en el cuadro general de la responsabilidad patrimonial, a estos derechos de garantía en sentido propio. El contexto de la norma lo pone además bien de manifiesto al referirse a garantías anteriormente establecidas, o no otorgadas a pesar de haberse comprometido a ello, o a constituir después de que el deudor resulte insolvente.

Las dudas que puedan plantearse en cuanto a la inclusión o no entre estas garantías de algunas situaciones, a mi entender, habrán de resolverse a la vista de una doble consideración, que se deriva del propio artículo 1.129: que se hayan o no establecido para reforzar aquel crédito concreto, y que puedan o no ser afectadas por una actuación posterior que las disminuya o haga desaparecer.

Es importante parar la atención en el primer punto porque muchos comentarios sobre el particular suelen inducir a error al basarse sobre el texto del Código francés; éste, en efecto, se refiere en su artículo 1.188 a la disminución de las seguridades que haya dado por contrato a su acreedor; entre nosotros, en cambio, el proyecto de 1851, siguiendo sin duda las orientaciones de la doctrina comentadora de aquel precepto, en su artículo 1.048 prescindió de esa expresión y dijo «las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación». Con ello quedan claras dos cosas: que ya no se habían de limitar al supuesto de las garantías que otorgara el propio deudor, y que ya no era imprescindible que el otorgamiento lo fuera por contrato.

La redacción de nuestro actual artículo 1.129 ha supuesto, a su vez, un cambio que puede hacer pensar en una alteración de contenido: contempla como disminuidas «aquellas garantías después de establecidas», en cuanto hace referencia a las garantías a que, según el

(43) *Derecho civil español común y foral*, III, 9.^a ed., Madrid, 1958, páginas 198 y ss.

número anterior «estuviese comprometido» el deudor a otorgar al acreedor. Y ante ello cabe interpretar que si bien no se exige, como en el Código francés, que se hayan dado por contrato sí, en cambio, se necesitará que haya habido un previo compromiso en cuanto a su otorgamiento, y con independencia de que posteriormente la constitución se haga incluso por terceros o unilateralmente, siempre claro es, que queden definitiva y eficazmente establecidas, ya que también así podrá quedar cumplido el compromiso (44).

Esta interpretación, que supone restringir, en cierto modo, el alcance del precepto en contra de la tendencia general que trata de ampliarlo, está de acuerdo en el fundamento del mismo en cuanto sanción al deudor por inconsecuencia de su conducta con la que anteriormente observara al comprometerse a otorgarlas, y con la explicación que se dio en los primeros tiempos, y que mantienen algunos autores franceses por imperativo de su artículo 1.188, de ser una aplicación más de la condición resolutoria tácita: porque, en efecto, se asume el deber de no pedir el cumplimiento hasta transcurrido un plazo (concesión del beneficio del término) a cambio o en contemplación de las garantías que para la seguridad del crédito se compromete a otorgar el deudor. De aquí que cumpliéndose la obligación del acreedor (no pedir el cumplimiento desde luego) y no haciéndolo el deudor (por no prestar las garantías o disminuirlas después de establecidas), puede el acreedor (perjudicado) exigir el cumplimiento inmediato.

Pero ya antes hemos tenido ocasión de ver cómo ha de superarse esta concepción, demasiado estrecha, que impediría sostener que la regla que nos ocupa pudiera aplicarse, como fundadamente se ha pretendido (45) a todo tipo de garantías cualquiera que sea su origen (v. gr. hipoteca legal, privilegios especiales del artículo 1.922, etc.). Reduciría innecesariamente el ámbito que le es propio de acuerdo con su fundamento, cuando además falta base para su aplicación en nuestro Derecho, toda vez que la regulación de los efectos de la llamada condición resolutoria tácita que hace el artículo 1.124 de nuestro Código civil, difiere fundamentalmente de la específica del 1.129.

Esta es la razón por la que considero deben incluirse las hipotecas legales y los privilegios entre las garantías referidas en el precepto que estudiamos, sin necesidad además de acudir al trámite, a que se veía obligada la doctrina francesa con respecto a los privilegios especiales, de considerar su naturaleza presunta convencional (como el

(44) En este sentido GORLA para el Código de 1942, estimando que no para el de 1865. Vid. en contra SCIALOJA, op. cit., pág. 463, texto y nota 2. Sobre este punto es de interés la doctrina sentada por el T. S. en Sentencia de 6 de octubre de 1908, que en relación al núm. 2.º del art. 1.129, no considera como garantía el depósito establecido por el deudor en poder de un tercero para que lo entregara al acreedor, porque la escritura pública en que tal se hizo, fue otorgada en ausencia y sin intervención del dicho acreedor, y ante la posibilidad de que por ello pudiera dejarse sin efecto no pudiendo él evitarlo.

(45) DíEZ-PRICAZO, op. cit., pág. 77, nota 154.

privilegio del vendedor). Inclina a ello la doble consideración de que se otorguen al acreedor en beneficio de aquel crédito específico, y la circunstancia de su posible disminución o perjuicio por actos propios del deudor. Respecto a este último punto sostiene Gullón (46) que «el carácter marcadamente taxativo que tienen no es obstáculo para que un acreedor pueda renunciar a su privilegio y beneficiar de modo indirecto a aquellos a quienes perjudicaba»; perjudicando así, podemos observar, a aquellos a quienes beneficiaban —sus propios acreedores—, que así tendrán abierta la vía del 1.129 en razón del perjuicio a las garantías de sus créditos, que sufren al degradarse la posición como acreedor de su deudor. Reafirma por otra parte aquella idea, considerando como un modo de extinción del privilegio la renuncia del acreedor, porque así lo impone su naturaleza de ventaja particular.

Igualmente habrán de considerarse incluidas las hipotecas legales (47), pues suponen también un reforzamiento del crédito y, en cuanto compatible con el juego del artículo 1.129, sin duda la disminución de la garantía que ellas suponen operará el vencimiento anticipado que en el mismo se sanciona.

Otro dato que debe tenerse en cuenta para todas estas interpretaciones, es que estas garantías que se otorgan al acreedor para seguridad de su crédito y cuya disminución lo hace a éste exigible, serán las que habría contemplado en el momento de configurar la obligación, inclinándole a conceder un plazo (esto sin perjuicio de lo que decía más arriba sobre la aplicación de la condición resolutoria tácita y en vista además de que cualquier otro condicionamiento deseado ha podido tener su incorporación al supuesto por vía de pacto), y en cuanto que ésta es una función que normalmente desempeñan las garantías (como vemos ponía de relieve D'Amelio), en el tráfico jurídico. Por ello se excluyen las de carácter general, manifestación de la responsabilidad genérica o universal, que pueden, sin duda, haber influido, pero no decidido, en la concesión del plazo, en cuanto se sabe están vinculadas no sólo a aquel crédito concreto (salvo en el caso de que se haya pactado la limitación autorizada por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria), sino a todos los demás de que por obligaciones anteriores o posteriores pueda responder el patrimonio del deudor.

Puede resultar igualmente que esa contemplación se haya hecho con posterioridad al nacimiento del crédito, y si lo ha sido como elemento de refuerzo decisor en una modificación del mismo —especialmente la concesión de una prórroga—, no hay duda de que al operar de idéntica manera, en cuanto a la seguridad del crédito, su disminución o desaparición provocará esas mismas consecuencias.

(46) *El crédito privilegiado en el Código civil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XI (1958), págs. 452 y 456.

(47) Cfr. para su naturaleza y en relación con los créditos singularmente privilegiados, ROCA SASTRE, op. cit. IV, págs. 615 y ss.

2. Otro presupuesto para la aplicación del artículo 1.129-3.º es que esas garantías resulten disminuídas por actos propios del deudor o que por caso fortuito desaparecieran.

Son, pues, dos las circunstancias que actuando sobre las garantías establecidas, provocan la consecuencia de la exigibilidad inmediata del crédito: la disminución y la desaparición. Y como quiera que su régimen es distinto tanto por lo que se refiere á su naturaleza como a la causa operante (actos propios del deudor o caso fortuito), se justifica su consideración por separado.

A. La disminución de las garantías después de establecidas, es una expresión de bastante amplitud que hace referencia al hecho de que la conducta del deudor ha producido un efecto reductor de la seguridad de que, por virtud de aquellas garantías, gozaba el crédito.

Esto es importante porque una misma actuación del deudor incidiendo sobre una cosa de su patrimonio y produciendo una disminución o minoramiento en la misma, constituirá el uso legítimo de un derecho por más que implique una limitación en su capacidad de garantía patrimonial genérica (48), o bien un acto que podrá provocar la intervención del acreedor en orden al vencimiento anticipado de la obligación en el caso de recaer sobre cosas que cumplían función de garantía respecto a la misma.

Y esto es así porque la genérica responsabilidad patrimonial, llamada universal, no impone una obligación, ni siquiera un deber de conservación, sino en cuanto a situaciones y normas expresamente reguladas en la ley, y como reacción ante la insuficiencia, anormalmente provocada, para responder del cumplimiento de una obligación llegado el vencimiento de ésta (art. 1.111 C. c.); en cambio la sujeción de un patrimonio o de bienes concretos a la responsabilidad de una específica obligación, supone unas consecuencias diversas en orden a la conservación de la garantía que ellas implican.

En efecto, la misma función que desempeñan las garantías, impone frente a ellas una conducta que las mantenga en su integridad: su constitución tiene por objeto reforzar la seguridad del crédito, y de aquí que el disminuirlas atente directamente a su eficacia. Como, por otra parte, la concesión de las mismas, con el efecto de reforzamiento del crédito, había creado unas circunstancias objetivas que se ven alteradas por el hecho propio dismisorio de las garantías, de aquí que las consecuencias del vencimiento anticipado encuentren perfecta justificación. La disminución a que se refiere el Código es también, bajo este aspecto, una circunstancia objetiva: la de que se produzca una reducción del valor aseguratorio que con ellas se había conseguido. Y esto acontecerá de distinta manera según el tipo de garantía

(48) Vid. las interesantes consideraciones que sobre la conservación de la misma hace NUTI, en *La garanzia della responsabilità patrimoniale*. Milano, 1954, sobre todo en el cap. II, págs. 19 y ss.

de que se trate: por ejemplo, deterioro material, si son garantías reales, la renuncia o cualquier otro perjuicio a la fianza, etc. (49).

Hay, pues, en la disminución de las garantías un doble aspecto: el subjetivo de actuación del deudor, y el objetivo de minoramiento de la seguridad. Esto se da en todos los casos de aplicación del artículo 1.129; a ello no es obstáculo lo que decía antes de que el incumplimiento por el deudor de la obligación de proporcionar otro fiador cuando el que diera antes resulte insolvente, si así lo exige el acreedor, se considere como un caso de aplicación del principio de conservación de la garantía, que hace entrar en juego el artículo 1.129. Y desde el punto de vista de la regulación de éste no hay contradicción en que se supedita su efectividad a la no prestación de un nuevo fiador, porque el hecho que provoca la exigibilidad inmediata no es la resultada insolvencia del fiador (que puede no serle imputable), sino el no dar otro capaz y solvente si aquélla se produce; es decir una conducta del deudor que incumple su obligación de prestar una garantía eficaz, al no resultar así la que diera y no proporcionar otra que sí lo sea; y prueba de ello es la excepción recogida por el propio artículo 1.829 respecto al caso de haber exigido y pactado el acreedor que se le diera por fiador una persona determinada. Se pone ello de relieve también en la segunda parte del número 3.º del artículo 1.129, pues no es la desaparición de las garantías prestadas la que provoca el vencimiento (por deberse a caso fortuito) sino el no dar inmediatamente otras nuevas e igualmente seguras.

La disminución de las garantías puede producirse tanto por actos materiales como por actos jurídicos, pues de ambas maneras cabe se realice esa minoración de la seguridad en que la misma consiste: así lo será tanto el deterioro de la cosa dada en garantía que disminuye su valor en realización (50), como la constitución de un arrendamiento que por las circunstancias en él concurrentes produzca aquella misma consecuencia. (Solución del art. 219-3.º Regl. Hipotecario.)

La doctrina se ha planteado diversas cuestiones sobre este punto y, entre otras, ha decidido que no supone disminución de las garantías a estos efectos la constitución de una hipoteca o de una servidumbre sobre el inmueble anteriormente hipotecado (51), ni la enajenación total del mismo en favor de un sólo comprador (51 bis), y sí en cambio caso de que se enajene solamente una parte del inmueble hipotecado o se venda a varios por partes (52), aunque hay jurisprudencia

(49) El T. S. en Sentencia de 20 febrero 1931 declaró que para que se apli. que el precepto no hace falta que las garantías disminuídas sean de carácter real.

(50) Vid. mi trabajo *La acción de devastación*, en el vol. VI de los «Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán», Pamplona, 1970, págs. 542 y ss.

(51) LAURET: *Principes de Droit civil français*, XVII (2.ª ed.), Bruxelles, 1876, núm. 205, pág. 215. Arg. en nuestro Derecho art. 103, 3.º de la Ley Hipotecaria.

(51 bis) Contra, RICCI: *Corso teorico-pratico de Diritto civile*, VI, Torino, 1923, pág. 174.

(52) Vid. DEMOLOMBE, op. cit., núms. 686 y 685, pág. 693.

francesa que ha juzgado que una enajenación parcial o dividida es insuficiente para provocar la decadencia del término, siendo necesario para ello además que los adquirentes hayan operado la purga de sus adquisiciones. En nuestro Derecho, de la aplicación de algunas de las soluciones previstas en los artículos 123 y 124 de la Ley Hipotecaria podrá resultar un perjuicio por disminución de las garantías, que dará al acreedor derecho a pedir el cumplimiento inmediato del artículo 1.129.

¿Es requisito necesario que la disminución de las garantías se haya producido, o cabrá también exigir el cumplimiento anticipado ante el temor de que se produzca? Estimo que no procederá en este último caso de temor de disminución.

De una parte impide esa interpretación amplia, perjudicial para el deudor, el mismo carácter del precepto; de otra, la naturaleza de la sanción impuesta, que no permite gradaciones e implica unas consecuencias graves; también, la excesiva amplitud y ambigüedad del concepto de temor que en cada caso habría que considerar si fundado o no, con las múltiples cuestiones que suscitaría; y, finalmente, los mismos términos amplios en que viene concebida la disminución, que al no estar limitada en cuantía, permitirá invocar el artículo 1.129-3.º una vez que se dé un daño seguro y apreciable, aunque de mínima extensión (53); aquí, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, no se precisa que el daño haga temer que la garantía quede insuficiente para la seguridad del crédito, por lo que será por completo independiente de este hecho. Este era también el sentido del artículo 1.048 del Proyecto de 1851, concebido en este aspecto en idénticos términos, y que García Goyena explicaba (54) diciendo que «aunque reste lo suficiente, nada importará, porque el acreedor quiso asegurarse con todos en el estado que tenían, y el deudor lo consintió»; «se hace indigno al beneficio»

B. Junto al caso de disminución de las garantías por actos propios, contempla el Código el de que «por caso fortuito desaparecieran».

Hay en este supuesto de la desaparición una mayor exigencia, respecto del anterior, en cuanto al daño sufrido por las garantías; lo cual es lógico atendidas las circunstancias que han de producir uno y otro casos.

Supone esta segunda parte del número 3.º del artículo 1.129 una

(53) El mismo PINO, en *La diminuzione della garanzia ipotecaria* (art. 2.743 Código civil), «Riv. Trim. Dir. e Proc. civile», I (1947), pág. 90, después de considerar que el silencio de la norma no va interpretado en el sentido de que tal relación (entre valor de la garantía disminuída y valor de la obligación garantizada) no se deba tener absolutamente en cuenta en las hipótesis que disciplina, reconoce que no obstante «los precedentes históricos de la disposición, su fundamento y la misma formulación legislativa, confirman que se debe prestar atención al hecho objetivo de la disminución acaecida y no a la entidad de la misma».

(54) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1852, pág. 86.

novedad respecto a los antecedentes del mismo, que más arriba teníamos ocasión de ver. Es este un supuesto que se regulaba para casos de inmuebles hipotecados (art. 213 C. civil francés, 1796; Proyecto español de 1851, y 1.980 C. italiano, 1865). Tal como se recoge en nuestro precepto vigente, supone:

1.º Una mayor amplitud que la de sus antecedentes; mayor amplitud que se manifiesta:

a) En cuanto no se limita a la destrucción o pérdida de la cosa, sino a la desaparición de las garantías, en cuyo concepto se abarcan otras posibles maneras de producirse el resultado, que no sólo la destrucción de la cosa cuando se trata de garantías reales (por ejemplo al quedar fuera del comercio), sino también las que afectan a los derechos objeto de estas mismas garantías (por ejemplo la ejecución, sin remanente de una primera, si se tenía una segunda hipoteca).

b) En cuanto se aplica no sólo a la garantía hipotecaria, sino también a cualquiera otra de las anteriormente establecidas, sea de carácter real o personal (por ejemplo extinción de la prenda, privilegio o fianza).

2.º Un reconocimiento de que debe prevalecer la seguridad del crédito; y ello en cuanto que obliga al deudor a sustituir las garantías extinguidas por otras nuevas e igualmente seguras, y sólo en caso de que no lo haga (con lo que se le atribuye la opción, que es una compensación ofrecida al deudor por poner a su cargo los efectos del caso fortuito), procederá la exigibilidad inmediata del crédito desgarrantizado.

Es de tener en cuenta, que cuando se trate de caso fortuito será necesaria la desaparición de las garantías, y no una simple disminución de las mismas, cualquiera que sea la manera que afecte al patrimonio del deudor y siempre que de ella no resulte la insolvencia del mismo, lo que podría dar lugar a la aplicación del número 1.º del mismo artículo 1.129.

Distinta era la manera de pensar del comentarista del Código *Mucius Scaevola* (55), el cual consideró que aunque en el mismo no se prevé, debe aplicarse también la regla del número 3.º del artículo 1.129 a la disminución por caso fortuito, argumentando que «es naturalísimo que cuando las garantías disminuyan por caso fortuito, aún sin desaparecer, en forma que sea presumible la insolvencia del deudor, se estará también en el supuesto a que el artículo 1.129 se refiere».

Según dejó expuesto más atrás, esta conclusión debe rechazarse. Cabría encajarla en tres supuestos de los contemplados en el artículo 1.129: en el número 1.º, del que ha de excluirse porque requiere que el deudor «resulte insolvente», lo que es incompatible con una situación de simple temor; en la primera parte del número 3.º, pero tampoco cabe aquí ya de que forma expresa se limita a la disminución

(55) *Código civil comentado y concordado*, vol. cit. pág. 706.

«por actos propios», concepto antitético del de caso fortuito; y finalmente en la segunda parte de este mismo número, en el que tampoco creo que pueda incluirse pues, apartè de que expresamente exige la «desaparición» de la garantía, tiene una razón de ser distinta a la que justifica la regla para el caso de disminución. Ya antes he aludido a las profundas diferencias que se dan entre los dos supuestos regulados en el número 3.º del artículo 1.129. Y aunque no pueda compartirse la idea de que la justificación del precepto relativo al caso fortuito resulte oscura, y hemos visto que tiene perfecto encuadre en los principios que rigen la exigibilidad anticipada, esto es válido para la forma en que lo regula el Código: limitándola a la desaparición de las garantías, y supeditándola a la no sustitución por otras nuevas e igualmente seguras.

Se compensa, con estas atenuaciones, lo que de rigor tiene la regla al hacer que responda el deudor por caso fortuito, circunstancia que se reserva a los supuestos en que expresamente así lo determine el legislador o lo declare la obligación (art. 1.105). Pero esta misma doble circunstancia impide la ampliación: de una parte porque disminuyendo, siempre queda algo de las garantías, y por ello resta todavía, por lo menos parcialmente, garantizado el interés del acreedor; ya no se encuentra el ordenamiento ante la alternativa de optar por sólo el interés de uno o sólo el interés del otro: cabe distribuirlo, haciendo soportar la pérdida al acreedor, en cuanto que todavía conserva una parte de la garantía y que, además, la soporta generalmente en los casos de pérdida por caso fortuito; no habrá motivo, como lo hay en cambio cuando se trata de desaparición, para invertir el sentido del principio general; y no sólo no lo hay, sino que no lo hace el legislador, única manera de que fuera eficaz en el caso que nos ocupa. En efecto, éste es el otro, y decisivo, argumento en contra: que no lo admite la ley expresamente como lo hace, y por eso es eficaz, para el caso de la desaparición.

Por otra parte, creo que así como la disminución habrá de apreciarse cualquiera que sea su entidad, por pequeña que resulte, la desaparición, desde este punto de vista, ha de ser total, según acabamos de ver, y además habrá de afectar a todas las que se hayan otorgado para seguridad de aquel crédito concreto. Los términos del precepto no sólo por su redacción, sino por la misma razón que en la disminución, ponen de manifiesto que no se ha de tener relación alguna con la mayor o menor entidad del crédito garantizado y su eficacia a este respecto, porque ello es, repito, materia propia para apreciar al amparo del número 1.º del mismo.

3. Finalmente debemos considerar, como otro presupuesto de su aplicación, que se producirá el vencimiento del término, según el artículo 1.129-3.º, cuando la disminución de las garantías establecidas se produzca por «actos propios» del deudor, y la desaparición incluso por caso fortuito.

Esta expresión, actos propios, es la misma utilizada por el Proyecto de 1851, en su artículo 1.043, y equivalente a la del 1.188 del Código francés («par son fait»), y al «fatto proprio» de los Códigos italianos de 1865 (art. 1.176) y 1942 (art. 1.186).

En nuestro Derecho, dada la redacción del artículo 1.129, pueden presentarse las dudas a que se refiere Pino (56) acerca de que la palabra «propios» sea referible no sólo a los actos del deudor sino también a los de tercero, porque si bien al decir que «perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas», no admite otra interpretación que la de que tales «actos propios» han de serlo del «deudor» (57), el que a continuación se refiera al caso fortuito, deja sin regular la eficacia a este respecto de los actos de terceros, y hay que pensar en cuál de aquéllos se integrará este supuesto. Sin duda hubiese resultado más clara una separación entre los dos grupos de actos, como lo hiciera el Proyecto de 1851 al referirse en la pérdida o deterioro de los bienes hipotecados a que ello se debiera a «culpa del deudor» o «que no le fuese imputable». Pero no lo hizo y, en cambio, el 1.047, antecedente del 1.129, aunque limitado al caso de disminución, la refiere únicamente a que tal ocurre «por medio de actos propios».

Lo que ha sucedido en el 1.129-3.º es sencillamente que se añadió el supuesto del caso fortuito, pero con absoluta independencia del de disminución porque, a diferencia de él, contempla sólo el caso de perecimiento, y además en él no se persigue sancionar una determinada conducta del deudor, sino atribuir las consecuencias de un acontecimiento no imputable a ninguna de las partes. Es tan diferente, que debía integrar un número distinto. Y al no pensar en relacionarlo con el anterior, quedó esa zona sin regular de los efectos del hecho de tercero, así como el de la simple disminución por caso fortuito.

En lo que respecta a los términos del precepto, podemos afirmar que la expresión «actos propios» abarca toda actuación del deudor positiva o negativa, culposa o no, que produzca el resultado de disminuir las garantías; hay que tener en cuenta que si bien de la misma se deriva una consecuencia con cierto carácter de sanción, ello no implica una conducta culpable a la que imponerla, puesto que el fundamento general se encuentra en la seguridad del crédito, como lo prueba el que también responde, aunque en términos de mayor levedad, cuando la desaparición de las garantías se produzca por caso fortuito. La mayor onerosidad para el supuesto de disminución se conecta a que tal hecho sea atribuible a un acto propio del deudor, pero sin exigir una especial cualificación de esa conducta, como sería preciso para poder interpretarlo como exigencia de dolo, culpa o cual-

(56) *La diminuzione della garanzia*, cit. pág. 90.

(57) Vid. más adelante la posible situación de los terceros en la relación que da lugar al supuesto de hecho previsto en el art. 1.129-3.º.

quier otra actuación que no abarque, como sucede al no limitarse, a todas las posibles del deudor. Tiene relevancia el hecho objetivo de que le sea imputable, sin que se necesite ningún tipo de «animus» específico, como pone de relieve el que las consecuencias sean las mismas tanto si las garantías las había constituido él mismo, o lo había hecho un tercero.

Como dice Díez Picazo, en el artículo 1.129 la expresión «acto propio» significa «imputación al deudor del acto de disminución de la garantía, esto es, se exige que el acto haya sido realizado por el deudor o que le sea imputable», considerando semejante la locución a la empleada por el artículo 1.903 en tema de responsabilidad civil, cuando dice que la obligación de indemnizar impuesta por el artículo 1.902 es exigible no sólo «por los actos u omisiones propios sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder». Acto propio, significa aquí, dice «imputación del acto a la persona» (58).

Finalmente, conviene determinar si el hecho de tercero se incluye, o no, y dónde, en el artículo 1.129. Interesa este punto, además de por la importancia que, con carácter general, tiene para la exégesis del artículo 1.129-3.º, para el tema de sus relaciones con supuestos específicos de disminución, como es el deterioro de la cosa hipotecada.

En efecto, de considerar que el hecho de tercero afecta a las garantías anteriormente prestadas, provocando el vencimiento anticipado ex artículo 1.129-3.º, nos encontramos con que se había incluido también en la disciplina de este precepto, otro más de los supuestos al parecer privativamente regulados por el artículo 117 de la Ley Hipotecaria: el de actuación del propietario de la finca hipotecada en quien no concurre la condición de deudor personal.

Porque, en virtud de ello, como dueño del inmueble estaría sometido a las consecuencias previstas en el mencionado precepto de la Ley Hipotecaria; y como tercero respecto al deudor personal, su actuación en la cosa propia, por ser garantía de éste, acarrearía además sobre el mismo la sanción establecida en el artículo 1.129. ¿Sucederá así?

Quizá lo primero que conviene dejar sentado es que a los efectos de poner en marcha el mecanismo del artículo 1.129, en cuanto relación entre acreedor y deudor, por tercero ha de entenderse cualquiera que en la obligación garantizada no sea uno de estos dos. Desde este punto de vista el perjuicio de las garantías puede ocasionarse por caso fortuito o por actuación del hombre y éste en dicha relación es o el acreedor o el deudor o bien un tercero, aunque este tercero respecto al crédito garantizado puede ser a su vez, titular de las garantías sobre las que se produce la disminución; este caso lo contempla-

(58) *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pág. 145, nota 1. «Causa imputavel ao devedor», dice el art. 780, núm. 1 del nuevo Código civil portugués.

remos al final, haciéndolo primero con respecto al tercero que no tiene responsabilidad alguna por las garantías afectadas.

Para resolver sobre el particular, conviene ante todo tener una vez más presente que en el número 3.º del artículo 1.129 hay dos supuestos perfectamente diferenciados: tanto por lo que se refiere a la causa operante (actos propios del deudor, en uno, caso fortuito en el otro), como a su incidencia o repercusión sobre las garantías (disminución de las mismas en el primero, desaparición en el segundo).

Es evidente que el hecho de tercero no aparece enunciado en el precepto, lo que ha llevado a algún autor (59) a opinar que en este caso «no sufre el deudor la pérdida del término». Pero si es evidente que no está expreso, ya no lo es tanto que no se comprenda en su supuesto de hecho; por el contrario, estimo que debe considerarse englobado en la previsión que se hace respecto del caso fortuito. Veamos por qué:

Ante todo, porque tal es la solución consagrada en los antecedentes del precepto, los artículos 1.048 y 1.796 del Proyecto de 1851; ya hemos visto cómo el primero de ellos se refería sólo a la disminución de las garantías por acto propio del deudor, y que el segundo distinguía claramente —en párrafos separados y atribuyéndoles consecuencias diversas— en la pérdida o deterioro de los bienes hipotecados, el que se produjera «por culpa del deudor» o bien que «no fuese imputable» al mismo. Esta dicción, como sucede respecto a las análogas recogidas en el Derecho de otros países, comprende evidentemente tanto como el caso fortuito, el hecho de tercero, porque ambos han de englobarse en lo que no son «actos propios» del deudor.

Y esto es así porque en general como pone de relieve Beltrán de Heredia (60) (que sigue en este punto a Osti) los hechos obstativos del cumplimiento son de dos clases: o provienen del mismo deudor o se producen fuera de su ámbito de actuación. Esto lleva a una concepción muy extendida del caso fortuito (61), que considera que el criterio exacto y correcto para definirlo es el negativo o «per exclusionem», entendiéndolo como todo acontecimiento no imputable de ningún modo a la persona obligada.

Con esta base no hay duda que la oposición entre actos propios y caso fortuito, recogida en el artículo 1.129-3.º, atribuye a este último supuesto una extensión que comprende en él los actos de tercero.

En cuanto a la procedencia y justicia de esta solución, todavía resulta más indiscutible: antes dejé expuesto cómo el fundamento de los dos casos previstos en el número 3.º del artículo que nos ocupa era diferente; y ello porque si bien ambos persiguen la seguridad del crédito, cuando la disminución es por actos propios hay además un

(59) PUIG PEÑA, op. cit., pág. 117, nota 21.

(60) Op. cit., pág. 307.

(61) Y es curioso que la comparta expresamente PUIG PEÑA —págs. 246 y ss., argumetando sobre los arts. 1.122 y 1.147— poniéndose en contradicción con la solución que propugna para el caso que examinamos.

principio de sanción para el deudor; y en el caso del hecho de tercero, desde el punto de vista de la calificación que ha de hacerse de la conducta del deudor, no hay motivo alguno para que proceda dicha sanción; pero sí en cambio hay, por lo menos, las mismas razones que en el supuesto de caso fortuito para que se actúe la protección a la seguridad del crédito.

Y yo diría que hay aún más: en el caso fortuito se van a poner a cargo del deudor unas consecuencias que normalmente no le alcanzan, pero que se le atribuyen porque ha de optarse necesariamente en favor de él o del acreedor, y se estima preferente el interés de éste; en cambio, cuando opere el hecho de tercero, la repercusión del mismo en las garantías con las consecuencias que acarrea no tendrá que ser soportada ni por el acreedor, lo que repugnaría a la equidad y a la seguridad del crédito, ni por el deudor, como tampoco quiere la equidad, sino en definitiva por el tercero autor del hecho. Tal solución, acorde con la justicia, encuentra su respaldo en la doctrina de la protección del crédito contra actuaciones dañosas del tercero (62).

Nótese, por otra parte, que la actuación de tercero a que me refiero aquí, abarca tanto el caso de que lo haga en connivencia o al menos en relación con el deudor, como el de que actúe independientemente.

En el primero de los casos, nos encontraremos ante uno de los supuestos de contrato en daño de tercero, que aquí lo es el acreedor (63). Pues bien, éste podrá actuar al amparo del artículo 1.129, porque en el aspecto subjetivo estamos ante actos propios del deudor tanto como ante hecho de tercero, y no por la acción derivada del contrato dañoso cuya categoría, como pone de relieve Gullón (64), no tiene objeto alegar al carecer de utilidad, si lo importante —para él, en general, el resarcimiento del daño, y aun en este caso, el vencimiento anticipado del crédito— se produce por una norma legal específica, que en el supuesto que ahora se contempla es el citado artículo 1.129-3.º.

En el otro caso, en que el tercero, aún ignorando la obligación y el papel que en la misma desempeñan las garantías, realiza un acto contra ellas que repercute en daño del acreedor (representado por el peligro sobre la efectividad del crédito), estamos ante uno para los que

(62) Este mismo recurso permitiría, a mi entender, considerar el hecho de tercero en el caso de simple disminución de las garantías, que si bien no hace entrar en juego el art. 1.129-3.º, que reserva la eficacia del caso fortuito para la desaparición de las mismas, y por tanto quedando al margen el deudor, en cambio sí haría nacer una acción del acreedor frente al tercero dañador, tendente a restaurar la eficacia de las garantías disminuídas.

(63) Sobre la categoría y sus consecuencias, GULLÓN: *En torno a los llamados contratos en daño de tercero*, en «Rev. Der. Notarial», abril-junio, 1958, especialmente págs. 130 y ss.

(64) Op. cit., pág. 132.

Tedeschi (65) propugna la tutela aquiliana del acreedor como tal, con independencia de otras formas (acción pauliana, por ejemplo) que forman parte de la tutela externa, y como titular directo y no subrogado en la acción aquiliana que corresponde a su deudor (ejercicio de la acción subrogatoria) (66). Pero con independencia de la acción directa del acreedor contra el tercero dañador, podría actuar directamente contra el deudor (ex art. 1.129-3.º), y a su vez éste, con la misma base en la actuación dañosa que, como pone de relieve Tedeschi (67), también corresponde al deudor contra el tercero que se obstaculice o le haga más gravoso el cumplimiento, puede obtener la indemnización procedente por el daño que el forzado cumplimiento anticipado le ocasione.

Todo ello, además, si se considera con Gullón que no se opone al clásico principio del efecto relativo del contrato, entendido como referencia a la persona contra la que ha de dirigirse el acreedor para el cumplimiento de la obligación, y que el artículo 1.186 debe referirse sólo al supuesto en que se deba entregar una cosa determinada, no procediendo su aplicación fuera de él. A mi entender, encuentran confirmación estos principios en la expresa aplicación que de los mismos se hace en el artículo 62 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, al facultar al acreedor para exigir la devolución de la cantidad adeudada o la inmediata venta de la prenda, sin perjuicio de las responsabilidades que procedieren, si el deudor hiciere mal uso de los bienes o incumpliere las obligaciones que le impone la Ley por su condición de tal, añadiendo que la pérdida o deterioro de dichos bienes dará derecho a la indemnización correspondiente, exigible a los responsables del daño y en su caso, a la entidad aseguradora.

Caso en que el tercero dañador sea el dueño de la cosa dada en garantía, el problema se presenta con especiales características, que merecen una consideración aparte. Y el estudiarlo no es porque olvide la existencia del artículo 117 o menosprecie sus soluciones, sino precisamente tratando de completarlas, si ello es posible, con las del artículo 1.129 del Código civil en el sentido que echa de menos la doctrina hipotecarista, que es el de producir el vencimiento anticipado.

El tercero dueño de la cosa sujeta a garantía, por la forma en que viene o se ha colocado en tal situación, es o el que siéndolo con anterioridad ha constituido la garantía asegurando una deuda ajena (concedente o dador de garantía, también llamado en nuestra doctrina fiador real), o el que adquiere la titularidad de la cosa después que

(65) *La tutela aquiliana del creditore contro i terzi*, en «Rev. Dir. Civ.», I (1955), pág. 281, apartado C.

(66) El sumo interés que para nuestro Derecho tiene esta construcción de TEDESCHI, repercutiría por lo que aquí nos interesa, en la posibilidad de encajar en ella el supuesto del art. 117 L. H.

(67) Op. cit., pág. 292, nota 3.

ésta ha sido sometida a la garantía (denominado entonces tercer poseedor) (68).

La posición de ambos difiere a este respecto, pues por mucho que quiera asimilarse a la prestación de garantía inicial, la adquisición de una cosa ya sujeta a ella, con conocimiento de los efectos que tal circunstancia puede producir, que en definitiva supone la asunción también voluntaria (69) de esa misma garantía, y cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a una y otra figura, el hecho es que su regulación en nuestro Ordenamiento es diferente (70).

Y no puede considerarse que la posición que adopta Cabello de la Sota (71) de adherirse a las opiniones (antes cita a Sanz y Cánovas) que se inclinan a dar igual trato al hipotecante por deuda ajena y al tercer poseedor, vaya más allá de establecer una similitud en cuanto a que tanto uno como otro (y también el deudor personal hipotecante con pacto de responsabilidad limitada) no son «deudores personales», en el sentido de tener responsabilidad ilimitada, y ello desde el punto de vista concreto del desamparo, lo que limita aún más su alcance; tal es también la posición de Sanz (72), que claramente diferencia la posición de ambos por el hecho de «ser o no parte en el acto de constitución de la hipoteca»; la opinión diferente que manifiesta sobre el desamparo, deriva de considerar que esta facultad del tercero poseedor la tiene como ajeno a la deuda principal y no como ajeno a la hipoteca, posición que considero rechazable, pues el concedente asumió frente al acreedor una obligación aunque limitada; la deuda que se ejecuta es la hipotecaria, y se hace en garantía de la principal. Para reconocerle la facultad al hipotecante por deuda ajena, habría que reconocérsela, como propugna el mismo Cabello, a todos los deudores hipotecarios con independencia de su posición respecto a la deuda

(68) SANZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, s. f., pág. 368, nota 13, delimita y sintetiza, con respecto a la hipoteca, las distintas posiciones en que puede encontrarse el dueño de la finca, y los procedimientos jurídicos que lo han puesto en ellas, en un cuadro muy completo y expresivo.

(69) A pesar de la afirmación en contrario de MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. esp. de Sentís Melendo, IV, Buenos Aires, § 105, pág. 101; pues creo que es voluntaria, porque voluntariamente adquiere la finca conociendo que al hacerlo asume la hipoteca, pudiendo no asumirla, no adquiriendo, y ello aunque esta asunción —es otro tema— lo sea con las especialidades a que en el texto aludiremos. Podría hablarse de voluntariedad «per relationem».

(70) Vid. en ROCA (op. y vol. cit., págs. 506 y s.) el detalle de tales diferencias, y aunque no pueda compartirse su opinión de que el fundamento del favor al tercero esté en el deseo de favorecer la circulación de los bienes, pues la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 es clara sobre el particular al referirse a la voluntad presunta, tal es sin duda su beneficiosa consecuencia, e incluso una razón más atendible que ésta.

(71) *El abandono en la hipoteca*, en «Rev. Crit. Der. Inmobiliario», 1948, páginas 159 y ss.

(72) *Comentarios a la nueva Ley...*, cit., y además en *Compraventa de finca hipotecada*, en el vol. de Conferencias «Cuestiones de Derecho hipotecario y social», Barcelona, 1945, págs. 117 y ss.

principal, la que influirá en que tenga o no necesidad de completar con otros bienes propios el pago de aquélla.

Hay que partir del hecho de que el tercer poseedor, es tercero no sólo respecto a la deuda garantizada, sino también respecto a la constitución de la garantía, por más que esté vinculado a ella a través de la cosa.

Es un tercero en relación a la hipoteca, y como tal tercero está contemplado en los artículos 112 y siguientes de la Ley Hipotecaria, incluso en el 117 (que evidentemente se aplica al deudor-hipotecante y al concedente, pero en cuanto propietarios de la finca, sin tener para nada en cuenta sus cualidades de deudores, obligacional e hipotecario, o hipotecario solamente, según sea el primero o el segundo), por lo que bajo ningún aspecto puede considerársele como «deudor» a los efectos de aplicar el artículo 1.129: respecto a éste es un tercero, al que le serán aplicables las consideraciones que se dejan expuestas más atrás. Y con independencia, claro es, de cómo pueda afectarle, en cuanto titular de cosas dadas en garantía, el vencimiento anticipado que se produzca por actos propios del deudor, punto que trato en otro lugar.

En cambio, la posición del concedente de garantía por deuda ajena es distinta; es tercero respecto al crédito garantizado, pero es parte en la constitución de la garantía, y por lo que a ésta se refiere su posición, en términos generales, no varía de la del deudor obligacional cuando éste es el que la concede: voluntariamente la ha estatuido (beneficiándose de un plazo, lo que no por ser consustancial, puede dejar de tenerse en cuenta), y lo ha hecho con la finalidad de garantizar una obligación, y el que ésta no sea propia sino ajena, en nada influirá en este punto. Y esto es importante porque, lo pone de relieve Degni (73), el tercero dador, concediendo voluntariamente sobre su fundo la garantía hipotecaria, contrae una relación directa con el acreedor hipotecario; asume con él un vínculo obligatorio aun cuando limitado a un fundo dado, y no se le concede ni la facultad de abandono o desamparo ni la de purgación. También entre nosotros se le considera expresamente, aparte de atribuirle la cualidad de fiador real, como «deudor hipotecario» en relación con el deudor obligacional, aunque, como es natural, reconociendo que no ha de pagar más del valor en venta «por no ser deudor del crédito garantido» (74). Y si es deudor hipotecario, respecto a la deuda nacida de la hipoteca operará con él la anticipación del vencimiento que dispone el artículo 1.129 en su número 3.º.

Por otra parte, esta solución está plenamente de acuerdo con la

(73) *Commentario al Codice civile*, de D'AMELIO, Libro della Tutela dei Diritti, Firenze, 1943, pág. 778, comentando el art. 2.868; y en la pág. 779, refiriéndose al art. 2.869, dice del concedente que «puede y debe ser parificado al fiador: es un fiador real» a diferencia del tercer adquirente.

(74) CASSO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed., Madrid, 1951, págs. 601 y ss.

razón de ser del precepto, que junto a la seguridad del crédito, implica una sanción al que por actos propios disminuye las garantías que antes estableciera: si el fiador real, que las ha constituido, provoca su disminución con actos propios, atentando así contra la seguridad del crédito hipotecario, se dan evidentemente los presupuestos de aplicación del artículo 1.129, 3.º; y su aplicación, en este caso, cumple la finalidad para que fue establecido, en cuanto con el vencimiento anticipado se defiende la efectividad del crédito, a la vez que se sanciona a aquél con la pérdida del plazo.

La duda que pudiera plantear esta solución está en las consecuencias perjudiciales que parecen deducirse para el deudor del crédito garantizado, que no ha intervenido con hecho propio, único que autoriza para exigirle anticipadamente la prestación. Pero es que aparte de que esto no es así en términos absolutos (por ej., otro es el principio del número 1.º y segunda parte del 3.º del propio artículo 1.129, y parecida es la solución que impone el artículo 1.829), la situación tampoco sería totalmente nueva, pues en idéntico caso y cuando se arriende la finca hipotecada en las condiciones que allí se expresan es una de las previstas por el artículo 219 del Reglamento Hipotecario y en varios preceptos de la Ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento. Además la situación la preveía ya el Código: en el artículo 1.841, al regular el caso de que el fiador, siendo la deuda a plazo, pague antes de su vencimiento; y en él la consecuencia es que no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza.

El procedimiento a seguir será el del artículo 110-2.º de la Ley Hipotecaria para las indemnizaciones al propietario que deban hacerse efectivas antes del vencimiento, o convenio entre los interesados, o la forma establecida en los artículos 1.176 y siguientes del Código civil.

V. Un problema de sumo interés en esta materia, viene dado por la repercusión que pueda tener la exigibilidad anticipada del crédito, sancionada por el artículo 1.129-3.º del Código civil, sobre situaciones jurídicas de personas distintas del deudor contemplado en el mismo; y sobre todo, nos interesa esa posible repercusión respecto a los que de alguna forma estén garantizando aquella obligación cuyo vencimiento se precipita.

1. Ya desde los primeros comentarios al Código civil francés (cuyo artículo 1.188 fue el primero que dio estado legal al vencimiento anticipado por disminución de las garantías), se discutió su influencia sobre la situación de los fiadores de la deuda así vencida: está de acuerdo toda la doctrina en que no afectará en aquellos casos en que la fianza tenga un término de vencimiento específico, particular, distinto al de la obligación principal; y es que, según los autores, además de «re», «loco» y «causa», puede ello suceder «tempore» (arg. artículo 1.826 del Código civil), ya que en tal caso, y respecto a ese extremo del momento de exigibilidad, la obligación del fiador es autónoma, independiente de la principal.

En cambio difieren en la solución respecto al supuesto en que nada específico se haya acordado sobre este punto: así Demolombe (75), sostiene que no debe afectarle en cuanto que el beneficio del término, sobre el que ha contado en el momento de asumir la obligación, no puede serle quitado «ex post facto»: la fianza, añade, como toda obligación convencional, no puede producir otro efecto que el que la intención de las partes ha pretendido atribuirle; y lo sería extenderla más allá de los límites en los cuales ha sido contratada (art. 2015, nuestro 1.827), por lo que parece lógico y equitativo interpretar la intención del que afianza una obligación a término, en el sentido de que piensa garantizar la ejecución solamente para la época fijada por el acuerdo (añade que ésta es la solución que da para el caso de codeudores solidarios lo que es otro argumento, pues sería improcedente que la condición del fiador fuera, a este respecto, más dura que la del codeudor solidario). También argumenta que así como la renuncia voluntaria al término no sería oponible al fiador (arg. art. 1.851), tampoco lo será el que se produzca por su culpa. Por todo ello, pues, la exigibilidad de la deuda principal no entraña necesariamente la exigibilidad de la fianza, a la que el término pertenece también, de una manera distinta e independiente, porque no se ha asumido (la fianza) más que confiando en él.

Frente a esta posición que tomó por base, pues, la presunta voluntad del que asume la fianza, se argumenta a favor de la exigibilidad respecto del mismo con base en la naturaleza accesoria de la fianza, por la cual «se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerle éste» (art. 1.822). ¿Y cuándo «no lo hace éste»? Cuando llegado el momento, vencida la obligación, exigido su cumplimiento por el acreedor, no realiza lo que debía. Sin duda en el caso del 1.129 hay un vencimiento, con la consecuente exigibilidad, y si producida ésta el acreedor no cumple, es evidente que estamos ante el supuesto contemplado en el artículo 1.822 para que el fiador pueda ser compelido a pagar.

Como pusiera de relieve Demogue (76) el carácter accesorio de los derechos de garantía aparece, además, en el hecho de que el máximo de su extensión es la de la obligación principal, por lo que la cantidad adeudada, el término o la condición estipuladas por el deudor principal, se extienden de pleno derecho al fiador: añade «todavía hay que ir, con el Código civil alemán, más lejos. Cuando la obligación principal resulta modificada por culpa o demora del deudor principal, el fiador sufrirá las consecuencias» (art. 767). Esta solución, dice, «debería extenderse al caso de prenda o de hipoteca, salvo en este último caso la necesidad de prever en la inscripción la extensión

(75) *Cours de Code Napoleon*, vol. XXV, cit. núm. 707, págs. 667 y s.

(76) *Ensayo de una teoría general de los derechos accesorios*, «Rev. Der Pri vado», 1930, pág. 42.

posible de la deuda» lo que, como hemos visto, admite la doctrina para la fianza, y consagra el artículo 1.826.

En cuanto a que la voluntad del fiador deba presumirse limitada a responder sólo transcurrido el término que se fija, las mismas razones hay para creer que la otra parte en el contrato (el acreedor) no pensaba en esta limitación, sino simplemente en que se le respondiera del cumplimiento cuando, debiendo hacerlo el deudor, no lo lleve a cabo. Tan respetable es la voluntad presunta de uno como de otro, de acuerdo con los intereses respectivos, y por ello no puede el referido a ella considerarse argumento válido. Además, se ha hecho observar (77), que el fiador espera, sin duda, que no será perseguido hasta el vencimiento del término acordado por el contrato; pero también sabe que el deudor podrá, por actos propios, perder el beneficio del término, y se obliga a indemnizar al acreedor de toda inexecución del contrato y por ello de la disminución de las seguridades que le fueron concedidas.

Considero importante llamar la atención acerca de que si bien es verdad que el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal, y por ello no puede resultar así ni de pacto expreso ni de las consecuencias normales de la fianza (aparte de que en este caso no resultaría obligado a más), también lo es que el fiador puede obligarse a menos, y por ello al amparo del mismo artículo 1.826, puede pactarse un término de vencimiento mayor para la responsabilidad del fiador en cuyo caso, efectivamente, no operará el 1.129 respecto a él: pero igualmente debe tenerse en cuenta que al disponer que «el fiador puede obligarse a menos» lo que hace el precepto legal es autorizar dicho pacto, pero a la vez excluir que, sin él, pueda darse este resultado de la minoración, respecto al deudor, en la cantidad o en lo oneroso de las condiciones, que es lo que ocurriría de admitirse la excepción respecto del fiador del vencimiento ex artículo 1.129.

Y es que no debe olvidarse que, según el artículo 1.258, obliga el contrato (de fianza en este caso) no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley. ¿Lo es ésta? De lo expuesto parece deducirse la afirmativa; veamos otras posibles razones para ello.

Creo, igualmente, procede otra argumentación derivada de la relación entre los artículos 1.841 y 1.843; el primero se refiere al caso en que el fiador, cuando la deuda es a plazo, pague antes de su vencimiento, estableciendo que no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza; el segundo, autoriza al fiador a proceder contra el deudor principal, aún antes de haber pagado, en cinco casos, de los que aparte del tercero (con alcance distinto) se refieren a supuestos en que se produce la exigibilidad de la principal: 5.º, en el normal sin plazo; 4.º, en el plazo fijado; 2.º, exigibilidad anticipada

(77) LAURENT: *Principes...*, cit. XVII, págs. 226 y s. y autores allí citados.

por quiebra, concurso o insolvencia, y 1.º, cuando se ve demandado judicialmente, lo que tiene que ser por causas distintas a las previstas, o bien porque hasta entonces no lo haya hecho.

El artículo 1.843 concede al fiador la posibilidad de proceder contra el deudor principal, aún antes de haber pagado, en cinco casos, en todos los cuales según el mismo precepto «la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor»; y ello porque se ha producido la exigibilidad de la fianza. Por lo que a nuestro tema se refiere, interesa saber si en el número 4.º —«Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible por haberse cumplido el plazo en que debe satisfacerse»— se incluye o no la exigibilidad ex artículo 1.129-3.º; pues bien, en la necesidad de añadir a éste el ordinal al referirse a ello creo viene dada la respuesta afirmativa: esa necesidad la impone el que el número 2.º del propio artículo 1.843 concede la misma facultad para el caso de insolvencia, que hace exigible la obligación principal también ex artículo 1.129 pero por su número 1.º (78); y no hay motivo alguno para un distinto tratamiento, pues si bien vimos que en el caso de disminución de las garantías el vencimiento anticipado implica una sanción para la conducta del deudor, es coexistiendo con el fundamento de los demás supuestos, y común a todo el artículo 1.129, de la seguridad del crédito. Y si el 1.843 concede tal derecho al fiador y al amparo del número 4.º, es porque la exigibilidad de la deuda asegurada ex artículo 1.129-3.º opera respecto a la fianza (79).

En el sentido favorable a la inoperancia para el fiador se puede argumentar con base en el párrafo 2.º del artículo 1.835, cuando dispone que la transacción hecha por el deudor principal no surte efecto para con el fiador, contra su voluntad; y ello porque una agravación de las condiciones de su responsabilidad (que puede ser en cuantía o en las circunstancias de exigibilidad, como la reducción o, más aún, la desaparición del plazo), realizada sin su consentimiento, no puede tener efecto contra él, en opinión de D'Onofrio, que comparte entre nosotros Gullón (80), porque el fiador ha garantizado una cierta obligación que no puede el deudor modificar, renunciando expresa o tácitamente a ciertas excepciones que podrían conducir a la liberación del fiador. Esto es verdad, y por ello no le afectará la renuncia al plazo, como tampoco la prórroga (art. 1.853).

Ahora bien, sucede que la exigibilidad anticipada ex artículo 1.129

(78) El que en este caso se enerva la actuación del acreedor garantizando la deuda, no es obstáculo, porque en tal supuesto no puede ofrecer duda de que pese a los términos literales del art. 1.843-2.º, y también por los términos literales del párrafo final del mismo artículo, creo no corresponderá ese derecho al acreedor.

(79) No puede decirse que sea un círculo vicioso, porque la inclusión en el número 4.º es en base a la inclusión expresa de la insolvencia en el núm. 2.º.

(80) *La transacción*, tomo XLIII, vol. 2.º del «Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil», del Inst. Nac. Est. Jurídicos, Madrid, 1964, pág. 148.

no es obra directa del deudor garantizado, sino de la ley ante una conducta suya y tendente a proteger la seguridad del crédito; se atiende a los intereses del acreedor, que en el supuesto del artículo 1.129 queda totalmente al margen, y por ello podrá actuar al amparo del mismo en defensa de la seguridad de su crédito; en cambio en el caso del artículo 1.835 es él mismo quien creó la situación, al transigir con el deudor, provocando con ello la alteración producida, por lo que no hay motivo alguno para protegerlo de las consecuencias de ese acto, ni para pedir en aras de sus intereses algo que fuera perjudicial para los del fiador, como es el anticipo de su responsabilidad; por ello, si bien no queda liberado, porque estaríamos ante una novación meramente modificativa de la obligación, no podrá exigírsele su responsabilidad hasta llegado el momento inicial previsto. Y en el mismo sentido, y por la misma razón de intervenir el acreedor, puede interpretarse, en lo que a éste concierne, el artículo 1.851; porque como estableció una sentencia de 6 de octubre de 1908, en el supuesto de autos operaba tal precepto dado que «no se trataba de una suspensión meramente pasiva, sino obligada, del ejercicio de las acciones que competían al Banco»; se estaba en el caso «de una verdadera prórroga, ya que no significa otra cosa una suspensión obligada por término señalado convenida por el acreedor, imponiéndose consiguientemente la aplicación del artículo 1.851 por haber sido pactado sin consentimiento de los fiadores» (81).

2. ¿Y respecto a las garantías reales? Es de sumo interés al ocuparse de este punto y, contra lo que a primera vista pueda parecer, cabe perfectamente que se dé la situación, porque habiendo originariamente un garante real, o con posterioridad un tercer poseedor de la cosa dada en garantía, el deudor disminuya de alguna manera, las garantías de su deuda; y ésto cabe que lo haga bien respecto de esas mismas reales, con las que pueda estar en alguna relación de la que ello resulta posible (por ejemplo arrendamiento), bien respecto a cualquiera otras garantías de la misma deuda, lo que, de acuerdo con la interpretación propugnada por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de febrero de 1931, da amplitud al supuesto (82).

Le ha planteado la cuestión de si esto mismo sucederá por la alegada insolvencia del deudor. Estima Díez-Picazo (82 bis) que en tal supuesto no deberá proceder si la deuda está garantizada (como lo está en la hipótesis del art. 1.129-3.º). Por mi parte considero, en cambio, que sería solución más justa admitirlo, y que ello cabe al amparo del principio recogido en el artículo 1.843 del Código civil. Dispone, en efecto, que el fiador, aún antes de haber pagado, puede pro-

(81) Lo que llama suspensión meramente pasiva tendría los remedios previstos en el art. 1.843.

(82) Vid. RUIZ GALLARDÓN: *Derecho civil. Obligaciones*, Madrid, 1957, páginas 116 y s., nota 40.

(82 bis) Op. cit., pág. 75, nota 147.

ceder contra el deudor principal, entre otros en caso de insolvencia, tratando de obtener relevación de la fianza; y, como quiera que esto ha de conseguirse, según acertada interpretación de Gullón (83) mediante el pago de la obligación asegurada (con lo que se extingue la fianza y se libera al fiador), la forma de hacerlo factible es el vencimiento inmediato del artículo 1.129, por lo que la facultad de exigirlo habrá de concederse al fiador (en este caso el garante real), toda vez que de ello ningún perjuicio podrá derivarse para el acreedor; y en cuanto al deudor, tampoco, dado que podrá enervarlo mediante prestación de garantía suficiente.

Unas consideraciones sobre la responsabilidad en general, y sobre la dinámica de los derechos de garantía y su influencia sobre la responsabilidad, aclararán unos extremos previos para la mejor solución del problema.

Siguiendo a Rubino (84) debe admitirse que el concepto de responsabilidad, en general, indica la sumisión (potencial o actual) a una sanción, y puede ser personal o patrimonial según que recaiga sobre la persona en su aspecto físico o en otros aspectos diversos del patrimonial (y encuentra su aplicación sobre todo en el campo del Derecho penal y del administrativo), o bien afecte a su personalidad económica. esto es, que a través de la persona llegue a su patrimonio.

Pues bien esta responsabilidad patrimonial que se da siempre y sólo en el campo de las obligaciones, supone que, en base a ella, el deudor responde con sus bienes presentes y futuros del cumplimiento de sus obligaciones: esto es, si la obligación no se realiza voluntariamente, el acreedor puede satisfacerse con la ejecución forzosa sobre los bienes del deudor. O sea, que la responsabilidad se transforma de potencial en actual en el momento en el que la obligación no se cumple voluntariamente.

Ahora bien, junto a esta forma normal de responsabilidad (llamada patrimonial universal), de siempre se han admitido formas limitadas de responsabilidad o limitaciones a la misma, cuya completa eficacia sólo debe admitirse, como hace el Código italiano (artículo 2.740, 2.º), en los casos establecidos por la ley; que pueden ser variadas por lo que respecta a la determinación de los bienes sustraídos a la responsabilidad o de los bienes que permanecen sometidos a ella: así la ley puede indicar uno o algunos bienes específicos sustraídos a la responsabilidad (los llamados inembargables) y esta es la forma mínima y más común de limitación; o bien puede establecer que se responda con un patrimonio particular y separado, como sucede con la aceptación a beneficio de inventario; o la responsabilidad puede ser limitada cuantitativamente, esto es alcanzar a

(83) *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 440.

(84) *La responsabilità patrimoniale*, en el «Trattato di Diritto Civile di Vassalli», cit. págs. 6 y ss.

todo el patrimonio, pero hasta un importe determinado; o, en fin, en la prenda y la hipoteca constituídas para garantizar una deuda ajena, en que se tiene una responsabilidad reducida a bienes específicamente determinados, si bien aquí la responsabilidad, limitada-mente a la cosa sometida a garantía real, sea particularmente intensa y cualificada.

En un sentido más amplio los derechos de garantía, en relación con la responsabilidad patrimonial, influyen de varias formas: la fianza crea una segunda obligación, la del fiador, y la correlativa responsabilidad (llamada subsidiaria) de un segundo patrimonio; la prenda y la hipoteca, si son constituídas por el mismo deudor, dan lugar sobre la cosa gravada a una responsabilidad cualitativamente diversa de la ordinaria y más intensa, y si los constituye un tercero, sujetan a la responsabilidad, con la particular intensidad aludida, una nueva cosa. En todo caso, la prenda y la hipoteca hacen surgir un verdadero y propio derecho real sobre la cosa gravada, y por esta razón se distinguen de la común responsabilidad; de aquí que se hable de responsabilidad de cosa aunque bien entendido que en rigor no es la cosa la que responde, siendo ésta sólo objeto y no sujeto de relaciones jurídicas, sino que la responsabilidad es del propietario de la cosa (85), sólo que éste está cualificado no individualmente sino por su relación (de propiedad) con la cosa (responsabilidad ambulatoria, a semejanza de cuanto se verifica en las obligaciones «propter rem»), y esta particular responsabilidad permanece limitada a aquella determinada cosa (salvo gravar también sobre todo el restante patrimonio en la forma de responsabilidad ordinaria, si se trata de cosa del mismo deudor), y no se ha pactado lo contrario como autoriza el artículo 140 de la Ley Hipotecaria.

Pues bien, esta responsabilidad, en el caso de bienes en garantía de deuda ajena (concedente o tercer poseedor) opera según nuestro ordenamiento en el sentido de que el acreedor, al que oportunamente no se le hubiese satisfecho su crédito, podrá proceder a la enajenación de la prenda, o reclamar del titular de los bienes hipotecados el pago del crédito que aseguran, porque la hipoteca, como la prenda, los sujeta directa e inmediatamente, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituída: por ser de esencia en estos contratos que, vencida la obligación principal, pueden ser enajenadas las cosas en que consisten la prenda o hipoteca

Y si esto es así es porque, como mínimo y en lo que respecta a los bienes concretos sobre que recae la garantía —y en cuanto tienen un indudable carácter accesorio, cualquiera que sean las excepciones que puedan darse, lo que no hace sino confirmar la generalidad de

(85) SCHREIBER: *Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtliche Dogmatik*, Leipzig, 1914, cit. por RUBINO, op. cit. en nota anterior, pág. 14.

aquella regla (86)—, se produce una situación análoga a la del fiador, y en este punto de la repercusión del vencimiento anticipado debe tener una misma solución. Tan evidente es ésto que, con independencia de cual sea la posición que se adopte acerca de la naturaleza jurídica de estos titulares de cosas garantes por deuda ajena, los autores le aplican las consecuencias del 1.129 siempre al tercer poseedor (87).

Y ello porque los beneficios que se derivan de su posición de tercero están determinados expresamente (vid. arts. 112 y ss.) y para nada afectan (ni siquiera al desamparo previsto en el art. 126 también de la Ley Hipotecaria) a la que debe seguir considerándose como relación de accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito. Esto mismo ha venido a declarar la Dirección General en Resolución de 22 de noviembre de 1943, cuando manifestó que «el tercer poseedor está, frente al acreedor, en situación análoga a la de un deudor subrogado en la posición hipotecaria del prestatario, respecto del pago del crédito y de los intereses asegurados, por virtud de la adquisición de la finca gravada y como consecuencia del principio de inseparabilidad del crédito y de la hipoteca, según puede colegirse del artículo 134 de la Ley Hipotecaria, siquiera sus términos literales aludan solamente a la subrogación procesal». De aquí que debe considerarse acertada la opinión (88) de que sufrirá el tercero las consecuencias del vencimiento anticipado, siempre que no esté en grado de sostener que el mismo no podría y no debía tener lugar.

¿Y en cuánto al tercero concedente de garantía real? ¿Influye sobre este extremo su indudable distinta naturaleza y consecuencias que de ella se derivan en cuanto a su relación con el crédito garantizado?

Vienen siendo, en efecto, muy discutidas las características de una y otra figura, que para algunos deben ser identificadas. Sostuvo López de Haro (89) que «esas dos personas son una misma en las relaciones jurídicas que crea la hipoteca: el dueño de una cosa que, sin obligación personal, la hipoteca en razón a obligación de otro, se coloca en la misma posición que el tercer poseedor», considerando que sólo la

(86) Cossío, pág. 355 de sus *Lecciones...*, cit. dice que el art. 144 de la Ley y 240 del Reglamento son consecuencias de que los terceros adquirentes del crédito o de la finca, nunca pueden ser perjudicados, si en ellos se reúne la condición de terceros hipotecarios, por circunstancias o pactos no reflejados debidamente en el Registro; y ello, dice, porque la intervención del tercero establece ciertas limitaciones al principio de accesoriedad de la hipoteca».

(87) Salvo DURANTON, t. XX, núm. 229, pág. 229 (cit. por DEMOLOMBE, op. cit., XXV, núm. 708, pág. 659) que parte de una improcedente asimilación de su función a la del codeudor solidario, pues mientras éste es contratante del término y debe aprovecharse de él hasta que lo pierda por hecho propio, aquél es ajeno a ello, pues nada ha estipulado sobre el particular; y porque aducía el artículo 2.167 del Código civil francés que, aparte considerarlo inaplicable al supuesto aquella doctrina, no se recoge en nuestro Derecho.

(88) RICCI: *Curso teórico-práctico...*, cit., pág. 175.

(89) *El tercer poseedor de finca hipotecada*, en la «Rev. Gen. Leg. y Jurisprudencia», 1931, págs. 366 y ss.

redacción imperfecta de los artículos de la Ley Hipotecaria (126 y 134) «pasar la finca a manos de un tercer poseedor», es lo que ha dado lugar a la distinción, injustificada porque tales preceptos legislan sobre una situación en la que lo mismo se halla el que siendo dueño de la finca la hipoteca. «La prueba es que sí, ya hipotecada la vende, el comprador, respecto a la hipoteca, es como si fuera el mismo vendedor». Esto, claro, si al constituyente (vendedor) se le considera en todo equiparado al tercer poseedor (comprador). De todas formas reconoce que el legislador, en tales preceptos, sólo tuvo en cuenta al tercer poseedor, sin por esto excluir al otro, dice.

Así, también Messineo (90) descartando que en el tercero concedente se pueda ver un caso de la llamada fianza real (porque en la fianza el fiador, al igual del deudor principal, «responde» con todo su patrimonio, porque también él es deudor» y además crea garantía genérica no específica), considera más sostenible la tesis que lo equipara con el tercer poseedor, porque la diferencia entre los dos casos es exigua, ya que en uno y otro se trata de un tercero extraño al vínculo obligatorio o sea de un tercero no-deudor, si bien sujeto a responsabilidad: en un caso se garantiza una deuda ajena, sin asumirla como propia; en el otro el tercero, al adquirir el bien, debe tolerar que eventualmente se satisfaga sobre el mismo el acreedor hipotecario; pero también aquí, en sustancia, aunque sin voluntad se convierte en responsable (hasta la concurrencia del bien adquirido o sea «intra vires») de una deuda ajena. Y añade que configurar al concedente como un caso de responsabilidad sin deuda, y además un caso de responsabilidad limitada, es exacto, pero que también aquí se da la identidad con el tercero adquirente, pues ambos responden, «con el solo bien hipotecado» y en los límites del valor de éste.

Generalmente, en cambio, suele rechazarse tal equiparación, y son muchos los argumentos utilizables para ello. Estimo por mi parte que los mismos motivos que se dan para considerar a ambos terceros respecto del crédito garantizado (no haber sido parte en su constitución), se dan en el tercer adquirente, y no en el concesor, respecto de la garantía; tan ajeno, tan tercero es con relación a la garantía como al crédito, pues no ha intervenido en la constitución de ninguno de ellos; y si aquélla le afecta porque recae sobre un bien que le pertenece, también le afecta el crédito, porque de su satisfacción o no dependerá que se realice la garantía sobre ese mismo bien. De aquí que sea acertado afirmar (91) que el dueño de la finca hipotecada puede encontrarse en una de las tres siguientes posiciones: A) Deudor hipotecario (parte en la hipoteca y en la relación obligatoria garantizada); B) Fiador hipotecario (parte de la hipoteca y tercero en la relación obligatoria) y C) Tercer poseedor (tercero en la relación de

(90) *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., pág. 101.

(91) SANZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, cit., pág. 368, nota 13.

deuda y en la hipoteca). Y no puede caber duda de que ser o no tercero respecto a la hipoteca, ha de tener transcendencia como la tiene el serlo o no respecto a la deuda garantizada.

A ese argumento en contra de la equiparación hay que añadir el régimen distinto que se aplica a uno y otro según los preceptos que expresamente se dedican a la materia en nuestro ordenamiento hipotecario (92).

Partiendo pues de la naturaleza distinta de estas dos figuras, y visto lo relativo al tercero adquirente, vamos a entrar en la consideración de cómo debe afectar al tercero concedente de garantía la exigibilidad anticipada, por disminución de las mismas ex acto propio del deudor, de acuerdo con la posición que se adopte en orden a la naturaleza jurídica de esta figura.

Los que han negado que repercute en su situación, lo han hecho por equipararlo al fiador personal, y por las mismas razones que para éste alegaban en tal sentido. Ya antes hemos visto que en nuestra legalidad vigente no procede conceder excepción en este punto al fiador, por lo que en base a la similitud con él, no cabe atribuírsela tampoco al concedente de garantía real por deuda ajena (93).

Y si no se admite la equiparación y se le tiene como un caso de asunción contractual de responsabilidad de cosa por deuda ajena, entonces (94) exigible la deuda, subentra la responsabilidad y los bienes

(92) Vid. arts. 112, 113, 114 y 126 L. H. y las consideraciones de ROCA al respecto en el vol. I de su obra cit., págs. 506 y ss.

(93) Esta consideración del hipotecante por deuda ajena como fiador real, es generalmente compartida en nuestra doctrina hipotecarista en base a que pone su solvencia, real, al servicio de otra persona (cfr. ROCA, I, págs. 441 y ss.); en cambio, es muy dudoso el valor que pueda dársele al hecho de que se le designe así, y a que el Reglamento Notarial llame de esta manera —en el art. 24— a la que otra persona constituye por un Notario, pues como observa Díez-PICAZO en sus interesantes apreciaciones acerca de la Sentencia de 3 de marzo de 1956 (en *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, pág. 463), es argumento que carece de valor, pues la palabra fianza no está empleada en su sentido técnico, como por otra parte ocurre con frecuencia no sólo en casi todas nuestras leyes, sino en el propio Código civil, del que se refiere a numerosos preceptos; a la vista de ello, concluye que en nuestro Derecho positivo la palabra «fianza» se encuentra usada en dos sentidos: uno genérico, equivalente a la garantía de cualquier forma y tipo que sea; otro específico y técnico (el del art. 1.822), de garantía consistente en obligarse un tercero para el caso de que el deudor no cumpla la obligación; en aquel primero, dice, tanto la hipoteca como la prenda son formas de fianza.

Encuentra dicha posición su base en la doctrina francesa que habla de «caución real», y en la italiana, donde siguiendo aquélla la defendió CHIRONI (op. cit., II, núms. 358-361); la comparten, entre otros, DEgni (op. cit., pág. 779) y GORLA, *Garantías...*, cit., pág. 103 y *Commentario...*, cit., pág. 599) que habla de «fiador con responsabilidad circunscrita al bien hipotecario». La rechaza, en cambio, RUBINO (*L'ipoteca*, cit., pág. 474) por estimar que no se trata de una simple limitación cuantitativa de la ordinaria responsabilidad patrimonial, sino de la constitución de un vínculo real más intenso.

(94) Vid. PALUMBO: *La concessione d'ipoteca da parte del terzo*; Padova, 1937, págs. 30 y s.

del tercero concedente pueden ser perseguidos de la misma manera que los bienes del deudor; escindida la obligación en los dos elementos de deuda y responsabilidad, de término frente a este tercero, que no se considera deudor en esta posición, no puede hablarse: él ha sujetado sus bienes con el vínculo hipotecario como garantía de una deuda ajena, y si ésta es exigible, es también realizable sobre los bienes que la garantizan y a tal fin no hay diferencia entre los bienes del deudor y los del tercero concedente, porque el acreedor es libre de dirigir su acción contra los bienes hipotecados —en poder del hipotecante por deuda ajena o de un tercer poseedor— o bien contra los bienes del deudor según considere más útil y oportuno: así lo estiman Pérez González y Alguer para nuestro Derecho, siguiendo a Wolff (95), por considerar que el deudor personal no tiene derecho alguno a remitir al acreedor a la finca hipotecada para que se satisfaga previamente sobre ella, por no existir un «beneficium excussionis realis» que contradiría a lo dispuesto en el artículo 1.911 del Código civil.

Encaja también esta solución con el carácter, generalmente reconocido, de verdaderos derechos reales de realización del valor, y como tales accesorios, que tienen estas garantías (que es sin duda la naturaleza que les reconoce nuestra legislación); hasta tal punto de que como derecho del acreedor basado en ello, a la vez que comprobatorio de tal carácter, se le atribuye por Palumbo (96) la facultad de prevalecer de la decadencia del término si el hecho que la produce se debe al deudor.

Y aunque no procedería como derecho real que es, no puede oponerse que resolviendo así se le atribuye una mayor onerosidad que al obligado que se garantiza, porque, como accesorio que es, su posición se limita a seguir los avatares de la deuda principal, que garantiza. E incluso sobre este particular pudiera pensarse que al hipotecar o pignorar sus bienes en garantía de una deuda ajena, en cuanto responsable por ello se ha sometido a unos riesgos mayores que el que lo hace por una deuda propia, toda vez que éste tiene un dominio o control sobre la deuda (y por ende sobre su cumplimiento y las consecuencias que de su falta se derivan) que a él escapan por completo, y ello no obstante concede la garantía; y, además, lo hace sin restricciones, pudiendo haberlas puesto, sobre ese extremo del vencimiento.

Y ello es porque en estos supuestos de separación de titularidades pasivas, como observa con acierto La Rica (97) «la hipoteca continúa siendo accesoria de la obligación, quizá más claramente que en otros casos», lo que supone un dato altamente significativo para decidir en pro de la solución de que repercuta sobre la garantía hipote-

(95) Tomo III, vol. 2.º, pág. 249, posición que comparten ROCA SASTRE, op. cit., IV, pág. 758 y LA RICA, op. cit., pág. 298.

(96) Op. cit., pág. 33.

(97) *La obligación personal...*, cit., pág. 294.

caria el vencimiento del término de la obligación principal ex artículo 1.129.

Y es que este caso no es sino desenvolvimiento de la propia naturaleza de las garantías reales, en cuya virtud, como dice Albaladejo a propósito de la hipoteca mobiliaria (98), si la obligación asegurada se incumple a su vencimiento «bien al que le corresponda, bien en los supuestos que como sanción contra el deudor permite la Ley al acreedor darla por vencida (así arts. 6.º, 29, 44-3.º y 51) el acreedor puede, ejercitando la acción hipotecaria, instar la venta de la cosa hipotecada para que aquélla le sea satisfecha sobre su precio».

Efectivamente esto tiene que ser así, y ha adquirido una consagración legal indudable y expresa en el caso de hipoteca mobiliaria, cuando el artículo 29 faculta al acreedor para dar por vencida la obligación aunque no haya transcurrido el plazo en el contrato, entre otras por «cualquiera otra causa especialmente fijada por la Ley o estipulada en la escritura de hipoteca al efecto de dar por vencida la obligación» (novena), con su aplicación respectiva en general y en el ámbito de la propia Ley que las establece.

VI. Dice Roca Sastre a propósito de la posibilidad de que el Juez, en caso de arriando disminutorio del valor de la finca hipotecada, declare vencido el crédito hipotecario que «esta medida prevista en dicho artículo 219 del Reglamento es más útil (que la del 1.129), pues permite que el Juez la adopte en el procedimiento simple que indica el artículo 117 de la Ley Hipotecaria» (99).

La mayor utilidad de la solución hipotecaria frente a la del Código civil, la basa pues en que aquélla puede adoptarla el Juez por el procedimiento establecido en los artículos 720 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los juicios verbales que, como bien dice, es un procedimiento simple.

Ahora bien, lo que sucede es que más que simple aún hay que considerar la solución del 1.129 del Código civil, desde el momento en que no impone procedimiento alguno para dar por vencido el crédito, cuando concurren los presupuestos del mismo, sino que da paso directamente a su exigibilidad por el acreedor.

Porque, en efecto, al examinar la naturaleza de la disposición del artículo 1.129, veíamos se trataba de un supuesto de exigibilidad anticipada, y en razón de ello su inmediata consecuencia es la de permitir al acreedor pedir el cumplimiento, sin que por el deudor pueda oponerse eficazmente la excepción del plazo que le fuera concedido, y que decayó desde el momento en que realizara los actos disminutorios de las garantías establecidas.

Tal ha de considerarse la mecánica consagrada por el artículo 1.129,

(98) *Instituciones de Derecho civil*, II, Barcelona, 1964, pág. 537.

(99) *Suplemento al Derecho hipotecario*, 5.ª Ed., Barcelona, 1960, pág. 153.

y el alcance que ha de dársele a la pérdida por el deudor de todo derecho a utilizar el plazo que en el mismo se establece (100).

Hablar, en otro sentido, de procedimiento, puede hacer pensar en la necesidad de una previa declaración judicial acerca del vencimiento del plazo, como ha pretendido un cierto sector de la doctrina italiana y francesa (101) y alguna decisión jurisprudencial de esta nacionalidad que ha declarado (Cass. Civ. 30 marzo 1892) que la decadencia del término (se refiere al caso de insolvencia) debe ser demandada en justicia y que (Cass. Civ. 6 febrero 1907) por consecuencia, su efecto no puede remontarse a una fecha anterior a la de interposición de la demanda.

Y aunque de acuerdo con la doctrina reciente algún autor como Albadalejo (102) indica que el vencimiento no se produce «*ipso iure*», es por considerar que en estos casos el deudor pierde el derecho a utilizar el término, o sea éste vence, si el acreedor quiere; y si se utiliza la expresión vencimiento «*ipso iure*» habrá de serlo como hace años pusiera de relieve Polacco —con referencia al artículo 1.176 del Código italiano de 1865, equivalente al 1.129 del nuestro (103)— en el sentido de que el Juez no podrá (a diferencia de lo que le consiente el art. 1.165 nuestro) acordar prórrogas, sino que debe, cuando el acreedor la reclama, necesariamente pronunciarla, o mejor aún declararla sucedida después de haber reconocido que concurren los extremos exigidos, y con efectos «*ex tunc*», esto es desde el momento en que tales extremos se produjeron.

Y es que la misma esencia del precepto contenido en el artículo 1.129 permite el ejercicio directo de la pretensión de cumplimiento, sin que sea necesario para ello la previa declaración judicial; porque este caso en nada se diferenciará, en cuanto a sus efectos, del normal vencimiento de la obligación por llegada del término en el tiempo previsto: se producirá el vencimiento y quedará expedito el ejercicio de las acciones que corresponden al acreedor, sin que ninguna especialidad le preste el que el vencimiento se haya anticipado por declaración legal (104) como tampoco la tendría si hubiese sido

(100) Afirma MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil comentado*, cit., XIX, pág. 706) que «la apreciación de las circunstancias en que el hecho haya ocurrido y la aplicación del remedio corresponde también, como el primer caso, a las disposiciones porque se rigen los embargos preventivos». Pero, más adelante, agrega: «huelga añadir que, aparte del remedio urgente del embargo preventivo, la concurrencia de cualquiera de los hechos a que en este precepto se hace referencia, produce en el acreedor el derecho inmediato de reclamar la deuda. A tanto equivale la frase empleada por el Código 'perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo'».

(101) Citada por Díez-PICAZO, loc. op. últimamente citados. Y por RICCI, cp. cit., IV, pág. 175.

(102) *Instituciones...*, cit., II, pág. 413.

(103) *Cenni sugli effetti della decadenza del termine disposta dall'art. 1.176 Cod. civile*, en «Riv. Dir. Commerciale», 1915, I, pág. 94.

(104) Además de este caso, vid. el art. 135 L. H. y los 6, 29, 44, 51, 62 y 64 Ley H. M. y P. S. D.

por virtud de un hecho al que por pacto se le hubiese atribuido esa eficacia (105).

En efecto, en la reglamentación de los procedimientos de ejecución se prevé este extremo: así en el judicial sumario, en que han de hacerse constar en la demanda «los hechos y las razones jurídicas y determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito» (art. 131, regla 2.^a, I. L. H.; 84, regla 1.^a, 1.º y 92, regla 2.^a, Ley de Hipoteca Mobiliaria); en el extrajudicial, en que se exige hacer constar en el requerimiento «la causa del vencimiento de la obligación» (artículos 87, regla 2.^a y 94, 1.º, L. H. M.); y respecto a la prenda desplazada, el artículo 1.872 se refiere al «acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder». Todo esto implica el reconocimiento de esas diversas posibilidades en cuanto a las causas por la que vence el crédito a que antes aludía, sin que para ninguna de ellas se exija requisito que lo haga diferenciar del supuesto normal, y desde luego nada sobre la previa declaración judicial del vencimiento.

Es que otra cosa, además, estaría en contradicción con la razón de ser del precepto mismo, que ante el peligro que para la seguridad del crédito supone la disminución de las garantías, rompe las trabas temporales que, por virtud del plazo, impedían la actuación del acreedor; y ello, al objeto de evitar que con el transcurso del tiempo sin remediarse la situación, se produjera la definitiva ruina del crédito; de aquí que cuando permite enervar su eficacia en el supuesto de la desaparición de las garantías por caso fortuito, lo hace supeditándolo a que «sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras»; y mal se compaginaría con tal evidente finalidad de rapidez, la exigencia de obtener esa previa decisión judicial.

Verdad es que cabe la posibilidad de que haya oposición a la pretensión del acreedor de cumplimiento inmediato, y que aquí no hay base para que se sustancie por el procedimiento simple de los artículos 720 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero esto tiene menos importancia de la que a primera vista parece a la hora de preferir la solución del artículo 117 de la Ley Hipotecaria o del 1.129 del Código civil.

En efecto, hemos visto que exigible el crédito por disminución de las garantías ex artículo 1.129-3.^a puede el acreedor ejercitar las acciones que le corresponden, lo que puede hacer:

Por el procedimiento judicial sumario; en este caso la oposición del deudor no producirá nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento, lo que sin duda es un freno para acudir al juicio declarativo que corresponda, según las reglas que para las reclamaciones

(105) Previstos, por ej. en el art. 29-9.^a L. H. M. y cualquiera, respecto a la inmobiliaria, siempre que no sea de los que las Resoluciones de la Dirección General declaran prohibidos al amparo del núm. 3.º del art. 107 L. H. (por ej. 12 agosto 1911, 25 noviembre 1935 y 16 junio 1936).

que se formulen sobre vencimiento de la deuda garantizada se establecen en los artículos 132 de la Ley Hipotecaria y 85 y 93 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria.

Por el procedimiento extrajudicial; en lo que se refiere a la hipoteca mobiliaria sucede igual que para el caso anterior (art. 88), y en cuanto a la inmobiliaria, si se anota preventivamente la oposición al mismo formulada en juicio declarativo, con anterioridad a la subasta (art. 236 del Reglamento Hipotecario).

Por el procedimiento ejecutivo; oponiendo la excepción 6.^a del artículo 1.464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («pacto o promesa de no pedir») y

Por el procedimiento declarativo; sometiénose a prueba como cualquier otro hecho de los constitutivos de la demanda.

Pues bien, en estos dos últimos casos (y en el declarativo con que se formulara la oposición en los procedimientos relacionados en los dos primeros lugares) proceden las medidas previstas en el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pueden ser equivalentes a las que cabe adoptar al amparo del 117 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento Hipotecario con la ventaja de que partiendo del vencimiento coexisten ya con el procedimiento de ejecución de las garantías, óptimo según veíamos en cuanto a seguridad del crédito.

Por si esto no fuera bastante, hay que pensar que salvo en lo que se refiere al supuesto de arrendamiento (art. 219 R. H.), en los demás regulados por el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, aunque existieran efectivamente ventajas en cuanto al tipo de procedimiento. éstas se verían anuladas por la mayor exigencia en cuanto a requisitos: el 1.129 opera cuando ocurra una simple disminución de las garantías dadas, en tanto que el 117 exige un deterioro que disminuya el valor de la finca; esto supone a favor del 1.129 no sólo una mayor amplitud en cuanto a los supuestos en que podrá aplicarse, sino también una notable mayor facilidad respecto de la prueba, que son dos extremos sumamente importantes a la hora de valorar las ventajas de uno y otro procedimiento.

El otro punto que hace pensar a Roca Sastre en la ventaja del vencimiento del crédito ex artículo 219 sobre el basado en el 1.129, es que esta medida es «aplicable incluso cuando el deudor no es el mismo hipotecante sino otra persona».

Esta idea de la inaplicabilidad del artículo 1.129 en los supuestos en que no coincida la titularidad del deudor principal y de dueño de la finca que, en efecto, supondría una ampliación del ámbito de aplicación del 219 R. y del 117 de la Ley Hipotecaria respecto del artículo 1.129 del Código civil, ya hemos visto no tiene importancia, en cuanto consideramos de aplicación el precepto del Código a los actos propios dismisorios realizados por el concedente de garantía en seguridad de una deuda ajena, y además propugnamos una in-

fluencia sobre ellos del hecho de tercero, con lo que se abarcarían también tales supuestos, y siempre con las ventajas de toda índole que su regulación presenta sobre aquella otra.

VII. A diferencia de lo que ocurre en el número 1.º (supuesto de insolvencia) en que se permite expresamente y en el número 2.º (caso de no otorgamiento de las garantías comprometidas), en que nada dice de ello, en el número 3.º se habla de la posibilidad de enervar la pretensión del acreedor de obtener sin más el pago, mediante la sustitución inmediata de las garantías afectadas por otras nuevas e igualmente seguras; pero no aclara si tal sustitución procede sólo cuando desaparezcan por caso fortuito o también cuando resulten disminuidas por actos propios del deudor.

Y al faltar esa aclaración puede surgir la duda, y efectivamente ha surgido, respecto a la amplitud de aplicación de ese remedio que se prevé.

Así, Mauresa (106) estima debe extenderse a ambos supuestos; esta es la posición que adopta igualmente Díez Picazo (107) y la que parece defender también Puig Peña (108). En cambio Sánchez Román (109) limita esa posibilidad al supuesto de desaparición (e incluso disminución) por caso fortuito, y así lo hace también algún autor clásico que, como Falcón (110) para que resulte más clara la idea, altera la redacción de esta parte del precepto; este expediente sin duda resuelve la cuestión, pero no procede porque ni en la primera edición del Código publicada por Real Decreto de 6 de octubre de 1888 (111) ni en la definitiva de mayo de 1889 se encuentra de forma diversa a como lo venimos contemplando en la actualidad.

Desde luego el problema existe porque como consecuencia de ser el precepto reunión de dos principios distintos, hay razones justificadoras de ambas posturas.

En defensa de la que mantiene que la facultad de enervar el vencimiento anticipado por el cambio de garantía, ha de reservarse sólo para el supuesto de su desaparición por caso fortuito, cabe argumentar:

1.º La propia redacción del precepto, que al hablar de «sustitución» de las garantías —si bien puede referirse tanto a las desaparecidas como a las disminuidas— utiliza este término que encaja perfectamente con la desaparición, pero no por completo con la dismi-

(106) *Comentarios...*, cit., VIII, 1.ª ed., Madrid, 1901.

(107) *El pago anticipado...*, cit., pág. 79.

(108) *Tratado de Derecho civil...*, cit., IV-1.º, pág. 17, toda vez que si bien refiriéndose al núm. 2.º (en la nota 20), dice que en este caso «el Código no reconoce, como en los demás de este artículo la facultad de evitar el cobro anticipado garantizando la deuda», en la nota 21, in fine, da la impresión de reducir esa facultad al supuesto de la desaparición por caso fortuito.

(109) *Estudios de Derecho civil...*, cit., IV, pág. 134.

(110) *El Derecho civil español, común y foral*, IV, 6.ª ed., Barcelona, 1902, página 26.

(111) Cfr. la edición del Código concordado y anotado por don José Sidro y Murga, Madrid, 1889.

nución, caso en el que lógicamente sería suficiente, a los efectos de «regarantizar», un complemento compensatorio de la sufrida disminución, lo que no está previsto en este caso, y sí en otros preceptos de nuestro ordenamiento (por ej., arts. 163, 165 y 166 de la Ley Hipotecaria).

También puede pensarse que la necesidad de que la sustitución sea «inmediata», pone de relieve una urgencia que es más explicable ante la desaparición. Esto sin perjuicio de estimar, como ya hiciera Manresa (112), que no cabe interpretar la desaparición como absoluta, por lo que cuando, aún sin serlo y subsistiendo algo de la cosa en que radica la garantía, aquélla queda tan deteriorada que ésta se convierte en ilusoria, debe considerarse desaparecida la garantía a estos efectos.

2.º La distinta razón de ser de los dos casos previstos en el apartado, y la función que cumple la sustitución de la garantía. En efecto, el propio Díez Picazo (113), no puede por menos de reconocer la notable diferencia entre los dos supuestos, y no sólo respecto a la amplitud del «daño» a la garantía que provoca la exigibilidad anticipada, sino en cuanto a su justificación, que en el primero de ellos es la pérdida de la dignidad crediticia por un acto propio del deudor, un supuesto de pérdida de la confianza, considerando oscura la del segundo, en el que por definición no ha tenido el deudor intervención.

Sin embargo, no puede ofrecer duda de que, como pusiera de relieve Sánchez Román (114), ello se debe a que el plazo ha de considerarse siempre como un elemento compatible con la seguridad del cumplimiento de la obligación. Y en esta diferencia de justificación cabría se fundamentara el distinto trato, que tiene por base la conducta del deudor en uno y otro: en el primero hay, además del peligro para el cumplimiento del crédito lo que es común al 2.º, una conducta del deudor que, por actos propios, ha disminuido las garantías. Y esta conducta tiene una doble vertiente: a) como merecedora de una sanción; y no hay duda de que facultar al acreedor para exigir el cumplimiento o sustitución de las garantías, es en efecto para el deudor una sanción; y b) como exteriorizadora de una actitud del deudor frente al crédito, pues si acaba de disminuir él las garantías prestadas, no puede lógicamente pensarse que «inmediatamente» vaya a prestar otras nuevas, ni por inconsecuente debe permitirle que lo haga.

En cambio, en la desaparición por caso fortuito, al faltar esa conducta, ni ha lugar a la sanción, ni en la prestación de nuevas garantías hay contradicción, por lo que está justificado el beneficio. Y podemos decir que también la solución adoptada; pues si bien dice un autor, según cita de Puig Peña, que aquí nos encontramos con un

(112) Op. y vol. cit., pág. 156.

(113) Op. cit., pág. 79.

(114) Obra y vol. cit., pág. 134.

supuesto curioso en que el caso fortuito acarrea desventajas para el deudor, lo que sucede, según recuerda Hernández Gil (115), es que «aquí hay una previsión especial de responsabilidad por caso fortuito de las que, como mencionadas expresamente en la Ley, se prevé en el artículo 1.105 del Código civil». Y en cuanto que supone un beneficio, tal hay que considerar el que de la voluntad del propio dependa la elección entre sustituir las garantías o dejar que opere el vencimiento anticipado, en lugar de imponerle esto último como sucede en el otro caso.

3.º Los antecedentes del artículo 1.129, que arrojan bastante luz sobre el punto que nos ocupa. Efectivamente, se encuentran en el artículo 1.146 del anteproyecto de 1881-88, de idéntica redacción al actual, y antes en el proyecto de 1851; en éste, el artículo 1.048 decía que: «el deudor constituido en quiebra o que hubiese disminuido, por medio de actos propios, las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, no puede reclamar el beneficio del término». Nada se dice aquí de la posible sustitución o suplemento de las seguridades otorgadas; como dice al comentarlo García Goyena (116) «en este caso (el 2.º), el deudor se hace indigno del beneficio, porque falta a la buena fe, alma de los contratos»: y añade que como quiera que en los dos casos del artículo no fue concedido el plazo sino en consideración a las seguridades que tenía el acreedor, «cuando su confianza se disminuye por la disminución de las causas en que se fundaba, la Ley debe dejarle obrar, como habría obrado no teniendo las mismas seguridades al tiempo del contrato».

En cambio, sí aparece la referencia a la posibilidad de ampliación o renovación de las garantías (hipotecarias concretamente) en el artículo 1.796 del propio Proyecto (117), y además en unos términos que, por la justicia de la solución que recoge para los distintos casos y la claridad con que se expone, deberían haberse recogido íntegramente en el artículo 1.129; se refiere a los dos supuestos de pérdida o deterioro de los bienes hipotecados, según que se produzca por voluntad del deudor, o que no le sea imputable al mismo; pues bien, en el primer caso podrá el acreedor reclamar el pago, aunque no haya vencido el plazo, a no ser que prefiera que se le amplíe la hipoteca; en el segundo caso, en cambio, es el deudor el que puede, a su elección, renovar o ampliar suficientemente la hipoteca o no hacerlo, y únicamente en este supuesto tendrá el acreedor derecho a exigir el pago antes del vencimiento del plazo.

En favor de la extensión de dicha posibilidad enervatoria mediante la sustitución de las garantías también al caso de disminución de las mismas por actos propios del deudor, pueden exponerse igualmente una serie de argumentos:

(115) *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1960, pág. 438.

(116) *Concordancias...*, cit., III, pág. 86.

(117) Vid. la obra citada de GARCÍA GOYENA, IV, pág. 201.

1.º La regla hermenéutica de que donde la Ley no distingue, no debemos nosotros distinguir, unido a la que impone interpretar restrictivamente el tipo de preceptos que, como el presente, imponen sanciones de algún tipo; y no hay duda de que esto hace el 1.129, y de que el limitar la posibilidad de enervar su eficacia a sólo el caso de desaparición, es evidente que constituiría una interpretación extensiva.

2.º Que el deudor no debería poder exigir más de lo que tenía antes de la realización de los actos disminutorios; por ello si se le restablece el grado de seguridad de su crédito, por medio de la prestación de otras garantías (de aquí que las nuevas hayan de ser «igualmente seguras») se restablece el primitivo equilibrio plazo-garantía y la situación contemplada al constituir la obligación con fijación de su término para el cumplimiento.

3.º Que si bien es cierto que por las diversas razones que se exponen, el supuesto de disminución de las garantías por actos propios del deudor debe ser diferenciado del de su desaparición por caso fortuito (que es el ajeno a la voluntad del deudor), en que expresa y claramente se le reconoce la facultad de enervar, no lo es menos que también lo tiene el deudor en el caso de insolvencia, que tanto puede serlo por causas ajenas como imputables al deudor.

También se diferencia del previsto en el número 2.º en que, pese a la citada opinión contraria de Manresa, no cabe la sustitución, porque la única manera de cumplir la obligación de garantizar asumida por el deudor, es otorgando las que estuviese comprometido a dar; en otro caso habría incumplimiento de la obligación, que al ser asumida provocó la concesión del plazo por parte del acreedor.

4.º Que no pueden, por otro lado, considerarse decisivos los argumentos a favor de la limitación al supuesto de que desaparezcan las garantías por caso fortuito, de una parte porque al referirse a sustitución, lo hace respecto a la garantía, no a la cosa que pueda ser su base, y como tal garantía puede pensarse que se cambia si se altera alguno de los elementos reales que la componen. En cuanto a que sería un contrasentido porque no puede esperarse el deseo de reintegrar en quien acaba de disminuir, no necesariamente ha de ser así, pues aparte de que alguna circunstancia puede hacer compatibles ambas conductas (por ej., realizar la disminución por atender a otra necesidad urgente con aquel bien constitutivo de la garantía, y desear y poder reintegrarla con otros medios igualmente eficaces, para seguir disfrutando del aplazamiento en la obligación), el hecho de que, efectivamente, se lleguen a presentar demostraría lo injustificado de la presunción. Por último, es verdad que el artículo 1.048 del Proyecto de 1851 no lo consentía; pero no lo es menos que el de 1796 distinguía, a su vez, dos supuestos de pérdida o deterioro de los bienes hipotecados: si no le era imputable al deudor, podía éste, a su elección, renovar o ampliar la hipoteca o no hacerlo, prefiriendo entonces perder el beneficio del plazo; si, por el contrario, se producía por voluntad

del deudor, sería de elección del acreedor exigir inmediatamente el pago, o renunciar a ello permitiendo que se le ampliara la hipoteca.

Por consiguiente, podría considerarse que no son estos antecedentes un obstáculo para la admisión de tal posibilidad de suplemento de la garantía, cuando se la ha disminuido, porque ni ello está en desacuerdo con el fundamento del precepto que, aún encerrando un cierto carácter de sanción, es en definitiva el principio general de conservación de las garantías —que es común a todos los supuestos contemplados en el artículo 1.129— ni deja de satisfacer el interés del acreedor, que recobra la garantía de su crédito en idénticas condiciones de seguridad que lo tenía antes de la disminución, ya que de no ser así, no procederá.

La posibilidad de estas interpretaciones satisfactorias en uno y otro sentido hace pensar en la conveniencia de una orientación distinta que proporcione las bases sobre las que decidir en esta cuestión.

Y esto se encuentra, a mi entender, en la contemplación de los fines que por el legislador se atribuyen al precepto contenido en el artículo 1.129-3.º, pero no aisladamente, sino en el conjunto de las medidas que con el mismo puedan tener relación.

En un trabajo sobre la protección del crédito hipotecario (118) definiendo debe tenerse siempre muy presente que en un crédito asegurado con garantía real deben apreciarse, aunque no puedan ni deban separarse, tres elementos: 1) el crédito garantizado; 2) la garantía real del crédito, y 3) la cosa o bien que sirve de garantía. Y que cada uno de ellos, lo mismo que conceptualmente pueden diferenciarse, deberá serlo también en cuanto a los procedimientos de defensa: 1) el crédito, con los que son habituales en todos, y con los específicos que se derivan de serlo con garantía, y real (por ej., el contenido en el artículo 1.129 del C. c.); 2) la garantía, por todos aquellos medios tendentes a mantener la suficiencia de la misma para el fin aseguratorio; tal lo relativo a los llamados deterioros jurídicos del artículo 219-3.º del Reglamento hipotecario, la acción de constatación, medidas cautelares del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en general, los reintegradores, por ampliarla o complementarla, de la garantía; y 3) la cosa, con los que tienen por finalidad mantenerla en el estado en que se encontraba en el momento de adscribirse a la garantía del crédito, pues su conservación en aquellas condiciones, su incolumidad, es lo que comprometió su titular (constituyente o adquirente posterior) con tal función de aseguramiento: a esos fines responde, por ejemplo, el artículo 117 de la Ley Hipotecaria.

De menor a mayor importancia, decía también, actuación sobre la cosa, sobre la garantía o sobre el crédito; bien entendido —y a este punto quería llegar— que si la actuación sobre la cosa no es po-

(118) *Notas sobre la protección del crédito hipotecario*, aún inédito.

sible, o no lo es para alcanzar la finalidad perseguida, como quiera que entonces resulta afectada la garantía, podrían entrar en juego los remedios defensores de ésta; y cuando procediendo actuar sobre éstas ocurriera igual, habrá lugar a los remedios directamente conservativos de crédito. Pero hasta tanto, no.

A mi entender, tal gradación, aparte de ordenar perfectamente la aplicación de los diversos remedios, evitando las cuestiones de compatibilidad y preferencia entre unas y otras medidas, establece un equilibrio entre las posiciones de acreedor y deudor o titular de las cosas dadas en garantía, porque el «*ius prohibendi*» característico de estos derechos de vinculación, se actuará únicamente en la medida precisa para la protección de la parte del conjunto que resulte afectada por la acción desconocedora del mismo.

Todo esto es de aplicación en nuestro caso del artículo 1.129-3.º, prescindiendo de lo relativo a la cosa cuando la garantía afectada no sea real. Y por ello, tanto en el caso de desaparición de la garantía por caso fortuito, como en el de disminución de la misma por actos propios del deudor, dado que lo afectado son precisamente las garantías, con su sustitución por otras nuevas e igualmente seguras, al reintegrarse la anterior suficiencia de las mismas, no estará justificada otra pretensión mayor del acreedor tendente a defender, mediante exigibilidad anticipada, la efectividad de un crédito que se encuentra ya en las mismas condiciones de seguridad y de virtual eficacia que antes de producirse el acontecimiento dismisorio en que iba a fundamentar el vencimiento inmediato de su crédito.

Y como quiera que, anteriormente lo veíamos, en el fundamento del precepto predomina el principio de la conservación del crédito sobre lo que en él puede haber de sanción para el deudor, y ya lo hay al contemplar sólo la disminución en lugar de la desaparición como se exige en el caso fortuito, ésta (la sanción y el vencimiento anticipado lo es), deberá supeditarse a aquélla (la conservación del crédito) que resulta plenamente afirmada con el suplemento de garantía.

Por supuesto, todo ello será sin perjuicio de un pacto en contrario, de un acuerdo que al preestablecer de forma automática la exigibilidad inmediata por disminución de las garantías, excluye (con las reservas que puedan deducirse de la doctrina sentada en las Resoluciones de 25 de noviembre de 1935 y 16 de junio de 1936), la posibilidad de enervarla mediante la sustitución de dichas garantías. Tal es el alcance que puede dársele al pacto en este sentido propugnado por Roca Sastre, porque fuera de este caso, aun a falta de acuerdo previo, quedando las garantías disminuidas por actos propios del deudor, o resultando desaparecidas por caso fortuito, si no se sustituyen inmediatamente por otras nuevas e igualmente seguras, perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo y por ende podrá el acreedor desde luego reclamar el cumplimiento de la obligación.

Respecto a la naturaleza de esta renovación, debe considerarse

como una subrogación en el lugar de la anterior, por lo que respecta al crédito; y en cuanto a los bienes sobre que recaiga, mantendrá el orden normal que le corresponda lo que, como es natural, se tendrá en cuenta a la hora de calibrar su grado de eficacia como garantía, esto es, si resulta «igualmente segura» que la disminuida o desaparecida.

En cuanto a la forma de realizar la renovación de las garantías. claro es que deberá hacerse como estatuye el artículo 1.129-3.º, siendo inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras, lo que no parece presentar ninguna especial dificultad.

Sí creo debe tenerse en cuenta que, por tratarse de renovación de las garantías, no es preciso que recaiga la nueva sobre un bien de la misma entidad que el constitutivo de la anterior garantía; pero sí que el requisito de la igual seguridad implica, a mi entender, la posibilidad de exigir que, como garantía, sea de la misma clase de la que resultó afectada por el acto dismuntivo o la desaparición fortuita.

El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles

(Art. 1.504 del Código civil)

RAMON M. MULLERAT BALMAÑA
Abogado

SUMARIO: I. Propósito.—II. El pacto comisorio: 1. Noción. 2. Historia. 3. Naturaleza jurídica.—III. El artículo 1.504 del Código civil: 1. Significado: A. El art. 1.504 como excepción al principio «dies interpellat pro homine». B. El art. 1.504 como excepción al principio de la «lex commissoria». C. El art. 1.504 como excepción al principio «pacta sunt servanda». 2. Fundamento del precepto. 3. Presupuestos: A. Compraventa de bienes inmuebles B. Pacto comisorio expreso o tácito. 4. Requisitos: A. Impago del precio dentro del plazo fijado. B. Requerimiento: *a)* Noción del requerimiento. *b)* Sujetos del requerimiento. *c)* Contenido del requerimiento. *d)* Forma de requerimiento: 1. Requerimiento judicial. 2. Requerimiento notarial: Tiempo del requerimiento. C. Otros requisitos: *a)* Vendedor cumplidor. *b)* Pretendida constitución en mora del comprador. 5. Supuestos de inaplicación del art. 1.504: A. Las ventas condicionales. B. Las promesas de venta. C. El incumplimiento de obligaciones distintas al pago del precio. D. Precio no satisfecho sin haber expirado el plazo pactado para su entrega. 6. Efectos: A. Respecto del comprador. B. Respecto de terceros. 7. Renunciabilidad del beneficio del art. 1.504.

I. PROPOSITO

Constituye el propósito de este trabajo el estudio de las peculiaridades que la resolución del contrato de compraventa de inmuebles por razón de falta de pago del precio ofrece en relación con los demás supuestos de resolución de contratos y, concretamente, el estudio del artículo 1.504 del Código civil.

Dice el artículo 1.504 del Código civil:

«En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiese estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después

«de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, «el Juez no podrá concederle nuevo término.»

II. EL PACTO COMISORIO

Antes de entrar a analizar propiamente las especialidades de la resolución de las compraventas de inmuebles, objeto del presente trabajo, debemos dar una idea aunque sea sucinta del pacto comisorio.

1. *Noción*

Con los nombres de pacto comisorio, resolutorio (1) o pacto de la *lex commissoria* (2) se distingue aquella convención por la que las partes contratantes de un contrato bilateral establecen que la parte que no cumpla con las obligaciones que asume en virtud de aquel contrato pierde los derechos que para ella se derivan del propio contrato.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1946 contiene una descripción muy completa de la convención que nos ocupa cuando dice que:

«... y esta facultad de tal suerte genérica reconocida (la «del art. 1.124), se eleva de rango y categoría convirtiéndose en resolución de pleno derecho cuando los contratantes la recogen en un pacto perfectamente válido y de «indudable licitud como lo es el establecido en la compra-«venta para el supuesto previsto de que el comprador no «abone el precio estipulado en los términos y plazos fijados de común acuerdo al perfeccionar el contrato, pacto «que, «conocido con el dictado de pacto comisorio, fue reconocido por nuestro antiguo Derecho y tuvo su expresión en la Ley 38, del título 5.º, de la Partida 5.ª, precepto legislativo del Derecho moderno...»

Cuando el incumplimiento lo es de una obligación fundamental y caracterizadora del contrato, entonces la posibilidad de que la otra parte se rebele eficazmente a cumplir las suyas se hace de justicia y

(1) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, Tomo II, pág. 352.

(2) MAYNZ: *Derecho Romano*, Tomo II, pág. 403, nota, explicando el valor de las palabras de esta expresión dice que *Lex* es en esta locución sinónimo de *pactum* y significa una convención establecida entre partes y, por consiguiente, obligatoria entre ellas. El propio valor tiene la palabra *lex* en las expresiones *lex mancipii*, *lex venditionis* o *conductionis* que son las condiciones de una mancipación, de una venta o de un arrendamiento establecidas entre partes y *lex praepositionis* que son las instrucciones dadas por los armadores al capitán de un buque. *Commitere*, dice, significa aquí incurrir en una pena, en una pérdida en virtud de un acto indebidamente hecho o deiado de hacer.

es por eso por lo que la Ley recoge esta facultad (3), aun en el caso de que a través del pacto comisorio no se haya establecido expresamente.

Este pacto puede agregarse a cualquier contrato (4), pero suele utilizarse en el de compraventa y en beneficio del vendedor (5).

En efecto, es corriente en los contratos de compraventa establecer que, en el caso de que el comprador no satisfaga el precio o la parte del mismo que queda aplazada dentro del plazo fijado, el vendedor podrá resolver el contrato recuperando el bien objeto de la venta. El pacto comisorio consiste entonces en el «establecimiento convencional de una verdadera condición resolutoria, mediante la cual, por el hecho de no pagarse el precio convenido, se autoriza al vendedor para reputar como si la transmisión no se hubiese efectuado, de modo que, al manifestarlo así el vendedor, la cosa vuelve de pleno derecho a su patrimonio, con efectos retroactivos (*ex tunc*) e *in rem* (6).

2. Historia

Tanta debió ser la importancia del pacto comisorio en el derecho romano que el Digesto dedica un título entero a su regulación (7). En dicho título se contienen diversas resoluciones de ULPIANO, POMPOONIO, NERACIO, SCÉVOLA y HERMOGENIANO de las que se desprende con perfecta claridad que el pacto de la Ley comisoria constituye una condición resolutoria y no suspensiva (8); que el referido pacto atribuye al vendedor la facultad opcional entre el pago del precio o el cumplimiento de la obligación que el comprador trata de eludir o de exigir la resolución de la compraventa (9); que el vendedor puede

(3) Artículo 1.124 del Código civil:

«La facultad de resolver las obligaciones *se entiende implícita* en las «recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo «que le incumbe.

«... ..»

(4) Salvo al contrato de prenda e hipoteca, MAYNZ, T. I., pág. 963 y T. II, pág. 403. Vid. los textos romanos citados por este autor y especialmente la limitación de Constantino, C, 8, 25 «De pactis pignorum et de commissoria lege in pignorbibus resmidende», L. 3. ROCA, op. cit., T. II, pág. 336.

(5) Tanto es así que autores conocidos lo refieren sustancialmente a la compraventa.

MUCIUS SCAEVOLA, «Código civil», T. 23, pág. 732: «Pacto de la ley comisoria. Pacto bien conocido y antiguo, consistente en la concesión de un plazo por el vendedor para pagar el precio, a condición de que, no siendo éste satisfecho durante su transcurso, la compraventa quedará rescindida».

(6) ROCA, op. cit., T. II, pág. 336.

(7) D, 18, 3 *De lege Commissoria*.

(8) D, 18, 3 *De lege Commissoria*, Fr. 1: «Si se hubiere vendido un fundo con el pacto de la ley comisoria, es más cierto que la compra se disuelve bajo condición, que no que se considere que se celebra bajo condición».

(9) D, 18, 3 *De lege Commissoria*, Fr. 3: «Porque el pacto de la ley comisoria, que se añade en las ventas, lo utilizará el vendedor, si quisiera, no también contra su voluntad»; Fr. 4, 2: «Discretamente escribe PAPIANO en el libro tercero de

perfectamente renunciar a dicho pacto si le interesa (10), conteniendo diversas disposiciones relativas a los efectos de la resolución de la venta, la restitución de frutos, daños, etc. Las Partidas y concretamente la Partida V, título 5.º, Ley 38, establecen la validez del pacto por el que se estipula que el comprador debe satisfacer el precio en un plazo determinado, resolviéndose la compraventa si no lo hace efectivo y haciendo suya el vendedor la señal, si intervino, o la parte de precio que hubiese percibido. Queda bien claro, no obstante, que el vendedor, además de la facultad de pedir la resolución, conserva plena libertad para exigir el cumplimiento de la obligación consistente en la entrega de la totalidad del precio sin que pueda abandonar su determinio una vez hecha la elección. Las Partidas contienen una reglamentación complementaria relativa a los frutos de la cosa que el comprador debe devolver al vendedor si éste le devuelve la señal o parte del precio, menoscabos, etc. (11).

Digamos, por último, que constituye antecedente próximo de nuestro artículo 1.504, el artículo 1.656 del Código civil francés y el artículo 1.433 del Proyecto español de 1851.

3. *Naturaleza jurídica*

El pacto comisorio constituye una garantía del pago del precio. garantía que puede ser convencionalmente establecida o hallarse ínsita en la Ley (12). Se han sostenido múltiples teorías en relación con la verdadera naturaleza jurídica de esta acción resolutoria por impago del precio. Siguiendo a ROCA SASTRE (13) clasificamos las teorías de la siguiente forma, limitándonos a la simple enunciación de las mismas:

1. Teoría de la condición resolutoria tácita.
2. Teoría del pacto comisorio tácito.

las Respuestas, que inmediatamente que se incurrió en el pacto de la ley comisoría, debe determinar el vendedor si quiere utilizar el pacto de la ley comisoría, o más bien pedir el precio, y que si eligió el pacto de la ley comisoría, después no puede variar».

(10) D, 18, 3 *De lege commissoria*, Fr. 7: «Si después del día señalado para el pacto de la ley comisoría el vendedor pidiera el precio, se considera que se renunció al pacto de la ley comisoría y no puede variar y volver a éste».

(11) Concretamente el texto de la Ley 38 de la Partida V, Título 5.º en su parte interesante es el siguiente:

«...Otrosí dezimos, que si el vendedor, e el comprador ponen pleyto «entre sí que el comprador pague el precio a día señalado, e si no «lo pagare aquel día que sea desfecha por ende la vendida, que tal «pleyto como este es valedero; e gana por ende el vendedor la se- «ñal, o la otra parte del precio que le fue dado, si al plazo no le «fue fecha la paga toda o la mayor parte della; e desfazase la «vendida. Pero con todo esto en su enogencia es del vendedor, de «demandar todo el precio, e fazer que vala la vendida, o de revo- «carla, teniendo para sí la señal, o la parte del precio, segund que «de suso es dicho...»

(12) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*. Tomo IV, pág. 131.

(13) ROCA SASTRE, op. cit., T. II, págs. 335 y ss.

3. Teoría que aplica la doctrina de la causa.
4. Teoría de la equidad.
5. Teoría de la equivalencia.
6. Teoría de la Ley.

Después de exponer y comentar ROCA SASTRE las seis anteriores tesis añade: «las cuatro últimas teorías —causa, equidad, equivalencia y ley—, debidamente combinadas, dan la verdadera solución acerca de la naturaleza jurídica de la acción de resolución; la Ley, como efecto naturalmente derivado de la esencia institucional de las obligaciones recíprocas, y movida por razones de equidad o equivalencia de prestaciones, establece esta acción de resolución, la cual constituye un remedio para conseguir el restablecimiento del equilibrio patrimonial roto, por la frustración del fin práctico, provocada por el incumplimiento culpable del deudor, y que tiende, como objetivo inmediato, a la devolución o recuperación de la cosa transmitida».

Hemos de añadir también que, en principio, el referido pacto puede estructurarse, ya como condición suspensiva de la que depende la eficacia del contrato, de manera que la venta no surta sus efectos si el precio de compra no se paga en el plazo fijado, ya como condición resolutoria añadida a una venta pura en virtud de la cual el vendedor puede en caso de no pagarse el precio, considerar la venta como no hecha y repetir la cosa vendida (14). De acuerdo con los autores clásicos (15), en caso de duda, hay que estar a esta última interpretación.

III. EL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL

El artículo 1.504 establece que el comprador de un bien inmueble puede válida y eficazmente satisfacer el precio aun después de haber expirado el plazo convenido para ello y esto incluso en el caso de haberse estipulado en el contrato expresamente que la inobservancia de dicho plazo facultaría entera y automáticamente al vendedor para resolver el contrato.

1. *Significado de dicho artículo.*

El precepto contenido en el artículo 1.504 en relación concreta al impago del precio dentro de plazo constituye *un precepto de excepción* que atribuye una *ventaja extraordinaria* a favor del comprador de bienes inmuebles.

En efecto, la circunstancia de que el comprador pueda desconocer su propio compromiso de pagar dentro de un plazo determinado y hacerlo transcurrido éste, hasta tanto por parte del vendedor no se le

(14) MAYNZ, op. cit., T. II, pág. 403.

(15) D, 18,3 *De lege commissoria*, Fr. 1. Vid. nota 8.

haya requerido con el formalismo previsto en la Ley, constituye una verdadera excepción de varios principios legales a saber: a) del principio de que las obligaciones deben cumplirse dentro del tiempo establecido por las partes sin necesidad de que el sujeto acreedor intime al deudor (principio «*dies interpellat pro homine*»); b) del principio según el cual en las obligaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolverlas si uno de los obligados vulnera su compromiso (principio de la «*lex commissoria*»); y c) del principio de que lo contratado constituye Ley de obligatorio cumplimiento para las partes (principio «*pacta sunt servanda*»). Analizaremos a continuación, aunque brevísimamente, la incidencia de la norma del artículo 1.504 en los tres expuestos principios. Con ello pretendemos poner de relieve la significación excepcional del precepto que comentamos.

A) *El artículo 1.504 como excepción al principio «dies interpellat pro homine»*

Al disponer el artículo que nos ocupa que no podrá el vendedor dar por resuelto el contrato sino después de un requerimiento especial que efectúe al comprador, a pesar de haber éste dejado pasar el plazo previsto para el pago, constituye una evidente excepción al principio «*dies interpellat pro homine*» (15 bis).

A su vez, el principio «*dies interpellat pro homine*» constituye una excepción de otro más amplio principio según el cual la mora se inicia a partir de la interpelación que el acreedor hace al obligado.

Explica cuanto venimos diciendo el artículo 1.100 según el cual:

«Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

«No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

«1.º Cuando la obligación o la Ley lo declaren así expresamente.

«2.º Cuando de su naturaleza o circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación...»

En general, pues, cuando una obligación establece un tiempo o plazo específico para que el obligado realice una determinada prestación, transcurrido este plazo el deudor incurre en mora si no ha realizado tal prestación y ello a pesar de que el acreedor no le apremie en la forma prevista en el primer párrafo del artículo transcrito. Por

(15 bis) O «*dies adiectus interpellat pro homine*», que VICENTE Y GELLA (*El término esencial*, en «*Revista de Derecho Mercantil*», 1949, VIII pág. 13) atribuya a invención de los glossadores.

esto decimos que el artículo 1.504 constituye una verdadera excepción al principio señalado porque, en su virtud, aun existiendo plazo contractualmente fijado para el pago del precio, el comprador puede pagar y paga válida y eficazmente en tanto y mientras tanto el acreedor no le notifique fehacientemente su decisión de no esperar el pago por más tiempo.

Que el artículo 1.504 constituye una clara y manifiesta salvedad al principio «*dies interpellat pro homine*», lo reconoce la doctrina (16) y la jurisprudencia.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1944 ha tenido ocasión de declarar que:

«... el precepto general del artículo 1.100 relativo a la «mora en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas en «el último párrafo de su número segundo en el sentido de no «ser necesario el requerimiento previo al deudor cuando una «de las partes ha cumplido lo que le incumbe según el con- «trato carece de aplicación al caso por estar éste regulado en «la venta de inmuebles por una *disposición especial como la «del artículo 1.504 citado ante la que debe ceder la de ca- «rácter general.»*

B) *El artículo 1.504 como excepción al principio de la «lex commissoria»*

Constituye principio general del derecho de obligaciones, contenido concretamente en el artículo 1.124 de nuestro Código civil, el de que en las obligaciones recíprocas una parte puede exigir la resolución de las mismas cuando la otra incumple las que hubiere asumido.

Por esto, cuando en la compraventa de inmuebles con precio aplazado se permite al comprador satisfacer el precio aun transcurrido éste y no se autoriza al vendedor-acreedor del precio a resolver el contrato por razón del impago dentro del plazo sino después de haber cumplido cierta exigencia (requerimiento), se está haciendo una manifiesta salvedad del anterior principio de forma que, como dice el Tribunal Supremo, el artículo 1.504 constituye una verdadera modalidad del artículo 1.124 (Sentencia de 30 de mayo de 1942) (17);

(16) VICENTE Y GELLA: *El término esencial*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1949, VIII, pág. 31.

SABATER: *El art. 1.504 del Código civil*, en «Revista de Derecho Judicial», 1960, pág. 17: «El art. 1.504 del Código civil, constituye una excepción al principio de que las obligaciones que vencen a tiempo determinado, o sea a término cierto no necesitan de interpelación...».

BADENES: *El contrato de compraventa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, Tomo II, pág. 857.

(17) Sentencia de 20 de mayo de 1942:

«Que es conocida y unánime la doctrina según la cual la facultad «de resolver las obligaciones, que va implícita en las recíprocas, a «tenor del art. 1.124 del Código civil, *adopta una singular modali-*

«... cuando se trata de la compraventa de bienes inmuebles han de entenderse coordinados y subordinados al *precepto general específico* que sobre el particular concreto se contiene en el artículo 1.504 del Código civil...» (Sentencia de 1 de mayo de 1946); una «*particularidad* especialmente establecida para la compraventa de inmuebles» (Sentencia de 30 de diciembre de 1955); «la regla que con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el artículo número 1.124 *hace aplicación de modo específico y concreto* en el artículo 1.504 cuando se trata de un contrato de compraventa de inmuebles» (Sentencia de 24 de junio de 1968).

Dice PUIG PEÑA (17 bis) que si el comprador no paga entonces actúa en principio el artículo 1.124 por virtud del cual puede el vendedor exigir el importe del precio o pedir la resolución del contrato. Si se decide por el cumplimiento, reclamando el precio, no existe problema. Ahora bien, si opta por la resolución, se produce una *modalidad especial* si la venta lo es de inmuebles pues esa resolución debe ir precedida de un requerimiento notarial o judicial.

El artículo 1.504, pues, constituye una verdadera «*particularidad especialmente establecida para el contrato de compraventa de inmuebles*» «que viene a eliminar toda posibilidad de pacto comisorio de la venta de inmuebles» (Sentencia de 11 de noviembre de 1943). Esto es, como hemos visto, de aquel pacto por el cual se establece que el vendedor podrá dar por resuelta la compraventa si el comprador no satisface el precio dentro del plazo que se ha fijado expresa y taxativamente en el contrato. El artículo 1.504 sustrae de la norma general del artículo 1.124 el caso de incumplimiento de la obligación de pagar el precio en la compraventa de inmuebles (17 ter).

Las diferencias más importantes que se pueden establecer entre los dos artículos comentados, 1.124 y 1.504 son las siguientes: *En*

«dad, cuando se trata del contrato de compraventa de inmuebles, «según se aprende por el art. 1.504 del propio Código que, desentendiéndose de algún antecedente del Derecho patrio (Ley 38, título V, partida 5) que, aún en este supuesto concreto, permitió la «resolución «ipso jure», autoriza el pago, después del término estipulado para hacerlo, salvo el caso de que el comprador moroso «hubiese sido requerido judicialmente o por acta notarial...»

(17 bis) PUIG PEÑA: *Tratado Derecho civil español*, T. IV, vol. II, pág. 131. Sentencia de 13 de febrero de 1959:

(17 ter) «...si bien el art. 1.124 del Código civil concede a las partes el derecho de resolver las obligaciones contraídas, por ser implícita tal «facultad en las recíprocas, en los casos de que alguna de ellas no «cumpla lo que de buen grado aceptó, dicho precepto no tiene «aplicación en los casos, como el actual, en que se trata de exigir «la ejecución de un contrato que hace relación a la transmisión de «un inmueble, por existir para regularla, una disposición específica, «la contenida en el art. 1.504, que prescribe que aún cuando haya «vencido el término para satisfacer el precio aplazado y figure pactado que por falta de pago produce la resolución del contrato, el «comprador podrá abonarlo, aún después de expirado, sino hubiere «sido, de modo formal requerido notarial o judicialmente, para que «cumpla su compromiso...»

primer lugar, en el supuesto del artículo 1.124 y en el caso general de incumplimiento de obligaciones, el acreedor no precisa efectuar un requerimiento intimidatorio al deudor para que se entienda declarada resuelta la obligación, mientras que en el caso específico de compraventa de inmuebles el vendedor, para dar por resuelta la compraventa por falta de pago dentro de plazo, necesita realizar el requerimiento previsto en dicho artículo. *En segundo lugar* y no menos importante, en el artículo 1.124, cuando se trata en general del incumplimiento de las obligaciones, se establece que «el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber *causas justificadas que le autoricen para señalar plazo*» de forma que el Juez cuando estime haber motivo para ello, puede no decretar la resolución y conceder un plazo para el cumplimiento, mientras que, en el caso del artículo 1.504, transcurrido el plazo fijado en el contrato y efectuado el requerimiento, el Juez, dada la taxatividad del precepto, no está facultado para alargar aquel plazo y legitimizar el pago que pueda realizar con posterioridad a dicho requerimiento el comprador (18) o, como dice el último inciso del artículo que comentamos, «hecho el requerimiento, el Juez *no podrá concederle* nuevo término» (18 bis). Por último, la verdadera y más importante diferenciación de los artículos 1.124 y 1.504, como creemos haber ya apuntado, estriba realmente en los supuestos que cada uno de ellos contempla, ya que el primero se refiere en general a la llamada condición resolutoria tácita o implícita, mientras que el artículo 1.504 contempla el supuesto específico del pacto resolutorio en la compraventa de inmuebles. Esta fundamental distinción ha sido puesta de relieve por los Tribunales en muchísimas de sus resoluciones. Por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1944 (19), de 5 de junio de 1944 (20), etc.

(18) MANRESA: *Código civil español*, Tomo I, pág. 262.

(18 bis) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1955 que dice que el requerimiento de que habla el art. 1.504 «se halla revestido de una formalidad tan rigurosa que en el litigio planteado después del previamente efectuado se le prohíbe expresamente al Juez el ejercicio de la facultad excepcional de otorgar nuevo plazo al deudor para satisfacer su obligación incumplida que le confiere el párrafo penúltimo del art. 1.124 del aludido Código civil, en casos análogos de resolución del vínculo contractual».

(19) Sentencia de 28 de enero de 1944:

«Este tribunal, al fijar en numerosas resoluciones el sentido y alcance de los artículos 1.504 y 1.124 del Código civil, no ha dejado de subrayar, que el matiz diferencial que entre los mismos se da, «en orden al ejercicio de la acción resolutoria a que ambos se refieren, sólo estriba en que, *en el primero de ellos, se atiende a un supuesto de pacto resolutorio expreso, referido precisa y exclusivamente a la compraventa de inmuebles, al paso que en el segundo, se provee el régimen de la acaso mal llamada condición resolutoria tácita, implícita sin expresa convención, en todas las obligaciones recíprocas...*»

(20) Sentencia de 5 de junio de 1944:

«... lo mismo en orden a la acción que trae origen de pacto resolutorio expreso, referido a la compraventa, objeto del artículo 1.504

C) *El artículo 1.504 como excepción al principio «pacta sunt servanda»*

Uno de los pilares básicos del derecho privado lo constituye el principio según el cual las personas se hallan obligadas a realizar aquello a lo que se han comprometido cuyo principio se sintetiza con el brocardico «*pacta sunt servanda*» y en nuestro derecho se halla contenido principalmente en los artículos 1.258 del Código civil («los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley»), 1.279, así como en algunos otros.

No cabe duda, pues, que el artículo 1.504, al permitir al comprador satisfacer el precio después del plazo que él mismo aceptó en el contrato para realizar tal prestación, constituye una verdadera salvedad a aquel trascendental principio del derecho privado.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1955:

«... al dejar de pagar el comprador el precio o parte de él, si así se hubiese estipulado, en la fecha u ocasión consignados en el contrato, es indudable que incurrieran en incumplimiento repercutible en la eficacia y continuidad de aquél, y aun en mora, a tenor del número primero del párrafo segundo del artículo 1.100 del Código civil, si existiera pacto comisorio, pero acaecida esta situación de incumplimiento, la actuación resolutoria del vendedor no se produce, según el espíritu del comentado artículo 1.504, de modo automático, sino que conforme declaró la Jurisprudencia, su derecho queda como en suspenso, la mora queda limitada, el término no expiró aún (si dies venit non coedit adhuc) en realidad para la obligación del comprador, hasta que producido el requerimiento judicial o notarial que el precepto señala desaparece para el comprador aquella última posibilidad de enervar su incumplimiento mediante el pago...»

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de mayo de 1946 dice que:

«... precepto específico que sobre el particular concreto se contiene en el artículo 1.504... (el cual) establece una forma especialísima de resolución de tales contratos, no obstante lo pactado...»

«del Código civil que en cuanto a la llamada condición resolutoria «cita las obligaciones recíprocas, regulada en el 1.124 del mismo Código...»

En resumen, pues, el artículo 1.504 contempla el supuesto del pacto comisorio mediante el cual comprador y vendedor de un inmueble convienen que el vendedor queda expresamente facultado para resolver la compraventa en el caso de que el comprador no satisficiera la totalidad del precio en el plazo que al efecto se determina y establece el referido artículo que, aún a pesar de tal convención expresa, el comprador puede satisfacer el precio o la parte del precio de que se trate, incluso después de expirado dicho plazo sin que la prevención opere en la forma querida por las partes y ello mientras el vendedor no formule un requerimiento al comprador notificándole su voluntad de resolver el contrato.

Este artículo, como hemos visto, pues, al exigir un requisito especial de formalidad para la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles, *constituye un precepto de naturaleza excepcional* en cuanto establece una doctrina legal en contemplación de los principios «*dies interpellat pro homine*», de la «*ley comisorio*» v «*pacta sunt servanda*» o de, si se quiere, de los artículos 1.110, 1.124 y 1.258 del Código civil, en que dichos principios fundamentalmente se asientan en nuestro ordenamiento jurídico.

Nos interesa, pues, que quede bien resaltada la naturaleza excepcional del artículo que comentamos y su carácter de ley especial frente a la más general de la resolución de las obligaciones de carácter recíproco.

Pero además de la anterior significación no podemos olvidar el carácter de privilegio o ventaja singular que el precepto constituye respecto al comprador de bienes inmuebles. En efecto, de no presidir el artículo 1.504 el contrato de compraventa inmobiliaria, en virtud de la ley comisorio, impagado el precio dentro de plazo, el contrato debería quedar resuelto automáticamente. Pero, a pesar de tal ley o de pacto ratificándola expresamente, el artículo 1.504 que comentamos concede al comprador la facultad de incumplir o, si se quiere, no reputa incumplimiento la demora en el pago por larga e injustificada que la misma sea en tanto el vendedor no formule el requerimiento a que el mismo se refiere. Queda, pues, bien clara, la significación de beneficio especial del comprador que contiene la norma analizada.

2. *Fundamento del precepto*

La especialidad del precepto que nos ocupa radica, como hemos visto, en exigir para que la resolución del contrato de compraventa de inmuebles pueda producirse, no sólo el transcurso del plazo de tiempo previsto para el pago del precio, sino además, y en ello radica la especialidad, un requerimiento expreso formulado por el vendedor al comprador.

¿Cuál es la motivación que ha inducido al legislador a colocar el artículo 1.504 en el ensamblaje de los preceptos que regulan la compraventa? El Tribunal Supremo señala que ello es debido a diversas

razones de orden público las cuales sintetiza perfectamente la Sentencia de fecha 1.º de mayo de 1946 (21):

1. Procurar la debida firmeza y seguridad en los contratos de compraventa de inmuebles.

2. Impedir anormales alternativas en la transmisión inmobiliaria con mengua del crédito territorial.

3. Facilitar los medios para que lleguen a realizarse estas transmisiones. O, como dice también la Sentencia de 5 de julio de 1933, «dar facilidades al comprador para realizar el pago sin incurrir en la rescisión pactada en defecto de la entrega del precio en la fecha convenida».

Se refieren y reiteran también las razones que fundamentan el precepto, entre otras, las Sentencias de 9 de julio de 1933, de 30 de mayo de 1942, de 8 de julio de 1944 (22), de 6 de julio de 1949, de 13 de febrero de 1959 (22 bis), etc.

Es decir, que el legislador tiene en gran estima las compraventas de bienes inmuebles habida cuenta de la importancia de tales transmisiones en la vida económica y social del país y por ello las distingue no permitiendo que sean resueltas por el funcionamiento normal del pacto resolutorio que las partes puedan establecer en sus contratos o el que implícitamente se considera en los mismos existente. Por ello, permite al comprador que dé cumplimiento a su obligación de pago aun después del tiempo convenido, pero, por otro lado, para garantizar la eficacia de dichas compraventas y dar seguridad a las relaciones comerciales de tal naturaleza estima que es necesario se cumpla determinado formalismo que ordinariamente no exige, cuál es el de la práctica de un requerimiento judicial o notarial a fin de que quede perfecta

(21) Sentencia de 1 de mayo de 1946:

«...cuando se trata de la compraventa de bienes inmuebles han de entenderse coordinados y subordinados al precepto específico que «sobre el particular concreto se contiene en el artículo 1.504 del «propio Código civil en el que y por las razones de orden público «a que constantemente se refiere la constante jurisprudencia que «ha motivado su interpretación y para procurar la firmeza y seguridad de los contratos de tal naturaleza y objetividad, impidiendo anormales alternativas en la transmisión de los inmuebles con «mengua del crédito territorial y facilitando los medios de que lleguen a realizarse estas transmisiones en los términos pactados sin «menoscabo de los intereses que representan, se defina la mora «para este incumplimiento mediante una limitación de los efectos «inmediatos a que habría de conducir la aplicación del comiso «convenido, y se establece una fórmula especialísima de resolución de «tales contratos, no obstante lo pactado...»

(22) Vid. texto de esta Sentencia en Capítulo 4, apartado B, d).

(22 bis) Sentencia de 13 de febrero de 1959:

«...modalidad especial la del requerimiento, admitida en el derecho «antiguo, Ley de Partidas, con el nombre de pacto comisorio y «signada en el código actual, a fin de evitar, de una parte, la resolución de los contratos y, de otra, la de procurar la firmeza y seguridad en la contratación...»

constancia de que el vendedor quiere resolver la venta y que, por ende, a partir de aquel momento, ya no es posible al comprador realizar el pago que había demorado.

Se pregunta la doctrina (23) cuál es la razón de que el legislador no haya prevenido un sistema de semejante tolerancia para las compraventas de bienes muebles y coincide con GARCÍA GOYENA (24) en que, dada la variabilidad del precio en las cosas muebles, el menor retardo representaría un perjuicio irreparable. En cambio, en los inmuebles puede darse cierto retraso en el cumplimiento de la obligación de pago del precio sin que de ello se siga grave perjuicio habida cuenta de la mayor estabilidad y continuidad del valor de los bienes raíces.

Por tal razón, el artículo 1.505, dedicado exclusivamente a la compraventa de bienes muebles, no contienen semejante facultad para el comprador, el cual debe satisfacer el precio en el plazo para ello convenido, lo que de no hacerlo comporta la resolución automática de la venta. Dice así dicho artículo:

«Respecto de los bienes muebles, *la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho*, en interés del vendedor, *cuando el comprador*, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o presentándose, *no haya ofrecido al mismo tiempo el pago del precio*, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado mayor dilación».

3. Presupuestos

Dos son los presupuestos en que se asienta la norma del artículo que comentamos, a saber: A) que se trate de una compraventa de bienes inmuebles, y B) que exista pacto comisorio expreso o tácito.

En rigor sólo cabe hablar de la necesidad de que aparezca uno sólo de los presupuestos, esto es, la existencia de una compraventa de inmuebles puesto que con ello basta y el precepto rige igualmente, tanto si las partes han convenido un pacto de resolución expreso por falta de pago del precio, como si, al no haberlo prevenido, aparece implícito por voluntad de la Ley. No obstante, la realidad es que existe un segundo presupuesto quiéranlo o no las partes y por esto aquí hablamos de dos presupuestos.

A continuación analizaremos ambos condicionamientos.

A) Compraventa de bienes inmuebles

Bien claro lo exige el precepto en su inicio cuando dice: *«en la venta de bienes inmuebles...»*

Es preciso, pues, que se trate de un verdadero contrato de com

(23) CASTÁN, op. cit., T. II, pág. 137.

(23 bis) SABATER, op. cit., pág. 18.

(24) GARCÍA GOYENA, *Comentario al artículo 1.434 del Proyecto de 1851.*

praventa y que el objeto de la prestación de entrega lo constituyan bien o bienes inmuebles.

Aunque en alguna ocasión, como en la Sentencia de 13 de febrero de 1959 (24 bis), el Supremo ha dicho que el artículo 1.504 constituye una disposición específica para la ejecución de *contratos de transmisión de inmuebles*, creemos que, como literalmente expresa el precepto, ha de tratarse de un verdadero *contrato de compraventa* y de ningún otro.

Por no ser verdadera *compraventa*, el Tribunal Supremo ha tenido que decretar la no aplicación del precepto que comentamos a:

a) La promesa de cesión condicional de inmuebles, como resolvió la Sentencia de 7 de octubre de 1896.

Sentencia de 7 de octubre de 1896:

«Considerando que, según el sentido general de la escritura de 20 de febrero de 1890 y muy especialmente lo «consignado en su cláusula 1.^a, el concepto jurídico del «contrato, en ella celebrado no es otro que el de *promesa de cesión condicional* de las tres quintas partes de la mina «*El globo* y sus demasías, puesto que para ponerse la cesión en disposición de pedir el cumplimiento de la obligación, era condición expresa e ineludible la de haber entregado en el día fijo, que al efecto se señala, la cantidad de 11.500 pesetas al Pérez y 15.000 al Márquez, sin cuyo requisito quedaba nula y sin efecto legal la promesa de cesión y sin derecho la cesionaria a reclamación alguna, no teniendo aplicación al caso el artículo 1.450 del Código civil, como se supone en el 1.^{er} motivo del recurso, y siendo rectamente aplicado por la Sala sentenciadora el «1.114, según el cual, la adquisición de los derechos en las obligaciones condicionales depende del acontecimiento que constituya la obligación.

«Considerando que *no tratándose* en la citada escritura «de 20 de febrero de 1890 de un verdadero contrato de «venta, en que se hubiera aplazado el pago del precio, *no tiene aplicación*, y por lo tanto, no se infringe en la sentencia, el artículo 1.504 alegado en el 2.^o motivo.»

b) Las promesas de venta. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de octubre de 1931 declaró: «...que no es de aplicación el artículo 1.504 del Código civil, en el sentido que se pretende porque aquí no se trata de compraventa perfecta, que es a la que se refiere el artículo, sino sólo de promesa de venta...» y la Sentencia de 30 de diciembre de 1955 que «el artículo 1.504 del Código civil expresivo de una particularidad especialmente establecida para el contrato de com-

(24 bis) Vid. su texto en nota 17 bis.

praventa de inmuebles y, por ello, solamente aplicable a ésta y no a las modalidades de *opción o promesa de venta...*» Idéntica doctrina sientan las Sentencias de 7 de octubre de 1896, de 26 de enero de 1942, de 11 de noviembre de 1943, de 6 de marzo de 1954, de 10 de marzo de 1966, de 13 de abril de 1970, etc., (24 ter.). Respecto del incumplimiento de los contratos de promesa de venta, conforme establece el segundo párrafo del artículo 1.451, hay que estar a los principios generales que para las obligaciones contiene el Código civil y fundamentalmente al artículo 1.124 del cual el que comentamos hemos visto constituía excepción.

c) Otras obligaciones.

La Sentencia de 29 de abril de 1904 declara inaplicable la doctrina del artículo 1.504, por ejemplo, al caso de incumplimiento de la obligación del comprador de reintegrar a un acreedor del vendedor el importe de un préstamo garantizado con hipoteca sobre la finca objeto de venta.

Respecto a que la compraventa ha de tener por objeto exclusivamente *bienes inmuebles* bien claro se pronuncia el artículo 1.504. Respecto a la compraventa de bienes muebles hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 1.505 que de hecho consagra la normal eficacia de la ley comisorio tácita o convenida expresamente en el contrato, esto es, la automática resolución por demora en el pago del precio

B) *Pacto comisorio expreso o tácito*

Además del anterior presupuesto, para la aplicación del artículo 1.504, es preciso que en el contrato de compraventa de inmuebles aparezca la facultad de la ley comisorio. Es decir, se necesita que del contrato de compraventa se desprenda la posibilidad de que el vendedor dé por resuelto dicho contrato en el caso de que el comprador no pague la totalidad o parte del precio en el plazo que se haya predeterminado.

Lo que ocurre es que esta facultad aparece siempre, esto es, tanto cuando las partes han mencionado expresamente la operatividad de la resolución (pacto comisorio expreso), como en el caso de que no hayan hecho la menor referencia a las resultancias del impago.

El texto del precepto que comentamos se refiere sólo a la existencia de pacto expreso, pero al decir «... aun cuando se hubiera estipulado...» da por sentada igualmente la aplicación en el caso de pacto implícito. Hace esto por la única razón de querer remachar la eficacia de su normativa aún en el caso de que las partes hayan expresamente convenido en la automática resolución de la compraventa. Pero la existencia de la posibilidad resolutoria por parte del vendedor siempre que el comprador no satisfaga el precio dentro del plazo fijado es clara, evidente y se desprende de los principios generales de las obligaciones, es-

(24 ter.) CASTRO, *La promesa de contrato*, en «Anuario de Derecho civil», 1950, pág. 1177 en que dice que a la promesa de contrato no le son de aplicación los artículos 1.503, 1.504 y 1.505 del Código civil.

pecialmente de la «*lex commissoria*» que se asienta en nuestro Código en el artículo 1.124 tantas veces aludido aquí.

No existe, pues, la menor duda de que el artículo 1.504 y su específica normativa opera, tanto si las partes han prevenido la facultad resolutoria de forma expresa, como en el caso de que no lo hayan hecho así. En este sentido la doctrina es perfectamente concluyente bastando señalar la opinión de MUCIUS SCAEVOLA (25), MANRESA (26), CASTÁN (27), JORDANO (28), BADENES (29), etc.

El que la misma facultad de resolución existe en el caso de impago dentro de plazo tanto si así se ha pactado expresamente como si no queda ratificado unánimemente por toda la jurisprudencia que ha tenido ocasión de pronunciarse en esta materia. Bástenos recordar las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1950 (30), 9 de marzo de 1950 (31), 6 de marzo de 1954, 30 de diciembre de 1955 (32), 30

(25) MUCIUS SCAEVOLA, «Código civil», tomo XXIII, pág. 732, dice que: «...el artículo 1.656 del Código francés... se refiere... al caso de «haberse estipulado... la resolución: «*S'il a été stipulé, lors de la «vente d'inmeubles, que faute de paiement...»* El artículo 1.504, por «el contrario, alude a la estipulación a modo de mayor abundamiento... Es decir, que la disposición es general a todos los casos «que ocurran, y que sólo para mayor seguridad se declara su pro-«cedencia aun en el caso de haberse estipulado...»

(26) MANRESA, op. cit., tomo X, pág. 262: «El artículo 1.504 se aplica, tanto si las partes dan por supuesta la «condición resolutoria, como si la pactan expresamente (pacto comisorio)».

(27) CASTÁN, op. cit., tomo IV, pág. 136.

(28) JORDANO, «Anuario de Derecho civil», 1951. Comentario a la Sentencia de 9 de junio de 1950, pág. 309.

(29) Badenes, op. cit., Tomo II, pág. 858:

«El artículo 1.504 —afirma la Sentencia de 5 de mayo de 1967— «deberá observarse en todos los casos de resolución, es decir, tanto «cuando se convino una condición resolutoria expresa, como cuando «lo convenido haya sido el pacto comisorio de la Ley comisoria, «que no es, en definitiva, sino una forma de la misma, a la ma-«nera como llegó a nuestro Código desde el Derecho romano y se «declaró en las Sentencias de 28 de enero, 5 de julio y 9 de no-«viembre de 1944 y, lógicamente, también en los supuestos en que «no se previene cláusula alguna del género relativa a la resolución «contractual...»

(30) Sentencia de 9 de febrero de 1950: «...con pacto comisorio expreso o sin él...». Vid. nota núm. 34.

(31) Sentencia de 9 de marzo de 1950:

«...lo dispuesto en dicho artículo 1.504 es de aplicación, tanto en el «caso de existir pacto comisorio expreso, como en el de no existir «tal pacto...»

(32) Sentencia de 30 de diciembre de 1955:

«...háyase o no convenido pacto comisorio, al dejar de pagar el «comprador el precio o parte de él, si así se hubiese estipulado, en «la fecha u ocasión consignados en el contrato, es indudable que «incurrieron en incumplimiento repercutible en la eficacia y conti-«nuidad de aquél...»

de octubre de 1956 (33), 19 de mayo de 1958, 4 de julio de 1958, 23 de septiembre de 1959, etc.

Así, pues, el segundo y último de los presupuestos necesarios que deban aparecer para que podamos pensar en el funcionamiento del artículo 1.504 es la existencia de una facultad para el vendedor de resolver el contrato de compraventa cuando la otra parte no cumple la primordialísima obligación de pago dentro de las fechas previstas cuya facultad, como acabamos de ver ratificada por la doctrina y jurisprudencia, surge, tanto si las partes así lo han prevenido expresamente, como si no lo han hecho así.

4. *Requisitos*

Estudiados los presupuestos de aplicación del artículo 1.504 que estamos analizando, nos referiremos seguidamente a los requisitos que exige la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles por causa de impago del precio.

Según señalan, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1946 y de 30 de octubre de 1956, dos son los requisitos esenciales de la resolución de las referidas compraventas, a saber:

- A) El impago del precio dentro del plazo fijado.
- B) El requerimiento judicial o notarial.

Dice así la mencionada Sentencia de 1 de mayo de 1946:

«...se establece una fórmula especialísima de resolución de tales contratos (compraventa de inmuebles), no obstante lo pactado, en cuya vista y contemplación se pronuncia el precepto, haciendo derivar el incumplimiento en tal caso, no sólo de la mera *falta de pago en la forma y plazos estipulados*, sino, además, en que, producido este hecho, el vendedor haya manifestado al comprador su propósito decidido de resolver el contrato, manifestación que «habrá de realizarse mediante un *requerimiento judicial o notarial*, es decir, auténticamente acreditado y previo a la interposición de la demanda que se haya de promover para que la resolución se declare...»

Y la de 30 de octubre de 1956:

«...de cuyo precepto (art. 1.504) en sus propios términos, se deduce que tiene aplicación, no sólo al supuesto de que se haya convenido pacto comisorio expreso, sino tam-

(33) Sentencia de 30 de octubre de 1956:

«...de cuyo precepto, en su propios términos, se deduce que tiene aplicación *no sólo al supuesto de que se haya convenido pacto comisorio expreso, sino también cuando se dé la condición resolutoria implícita* en las obligaciones bilaterales...»

«bién cuando se dé la condición resolutoria implícita en «las obligaciones bilaterales, siempre que concurren *los dos requisitos de falta de pago del precio por el comprador, y la comunicación o requerimiento hecho por el vendedor*, «judicialmente o por acta notarial de que da por resuelto «el contrato».

Véanse también las Sentencias de 28 de enero de 1944, 9 de febrero de 1950 (34), etc.

Además de los dos anteriores requisitos que son los principales y a los que dedicaremos especial atención, existe algún otro como por ejemplo el que el vendedor, en el momento de efectuar el requerimiento, ha de haber dado cumplimiento a la totalidad de las obligaciones sustanciales que ha asumido. A éste y a algún otro requisito nos referiremos sucintamente después de los dos primordiales.

A) *Impago del precio dentro del plazo fijado*

Es evidente que el principal requisito que se exige para la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles por razón de no haber sido satisfecho el precio de compra dentro del plazo prevenido al efecto por los contratantes, lo ha de constituir precisamente el transcurso de dicho plazo sin que el comprador haya cumplido la obligación de satisfacer la totalidad del precio.

Este requisito, no sólo es el primordial, sino que sería el único para la resolución del contrato por razón del pacto comisorio sino fuera por la especialidad que implanta el precepto que comentamos (es decir, la necesidad del requerimiento).

A dicha exigencia se refiere el artículo 1.504 cuando habla de «*falta de pago del precio en el tiempo convenido*» y, sobre todo, de «*después de expirado el término*» (35).

No cabe duda de que para la resolución del contrato es suficiente que el impago lo sea de parte del precio si la prestación de entrega del mismo se fragmentó cronológicamente y alguno de los plazos ha sido incumplido.

Resulta inexcusable abordar aquí el problema de la participación de la voluntad del comprador en el incumplimiento de la obligación de pago del precio. La cuestión puede resumirse así: para que aparezca debidamente el requisito que nos ocupa, ¿basta que el compra-

(34) «Sólo hace falta que hubiera *expirado el término* y que se hubiese «llevado a efecto el *requerimiento judicial o notarial*; y cierto es que «la aplicación del mencionado artículo *sólo exige la concurrencia de estos dos requisitos*, y que la misma tiene lugar en la compra-venta con pacto comisorio expreso o sin él...»

(35) Si no ha expirado el plazo de la obligación de pago no cabe la resolución en forma alguna según la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1950.

dor no haya abonado el precio dentro de plazo sea por la causa que fuere o es, por el contrario, necesario que tal actitud por parte del mismo pueda calificarse de culposa?

A nadie puede escapar que este problema se integra en el más general relativo a la necesidad de culpa en el incumplimiento contractual para que se produzca la resolución como efecto de la condición resolutoria tácita.

Para algunos (35 bis) no puede existir responsabilidad por demora si el retraso en el cumplimiento obedece a causas no imputables al deudor como son la fuerza mayor o el caso fortuito.

Según nos dice SABATER (36), en Derecho romano se consideraba que el deudor incurría en pena incluso por retraso no imputable al mismo basándose para ello en D, 4,8 «De receptis», Fr. 22,9 y Fr. 23,1 (37) y ello salvo en el caso de que «*per creditorem steterit. quomius solveretur*». En cambio, según el propio autor, y referido siempre a la condición resolutoria implícita, la doctrina dominante se inclina por exigir la participación culposa del comprador. Así SCUTO (38), TRAVIESAS (39), ROCA SASTRE (40), PUIG PEÑA (41), CASTÁN (42), COLÍN y CAPITANT (43) y así parece hacerlo también nuestro Tribunal Supremo cuando, para que prospere la acción resolutoria del artículo 1.124, exige que el incumplimiento del deudor sea culposa (Sentencias de 24 de octubre de 1899, 9 de julio y 24 de octubre de 1941, 5 de junio de 1944, 22 de enero de 1951, etc.).

Si bien otros, como PINTÓ (44), mantienen que resulta suficiente para la eficacia de la condición resolutoria el hecho objetivo del incumplimiento sin necesidad de que exista participación voluntaria del obligado, basándose en el principio «*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*» aplicado al artículo 1.124 que habla de «el que no cumplier» sin añadir el adverbio «culpablemente» y por el juego de la causa que impone prescindir de la idea de culpabilidad.

(35 bis) VICENTE y GELLA, op. cit., pág. 14, nota 4.

(36) SABATER, op. cit., pág. 24.

BADENES, op. cit., T. II, págs. 864 y 865 que sigue íntegramente a este autor en este punto.

(37) D, 4,8 «De receptis», Fr. 22, p. 9: «Si alguno de los litigantes no hubiere comparecido, precisamente porque haya estado impedido por enfermedad, o por ausencia o por causa de la República, o por su Magistratura, o por otra justa causa, dicen Próculo y Atilicino que se incurre en pena...»

(38) SCUTO, *Teoría generale de la obbligazioni*, citado por SABATER, que cita a PINTÓ y éste a TRAVIESAS.

(39) TRAVIESAS, «Revista de Derecho Privado», 1929, pág. 273.

(40) ROCA SASTRE, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1949, T. I., Capítulo II, pág. 55.

(41) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil Español*, Madrid, 1944, T. IV, Vol. I, págs. 236 y ss. «El incumplimiento de una obligación precisa como elemento esencialísimo el requisito de la culpabilidad», pág. 97.

(42) CASTÁN, op. cit. T. III, pág. 483.

(43) COLÍN y CAPITANT.

(44) PINTÓ, *En torno a la llamada condición resolutoria tácita*, en «Revista jurídica de Cataluña», julio-agosto 1953, págs. 438 y ss.

Con referencia expresa y concreta al pacto comisorio en la compraventa, MUCIUS SCAEVOLA (45), SABATER (46) y BADENES (47) se pronuncian en favor de la tesis que exige que aparezca responsabilidad por parte del comprador. «El legislador —dice MUCIUS SCAEVOLA— ha podido y debido decirse: No basta que haya un término señalado y que éste haya vencido, sino que se necesita, además, para declarar incumplido el contrato, *que haya incurrido en responsabilidad por el deudor*».

Nuestro Tribunal Supremo, de acuerdo con los citados autores, estima que, para que se pueda intentar la resolución del contrato de compraventa de inmuebles por razón de falta de pago del precio convenido dentro de los plazos fijados al efecto, es esencial que el incumplimiento de la obligación de pago se caracterice por la existencia de intención o de negligencia por parte del comprador en el hecho de incumplimiento.

Un importante cuerpo jurisprudencial abona la doctrina mencionada, especialmente las Sentencias de 24 de octubre de 1899, 9 de julio y 24 de octubre de 1941, 5 de junio de 1944, 1 de mayo de 1946, 5 de julio de 1946, 6 de julio de 1949 (48), 22 de enero de 1951, 11 de marzo (49) y 23 de septiembre de 1959, 20 de octubre de 1964, etcétera.

La sentencia de 5 de junio de 1944, cuya sentencia citamos como exponente de la mencionada doctrina jurisprudencial, tuvo ocasión de considerar que:

«... los preceptos legales que disciplinan el ejercicio de «las acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales, condicionan siempre la procedencia de «estas acciones el requisito de que *haya existido una conducta culposa, por negligencia más o menos grave originaria de responsabilidad en el contratante a quien se imputa «la infracción del contrato; y a esto obedece que por lo mismo en orden a la acción que trae origen de pacto resolutorio expreso, referido a la compraventa de bienes inmuebles, objeto del artículo 1.504 del Código civil, que en*

(45) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., T. XXII, pág. 732.

(46) SABATER, op. cit., pág. 24.

(47) BADENES, op. cit., T. II, págs. 864 y 865.

(48) Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1949:

«...como aprecia actualmente la sentencia recurrida, no está demostrada en este caso *la voluntad rebelde de los demandados al cumplimiento total del contrato*, como requiere la jurisprudencia para que «se de lugar a la mencionada resolución...»

Ahora bien, hay que advertir que, de hecho, no se trata de voluntad contraria al cumplimiento *total* del contrato, sino sólo de voluntad de incumplimiento de la obligación de pago la que aquí interesa.

(49) La Sentencia de 11 de marzo de 1959 reproduce textualmente en parte la de 5 de junio de 1944 que se transcribe a continuación en el texto principal.

«cuanto a la llamada condición resolutoria tácita en las obligaciones recíprocas, regulada en el artículo 1.124 del mismo Código, tenga declarado esta Sala en repetidos fallos, entre otros, en los de 9 de julio y 24 de octubre de 1941, «que el derecho de resolución supone y exige que haya verdadero y propio incumplimiento y que éste descansa en causa imputable al deudor.»

Además de una voluntad culposa, el Tribunal Supremo exige también, para acceder a la resolución de la venta, una voluntad *decididamente rebelde* por parte del comprador a cumplir la obligación de pago. Son numerosas las sentencias en este sentido, pudiendo citar las de 6 de julio de 1949 (49 bis), 6 de julio de 1952, 23 de septiembre de 1959, 2 de enero de 1961, 1.º de febrero de 1967 y 24 de julio de 1968. Por su carácter compilatorio de las anteriores, transcribimos en parte, la Sentencia de 1 de febrero de 1967 según la que:

«... es patente que la facultad resolutoria por incumplimiento contractual contenida en términos generales en el artículo 1.124 del Código civil y regulada específicamente respecto a la compraventa de inmuebles por el artículo 1.504 del mismo Código, ha de basarse, según proclama la doctrina de esta Sala, en que aparezca una *voluntad rebelde y declarada* en el acusado de incumplidor. «Sentencia de 6 de julio de 1952, exigiéndose que se demuestre patentemente y de modo indubitado, una *voluntad deliberadamente rebelde* al cumplimiento de lo convenido, Sentencia de 2 de enero de 1961, agregando en relación con la aplicación del artículo 1.504 del Código civil, la sentencia de esta Sala de 23 de septiembre de 1959, que la facultad de pedir la resolución de los contratos de compraventa por falta de pago del precio, se rige por la norma general del artículo 1.124, y por la especial de este segundo precepto legal, exigiéndose por tanto una *voluntad rebelde* por el lado del comprador y una previa declaración de voluntad del vendedor expresada de forma auténtica, judicial o notarial, recepticia para el comprador, de tenerse por resuelto el vínculo por tal causa, pues sin este último requisito podrá efectuarse válidamente el pago fuera del plazo señalado...»

Siguiendo a PINTÓ (50), hemos de decir que, no obstante la clara y reiterada doctrina jurisprudencial, ésta no autoriza a afirmar que, en todo caso, sin culpabilidad ni rebeldía del comprador-deudor no haya

(49 bis) Vid. nota núm. 48.

(50) PINTÓ, op. cit., pág. 445.

posibilidad de resolución, ya que hay que tener en cuenta aquellos supuestos en que aparece un hecho que de manera definitiva y absoluta y no meramente transitoria impide el cumplimiento, sin mediar culpa ni responsabilidad, del comprador en cuyos supuestos, a pesar de todo, hay que conceder al vendedor la posibilidad de resolver el contrato. El referido autor resume así la postura del Tribunal Supremo:

1.º La mera abstención del cumplimiento no basta para que proceda la resolución. Se precisa que, interviniendo culpa, se demuestre la «existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo pactado».

2.º Cuando no aparece el cumplimiento, porque ha sobrevenido una causa o hecho obstativo que de manera absoluta, irremediable y definitiva impida la ejecución de lo pactado, procede la resolución «con independencia de que exista o no culpabilidad en el incumplidor».

El primero de los requisitos de aplicación del artículo 1.504 lo es, pues, el incumplimiento por parte del comprador y de forma culposa de la obligación de pago del precio dentro del plazo al efecto estipulado.

De lo anterior se deduce que no procede la aplicación del mencionado artículo cuando se trata del incumplimiento de otra obligación por parte del comprador distinta precisamente a la de pago del precio por importante que aquélla sea. Reiteran la inoperancia del precepto en tal supuesto las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1904, de 21 de mayo de 1948, de 17 de febrero de 1950, de 7 de junio de 1963, etc.

Dice la Sentencia de 21 de mayo de 1948 que:

«... se denuncia inaplicación del artículo 1.504 que establece que en las ventas de inmuebles podrá el comprador pagar aun después de haber expirado el plazo convenido mientras no sea requerido para ello, pero aun suponiendo que el contrato que se discute incluya una venta, *«tal disposición no es aplicable a este caso, en que no se trata del pago de precio, sino de una obligación de hacer, que por la enajenación de extensos terrenos, según la misma tesis del recurrente, se ha hecho imposible de cumplir, por lo menos en cuanto a esos terrenos que el actor considera enajenados, que constituyen aproximadamente las siete octavas partes de la total extensión de la finca parcelada.»*

Para terminar este capítulo conviene referirnos a otro problema íntimamente ligado con el requisito que estamos analizando y que lo constituye el determinar las consecuencias del hecho de que el vendedor deje transcurrir un lapso de tiempo importante desde la expiración del plazo sin practicar el requerimiento e incluso percibiendo del

comprador cantidades a cuenta con posterioridad al vencimiento de tal plazo.

A pesar de que otra parece la solución en derecho romano (51) y así ha sido sostenido en algún recurso de casación, lo cierto es que según ha declarado la jurisprudencia, el hecho de que el comprador deje transcurrir largo tiempo desde el vencimiento del término y cobre cantidades a cuenta del precio no obsta a que en cualquier momento pueda resolver la venta «sin necesidad de guardar otro requisito que el de hacer el requerimiento». En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1911 tuvo ocasión de declarar que:

«... es indudable que por haber dejado pasar el término «de un año señalado para la resolución de la venta de un «solar, convenida en un documento privado entre el recurrente y el padre del recurrido, y haber recibido el vendedor 250 pesetas a cuenta del precio, no se novó el referido contrato de compraventa, pues no se estableció «ningún otro ni mucho menos el de préstamo con garantía «hipotecaria, porque, aparte de que no se expresó claramente, como exige el artículo 1.204 del Código civil que «mantiene la doctrina tradicional de que la novación no se «presume, es lo cierto que el contrato de compraventa «continuó en vigor y viva la facultad del vendedor para «resolverla mientras no se le abonara la totalidad del precio, sin necesidad de guardar otro requisito que el de «hacer el requerimiento, que se refiere a la manifestación del «propósito del vendedor para resolver el contrato de «venta...»

B) *Requerimiento*

El segundo de los requisitos que exige la resolución del contrato de compraventa de inmuebles por falta de pago lo constituye el requerimiento que ha de formular el vendedor al comprador notificándole su decisión de dar por resuelta la compraventa.

Este segundo requisito es el que constituye la especialidad en la materia que convierte al artículo 1.504 en un precepto de naturaleza excepcional frente al sistema normal de resolución de las obligaciones que preside el artículo 1.124 (52). Así, MANRESA (53) nos habla del trascendental sentido que tiene este requerimiento ya que, como acertadamente dice, la falta de pago del precio no es en rigor el hecho negativo que determina el cumplimiento de la condición que constituye el fondo sustancial del pacto comisorio, puesto que este hecho por sí

(51) SABATER, op. cit., pág. 25 que cita a GIORGI, *Teoría de las alegaciones*.

(52) Vid. Título III, Capítulo I de este trabajo.

(53) MANRESA, op. cit., T. X, pág. 262.

solo no produce los efectos que las partes se propusieron, sino que tal hecho ha de ir acompañado del preceptivo requerimiento, lo que convierte a la condición del pacto comisorio en una doble y conjunta puesto que ha de darse un supuesto negativo constituido por la falta de pago y un supuesto positivo que es el requisito del requerimiento.

La exigencia de tal requisito se desprende perfectamente del artículo 1.504 que constituye verdaderamente la quintaesencia del mismo. En efecto, dicho artículo señala que: «... aun cuando se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, *ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial...*».

Expresamente se refieren a la ineludible necesidad del requerimiento para la resolución, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1944, 30 de octubre de 1956 y 4 de junio de 1958. Esta última Sentencia declaró que:

«... para que se opere la resolución de la venta *es requisito previo que se haga por el vendedor al comprador de un bien inmueble, aquel requerimiento, o sea su declaración de voluntad expresada en forma auténtica que haga patente su decisión de optar por la resolución..* »

Vista su necesidad, examinaremos a continuación: qué sea este requerimiento, sus sujetos, el contenido que ha de tener y la forma y el tiempo en que debe realizarse para ser eficaz.

a) Noción de este requerimiento

Dice MANRESA (54) que el requerimiento del artículo 1.504 es aquella «declaración de voluntad del vendedor expresada en forma auténtica e indudable que hace patente su propósito de optar por la resolución de la venta». Añade este autor que, en la compraventa de inmuebles, cuando falta el pago, el vendedor está facultado para pedir dicho pago o para pedir la resolución. En el primer caso no precisa formular requerimiento alguno y puede deducir directamente la demanda mientras que en el segundo, esto es, para pedir la resolución, precisa que de modo ostensible manifieste su propósito de resolver la obligación (55).

JORDANO (56) señala que para la resolución de la venta de inmuebles es preciso que el vendedor realice un requerimiento «que haga patente su propósito de optar por la resolución».

(54) MANRESA, op. cit., T. X, pág. 262.

(55) Vid. también SABATER, op. cit., pág. 18.

(56) JORDANO, op. cit., pág. 309.

Por nuestra parte, intentaremos una definición descriptiva de este requerimiento diciendo que se trata de una *declaración de voluntad del vendedor de cosa inmueble dirigida al comprador en forma judicial o notarial realizada una vez expirado el plazo previsto para el pago del precio, por el que le manifiesta que ha decidido optar por la resolución de la venta y le intima a que se allane a tal resolución y a que se abstenga a poner obstáculos a la misma.*

b) Sujetos

Como se desprende del propio artículo 1.504, el requirente lo será el vendedor y el destinatario del requerimiento el comprador moroso.

Como peculiaridad tan sólo vale la pena recordar que, de acuerdo con la Sentencia de 3 de enero de 1928, cuando se trata de herederos del comprador, basta que se haga el requerimiento a cualquiera de ellos, sin extenderlo a todos porque así lo dispone el artículo 1.084.

c) Contenido

Para ser eficaz el requerimiento ha de expresar claramente la voluntaria decisión del vendedor de resolver la compraventa. Esto es, que, asistiendo al vendedor la facultad de obligar al comprador a pagar el precio, es decir, a cumplir la obligación principal que éste asumió, decide, en cambio y en virtud del pacto comisorio, resolver la venta.

El objeto del requerimiento, dice la Sentencia de 8 de julio de 1933, es notificar auténticamente al deudor de que el vendedor «no concede prórroga para el cumplimiento de aquella obligación y que opta por la rescisión del contrato» y, según las de 30 de octubre de 1922 y 1.º de mayo de 1946, «manifestar el propósito decidido de resolver el contrato».

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1950, el requerimiento ha de constituir una «declaración de voluntad del primero (vendedor), expresada en forma auténtica y que haga patente su propósito de optar por la resolución»; según la Sentencia de 4 de junio de 1958, el requerimiento es una «declaración de voluntad expresada en forma auténtica que hace patente la decisión de optar por la resolución»; según la de 30 de diciembre de 1955, el requerimiento tiene por fin «obstar formalmente al pago hecho ya fuera del término convenido» y, conforme a la de 23 de septiembre de 1959, dicho requerimiento es «una declaración de voluntad del vendedor expresada en forma auténtica, judicial o notarial, recepticia para el comprador, de tener por resuelto el vínculo por tal causa (impago del precio en el plazo convenido)».

Para conocer exactamente cuál sea el contenido que haya de tener el requerimiento exigido por el artículo 1.504 es interesante conocer también las declaraciones de las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de

junio de 1917 (57), 30 de octubre de 1922, 30 de mayo de 1942, 11 de noviembre de 1943 y 28 de enero de 1948. La Sentencia de 30 de mayo de 1942 señalaba, en su tercer considerando, que copiamos íntegramente habida cuenta de su importancia para nuestro tema, que:

«Considerando que es conocida y unánime la doctrina «según la cual la facultad de resolver las obligaciones, que «va implícita en las recíprocas, a tenor del artículo 1.124 «del Código civil, adopta una singular modalidad, cuando «se trata del contrato de compraventa de inmuebles, según «se aprende por el artículo 1.504 del propio Código, que «desentendiéndose de algún antecedente del derecho pa- «trio (Ley 38, título V, partica V); que aun en este supuesto «concreto, permitía la resolución «ipso jure», autoriza el «pago, después del término estipulado para hacerlo, salvo «el caso de que el comprador moroso hubiese sido reque- «rido judicialmente o por acta notarial; requerimiento éste «que, atendido su fin, que es el de *obstar formalmente «al pago hecho fuera del término convenido*, y por consti- «tuir antecedente de la disolución del vínculo contractual, «tiene el valor de una intimación concreta que, como ha «dicho la Sentencia de este Tribunal de 3 de julio de 1917, «no se refiere al pago del precio, sino a *que se allane el «comprador a resolver la obligación y a no poner obstácu- «lo a este modo de extinguirla»* (58)

De esta última sentencia aprendemos tres cosas bien importantes:

1. Que el fin del requerimiento estriba en «*obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido*».
2. Que el requerimiento es «*antecedente de la disolución del vínculo contractual*».
3. Que el contenido del requerimiento es una «*intimación a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla*».

Añadamos también que el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, al que debemos referirnos posteriormente (58 bis), habla de «notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de *quedar resuelta la venta*».

(57) Vid. texto en nota núm. 63.

(58) La fórmula acertada que utilizó la Sentencia de 3 de julio de 1917 referida al contenido del requerimiento «*intimación concreta a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla*» ha hecho fortuna y es adoptada y repetida en otras muchas Sentencias, como en la transcrita de 30 de mayo de 1942, la de 30 de diciembre de 1955, etc.

(58 bis) Vid. Título III, Capítulo 6, B del presente trabajo.

La anteriormente transcrita Sentencia de fecha 30 de mayo de 1942 aborda y resuelve también otro interesante problema. El requerimiento que estamos analizando, ¿es un requerimiento para que el comprador pague el precio? o, en otras palabras, ¿es preciso que el vendedor comine al comprador con la resolución si no realiza el pago dentro de un nuevo plazo que haya de fijarle?

El artículo 1.504 nada dice al respecto limitándose a hablar de la necesidad de requerir judicialmente o por acta notarial sin adentrarse en este problema. Como dice MANRESA (59), el artículo mencionado más bien deja la impresión de que el requerimiento es de pago.

No obstante, la doctrina del Tribunal Supremo interpretadora de este artículo ha dejado bien sentado que el objeto del requerimiento es manifestar la decisión de resolver la venta y que, por tanto, el requerimiento ni es de pago ni es preciso que el vendedor ofrezca nuevo plazo para que el comprador efectúe el pago.

MANRESA (60) dice que el requerimiento del artículo 1.504, aunque a primera vista parece tratarse de un requerimiento de pago, en realidad no lo es sino que constituye realmente una notificación auténtica de que el vendedor opta por la resolución, o lo que es lo mismo, para que el comprador se allane a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo de extinción. Por su parte, SABATER (61) dice que «no se trata de un requerimiento de pago, antes al contrario, *de impedir el pago*» precisamente para poder fundar en ese requerimiento una eficaz negativa de aceptación del precio (62).

De forma unánime establecen que el exigido por el artículo número 1.504 no se trata de un requerimiento de pago del precio sino de hacer constar auténticamente la voluntad resolutoria, las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1917 (63), de 9 de abril, de 5 y 9 de julio de 1941, de 11 de noviembre de 1943, 28 de febrero de 1948, de 30 de diciembre de 1955 (64) y, especialmente, la Sentencia de 30 de mayo de 1942.

Esta última sentencia (de 30 de mayo de 1942) tiene gran importancia para nuestro tema. En el pleito que dio lugar a la misma se trataba única y exclusivamente de dilucidar si el requerimiento que los vendedores hicieron a los compradores «para que en el acto

(59) MANRESA, op. cit., T. X, pág. 262.

(60) MANRESA, op. cit., T. X, pág. 262.

(61) SABATER, op. cit., pág. 18.

(62) BADENES, op. cit., T. II, pág. 868.

(63) Sentencia de 3 de julio de 1917: «Rectamente interpretado este precepto no puede afirmarse que el requerimiento de que se habla se refiere al pago del precio convenido sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinción que es precisamente lo ocurrido en el acto de conciliación celebrado sin avenencia, como preliminar de esta litis, con lo cual debe estimarse cumplido dicho requisito...»

(64) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1955: «...el requerimiento... tiene el valor de una intimación referida no al pago del precio sino a que se allane el comprador a resolver la obligación...»

satisficiesen a doña María Josefa y a don Eusebio D. F. la parte de precio no pagada aún y convenida en el contrato de compraventa que el escrito expresa con el apercibimiento legal correspondiente» era o no suficiente para resolver la compraventa a tenor del artículo 1.504 del Código civil. La sentencia referida, tras considerar que el requerimiento de dicho artículo tiene el valor de una intimación concreta que no se refiere al pago del precio sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo de extinguirla (65), señaló que dicho requerimiento no era suficiente por cuanto, por un lado, en el mismo para nada se hablaba de resolver el contrato y, por otro, porque, al decir que «en el acto hicieran efectiva la parte de precio no pagada aún y convenida en el contrato de compraventa», ello «implica, inicialmente al menos, voluntad de no resolver» (65 bis).

La Sentencia de 6 de julio de 1949 determina que si, al formalizar el requerimiento, éste menciona como debida una cantidad inexacta el requerimiento es ineficaz porque «siendo la causa de tal resolución la falta de pago de una parte del precio, no puede desligarse... de que sea o no exacta la cantidad que en este concepto se determina, la posibilidad de la resolución...», doctrina excesivamente rigurosa, que no compartimos y que no hemos visto confirmada.

d) Forma del requerimiento

De acuerdo con el artículo 1.504 el requerimiento que dicho precepto exige ha de realizarse «judicialmente o por acta notarial» y de ninguna forma más.

1. *Requerimiento judicial*

La forma judicial de requerimiento normalmente consistirá en el acto de conciliación en el que el vendedor manifieste su voluntad de no aceptar en adelante el pago, de resolver la venta y de advertir al comprador que no obstaculice la resolución. En este sentido conviene examinar las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1911, de 3 de julio de 1917 (66), de 9 de noviembre de 1944, de 30 de octubre de 1956, de 3 de marzo de 1967, etc. La de 30 de octubre de 1956 tuvo ocasión de declarar en su tercer considerando lo siguiente:

(65) Vid. el texto de esta sentencia en pág. 516.

(65 bis) En cambio la Sentencia de 13 de febrero de 1959 parece adoptar la solución contraria. Dice así: «...fue el recurrente el que dejó de cumplir el contrato no haciendo voluntario pago de la cantidad a que estaba obligado, *ni realizándolo cuando por la intervención notarial fue para ello requerido...*»

(66) Vid. texto en nota núm. 63.

«Considerando que es plenamente eficaz la comunicación hecha por todos los demandantes al comprador de «mandado, en el acto de conciliación de 29 de julio de «1950, dando por resuelto el contrato, pues en él se cum- «plen los requisitos exigidos por el artículo 1.504 del Có- «digo civil, toda vez que la falta de pago del precio estipu- «lado está reconocida por el comprador y *es suficiente el «acto de conciliación preliminar de la litis para hacerla...*»

Problema interesante resulta decidir si la demanda surte los mismos efectos del requerimiento judicial. Esto es, si cumple el artículo 1.504 el vendedor que, no habiendo el comprador satisfecho el precio en el plazo fijado, ejercita demanda de resolución de contrato sin hacer un requerimiento judicial o notarial previo. SABATER (67) y BADENES (68) se inclinan por la solución positiva y entienden que dicha demanda es idónea por hallarse en ella explícitamente manifestada la voluntad del vendedor de dejar sin efecto el contrato.

Entendemos que el problema es algo más complejo. Así, pensamos que si no existiera el requisito de formalidad exigido por el artículo 1.504, probablemente el vendedor a quien el comprador no satisficiera el precio en el plazo fijado haría precisamente esto: interponer una demanda solicitando la resolución del contrato como lo hace el perjudicado en las obligaciones recíprocas cuando ejercita la acción resolutoria prevista en el artículo 1.124. Por tanto, si el artículo 1.504 exige un requerimiento de formalidad cual es el requerimiento judicial o notarial, parece que el vendedor debe hacer algo más que lo que haría de no exigirse dicho requisito. Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de mayo de 1946, aunque de pasada, se pronuncia negativamente en este punto, ya que dice que la manifestación de resolución habrá de realizarse mediante un requerimiento judicial o notarial *previo a la interposición de la demanda* que haya de promover para que la resolución se declare (69) y la Sentencia de 30 de diciembre de 1955 señala directamente que «el requerimiento... *ha de ser diferente y previo a la demanda* ya que constituye antecedente de la resolución del vínculo contractual...» (69 bis).

No obstante, es cierto que cuando se trata de requisitos de solemnidad, la interpretación más apropiada es siempre la que se inclina por

(67) SABATER, op. cit., pág. 20. «La demanda judicial en que se pida la resolución del contrato por el importe total del precio *es idónea*, por hallarse en ella explícitamente manifestada la voluntad del vendedor de dejar sin efecto el contrato».

(68) BADENES, op. cit., T. II, pág. 866.

(69) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1946. Vid. el texto de esta Sentencia en el Capítulo 4 «Requisitos».

(69 bis) Por su parte, PINTÓ, op. cit., pág. 29 (en relación con el artículo 1.124) dice: «Como que aparentemente cabe una opción entre exigir el cumplimiento o pedir la resolución, es preciso manifestarse *previamente* y claramente en uno u otro sentido...»

un menor rigorismo. Por otro lado, no cabe olvidar que el fundamento del requerimiento del artículo 1.504 es el de perseguir la seguridad en una resolución y que de forma solemne y clara se exprese la no voluntad de aceptar en adelante el pago del precio. Si el requerimiento del artículo 1.504 hubiera de serlo precisamente de pago (esto es, consistente en dar al comprador la facultad de satisfacer en un nuevo plazo el precio o la parte de precio que faltara por satisfacer), la demanda probablemente no sería instrumento idóneo para formalizar dicho requerimiento, pero, habida cuenta de que el requerimiento tiene como exclusivo contenido, como hemos visto, el manifestar la voluntad decidida de resolver la obligación y oponerse en lo sucesivo a recibir el precio, el escrito de demanda debiera admitirse como instrumento útil para la eficaz realización del requerimiento.

2. *Requerimiento notarial*

El requerimiento del que habla el artículo 1.504, según su propio texto, puede ser realizado también «por acta notarial».

Esta acta notarial normalmente será la prevista en los artículos 202 y siguientes del Reglamento Notarial.

No obstante, de acuerdo con la Sentencia de 30 de octubre de 1922, no es necesario que el Notario realice el requerimiento personalmente al comprador bastando, en caso de que no le encuentre en su domicilio, hacerlo por cédula tal como prescribe el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (70). Dice así la Sentencia de 30 de octubre de 1922:

«...al practicar el Notario autorizante del acta el requerimiento a la compradora en la forma que aparece del «acta o sea entregando a un vecino inmediato cédula de notificación por haber encontrado cerrada la puerta de la «casa de la persona que había de ser requerida y no constatar nadie a los repetidos llamamientos, se ajustó a las «disposiciones legales y obró en el ejercicio de la fe pública extrajudicial que por razón de su cargo tiene, *debiendo «surtir todos los efectos la notificación en tal forma hecha a la compradora del propósito del demandado de dar «por resuelto el contrato de compraventa».*

La forma, pues, del requerimiento exigido por el artículo 1.504 es la escrita y además mediante intervención judicial o notarial.

Dice BADENES (71) que, «aparte de estas formas de llevar a cabo el requerimiento, no son admisibles otros modos como el verbal o documental, practicados según antiguas tradiciones.»

(70) Vid. también artículo 202 del Reglamento Notarial.

(71) BADENES, op. cit., T. II, pág. 866.

El texto del Código civil excluye toda interpretación de cualquier otra posibilidad que no sea el requerimiento judicial o notarial, y, aún cuando a primera vista pudiera considerarse excesivamente restrictivo, no cabe duda que el rigor en la solemnidad da fijeza a las relaciones jurídicas y evita las controversias que otros medios, como el verbal, sin lugar a dudas suscitarían.

Pero BADENES (72) entiende que cabe equiparar a la interpelación judicial una confesión en juicio ante Juez competente en la que se reconozca un requerimiento judicial o escrito pues, según dice, aunque formalmente no son lo mismo, la confesión en juicio constituye una plena e indudable garantía que es lo que se pretende conseguir, y añade que en este supuesto los efectos del requerimiento no derivan del verbal o escrito carentes de por sí de eficacia sino precisamente del reconocimiento posterior. Esta tesis nos parece un tanto arriesgada por cuanto se sale mucho de los límites prevenidos en el artículo 1.504, y entendemos que es de difícil sostenimiento la eficacia de un tal requerimiento no realizado propiamente en forma judicial o notarial, sin que sepamos que hasta la fecha se haya pronunciado sobre ello Tribunal alguno. Es cierto, no obstante, que la Sentencia de 1.º de mayo de 1946 dijo que el requerimiento debía realizarse judicial o notarialmente «es decir auténticamente» lo que parece dar al requisito legal una interpretación no estricta que, aunque tenuemente, permitiría apoyar la tesis comentada.

e) Tiempo

El requerimiento cuyas peculiaridades estamos estudiando debe realizarse en cualquier tiempo posterior siempre a la expiración del plazo determinado para el pago del precio.

Esto se desprende del texto del artículo 1.504 que comentamos («...podrá pagar, aún después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido...») y, sobre todo, de la naturaleza y significado del precepto. En efecto, cuando en general se pacta que el incumplimiento de una obligación dará lugar a la resolución, si esta obligación se incumple, la resolución, al menos en teoría, se produce automáticamente. Lo anterior ocurre en régimen normal, pero no en la compraventa de inmuebles en que la Ley quiere que, «para procurar firmeza y seguridad de los contratos» (73), se realice un requerimiento. Y si esto es así, resulta lógico que este requerimiento deba realizarse precisamente una vez transcurrido el plazo pactado para el pago, esto es, cuando se ha producido realmente el incumplimiento por parte del comprador y no antes.

Como perfectamente dice la Sentencia de 30 de febrero de 1968, el requerimiento formulado con anterioridad a la expiración del término

(72) BADENES, op. cit., Tomo II, pág. 866. En este punto sigue a SABATER (op. cit., pág. 22).

(73) Vid. págs. 512 y ss.

fijado para el pago no puede tener la eficacia prevista en el artículo 1.504 aunque se realice en la forma y con el contenido que hemos examinado.

Problema de interés lo es el determinar las consecuencias de que el vendedor admita parte del precio con posterioridad al plazo fijado extendiendo en favor del comprador recibo de dicho precio a cuenta del mismo y sin reserva de clase alguna. A este problema nos hemos referido en su lugar y hemos visto que el Supremo mantiene que, a pesar de ello, persiste la situación de incumplimiento y puede el vendedor resolver el contrato mediante el preceptivo requerimiento. Tal es la doctrina de la Sentencia de 7 de julio de 1911.

Hemos dicho que el requerimiento debía formularse en todo caso con posterioridad a la terminación del plazo prefijado para el pago. Hemos de añadir que el requerimiento no debe realizarse una vez efectuado el pago íntegramente precisamente porque no tiene razón de ser y, si se realiza, no produce efecto alguno y menos efecto resolutorio. Ello es consecuencia de que en realidad el artículo 1.504 considera el retraso en el pago como un incumplimiento no grave (74), que el derecho de resolución que corresponde al vendedor queda en suspenso, la mora limitada y que el término para la obligación del comprador no expira hasta que se produce el requerimiento (75) de forma que, aún finido el plazo, mientras no se practica el requerimiento, el comprador puede pagar y pagar bien y, si lo hace, no puede el vendedor realizar el requerimiento ni pretender que del mismo surta efecto alguno resolutorio.

Extraordinariamente vinculado con el anterior se halla el problema planteado ante el Supremo y que dio lugar a la Sentencia de 8 de julio de 1933 que, de acuerdo con su considerando primero, «la cuestión principal que en este recurso se plantea es la de si pueden ser eficaces y surtir efectos jurídicos los requerimientos practicados por el vendedor, conforme al artículo 1.504 del Código civil, *después que el comprador ha efectuado la demanda para que el precio se reciba mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura*, y aún después de haberse verificado el emplazamiento, pero antes de contestar y reconvenir». Dicha Sentencia resolvió el referido problema de forma positiva previo razonar en sus considerandos 2 y 3 que:

«Considerando que, afirmándose por el Tribunal «a quo» «que el comprador no satisfizo el precio y los plazos estipulados en el contrato de 9 de agosto de 1929, incumpliendo así la obligación que le imponía el pacto con arreglo al artículo 1.500 del cuerpo legal citado que no se combate en casación, es evidente que no se puede privar al vendedor tratándose de la venta de bienes inmuebles como en el presente caso, del derecho que le concede el

(74) JORDANO, op. cit., pág. 309.

(75) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1955.

«mencionado artículo 1.504 para, expirado el plazo de «pago, requerir judicialmente o por acta notarial al deudor «al objeto de notificarle auténticamente que no concede «prórroga para el cumplimiento de aquella obligación y que «opta por la rescisión del contrato y *ese derecho no puede «quedar enervado por haberse hecho los indicados requere- «rimientos después que el comprador formuló su demanda «pidiendo el cumplimiento del contrato*, esto es para que se «compela al vendedor a otorgar la correspondiente escritu- «ra abonando entonces el precio, porque el cuasi contrato «de la «litis-contestatio» no se produce hasta que se for- «malice la contestación o reconvencción de su caso pues, «como decía la Ley 3.^a, título 10, de la Partida 3.^a... y «claro es que hasta no plantearse el combate judicial po- «dían muy bien los demandados al contestar oponerse y re- «convenir, como lo hicieron, colocándose previamente en «situación legal para ello, esto es, practicados los ya dichos «requerimientos, no obstaculizados por la Ley, y en tiempo «perfectamente hábil por no haberse trabado la litis.

«Considerando que es un error del recurrente el soste- «ner que no podían hacerse tan mencionados requerimien- «tos después del emplazamiento, porque los efectos de éste «no son tan latos como en el recurso se indican, sino que «se limitan a prevenir el juicio, interrumpir la prescripción, «hacer nula la enajenación de la cosa litigiosa, perpetuar la «jurisdicción del Juez delegado, sujetar al demandado a la «jurisdicción del Juez que le emplazó, obligarle a que ante «él comparezcan, pero en forma alguna cercenar al vende- «dor el derecho de que se viene tratando mientras no se «formalice la «litis contestatio», ya que el artículo dicho, «1.504, por motivos de orden público, no tiene otra fina- «lidad que obligar a los contratantes de las compraventas «de bienes inmuebles a procurar la firmeza y seguridad de «los contratos y suministrar medios para que lleguen a efec- «tuarse en los términos convenidos, finalidad que fue pa- «tentemente infringida por el comprador».

No podemos estar de acuerdo con dicha sentencia porque, según recoge su primer Resultando, el contrato de compraventa establecía que «El comprador entrega en este acto a los vendedores la cantidad de 3.000 pesetas y, se compromete a entregar 1.000 pesetas, más, cuya entrega hará dentro de cinco días, lo que hace un total de 4.000 pesetas, que entrega como arras o señal del cumplimiento de este contrato, cuya cantidad se entenderá entregada a cuenta del precio el día del otorgamiento de la escritura, *restando a entregar en dicho día 126.000 pesetas para completar el total precio*» (Pacto 3.^o) y «La escritura de

compraventa citada se firmará en esta ciudad en los cinco primeros días del mes de noviembre del corriente año, requiriendo para ello el comprador a los vendedores» (Pacto 5.º). Los vendedores se negaron a otorgar la escritura y el comprador los demandó suplicando se les condenara a otorgar la escritura y a percibir las 126.000 pesetas. Los vendedores requirieron al comprador pretendiendo resolver el contrato cuya petición como hemos visto prosperó ante el Supremo. Y la Sentencia, creemos no es acertada porque el comprador no tenía porque pagar si los vendedores a su vez no cumplían obligación tan importante como la escritura de la venta en cuyo momento se pactó se pagaría el resto de precio, siendo como veremos requisito para que el vendedor pretenda resolver el de que a su vez esté al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones (Sentencia de 11 de marzo de 1959). Cosa distinta sería si se hubiese convenido que el precio se pagaría dentro de determinado plazo con independencia de la escritura y el comprador hubiera intentado vincular el pago con la escrituración y con ello justificar su verdadero incumplimiento.

C) *Otros requisitos*

Hemos dicho que, para la aplicación del precepto contenido en el artículo 1.504, los requisitos sustanciales eran los dos que acabamos de estudiar con cierta detención, a saber, transcurso del plazo sin haber el comprador pagado el precio y requerimiento del vendedor optando por la resolución de la venta. Existe, empero, algún otro requisito de inferior significación, pero que, no obstante, es preciso examinar.

a) *Vendedor cumplidor*

El artículo 1.504 constituye un claro beneficio para el comprador ya que le permite pagar el precio con posterioridad a lo pactado y aún en el caso de que el impago se haya pactado como condición resolutoria del contrato (pacto comisorio). Este carácter «pro emptore» de la norma se funda, como hemos visto (76), en la mayor importancia que el Código concede a las ventas de inmuebles frente a las de los muebles.

Pero, como contrapartida a la tolerancia que muestra el precepto a la morosa conducta del comprador, concede en cambio al vendedor un remedio sencillo, rápido y de eficacia radical: el requerimiento obstructivo del pago futuro y resolutorio del contrato. Tan radical y fulminante que ni el propio Juez puede conceder al comprador nuevo plazo (77) a diferencia de lo que puede hacer normalmente (78).

(76) Capítulo 2 de este Título III.

(77) Artículo 1.504, último inciso.

(78) Artículo 1.124. Vid. Capítulo 1, B de este Título III.

Ahora bien, para que tan automático resorte puesto en manos del vendedor opere con la eficacia resolutoria mencionada se precisa que el vendedor, a su vez, no se halle en mora y tenga puntualmente cumplidas la totalidad de las obligaciones que hubiere asumido en el contrato. Este es el requisito que hemos epigrafiado «Vendedor cumplidor».

Tal exigencia se deriva del principio de que ningún obligado es moroso si su acreedor no cumple sus propias obligaciones respecto del primero cuyo principio se asienta en el último apartado del artículo 1.100 (79) (79 bis).

Por otro lado si, como hemos dicho al hablar del requisito primero del impago (80), además del hecho negativo (falta de pago del precio), la jurisprudencia ha observado y exigido la necesidad de que el impago sea culposo y rebelde, no puede verdaderamente considerarse incumplidor voluntario y recalcitante al comprador que a su vez espera el debido cumplimiento de las obligaciones que corresponden al vendedor.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1959 —muy interesante por destacar el elemento subjetivo del artículo y que ya hemos citado— contempla un caso en el que el vendedor se obligó a entregar la finca libre de gravámenes, personal y ganado el día 31 de mayo de 1946 y el comprador, en la propia fecha, a entregar el resto del precio, llegado cuyo día ninguno de los dos cumplió con lo prometido requiriendo posteriormente el vendedor al comprador dando por resuelta la venta. Juzgado, Audiencia y Tribunal de casación unánimemente no accedieron a la resolución y condenaron al vendedor a entregar la finca libre de gravámenes, personal y ganado recibiendo en el momento de la entrega el resto de precio. Los considerandos de esta sentencia que nos interesa destacar son los siguientes:

Sentencia de 11 de marzo de 1959:

«Considerando que, partiendo de estos hechos, la sentencia recurrida, en su tercer considerando, estima acertadamente patentizado, que en el contrato de compraventa objeto de este juicio, tanto el comprador como el vendedor, incumplieron sus respectivas obligaciones, pues las mismas fueron concertadas con simultaneidad en su cum-

(79) Artículo 1.100 del Código civil, último apartado:

«En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe.»

(79 bis) Respecto de la necesidad de que el acreedor que pida la resolución de la obligación en base a la condición resolutoria implícita del artículo 1.124 no haya a su vez incumplido. Vid. PINTÓ, *En torno a la condición resolutoria tácita*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1954, pág. 29.

(80) Capítulo 4, A, de este Título IV.

«plimiento, que se fijó para el repetido día 31 de mayo de 1946, sin subordinar una a otra y sin conceder a ninguna de ellas rango preferente ni preferencia cronológica, sino que, con perfecta autonomía quedó fijado su cumplimiento simultáneo y coincidente para un mismo y único día, llegado el cual, ninguna de las partes realizó sus prestaciones obligacionales, sin que para no hacerlo pudieran basarse en un anterior incumplimiento de la otra que no existió con antelación en el tiempo, si bien pudiera apreciarse con rigor jurídico, que el contratante que incumpliera de forma total su obligación fue el vendedor y demandado, al no entregar la cosa vendida el día prefijado y tan citado día 31 de mayo de 1946, ni realizar acto alguno tendente o revelador de su voluntad de entrega, pues la otra parte, compradora de la finca y hoy demandante, y en relación con su prestación de pago, inició el cumplimiento de la misma al suscribirse el documento privado, pagando pesetas trescientas mil continuó su cumplimiento con la entrega de cuarenta mil pesetas antes referida y pasando el día fijado con el contrato para el pago aún existía para él, por obra del artículo 1.504 del Código civil, la posibilidad de pagar sin caer en incumplimiento, y bien pudo no haberse realizado dicho pago al evidenciarse el incumplimiento de la entrega de la finca libre de gravámenes por parte del vendedor; por lo que se ha de afirmar en primer término la carencia de facultad, esgrimida un tanto originalmente por el vendedor demandado, de dar por resuelta sin declaración judicial y de forma unilateral en perjuicio del comprador, una compraventa en la cual se encontraba en situación de incumplidor de su obligación de entregar la finca enajenada, de la cual tenía cobrado casi la mitad de su importe, porque, tanto para usar del derecho de intimación del artículo 1.504, de la acción de cumplimiento, o de la resolución contractual, *es presupuesto inexcusable* en quien ejercita cualquiera de estas tres facultades encontrarse para que el éxito acompañe a su ejercicio, sobre la base sólida de *tener puntual y cabalmente cumplidas las obligaciones que al mismo conciernen.*

.....

«Considerando que, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa en el motivo tercero la infracción por no aplicación de los artículos 1.281, 1.285 y 1.269 del Código civil, el cual es también desestimable, ya que la Sala sentenciadora ha hecho correcta y cabal interpretación de dichos precep-

«tos legales, analizando los elementos gramatical-lógico, sis-
 «temático, técnico-jurídico y de equidad, que conducen sin
 «género alguno de duda a la existencia de un incumpli-
 «miento mútuo en el instante del requerimiento resolutivo,
 «rio, haber pronunciado por parte del recurrente, que no
 «cumpliera en absoluto ninguna de sus obligaciones, y que
 «con casi la mitad del precio ya recibido, bien pudo pro-
 «ceder a cancelar el gravamen, que tenían carácter de obliga-
 «ción preliminar, como el desalojo de la finca, todo ello sin
 «contar con que en función del artículo 1.502, el comprador
 «pudo suspender el pago del precio ante el temor de ser per-
 «turbado por la acción hipotecaria, en cuyo caso no hubiera
 «podido ser calificado como incumplidor, y por último, que
 «según reiterada jurisprudencia, si la interpretación dada
 «por el Tribunal «a quo» a los contratos es racional, no
 «procede la casación.

.....

«Considerando que la probada existencia de incumpli-
 «miento por parte del vendedor demandado hoy recurrente.
 «hace percer los motivos cuarto y quinto que, amparaba
 «en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuicia-
 «miento Civil, denuncian la infracción por no aplicación
 «del artículo 1.504 y la indebida aplicación del 1.124, am-
 «bos del Código civil, así como de la Jurisprudencia que
 «cita, pues, como ha declarado esta Sala en Sentencia de
 «5 de julio de 1944, los preceptos legales que discipli-
 «nan el ejercicio de las acciones derivadas del incumpli-
 «miento de las obligaciones contractuales, *condicionan siem-*
 «*pre la procedencia de estas actuaciones al requisito de que*
 «*haya existido una conducta culposa*, por negligencia más
 «o menos grave, originaria de responsabilidad, en el con-
 «tratante a quien se imputa la infracción del contrato; y a
 «esto obedece que por lo mismo en orden a la acción que
 «trae origen de pacto resolutorio expreso, referido a la
 «compraventa de bienes inmuebles, objeto del artículo
 «1.504 del Código civil, en cuanto a la llamada
 «condición resolutoria tácita en las obligaciones recíprocas,
 «regulada en el artículo 1.124 del mismo Código, tenga
 «declarada esta Sala en repetidos fallos, entre otros en los
 «de 9 de julio y 24 de octubre de 1941, el derecho de re-
 «solución presupone y exige que haya verdadero y propio
 «incumplimiento y que éste descansa en causa imputable
 «al deudor.»

Para que proceda la resolución, precisa el vendedor, según lo visto, haber dado cumplimiento a las obligaciones sustanciales por

él asumidas en el contrato de compraventa. A esta exigencia califica la en parte transcrita sentencia de «presupuesto inexcusable».

b) Pretendida constitución en mora del Comprador

Señala SABATER (81) que por algunos autores (82) se sostiene que, además del requerimiento notarial o judicial previsto en el artículo 1.504, precisa el vendedor, para dar por resuelto el contrato, constituir previamente en mora al deudor dado que sin ella no existe incumplimiento, pues no se ha manifestado todavía la eventual voluntad de no cumplir. Si así no fuera, dicen, la situación del comprador de inmuebles quedaría gravada porque el retardo de un sólo día en efectuar el pago «le pondría a merced de un súbito requerimiento del vendedor, mientras que en las compraventas de bienes muebles le quedaría la facultad de contestar el requerimiento de pago efectuándolo».

La anterior tesis contradice abiertamente el contenido del artículo que comentamos que sólo exige el requerimiento obstativo de pago después de expirado el término para realizarlo.

Ya hemos dicho también que, según la jurisprudencia (83), el artículo 1.504 constituye *lex specialis* en relación con el principio general de la *mora debitoris* del artículo 1.100 según hemos expuesto en el Capítulo 1 del Título III de este trabajo.

5. Supuestos de inaplicación del artículo 1.504

En los precedentes Capítulos 3 y 4 hemos examinado respectivamente los presupuestos que deben darse y los requisitos que deben concurrir para que adquiera eficacia la norma que estudiamos y, al hacer este examen, cuando uno de tales presupuestos o requisitos no aparecían aprovechábamos para destacar determinados supuestos de inaplicación del referido precepto.

Aunque sólo sea en aras a la sistemática, con la mayor brevedad posible, enumeramos seguidamente los casos de inaplicación del precepto que más frecuentemente se han planteado ante nuestros Tribunales. Son estos:

- A. *Las promesas de cesión condicional de inmuebles.* Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1896 (84).
- B. *Las promesas de venta* y ello por no ser verdaderas compraventas, sino meros contratos preparatorios. Sentencias del Tri-

(81) SABATER, op. cit., pág. 21.

(82) Cita a RUBINO, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, «Revista de Derecho Comercial», 1947, I.

(83) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1944. Véanse también las Sentencias de 20 de febrero de 1950 y de 22 de marzo de 1951.

(84) Vid. pág. 500.

bunal Supremo de 7 de octubre de 1896, 29 de octubre de 1931, 26 de enero de 1942, 11 de noviembre de 1955, etcétera (85), entre otras muchas.

- C. *El incumplimiento de obligaciones distintas al pago del precio aun dentro de contratos de compraventa de inmuebles.* Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1904 (incumplimiento de la obligación del comprador de reintegrar a un acreedor del vendedor el importe de un préstamo garantizado con hipoteca sobre la finca objeto de venta), de 21 de mayo de 1948, de 17 de febrero de 1950, de 7 de junio de 1963, etcétera.
- D. *Precio no satisfecho sin haber expirado el plazo pactado para su entrega.* Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1950.

6. *Efectos*

A. *Respecto del comprador*

Los efectos del artículo 1.504 respecto del comprador son dos que se complementan perfectamente. El primero consiste en que, el comprador, aun después de vencido el plazo establecido para el pago del precio, puede pagar siempre que el vendedor no le haya formulado el requerimiento de que habla el propio artículo. El segundo efecto consiste en que, complementariamente, una vez efectuado el requerimiento en forma, no cabe de ninguna manera que el comprador satisfaga el precio habiendo quedado la venta resuelta.

El primero de dichos efectos lo establece clarísimamente el artículo 1.504 cuando dice que: «... *el comprador podrá pagar, aun después de expirado le término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial...*». Este es el verdadero significado y el efecto primordial del artículo 1.504 que estamos examinando, es decir, que, a pesar de haber transcurrido el plazo convenido, por virtud y en méritos de dicho artículo, el comprador se halla perfectamente facultado para poder realizar el pago válida y eficazmente y el vendedor en cambio no puede ejercitar la acción de resolución o, como dice la jurisprudencia, es como si el plazo no se extinguiera y quedara en suspenso hasta tanto el vendedor no practique el requerimiento. Así, la Sentencia de 30 de diciembre de 1955, dice que:

«Es indudable que incurrió en incumplimiento repercu-
«tivo en la eficacia y continuidad de aquel y aun en mora, a
«tenor del número 1.º del párrafo 2.º del artículo 1.100 del

(85) Vid. págs. 500 y 501.

«Código civil, si existiera pacto comisorio, pero acaecida «esta situación de incumplimiento, la actuación resolutoria «del vendedor no se produce según el espíritu del comen- «tado artículo 1.504 de modo automático, sino que, con- «forme declaró la jurisprudencia, *su derecho queda como «en suspenso, la mora queda limitada, el término no expiró «aún* («si dies venit non coedit adhuc») en realidad para «la obligación del comprador hasta que producido el reque- «rimiento judicial o notarial que el precepto señala desapa- «rece para el comprador aquella última posibilidad de «enervar su incumplimiento mediante el pago y queda ex- «pedido al vendedor el camino para exigir la resolución del «contrato...»

«Considerando en cuanto al primero de los aspectos antes «aludidos, que si se advierte que el ofrecimiento de pago «se hizo por el comprador de forma solemne mediante la «intervención de Notario y antes de que por cualquier «medio judicial o extrajudicial manifestare el vendedor al «comprador su voluntad de dar por resuelto el contrato «existente entre ellos (el comprador ofreció notarialmente «el pago el 8 de junio de 1949 y el vendedor hizo el re- «querimiento del artículo 1.504 el 10 de junio, dos días «después) ...es forzoso reconocer que, tanto a tenor del «espíritu del repetido artículo 1.504 del Código civil, como «de su letra, el comprador estaba en tiempo para efectuar «el pago, pues, conforme a la doctrina jurisprudencial an- «tes aludida, *el derecho del vendedor se hallaba en sus- «penso, el plazo todavía estaba pendiente* en virtud de la «ficción jurídica establecida por el precepto legal aludido «y, en consecuencia, el vendedor no podrá rechazar la «oferta de pago realizada en la forma que se hacía que en «realidad enervaba antes de nacer la acción que después se «ejercitó mediante la demanda...»

El término —también había dicho la Sentencia de 7 de julio de 1911— mientras no se pague todo el precio *viene a quedar en suspenso a entera voluntad del vendedor*.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1933, declaró que:

«... el artículo 1.504 tiene por objeto dar facilidades al «comprador para realizar el pago sin incurrir en la rescisión «pactada en defecto de la entrega del precio en la fecha «convenida, *lo que podría realizar mientras no haya sido «requerido judicial o notarialmente...*»

Como dice JORDANO (86) prescindiendo del pacto comisorio expreso y de la Ley comisorio tácita, el artículo que comentamos exige para la resolución de la venta que haya habido requerimiento que haga patente el propósito de optar por la resolución. Es decir, aunque es principio general en los convenios el que el desconocimiento de sus obligaciones por una parte hace que la otra pueda resolver el contrato y dejar, por ende, de cumplir las suyas y aun en el caso de que las partes, no bastándoles el principio implícito, hayan pactado la resolución «ipso jure» o automática en caso de falta de pago del precio, el artículo 1.504 ordena que tal resolución no se operará si no media el requerimiento con el contenido, en el tiempo y en la forma analizados.

En cuanto al efecto complementario negativo, esto es el de que, una vez efectuado por el vendedor el requerimiento en forma, el comprador no puede ya eficazmente satisfacer el precio se desprende, no sólo del sentido contrario de la expresión que hemos transcrito, sino también de la propia expresión final del artículo 1.504 cuando dice: «Hecho el requerimiento el Juez no podrá concederle nuevo término». Una vez realizado el requerimiento «cesa —dice la Sentencia de 30 de octubre de 1922— el derecho del comprador a efectuar el pago después de expirar el término previamente convenido»

En su consecuencia, efectuado el requerimiento por parte del vendedor en la forma establecida en el artículo que comentamos, el comprador pierde la facultad excepcional de hacer el pago fuera de plazo y de ninguna manera puede obtener una prórroga por parte de autoridad alguna (87).

Conviene aquí recordar la extraordinaria diferencia de la que ya hemos hablado (88) entre el artículo 1.504 que niega al Juez la posibilidad de conceder nueva prórroga con el más genérico artículo número 1.124, que establece específicamente que el Tribunal decretará la resolución que se reclame a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo, la existencia y justificación de estas causas como es lógico, quedan al arbitrio del Juez. De ahí que ROCA SASTRE (89), hable de que, a diferencia del artículo 1.124, del artículo 1.504 surge una acción resolutoria «fulminante y de actuación automática, o sea sin impetrar el auxilio de la autoridad judicial, como derivada del juego inexorable de la condición resolutoria cumplida». Es interesante al respecto examinar la Sentencia de 3 de marzo de 1967.

El alcance del artículo que comentamos se pone extraordinariamente de relieve al comparar los efectos del pacto comisorio expreso en la compra de bienes muebles y en la de inmuebles. En la primera,

(86) JORDANO, «Anuario de Derecho civil», 1951, pág. 309.

(87) MANRESA, op. cit., pág. 226. BADENES, op. cit., T. II, pág. 858.

(88) Vid. Título III, Capítulo 1, B.

(89) ROCA SASTRE, op. cit., T. II, pág. 351.

la falta de pago produce el efecto de quedar rescindido «*ipso jure*» (o automáticamente) el contrato, mientras que en la segunda es preciso que, además de aquel hecho negativo del no pago, sobrevenga el requerimiento del vendedor (90).

Por último, ejercitado el requerimiento, la compraventa queda resuelta por efecto del pacto comisorio siendo los efectos de dicha resolución los de toda resolución contractual, causada por una condición resolutoria cuya eficacia se retrotrae al momento de su perfección. Fundamentalmente, el comprador deberá restituir el inmueble y el vendedor la parte de precio recibida en su caso estándose en cuanto al detalle a lo previsto en el pacto comisorio concreto de ser expreso y, de no serlo o no prevenir a ellos, a lo establecido en el artículo 1.120 del Código civil según el que frutos e intereses se compensan (91).

Dice VALLET —aunque de pasada (91 bis)— que la falta de pago del precio puede ser causa de resolución del dominio vendido y tradido en virtud del juego «*ex tunc*» previsto en los artículos 1.504 y 1.505 del Código civil.

Si bien referida a la condición resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad, en relación con los efectos que estamos analizando, dice ROCA SASTRE (92) estas atinadas palabras distinguiendo entre la revocación real y la obligacional:

«Creemos que, dados los términos del artículo 11 de la Ley, al hablar de condición resolutoria, y del artículo 59 de «su Reglamento, no cabe duda que el pacto comisorio o resolutorio debe ser redactado a base de la actuación de una condición resolutoria expresamente pactada. No sería así, si esta condición o resolución afectara únicamente al contrato en sí y no a la transmisión en su virtud operada. Esto obliga a distinguir entre la llamada revocación real y la revocación obligacional. En la primera, la propiedad transmitida en virtud de una compraventa u otro contrato de finalidad traslativa, se pierde *ipso jure*, destruyéndose la transmisión otorgada, de modo que el dominio vuelve a estar en poder del que lo transmitió, en virtud de la fuerza misma de la condición resolutoria cumplida, por entenderse que esta condición constituye una especie de carga o gravamen que afecta a la entraña misma del dominio, que por ello alguien califica de dominio *enfermo*.

(90) Vid. BORRELL y SOLER, *El contrato de compraventa según el Código civil Español*. Barcelona, 1952; Vid. SABATER, op. cit., pág. 20. Vid. Título III, Capítulo 3 A, de este trabajo.

(91) Respecto a este problema, vid. SABATER, op. cit., pág. 28 que expone el estado de la doctrina.

(91 bis) VALLET DE GOYTISOLO, *Derechos Reales*, en «Anuario de Derecho civil», 1952, pág. 680 el cual aborda este tema al referirse a la nota de *perpetuidad* de los derechos reales.

(92) ROCA SASTRE, op. cit., T. II, pág. 352.

«En cambio, en la revocación obligacional, al cumplirse la «condición resolutoria se deshace el contrato, provocando, «no el aniquilamiento automático de la transmisión operada «en virtud del mismo, sino originando tan sólo a cargo del «adquirente una obligación de retransmitir a quien le trans- «mitió. La revocación real no encajaba en Derecho romano, «pero la misma adquirió carta de naturaleza en el Derecho «intermedio, del que pasó al Derecho moderno. No obs- «tante, actualmente son permitidos ambos tipos, pudiendo «adoptar uno u otro los contratantes, lo que obliga a confi- «gurar con precisión técnica aquél que de los dos elijan los «interesados a fin de evitar cierto confusionismo, el cual «se ha infiltrado en el artículo 1.504 del Código civil «y, por contagio, en el artículo 59 del Reglamento Hipote- «cario.

«No obstante, creemos que el artículo 11 de la nueva «Ley Hipotecaria se refiere al tipo de revocación real, y «en el mismo sentido hay que entender el artículo 59 del «Reglamento. En caso de adoptarse al juego de la revocación «obligacional, hay base para sostener que, aunque constara «en el Registro, no afectaría a terceros adquirentes, ya que «el artículo 11 de la Ley no alude a esta fórmula.»

Conviene añadir aquí lo apuntado por PINTÓ (92 bis) referido a la condición resolutoria tácita en todas las obligaciones recíprocas en el sentido de que es la manifestación de voluntad (requerimiento) la que produce todos los efectos sin necesidad de acudir a juicio (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1912, 19 de junio de 1913, 10 de abril de 1929, 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943). «Por ello, cuando la otra parte se oponga a tal pretensión si bien, dice PINTÓ, será prácticamente preciso acudir al juicio ordinario correspondiente, la pretensión no consistirá en que se declare la resolución, sino en que se declare que la resolución practicada mediante la manifestación de voluntad está bien hecha y, por tanto, podrá hacerse».

B) Respecto de terceros

Como sea que el artículo que comentamos está destinado a regular los efectos de la falta de pago del precio aplazado, ocurre que en el supuesto fáctico por dicho precepto contemplado tiene extraordinaria importancia el elemento tiempo.

Hemos analizado los efectos de este artículo respecto del comprador. Si éste no paga el precio aplazado dentro del tiempo convenido puede hacerlo transcurrido éste siempre que y hasta tanto el vendedor no le requiera notarial o judicialmente.

Pero habida cuenta de que desde el momento en que se perfecciona la compraventa hasta el momento del vencimiento del plazo de pago del precio aplazado puede transcurrir un tiempo considerable e incluso muchos años, el comprador puede vender la finca a tercera persona, de ahí la importancia de examinar los efectos que dicho artículo puede tener respecto de terceros. A este importante tema dedicamos el presente capítulo.

Para la comprensión de esta materia y resolución de la problemática creada por la compra por parte de tercero de fincas cuya compraventa previa no se halla totalmente pagada revisten transcendental importancia los artículos 10 y 11 de la Ley Hipotecaria y 58 y 59 del Reglamento Hipotecario que, por tal razón, transcribimos íntegramente.

Artículo 10 de la Ley Hipotecaria:

«En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago».

Artículo 11 de la Ley Hipotecaria:

«La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas.

«Lo dispuesto en el párrafo precedente se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie».

Artículo 58 del Reglamento Hipotecario:

«Se hará constar por medio de una nota marginal, siempre que los interesados lo reclamen, o el Juez o el Tribunal lo mande, el pago de cualquiera cantidad que haga el adquirente después de la inscripción, por cuenta o saldo del precio en la venta o de abono de diferencias en la permuta o adjudicación en pago. Igualmente bastará la extensión de una nota marginal cuando así especialmente lo establezca alguna Ley».

Artículo 59 del Reglamento Hipotecario:

«Si en la venta de bienes inmuebles o derechos reales se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el

«tiempo convenido tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato, será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causabiente que se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta y se acompañe el título del vendedor.»

Para el estudio que a nosotros interesa, la quinta esencia de los cuatro artículos transcritos se halla en la expresión contenida en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria según el que la expresión del aplazamiento del pago... «no surtirá efectos en perjuicio de terceros, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita».

Consecuentemente, para determinar los efectos que pueda tener para terceros adquirentes la circunstancia de hallarse el precio o parte del precio aplazado, hay que examinar si las partes convinieron en constituir hipoteca o en establecer una condición resolutoria explícita y por tal razón haremos el distingo del caso positivo y del caso negativo.

- a) Caso en que el aplazamiento de pago ha sido garantizado con hipoteca o se da a la falta del pago el carácter de condición resolutoria explícita

En este caso, no cabe duda, de que si efectivamente las partes tuvieran la prevención de garantizar con hipoteca el precio aplazado o de dar al hecho del pago naturaleza de condición resolutoria explícita, dicho pago aplazado surtirá efectos respecto de terceros adquirentes del comprador.

El eminente hipotecarista Roca Sastre glosa el principio que acabamos de exponer en diversas ocasiones en su magnífico tratado. Así, dice:

«...en virtud del artículo 11 de la nueva Ley Hipotecaria, «la sola expresión registral del aplazamiento del pago del precio no afectará a terceros, salvo que se garantice su efectividad con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria expresa» (93).

«Aquí, interesa preguntar: ¿Producen efecto contra tercero estas dos acciones? En nuestro Derecho civil puro, la acción de cobro del precio, nunca; la acción resolutoria, únicamente tratándose de un tercer adquirente de mala fe o a título gratuito. *Producirán ambas acciones, en todo caso, efectos contra tercero, cuando las partes refuercen la acción de cobro del precio mediante la constitución de una*

(93) ROCA SASTRE, op .cit., T. II, pág. 331.

«hipoteca («pactum reservatae») o robustezcan la acción resolutoria atribuyeno al hecho del impago el carácter de «condición resolutoria de la transmisión (pacto de la Ley «commisoria). Pero, fuera de estos supuestos de refuerzo «convencional, ni la acción de cobro del precio frente a «terceros, ni la acción resolutoria puede perjudicar al tercer adquirente oneroso de buena fe» (94).

«Entrando en el estudio de los efectos de este pacto resulta que según el artículo 11 de la vigente Ley Hipotecaria la expresión registral del aplazamiento del pago del «precio en los actos inscritos en que medie éste, surtirá «efectos en perjuicio de tercero, siempre que se dé a la falta «de pago del mismo carácter de condición expresa» (95)

Hay que tener presente, no obstante, que la doctrina que estamos sentando se refiere al artículo 11 de la Ley Hipotecaria la cual es propia de la reciente reforma legislativa de la Ley Hipotecaria de 1944/1946. Con anterioridad, la simple mención del precio aplazado podía tener efectos resolutorios tal como consideró la Resolución de 17 de enero de 1933 (96).

Como sabemos, la falta de pago del precio por parte del comprador de bienes inmuebles da derecho al vendedor a ejercitar una de las dos acciones: a) la acción de pago de precio (*actio venditi*) o, b) la acción de resolución del contrato basado en la *codictio causa data causa non secuta*. Pues bien, si el comprador no satisface el precio dentro del plazo pactado, el vendedor puede ejercitar la primera de las acciones o bien, previó el correspondiente requerimiento que ya hemos estudiado, solicitar la resolución del contrato.

En el estado actual de nuestra legislación Hipotecaria, pues, las anteriores acciones no son eficaces contra terceros si no se han robustecido, según expresión de ROCA SASTRE, la primera con la constitución de una hipoteca y la segunda —acción de resolución—, mediante la estipulación de que la falta de pago del precio tendrá el carácter de condición resolutoria explícita.

Habiendo pactado esto último, e inscrita la escritura de venta en el Registro, el tercer adquirente del bien inmueble que le ha transmitido el comprador no puede ignorar que hay una parte de precio o el total precio aplazado y que el no cumplimiento de la obligación de pago del mismo puede dar lugar a la resolución del contrato.

Si esto se produce, al vendedor le basta realizar el requerimiento

(94) ROCA SASTRE, op. cit., T. II, pág. 334.

(95) ROCA SASTRE, op. cit., T. II, pág. 351.

(96) Resolución de 17 de enero de 1933:

«...la acción para optar entre el cumplimiento del contrato, reclamando el pago del precio aplazado, o solicitar la resolución de la «venta nacida del artículo 1.124 del Código civil, si bien eficaz «contra tercero, en cuanto a los efectos resolutorios...»

de que habla el artículo 59 del Reglamento Hipotecario (y que no es otro que el que venimos examinando ideado por el artículo 1.504 del Código civil) haciendo constar al comprador su deseo de resolver la venta.

Tal requerimiento produce el efecto de retrotraer la propiedad del inmueble que estaba en poder de un tercer adquirente en favor del primer vendedor que la readquiere automáticamente sin necesidad de pleito alguno ni de resolución judicial ni tan siquiera de dirigirse a dicho tercer adquirente (97).

Respecto a la naturaleza real de la resolución contractual pactada e inscrita nos remitimos a lo dicho en el capítulo anterior.

E. Caso en que el pago aplazado no se garantiza con hipoteca o a su falta no se le atribuye el carácter de condición resolutoria expresa

En este caso, como claramente dice el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, «la expresión del aplazamiento del pago ...no surtirá efectos en perjuicio de tercero». Lo cual, como hemos dicho, representa una innovación respecto del sistema hipotecario anterior a la reforma de 1944/1946.

Dice ROCA SASTRE (98) que:

«Constando en el Registro el simple hecho o circunstancia de haberse aplazado el pago del precio de una compraventa u otro acto asimilable inscrito, ¿pueden afectar a los terceros adquirentes las dos acciones de cobro y resolutoria que el artículo 1.124 del Código civil atribuye al vendedor? Actualmente, con la Ley Hipotecaria vigente, *¿hay que contestar de un modo negativo..*»

Por lo demás esta doctrina es concordante con la sentada por la Sentencia de 23 de octubre de 1934 según la que el aplazamiento de pago del precio en la compraventa no concede al vendedor más derecho que el de carácter personal.

(97) ROCA SASTRE, op. cit., T. II, pág. 353:

«Por tanto, el cumplimiento de la condición resolutoria se hace constar en el Registro por medio de una nueva inscripción, de una manera automática, o sea sin necesidad de obtener el consentimiento del comprador o de los posteriores adquirentes, ni de resolución judicial, sin más requisito que el previo requerimiento judicial o notarial al comprador o a sus sucesores universales o singulares... La duda acerca de si los asientos de adquisición a favor de los terceros adquirentes posteriores pueden cancelarse automáticamente, o sea sin necesidad de su consentimiento o de declaración judicial, debe resolverse afirmativamente. A nada conduciría la declaración judicial; de necesitarse, ello constituiría un obstáculo que fácilmente eliminaría las ventajas del pacto comisorio.»

(98) ROCA SASTRE, op. cit., T. II, pág. 339.

Consecuentemente, la existencia de precio aplazado en una compraventa de inmuebles, aunque se haga constar en el Registro expresamente tal aplazamiento, ello por sí solo y aunque el tercero no pueda ignorar la existencia de tal aplazamiento por razón de la publicidad registral no produce efectos contra terceros.

El vendedor, a pesar de haber hecho constar en la escritura y consecuentemente en el Registro que el precio de la venta del bien inmueble debía pagarse en época determinada, si la finca se vende a tercero y no ha sido reintegrado de la totalidad del precio, no le quedará la posibilidad de resolver el contrato ya que el tercero eficazmente excepcionará que no le afecta la mención del precio aplazado. La única alternativa que le restará al vendedor será la de perseguir al comprador por la acción de pago del precio, acción meramente personal, y que, como decimos, de ninguna manera puede representar amenaza alguna para el patrimonio del tercer adquirente.

7. *Renunciabilidad del beneficio del artículo 1.504*

En su lugar hemos declarado que la norma del artículo 1.504 cuya exégesis nos ocupa atribuía al comprador de las compraventas inmobiliarias una verdadera ventaja que de otro modo no disfrutaría, es decir, la posibilidad *legal* de pagar transcurrido el plazo fijado convencionalmente para ello.

Nos toca ahora analizar para terminar este trabajo si el comprador puede renunciar al beneficio que se establece en su contemplación, esto es, la validez o invalidez del pacto por el que los contratantes estipulan que la resolución tendrá lugar de pleno derecho por la falta de pago sin necesidad de formular requerimiento alguno. En otras palabras —como se pregunta MANRESA (99)— ¿el artículo 1.504 es de derecho necesario o de derecho voluntario?, ¿el contenido del artículo 1.504 pertenece a la esfera de disponibilidad de los contratantes o puede ser libremente derogado por ellos?

El precepto es de por sí bastante explícito puesto que establece que el comprador podrá pagar incluso después de expirado el término «aún cuando se hubiese estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato». Si «de pleno derecho» («ipso jure») significa «automáticamente» (100), esto es, sin previa notificación, trámite o requerimiento, el precepto viene a establecer que, aún pactada la no necesidad de tal requerimiento, este sigue siendo imprescindible para que el vendedor resuelva eficazmente la venta y que el comprador pueda pagar vencido el plazo antes de tal interpelación.

La doctrina se manifiesta unánime al declarar la indisponibilidad privada de la materia de tal precepto cuya prevención resulta inalterada

(99) MANRESA, *op. cit.*, T. X, pág. 262 y ss.

(100) MUCIUS SCAEVOLA, T. XXIII, pág. 732.

por el convenio derogatorio de las partes. Así, MUCIUS SCAEVOLA (101), MANRESA (102), BORRELL (103), SABATER (104), BADENE: (105) no discrepen en este punto lo más mínimo.

Las siguientes palabras de MANRESA podrían ser suscritas por los demás autores:

«Si consultamos el espíritu del artículo 1.504, a poco «veremos que su finalidad no es otra que procurar la firmeza y seguridad de los contratos y suministrar medios para «que lleguen a efectuarse en los términos convenidos, para «lo cual el Código, sin duda, se funda en poderosas razones «de orden público; si atendemos a su letra, y muy especialmente a la frase «aún cuando se hubiera estipulado, «etcétera», llegaremos a la misma conclusión. *Es, por tanto, «para nosotros indudable que el requerimiento de que tratamos no puede renunciarse ni en el momento de perfeccionarse el contrato ni por acto posterior».*

El Tribunal Supremo, que sepamos, no se ha pronunciado en relación con el problema de la posible renuncia del privilegio del artículo 1.504). BADENES (106), siguiendo a SABATER, nos habla de una Sentencia de 10 de diciembre de 1911 que se inclinó, según dice, por la tesis de la derogabilidad del precepto por las partes, cuya sentencia crítica y nosotros no hemos sabido encontrar.

Barcelona, octubre 1970.

(101) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., T. XXIII, pág. 735, dice que el artículo 1.504 constituye una limitación del pacto de los contratantes, en obediencia a los principios jurídicos de orden superior que definen la responsabilidad por mora de forma que la convención privada no puede modificar estos principios sin desnaturalizar el pensamiento del legislador.

(102) MANRESA, op. cit., T. X, pág. 262 y ss.

(103) BORRELL, op. cit., pág.....

(104) SABATER, op. cit., T. II, pág. 869.

(105) BADENES, op. cit., T. II, pág. 869.

(106) BADENES, op. cit., T. II, pág. 870.

El Derecho comparado ante la filiación extramatrimonial

LUIS MARTINEZ CALCERRADA

Doctor en Derecho. Juez de primera Instancia

SUMARIO: I. Derecho francés. A) Precedentes legislativos. a) Filiación ilegítima. 1) Concepto y clases. 2) Reconocimiento. 3) Investigación. a') Maternidad. b') Paternidad. Efectos. a') De tipo sucesorio. b') De tipo alimentario. b) Filiación adoptiva. 1) Significación. 2) Disciplina del antiguo "Code" de 1804. 3) Leyes Especiales. B) Sistema vigente del "Code Français". a) Régimen jurídico de la filiación ilegítima. 1) Concepto y clases: artículos 331 y 335. 2) El reconocimiento: artículos 334 y ss. a') Voluntario. b') Reconocimiento forzoso: Investigación de la maternidad. Investigación de la paternidad: Consecuencias de la regulación legal. Investigación de la paternidad en la filiación ilegítima no natural. La llamada "acción alimentaria". 3) Efectos. a') En la filiación ilegítima natural: De tipo alimenticio. De tipo sucesorio. Donaciones. b') En la filiación ilegítima no natural: Su derecho a alimentos. Regulación en una trinidad de normas. Especial significación de la legitimación de la prole adulterina: examen del artículo 331. 4) Referencia a la ley de 25 de julio de 1952. b) Régimen jurídico de la filiación adoptiva: Análisis del Tít. VIII del Libro I del "Code", tras la reforma de la ley 66-500 de 11 de julio de 1966: artículos 343 a 370. 1) Adopción plena. a') Condiciones requeridas para la adopción plena. Del adoptante. Del adoptado. Requisitos formales: El consentimiento. b') Del acogimiento con miras a la adopción plena y del juicio sobre la misma. c') Efectos de la adopción plena: Creación de la "filiación adoptiva", apellidos. Incorporación completa del hijo adoptivo al legítimo. Relieve del art. 358. Irrevocabilidad de la misma. 2) Adopción simple. a') Condiciones requeridas y el juicio correspondiente. Remisión a la anterior. b') Efectos de la adopción simple: Apellidos, permanencia de la familia de origen, patria potestad, parentesco adoptivo, alimentos, derechos sucesorios, su revocabilidad.—II. Derecho italiano. A) Precedentes legislativos: "Código" de 1865. a) Filiación ilegítima. 1) Natural. a') Reconocimiento. Sujetos: activo, pasivo. Forma. Caracteres. b') Acciones de la filiación natural: De impugnación de estado. De reclamación de estado. Investigación de la maternidad. De la paternidad. Efectos. 2) Filiación ilegítima no natural: a) Concepto. b') Significación jurídica: Denegación de la investigación de la paternidad. Su exclusivo derecho a alimentos. b) Filiación adoptiva: "Nuevo Código" de 1942. 1) Modalidad única: "Dell'Adozione". a) Requisitos de su constitución: Personales. Formales. b') Efectos de la adopción: Personales. Patrimoniales. c') Revocabilidad. 2) La llamada relación de "afiliación" o acogimiento. Sus notas. B) Sistema vigente del "Codice Civile". a) Régimen jurídico de la filiación ilegítima: Cap. II, Tít. VII de su Libro I. 1) Concepto y clases. 2) El reconocimiento. a') Voluntario: Requisitos. De hijos incestuosos. De hijos adulterinos. Forma del reconocimiento. b') Reconocimiento forzoso: Declaración judicial de la paternidad y material natural. c') Investigación de la paternidad —o maternidad, en su caso— de la filiación ilegítima no natural. 3) Efectos. a') En la filiación ilegítima natural: "Status filii". Personales. Patrimoniales.

b') En la filiación ilegítima no natural: Derecho a alimentos. Derecho sucesorio: Renta vitalicia. El artículo 30 de la Constitución Italiana de 27 de diciembre de 1947. c') Legitimación de la filiación ilegítima. b) Régimen jurídico de la filiación adoptiva: Ley de 5 de junio de 1967, Libro I, Tít. VIII, artículos 291 al 314/28 del "Codice". 1) Adopción estricta. a') Requisitos personales: del adoptante, del adoptado. b') Requisitos formales: fase judicial y fase registral. c') Efectos: Patria potestad, posición con la familia de origen, nexos adoptivo, derechos sucesorios, apellidos, alimentos. 2) Adopción especial: Capítulo III, artículo 314 aps. 2 al 28. a') Requisitos personales: del adoptante, del adoptado. b') Requisitos formales: Fase preparatoria: "stato di adottabilità" y "affidamento preadottivo". Fase judicial. c') Efectos: artículos 314/26. Creación de la filiación adoptiva y desaparición de la familia de origen, incorporación del hijo adoptivo al legítimo, apellidos, revocabilidad.— III. Derecho alemán. A) Régimen jurídico del B. G. B. sobre la filiación extramatrimonial. a) Filiación ilegítima. 1) Concepto y situación jurídica en general. 2) Situación jurídica de la filiación ilegítima con la madre natural y sus parientes. a') Sus efectos. b') Revelación del nombre del padre ilegítimo. 3) Situación de la filiación ilegítima frente al padre. a') Pretensión de alimentos del hijo ilegítimo: Cuantía, forma y condiciones. b') Pretensión de indemnización de la madre ilegítima. c') Investigación de la paternidad ilegítima. Investigación de la "paternidad pecuniaria". Presunción de paternidad. Su destrucción. El art. 1.717 del B. G. B. Especial significación de la aportación científica sobre los grupos sanguíneos facilitadora de la investigación de la paternidad: Su efecto negativo. Detalle de los cuatro grupos. La llamada investigación "genealógica o de descendencia". Declaración de paternidad ilegítima. b) Filiación adoptiva. 1) Concepto y significado. 2) Condiciones requeridas para la adopción: a') Personales: del adoptante, del adoptado. b') Formales. 3) Efectos de la adopción. a') En relación con la familia adoptiva: Equiparación al hijo legítimo, parentesco, patria potestad, apellidos, derecho a alimentos y sucesorio. b') En relación con la familia de origen. 4) Ineficacia y revocación de la adopción. B) Reformas legislativas vigentes. a) Filiación ilegítima: Ley de 19 de agosto de 1969. 1) Situación jurídica del hijo no matrimonial con su padre. Efectos. a') Patria potestad. b') Apellidos. c') Alimentos. d') Derecho sucesorio. e') Posición jurídica de la madre extramatrimonial frente al hijo y al padre. 2) Investigación de la paternidad; judicial y extrajudicial. a) efectos alimenticios. 3) Concurrencia de la acción de "paternidad pecuniaria" y la llamada "declaración de paternidad ilegítima": Resolución del conflicto. Conclusiones personales sobre esta legislación ejemplar. b) Filiación adoptiva: Ley de adopción de 8 de agosto de 1950, y su derogación por la Unificadora de la Familia de 11 de agosto de 1961. 1) Condiciones para la adopción. a') Personales. b') Formales. c') Efectos. d') Revocación e ineficacia de la adopción.

I. DERECHO FRANCES

A) PRECEDENTES LEGISLATIVOS

La normativa imperante en el Derecho francés en torno a la filiación extramatrimonial se concreta al estudio de su reglamentación anterior al vigente Código civil reformado por numerosas leyes especiales, conforme a los dos tipos de esta filiación:

a) FILIACIÓN ILEGÍTIMA:

1. *Concepto y clases.*—Desde tiempos antiguos el clásico Derecho francés considera hijos naturales a los nacidos de personas que en la época de su concepción podían contraer matrimonio, aunque fuera con dispensa; este hijo natural y el ilegítimo “s. sensu” —o sea, el que no reunía dichos requisitos— estaba muy disminuido en relación al legítimo; mas la revolución francesa conmueve los cimientos de la familia, equiparándolos a los legítimos con la ley 12 del Brumario año II, hasta que el Code de 1804 ratifica la antigua legislación (1).

2. *Reconocimiento.*—Podía ser de dos clases: a’) Voluntario: De siempre se ha otorgado en este Derecho a los padres la facultad de reconocer a sus hijos naturales. b’) Forzoso: Cuando los hijos no son voluntariamente reconocidos como naturales, pueden recurrir a la acción judicial, si bien por separado, respecto a cada uno de los padres, en su caso, por inexistir las presunciones propias de la filiación matrimonial; así hay que distinguir.

3. *Investigación:* a’) De la maternidad: Se podía siempre constatar en razón a la proverbial certeza del hecho del parto y la identidad del nacido con la persona reclamante. b’) De la paternidad: Es donde, como siempre, el problema es más vidrioso. Aunque las fuentes no son muy claras, Aubry y Rau afirman que en el Derecho antiguo francés se permitía esta investigación (2). Por su parte, y en esa misma idea, Planiol y Ripert, expresan que si bien se permitía la indagación su objetivo no era el mismo que en nuestros días, puesto que los bastardos (3) no tenían derecho a sucesión alguna, y si sólo alimentos, habiendo de distinguirse la acción destinada a asegurar los primeros gastos resultantes del parto de la madre y la dirigida a acreditar la filiación del hijo (4). El Código civil de 1804 la prohíbe en general, salvo en caso de raptó, si bien la materia, como se verá, ha sido modificada por las leyes de 16 de noviembre de 1912 y 15 de julio de 1955 (5).

4. *Efectos:* a’) De tipo sucesorio: En el Derecho francés antiguo no se reconocía otro parentesco que el del nacimiento en ma-

(1) Según la exposición que hace CAFFERATA, in *La filiación ilegítima*. Buenos Aires, 1950, p. 81.

(2) AUBRY y RAU. in *Cours de Droit Civil Français*, tomo VI, p. 150.

(3) Como es sabido. en el Derecho tradicional francés, frente a los legítimos o nacidos de matrimonio legalmente contraído, estaban los bastardos, que englobaban a todos los ilegítimos o nacidos fuera de dicho matrimonio, según DOMAT, in *Les Lois Civiles*. Libr. prl. titul. 2.º, Secc. 1.ª, núm. 3, p. 12.

(4) Idem. BONET, *Compendio de Derecho Civil*, tomo V, p. 553, que cita el trabajo de BARET: *Histoire ritique de regles sur la preuve de la filiation des enfants naturels*.

(5) Con lo que se zanja la discusión entre AUBRY y RAU, que afirmaba que, según el artículo 340, antiguola excepción sólo se aplicaba al raptó con violencia, pero no a la seducción, si ésta no fue seguida de secuestro, ni a la violación, frente a la opinión de DEMOLOMBE (in *Cours de Code Napoleon. Traité de la paternité et de la filiation*, núm. 489, p. 516).

trrimonio legítimo; en consecuencia, las costumbres establecían que los bastardos no sucedían ni a su padre ni a su madre y parientes naturales, ni éstos a aquéllos (6); si morían intestados, su herencia correspondía al rey (7); el hijo ilegítimo era incapaz de suceder “abintestato” a sus progenitores; en materia de testamentos, los hijos adulterinos e incestuosos sólo podían recibir de sus padres donaciones y legado de alimentos, siendo incapaces para otra liberalidad; si son naturales, no pueden recibir donaciones universales, pero si particulares (8); tesis aplicable a los legados (9). En cuanto al Derecho intermedio, hay que decir que el anterior régimen se innova en 1793, y así a iniciativa de Cambaceres, la convención decreta el 4 de junio de 1793, que los hijos nacidos fuera de matrimonio heredarían a sus padres en la forma que sería determinada (10) por ley de 12 de Brumario año II, o 2 de noviembre de 1793: reforma importantísima, que pretendía hasta la equiparación del hijo adulterino con el legítimo (11). Son sus innovaciones: 1) Llama a los hijos nacidos fuera de matrimonio a la sucesión de sus padres, con lo que desaparece su clásica preterición obteniendo el reconocimiento de su Derecho hereditario. 2) El artículo 2 establece la equiparación de los hijos habidos fuera de matrimonio a los legítimos, legitimándose así las uniones extramatrimoniales del tipo concubinario. 3) Por ley 1 de julio de 1789 se otorgan Derechos sucesorios recíprocos a los hijos naturales y a sus parientes colaterales, en defecto de herederos directos. 4) El artículo 16 de la ley primera otorga a los hijos naturales el derecho de representación de su padre o madre, con lo que se extiende esta figura a los parientes ilegítimos (12). 5) Si bien no se plasma la equiparación de los incestuosos y adulterinos a los legítimos, el artículo 13 les concede la tercera parte de lo que les

(6) POTHIER, in *Oeuvres*, tomo V y VII, p. 18.

(7) POTHIER, *ibidem*, tomo VII, p. 270. Idem, DOMAT, *op. cit.*, libr. IV. Sucesiones. p. 430, parágr. 430.

(8) POTHIER, *op. cit.*, tomo VII, p. 435. Idem, PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, tomo V, núm. 229, p. 241.

(9) POTHIER, *ibidem*, p. 321.

(10) PLANIOL RIPERT, *op. cit.*, tomo IV, p. 113, núm. 85.

(11) Para la transcripción total de esta ley 12 de brumario año II, 2 de noviembre de 1793, Vid. CAFFERATA, *op. cit.*, p. 108, nota 83. Sus directrices están en los artículos 1: “Los hijos actualmente existentes ,nacidos fuera de matrimonio, serán admitidos a la sucesión de su padre y madre, abiertas desde el 14 de julio de 1789...” Artículo 2: “Sus derechos de sucesión serán los mismos que los de los hijos legítimos”. Con la única excepción para los adulterinos en su artículo 13: “Se exceptúan aquellos hijos cuyo padre o madre estaba, a la época de su nacimiento ligado por los vínculos del matrimonio. Se les acordará a ellos solamente, a título de alimentos, la tercera parte de la porción a la cual ellos tendrían derecho si hubiesen nacido en el matrimonio”.

“Esta ley de la época revolucionaria es muy importante, por cuanto implica una profunda transformación del derecho antiguo a la par que ha servido de base muchas disposiciones del Código civil” (según CAFFERATA, *op. cit.*, p. 108).

(12) Vid. al respecto nuestra obra *La representación en Derecho Sucesorio*. Edit. Aranzadi, 1966, principalmente, pp. 80 y ss.

hubiera correspondido de ser legítimos y sólo a título de alimentos. Y 6) En su artículo 14, aunque no formulada mentada equiparación, se prepara el camino para el actual artículo 331 del "Code", en donde se permite la legitimación de los hijos adulterinos (13). b) De tipo alimentario: Como es sabido, este deber universal de los padres para con los hijos, se ha extendido en todas las legislaciones más antiguas a favor de los hijos ilegítimos. Según Pothier, la obligación de los padres de proporcionar alimentos a sus hijos se extiende aún a los nacidos de uniones ilícitas o fornicaciones, y por supuesto a los hijos bastardos (14); todo el que reconociera un hijo como suyo o si se le impusiera el reconocimiento, habría de alimentarlo, educarlo y situarlo para ganarse su vida, incumbiendo este deber a la madre cuando el padre no fuera conocido (15), siendo esta obligación recíproca para ambos (16); estos principios del Derecho consuetudinario francés se incorporaron al Código de 1804, en su general información, y, según Planiol y Ripert, por el parentesco de afinidad, el cónyuge del hijo natural está obligado a prestar alimentos al padre o madre de su esposo, si la filiación está acreditada (17).

b) FILIACIÓN ADOPTIVA.

Asimismo cuenta con varias disposiciones legislativas anteriores a la vigente.

1. *Significación*: Como es sabido, el instituto de la adopción se incrustó en el antiguo Derecho francés muy lánguidamente, hasta desaparecer. Así, Bonet (18) afirma que la misma desapareció en los países del Derecho consuetudinario, y fue casi olvidada en el Mediodía, ya que desde el siglo XVI no se confería al hijo adoptivo más que el derecho de suceder al adoptante. Reparició cuando en la época de la Revolución se fomentaron los recuerdos de las instituciones romanas y así la Asamblea legislativa ordenó a su Comité de Legislación en 18 de enero de 1792 regularla; no acogida por el Proyecto Jacqueminot, el Consejo de Estado, al discutir el Código Napoleónico, tras las censuras de Maleville y Tronchet, y defensa de Bertier y Portalis, informó favorablemente y fue instituida en el "Code" a instancias del mismo Napoleón, aunque con una disciplina muy arcaica y "condiciones tan draconianas que hicieron rara su práctica" (19).

(13) CAFFERATA, op. cit., p. 110.

(14) In op. cit., tomo 5, p. 219.

(15) Ibidem, p. 219.

(16) Según AUBRY y RAU, op. cit., tomo VI, p. 209.

(17) Op. cit., tomo 2.º, p. 27, núm. 29.

(18) BONET in *Compendio de Derecho civil*, tomo V, op. cit., pp. 657 y ss.

(19) Como literalmente dice el citado autor. En la misma línea se comenta: "En Francia, concretamente, la adopción, tal como la reguló el Código, venía practicándose poco a causa de las exigencias —poco gratas para los adoptantes— de que..." (CASTÁN, op. cit., 8.ª ed., p. 218).

2. *Disciplina del antiguo Código de 1804*: Era muy arcaica y fragmentada; el adoptante debía tener 50 años, 15 más que el adoptado y carecer de descendientes legítimos y haber cuidado al adoptado en su minoría; y éste ha de ser mayor, solicitar el consejo de sus padres y obtener autorización si tenía menos de 25. En esta síntesis del profesor Bonet se añade que “la insuficiencia del Código se vio mejor a consecuencia de las guerras de este siglo, que dejaron numerosos huérfanos, siendo imposible la adopción de los menores, naciendo una nueva legislación, que ha suavizado las condiciones y acogido la legitimación adoptiva”.

3. *Leyes especiales*: Se contiene en una variada normativa: Decreto-Ley de 29 de julio de 1939, artículo 101; Ordenanza de 23 de diciembre de 1958 de vital importancia y la precedente de 19 de octubre de 1945 sobre adopción de extranjeros (20). Asimismo las Leyes de 19 de junio de 1923, 8 de agosto de 1941, 23 de abril de 1949, que, en general, han reformado el sistema legal, permitiendo la adopción de menores y separando al adoptado —que pasa a la patria potestad del adoptante— de su familia natural (21). Por último, el precedente inmediato de la actual ley vigente lo constituye la ley de 1.º de marzo de 1936 (22), que introdujo algunas modificaciones en el Código en materia de adopción y legitimación adoptiva: Establece tres clases de adopción: 1) La adopción sin ruptura de lazos familiares. 2) La adopción con ruptura de lazos familiares. 3) Legitimación adoptiva. Pero como es sabido, esta ley “rápidamente” confeccionada, debido a las campañas difusoras nacionales sobre tristes tragedias de hijos adoptivos (23), fue prontamente reformada y sustituida por la actualmente en vigor, ley 11 de julio de 1966 y decretos de 2 de diciembre de 1966 y 12 de enero de 1967, que serán objeto de estudio especial.

(20) Su transcripción, véase, in BONET, op. cit., pp. 658 y 659.

(21) CASTÁN, *ibidem*, p. 218.

(22) Sobre la materia, existe la interesante aportación: J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, *La reforma de la adopción en el Derecho Francés*, en “Anuario Derecho Civil”, 1963, pp. 821 y ss.

(23) Al punto se lee: “Esta institución se regía en Francia por la ley de 1.º de marzo de 1963, hecha un poco rápidamente bajo la impresión producida por determinados casos, como el tan tristemente famoso de Novack, que ocupó con grandes fotografías la primera página de “France Soir” (F. VEGA SOLA, in *La ley de 4 de julio de 1970 y las recientes reformas de la adopción en Francia, Italia y Portugal*, dentro del conjunto *Estudios sobre la adopción*, Derecho comparado y ley española de 4-7-1970. Edit. Reus, S. A. Madrid, p. 121).

Y no se olvide asimismo que ha sido en Francia, precisamente, en donde la literatura social ha puesto más de relieve los casos y tragedias de la filiación adoptiva, a causa de los conflictos entre ambas familias, habiéndose dado notoriedad a diversos sucesos al respecto (Vid. los citados relatos de MARILENE CLEMENT, in op. cit., *La adopción*, pp. 100 y ss.).

B) SISTEMA VIGENTE DEL "CODE FRANCAIS"

Una vez transcrito su más saliente parecer, de conformidad con el Derecho legislado precedente, examinemos el actual Código civil con un orden semejante.

a) RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FILIACIÓN ILEGÍTIMA.

1. *Concepto y clases*: Se regula en el C. c. bajo la rúbrica del título VII "De la paternidad y filiación", de su libro I "De las personas", Capítulo III "De los hijos naturales", Secciones I y II, artículos 331 a 342 bis (24).

El artículo 331, según ley de 25 de abril de 1924, y a propósito de "la legitimación de los hijos naturales", expresa que los hijos nacidos fuera de matrimonio —así como los de unión adulterina— podrán ser legitimados por el matrimonio subsiguiente de su padre y madre, cuando éstos los hubieran reconocido legalmente antes de su matrimonio o en el momento de su celebración. Sanción que en armonía con lo dispuesto en el artículo 335 al decir que el reconocimiento —propio de los hijos naturales— no tendrá lugar en beneficio de los hijos nacidos de uniones incestuosa o adulterina, salvo lo dispuesto en el artículo 331 comentado —según ley de 30 de diciembre de 1915—, conduce a la siguiente clasificación legal:

— Ilegítimos naturales: Sobre los que puede recaer el reconocimiento de sus padres, y fueron habidos por padres no casados con otra u otras personas, ni unidos entre sí por parentesco incestuoso.

— Ilegítimos "s. sensu": Los no naturales, esto es, adulterinos o incestuosos.

2. *Reconocimiento*.—Regulado en la Sección II: "Del reconocimiento de los hijos naturales", artículos 334 y siguientes.

Destaca, pues, como es de hábito en la mayoría de las legislaciones, que el reconocimiento únicamente puede recaer en favor de la *filiación natural*, sin perjuicio de que se examine su posible afección en la no natural.

El artículo 334 habla de que el reconocimiento de un hijo natural —cuyo concepto ya lo hemos señalado— se hará en acta auténtica cuando no haya tenido lugar en el acta de nacimiento. En cuanto a sus clases:

a') *Voluntario*: Aunque no existe norma explícita al punto, se deduce su viabilidad de los artículos 336 y 339; por el primero, se preceptúa que el reconocimiento del padre sin la indicación y la declaración de la madre no tiene efecto sino en relación con el padre; por el segundo se afirma que todo reconocimiento por parte del padre

(24) Textos legales traducidos del *Code Civil*, de la Colección "Petits Codes Dalloz". 70.^a ed. París Librairie Dalloz. 1970-71.

o de la madre, al igual que cualquier reclamación por parte del hijo, podrán ser impugnados por los interesados. O sea, es claro, que el reconocimiento pueden hacerlo unilateralmente, bien el padre, bien la madre, o bilateralmente los dos, pero siempre, en esta hipótesis, en forma voluntaria, simultánea o no. Por otro lado, se deriva de esta normativa: que es un acto personalísimo o sea que sólo repercute al reconociente; que se trata de una declaración de voluntad no viciada (25); con el reconocimiento el hijo natural consolida su estado civil, y una vez efectuada no puede revocarse (26), y por último, que sus efectos se producen no sólo entre padre e hijo, sino entre sus sucesores y terceros, que serán los interesados que puedan, en su caso y por ello, impugnarlo, conforme al artículo 339 (27). Por último, en el artículo 337 se acomete un supuesto muy peculiar: El reconocimiento hecho por uno de los esposos durante su matrimonio a favor de un hijo natural habido con otra persona antes de dicho matrimonio, no perjudicará a los hijos legítimos ni a dicho natural. No obstante, aprovechará al hijo natural si, disuelto el matrimonio, no queden hijos del mismo. Sanción de indudable tutela de la prole legítima, e, incluso de la natural, al evitarse con la misma las fricciones por sus respectivos intereses contrapuestos en la materia.

b') *Reconocimiento forzoso*: O el impuesto al padre o la madre, cuando por alguno o algunos, según los casos, no han reconocido espontáneamente a su hijo, y merced a resolución judicial. Por tanto, conviene examinarlo, según la terminología al uso, en los dos casos:

— *Investigación de la maternidad.*

No existe limitación alguna, por la tradicional doctrina imperante a causa de la certeza del parto e identidad del hijo nacido con el reclamante. Se consagra categóricamente en el artículo 341: "Se admite la investigación de la maternidad. El hijo, que reclama a su madre, habrá de probar que es el mismo que aquél al cual ella dio a luz" (28). Por ley de 15 de julio de 1955, se ha previsto al respecto que "se admitirá como prueba al efecto la posesión constante de hijo natural respecto a tal madre; en su defecto, la prueba de la filiación podrá acreditarse por testigos, si existen presunciones o in-

(25) Vid. AUBRY y RAU, op. cit., tomo VI, p. 156 y DEMOLOMBE, op. cit., núm. 430. p. 437.

(26) Cfr. DALLOZ, in *Repertoire de Legislation*, Patis, 1855, tomo 35. p. 360. núm. 595 cit. p. CAFERRATA, op. cit., p. 85.

(27) PLANIOL y RIPTERT, op. cit., tomo II. p. 669.

(28) Ello contrasta con el criterio de nuestro artículo 136 al menos en la forma, ya que éste no proclama esa regla general permisiva, sino la autoriza "la madre estará obligada a reconocer al hijo natural: 1.º) y 2.º...)", en los dos casos indicados.

dicios graves o un principio de prueba por escrito en los términos establecidos en el artículo 324 del presente Código (29).

— *Investigación de la paternidad.*

Rige el conocido, aunque con variantes, régimen restrictivo. Como se constató el primitivo Código de 1804 prohibió terminantemente la investigación en su artículo 340, el cual, ha sido modificado por la ley de 16 de noviembre de 1912, a cuyo tenor, el problema queda así establecido: "La paternidad fuera del matrimonio puede judicialmente declararse: 1) en caso de rapto o violación, cuando estos hechos se retrotraigan a la época de la concepción. 2) En caso de seducción producida por maniobras dolosas, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o esponsales (30). 3) En caso de existir cartas u otro escrito privado proveniente del propio padre y del que se derive un reconocimiento inequívoco de su paternidad. 4) En el caso de que el padre o la madre hayan vivido en estado de notorio concubinato durante el período legal de la concepción. 5) Si el pretendido padre se ha ocupado de la manutención y educación del hijo en su calidad de padre. La acción de investigación de la paternidad no se admitirá: 1) si se ha acreditado que la madre durante la concepción del hijo observó una conducta inmoral o tuvo relaciones con otro hombre. 2) Si el padre, durante el mismo período, bien por su ausencia o por cualquier accidente, se encontraba en imposibilidad física de ser padre de tal hijo. 3) Si el análisis de sangre del padre, demuestra que no pudo ser padre de tal hijo (31). La acción le co-

(29) Según AUBRY y RAU la investigación de la maternidad puede intentarse por el propio hijo y por todos los que tengan interés en ello, aún en contra suya (in op. cit., tomo 6, p. 20); DALLOZ y PLANIOL opinan lo contrario porque esta materia ha sido regulada en beneficio del hijo y no en su perjuicio (in op. cit., tomo 35, p. 387, núm. 639; y op. cit., tomo II, p. 682, núms. 870-2). Por otro lado dicha acción podrá dirigirse contra mujer casada, siempre que el hijo fuera concebido durante su soltería (A. y RAU, op. cit., tomo VI, p. 196).

Asimismo, la jurisprudencia francesa, según anota M. ROUAST, afirma que la investigación de la maternidad natural no se admite más que en interés del niño y constituye un derecho exclusivamente reconocido a su persona, que no puede ser ejercitado después de su muerte por ninguno de los que son llamados a sucederle por cualquier título que fuere. (Vid. Sentencias de lo Civil de 29 de julio de 1861, del Tribunal D. P. 61, 1297; ídem de abril 1872 del mismo Tribunal 79, 113; e ídem de 9 de marzo de 1926, DP. 1, 225).

(30) Este núm. 2 del artículo 340 fue reformado por la ley de 15 de julio de 1955, en el sentido de suprimir la exigencia establecida por la anterior de 16 de noviembre de 1912, de condicionar el supuesto a que "existiera un principio de prueba por escrito en los términos del artículo 1.347"; prueba que según PLANIOL y RIPERT habría de referirse a la seducción y no a la paternidad. (In op. cit., tomo 2, p. 705, núm. 899).

(31) Introducción de la prueba de grupos sanguíneos, verificada por la ley de 15 de julio de 1955; tema, como se sabe muy polémico en cuanto a la aún relatividad científica sobre sus resultados, aunque no haya duda que sirve para constatar que una persona "No" es padre de otra, o que ésta no ha podido ser engendrada por aquél, o sea, en su vertiente negativa, con lo

rresponderá sólo al hijo, y, durante su minoría, a su madre, aunque sea menor, a dichos estrictos efectos. Se ejercitará, bajo sanción de caducidad, durante los dos años siguientes al nacimiento, si bien en los supuestos 4 y 5 —concubinato o mantenimiento y educación del hijo— los dos años se contarán desde que cesó aquél o el padre incumplió su participación”. Por último, por ley número 64-1230 de 14 de diciembre de 1964 se añade al artículo 340 el siguiente párrafo: “En defecto del reconocimiento por la madre —esto es, cuando no sea conocida— o, en su caso, si ha muerto o está incapacitada, la acción se ejercitará conforme a lo dispuesto en el artículo 464, párrafo 3.º (32). Y por último, “Si la acción no se intentó durante la minoría del hijo, éste podrá hacerlo durante todo el año siguiente a su mayoría de edad”.

Las *consecuencias* que en torno a este debatido problema se obtienen, en su relieve más interesante, de este completado y reformado varias veces, artículo 340 del “Código”, son:

1. Proclamación, en sentido afirmativo, sin cortapisas aparentes, de la admisibilidad investigadora, aunque los supuestos a que se contrae, cercenan la libre investigación, pese a los laudables esfuerzos del vecino legislador en el sentido ampliatorio.

2. La posibilidad de que el Tribunal Civil pueda imponer la paternidad de casos delictivos: raptó, violación, seducción o estupro, sin necesidad de referenciar un pronunciamiento previo del Tribunal Penal; esto, al menos, en la dicción del precepto, sin perjuicio de que para ello, este último Tribunal haya apreciado previamente la comisión de dichos delitos, pero ya sin emitir una sanción de consecuencias civiles.

3. Se otorga relevancia jurídica a estos efectos, al concubinato notorio, como causa atrayente de una paternidad judicialmente constatada.

4. Se consideran indicios suficientes los derivados de un comportamiento del padre con el hijo en su crianza y educación, acordes con los de una relación paternofilial.

5. El rehusé de la acción de reclamación, por la conducta deshonesta de la madre, durante la concepción del hijo, o por imposibilidad de acceso del padre, por su ausencia u otro accidente.

6. La incorporación en las técnicas probatorias de los grupos sanguíneos, cuyo marchamo legal, en el sentido del número 3 —entre los supuestos de rehuses—, confirma su, hasta el momento, valor científico en su resultante negativa.

que, al menos, se esclarece un aspecto del enigma, sobre todo, y por ello, muy eficaz para desvirtuar posibles reclamaciones infundadas contra progenitores falsos en la realidad. Sobre el tema, aparte de su posterior alusión, es muy conocida la obra: *La prueba de los grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad*, Madrid, 1950, de CASTRO PÉREZ.

(32) Que establece la autorización precisa del Consejo de Familia en los actos del tutor relativos a derechos no estrictamente patrimoniales.

En esa síntesis, pues, están las aportaciones más meritorias de la legislación francesa al respecto, que, sin duda, comportan un régimen más comprensivo y acabado que nuestro vetusto artículo 135 del Código civil español y demás concordantes.

— *Investigación de la paternidad en la filiación ilegítima no natural*

Es claro, que la anterior normativa está dentro de la Sección II indicada “Del reconocimiento de los hijos naturales”, y, por tanto, toda su onda subjetiva incluirá exclusivamente a la prole de este carácter, quedando pues, preterida, la filiación no natural. A ello conduce, además la siguiente reglamentación: Artículo 355: “El reconocimiento no tendrá lugar a favor de los hijos nacidos de uniones adulterinas o incestuosas (33), salvo lo dispuesto en el artículo 331”. Por otro lado, el artículo 342, terminantemente afirma: “Jamás se admitirá a un hijo la investigación de su paternidad o maternidad, cuando conforme al artículo 335, no sea susceptible de reconocimiento.”

Ahora bien en el párrafo 2.º de este artículo 342, según la redacción de la ley de 15 de julio de 1955, se añade: “Los hijos nacidos de uniones incestuosas o adulterinas, podrán, no obstante, reclamar alimentos, sin que la acción correspondiente tenga por objeto proclamar la existencia de un vínculo de filiación, cuya constatación está expresamente prohibida. La acción podrá ejercitarse durante la minoría de edad del hijo, y en su defecto, durante el año siguiente a su mayoría. El proceso se tramitará en forma ordinaria ante el tribunal competente y con audiencia del ministerio fiscal. El juicio será en audiencia pública.

A pesar de los límites en que se permite el ejercicio de esta denominada “acción alimentaria” (34), conviene resaltar que su amplitud es muy superior a la correlativa de nuestro artículo 140 del Código civil, por cuanto no se constriñe la misma a la previa existencia de circunstancias cualificadas —como en éste son la sentencia firme, el escrito indubitado, o los presupuestos de la maternidad, respectivamente—, y, de consiguiente, cabe intentarla en todo caso. Además, en armonía con el espíritu imperante en el Derecho francés en materia de filiación ilegítima, y la precedente normativa, así como la interpretación jurisprudencial al respecto, cabe sentar estas conclusiones.

1. La acción alimentaria del artículo 342-2, es distinta e independiente de la acción del estado del artículo 340, o sea, la relativa a la filiación natural, y en consecuencia, pueden emplearse para su prueba todos los medios, según observa M. Rouast (35).

(33) Según el texto establecido por ley de 30 de diciembre de 1915.

(34) Según la llama la jurisprudencia francesa, en la transcripción de M. ROUAST. (Vid. DALLOZ, op. cit. *Code Civil*, p. 170).

(35) Según declara la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de lo Civil de 13 de enero de 1959, D. 1959, 61 (1.ª y 2.ª clase).

2. Efectivamente, se prohíbe taxativamente la investigación de la paternidad de la filiación ilegítima no natural, pero no, en cuanto la misma persiga el reconocimiento de su derecho a alimentos; por ello, en la "praxis" si se admite aquella investigación, como presupuesto condicionante para determinar el padre gravado, aunque su constatación nunca alcance a derivar de la misma un nexo paterno-filial, consustancial con todo "status filii".

3. En correspondiente aplicación de los medios probatorios admitidos para el acreditamiento de la filiación natural, es evidente, que también para ésta podrá recurrirse a la prueba de los grupos sanguíneos, como réplica del padre demandado, y si el Tribunal no lo considera pertinente o necesaria, podrá, en consecuencia, rechazar la demanda alimenticia (36).

4. De igual modo, cuando la madre haya tenido relaciones sexuales con varios hombres, durante el período legal de la concepción del hijo, y reclama alimentos a su concubino, éste podrá oponerse a dicha demanda, y si bien ésta se admitirá, habrá de desestimarse la misma si *por la prueba de análisis de sangre resulta la imposibilidad de la paternidad de dicho concubino demandado* (37).

5. La acción de prestación de alimentos se permite tanto a los hijos doblemente adúlterinos como a los que solamente lo son por parte de uno de sus progenitores (38). Y por último.

6. Cuando el respectivo padre estuviera casado, al haber concedido al hijo, con otra mujer distinta a la madre, el citado hijo podrá invocar su *cualidad* de hijo adúlterino para demandar a su padre por alimentos en base a dicho artículo 342 (39). Y es esta afirmación, aparentemente inocua, la que revela la amplitud con que se regula la acción comentada, hasta el punto que es suficiente ostentar la "cualidad de hijo adúlterino", para comportar la pertinente legitimación activa como actor o reclamante, sin necesidad, pues, de que concurren otras circunstancias "a priori", que, claro es, servirán luego para la estimación o no de la acción. En definitiva, con semejante flexibilidad, se palia, en lo posible, la situación material de esta prole ilegítima.

3. Efectos.

¿Cuáles son los resultados derivados de la legislación francesa, a favor de la filiación ilegítima?

a) *En la filiación ilegítima natural*: Es norma capital al respecto el artículo 338: "El hijo natural reconocido no podrá reclamar igua-

(36) Conforme a la Sentencia de lo Civil de 21 de febrero de 1962 De-recho 1962 185.

(37) Obsérvese cómo se alude al alcance admisorio de la prueba de grupos sanguíneos: Vid. Sentencia del Tribunal de París de 25 de febrero de 1964, D. 1964, Somm. 84.

(38) Así lo anota M. HOLLEAUX en relación con la Sentencia de Instancia de lo Civil de 17 de julio de 1961, D. 1961, 557.

(39) ESMEIN in comentario a la Sentencia de lo Civil de 29 de junio de 1965, D. 1966, 120.

les derechos que el hijo legítimo. Sus derechos están regulados en el Título de las Sucesiones.”

Se subraya, pues, el principio, de la inferioridad de esta prole con relación a la natural.

Examinemos los derechos de esta filiación:

— *De tipo alimenticio*: Sin necesidad de expresarlo en el artículo 338, es evidente que su superior rango a la prole no natural, les sitúa automáticamente en situación de acreedores al respecto, por cuanto si ese derecho en dicha prole se consagra en el artículo 342, no hay duda que gozarán, como mínimo, de igual derecho a alimentos. Por otro lado, y al no distinguir el Código civil francés por su cuantía en “clases” de alimentos, es evidente que se comprenderán todas las asistencias necesarias para el subvenimiento, desarrollo y educación. Es esta la razón, por la que la jurisprudencia interpretando este precepto ha proclamado que “la contribución de subvenir a las necesidades del hijo o hija una vez nacidos y tras su reconocimiento, constituye para el respectivo padre no sólo una obligación natural y de conciencia, sino una obligación civil y legal, que es, a tal objeto, de inexcusable cumplimiento” (40).

— *De tipo sucesorio*: Ese reenvío del artículo 338 nos conduce al Libro III del Código, Título I: De las Sucesiones, Sección VI: “De las sucesiones deferidas a los hijos naturales legalmente reconocidos y los derechos de sus padre y madre en su sucesión”, artículos 756 a 766, que establecen el siguiente régimen:

Art. 756: “La ley sólo establece derechos de los hijos naturales sobre los bienes de sus padre o madre muertos cuando estén legalmente reconocidos por los mismos.

Art. 757: “La ley no reconoce ningún derecho a los hijos naturales sobre los bienes de los parientes de su padre o madre.

Art. 758: “El derecho hereditario del hijo natural en la sucesión de su padre o madre, será el siguiente: Si el padre o madre han dejado descendientes legítimos, será la mitad de la porción hereditaria correspondiente a cada hijo legítimo.

Art. 759: “Este derecho será de las tres cuartas partes de la herencia cuando el padre o la madre no hayan dejado descendientes, y sí ascendientes, o hermanos o hermanas o descendientes legítimos de éstos.

Art. 760: “El hijo natural tiene derecho a la totalidad de la herencia, cuando su padre o madre no dejen ni descendientes, ni ascendientes, ni hermanos o hermanas o descendientes legítimos de éstos.

Art. 761: “En caso de premuerte de los hijos naturales, sus hijos y descendientes podrán reclamar los derechos establecidos en los artículos precedentes.

(40) Así lo confirman las Sentencias Tribunal de lo Civil de París. 15 enero 1973 D. P. 73, 1, 180. Req. 3 abril 1882, D. P. 82 1, 250-1; y 30 de julio de 1900, D. P. 1901, 1, 502.

Art. 765: “La sucesión del hijo natural muerto sin posteridad se deferirá al padre o a la madre que lo hayan reconocido, o por mitad a cada uno, si ha sido reconocido por ambos.

Por último, en el artículo 766, que incardina la Sección VII “Derechos de los hermanos y hermanas sobre los bienes de los hijos naturales”, se establece: “En caso de premuerto del padre o madre del hijo natural muerto sin posteridad, los bienes que éste hubiera recibido de los mismos pasarán a sus hermanos o hermanas legítimos, si dichos bienes se conservaran en la sucesión; así como las acciones reivindicatorias, en su caso, o el precio de los bienes que se hubieran enajenado, y aún no percibido. El resto de los bienes se transferirán a los hermanos o hermanas naturales o a sus descendientes.

En general, dimanando este régimen sucesorio de la ley reformadora del primitivo Código, de 25 de marzo de 1896, de cierta antigüedad, el mismo no merece especial comentario, y sus particularidades resaltarán del simple contraste que se haga, en su lugar, del atinente a nuestro Derecho.

— *Donaciones*: El artículo 908, también reformado por la vetusta ley de 25 de marzo de 1896, preceptúa: Los hijos naturales legalmente reconocidos no podrán recibir por donación “inter vivos” más de lo acordado en el Título “De las Sucesiones”. Esta limitación sólo podrá ser invocado por los descendientes del donante, sus ascendientes, hermanos o hermanas y los descendientes legítimos de éstos. El padre o la madre que los hayan reconocido podrán asignarle el todo o la parte de la cuota disponible, sin perjuicio de que en todo caso, cuando concurren con descendientes legítimos, pueda el hijo natural recibir más de lo que corresponda al hijo legítimo que menos reciba.

b') *En la filiación ilegítima no natural*: Únicamente tienen *derecho a alimentos*, y, por tanto, se les excluye en todas las demás atribuciones patrimoniales. Y es curioso que este aserto lo confirma el “Code” en una *trinidad de normas*, precisamente, al regular la filiación, la sucesión y la donación. En efecto.

— En la filiación: Conforme al transcrito artículo 342.

— En la sucesión: Dentro de la misma Sección VI expuesta, y pese a rotularse “De la sucesión referida a los hijos naturales legalmente reconocidos...”, sin embargo, en sus artículos 762, 763 y 764 —con una obvia amalgama de conceptos y contradicciones de subjetividad reglamentada (41)— se ratifica y especifica este derecho alimenticio. En efecto:

Art. 762: “Las disposiciones de los artículos 756, 758, 759 y 760

(41) Pues es claro que si se están regulando los derechos sucesorios, así se enmarca el tema en el título “De las sucesiones”, no hay porqué incidir en el derecho alimenticio; y, por otro, si se parte de la rúbrica de la aludida Sección VI, de que se reglamentan dichos derechos en torno “a los hijos naturales legalmente reconocidos”, no se explica que en su contexto se ordenen situaciones atinentes a los hijos adulterinos o incestuosos.

—relativas a los hijos naturales reconocidos en cuanto a sus derechos hereditarios— no serán aplicables a los hijos adulterinos o incestuosos.—La ley no les reconoce más que alimentos.”

Art. 763: “Estos alimentos se regularán en atención a las facultades o disponibilidades del padre o de la madre, al número y a la cualidad de los herederos legítimos” (42). Sin duda, es aquí en donde cabe inferior el “quantum” de ese débito alimenticio.

Art. 764: “Cuando el padre o madre del hijo adulterino o incestuoso les hayan enseñado un oficio mecánico, o cuando alguno de ellos le haya garantizado alimentos de por vida, el hijo no podrá formular reclamación alguna contra su sucesión.”

Asimismo, de este precepto, cabe calibrar el montante o finalidad del débito: Todo lo que sea necesario para que el hijo pueda sobrevivir, de tal forma que si ya se la ha provisto de la enseñanza o capacitación de una profesión u oficio (43), como si se le ha asegurado un caudal con igual finalidad, es obvio que, conseguida ya esa sobrevivencia, la obligación desaparece.

— *En la donación*: Art. 908, “in fine”: “Los hijos adulterinos o incestuosos no podrán recibir por donación “inter vivos” o por testamento más de lo que está establecido en los artículos 762, 763 y 764” (44).

— *Especial significación de la legitimación de la prole adulterina.*

Aunque el tema se ubica en el instituto de la legitimación, que, naturalmente, rebasa nuestro marco, no obstante, se subraya este efecto, porque, de por sí, tiene una trascendencia inusitada. Y es que frente al paradigma contenido en nuestro artículo 119, de que sólo pueden legitimarse los hijos naturales, que suele jugar como tradicional aserto, la posibilidad de que el “Code” admita la legitimación de la prole adulterina, implica, sin duda, una innovación sobresa-

(42) Según afirmó el Tribunal de Instancia de París en Sentencia de 20 de noviembre de 1967 (D. 1968, 216): “La obligación de prestar estos alimentos no incumbe a los herederos personalmente, sino a la sucesión o caudal hereditario mismo. Por ello no hay derecho para demandarlos cuando el activo de la sucesión se reduce a una suma irrisoria”.

(43) Es curiosa la expresión que al respecto utiliza el artículo 764: “un art. mécanique”, para englobar cualquier oficio o profesión, y que, sin duda, por la data de la ley 25 de marzo de 1896, era, entonces, bien expresiva de su evidente tecnificación o especializado menester.

(44) La jurisprudencia francesa sobre este párrafo último del artículo 908 expresa que esta incapacitación para recibir, conforme al 908-3, en que se encuentran los hijos adulterinos o incestuosos, tiene el exclusivo objeto de proteger a la familia del padre casado al momento de la concepción, y se limita a las relaciones de este padre con su hijo, por lo que, claro es, en la sucesión del otro padre dicho hijo tendrá los derechos propios de un natural ordinario. (Vid. Tribunal Casación en Pleno de 23 de junio de 1967, D. 1967, 525. Ponencia de M. LINDON, según comenta MALAURIE; asimismo del Tribunal de instancia de lo Civil, Sentencia de 11 de junio de 1969, D. 1970, Somm. 5).

liente, y, por ende, una atribución y tutela jurídica a esta filiación, que, de hábito, pasa por insólita, al menos, en nuestro Derecho. De consiguiente, en principio, y por reflejar un atractivo incorporador de este hijo al "status familiae" y su consiguiente reivindicación, ha de contar con nuestro aplauso, a pesar de que no se desconozcan ni sus censuras (45), ni las dificultades para asimilar, en general, semejante ordenación.

Ha sido en el *artículo 331*, sucesivamente revisado por la ley de 25 de abril de 1924, orden de 3 de mayo de 1945 y ley de 5 de julio de 1956, en donde se ha instituido esa posibilidad. El mismo establece que los hijos adulterinos serán legitimados por el subsiguiente matrimonio de su padre y madre, cuando éstos los reconozcan legalmente antes de su matrimonio o en el momento de celebrarlo; en este último caso el funcionario correspondiente, ante quien se celebre el matrimonio, acreditará el reconocimiento y la legitimación en acta separada. Esta legitimación surtirá efectos en los siguientes casos: 1) Hijos nacidos de unión adulterina de la madre, cuando los mismos son desconocidos por el marido o sus herederos. 2) Hijos nacidos de unión adulterina de la madre, cuando se consideren concebidos en época en que la madre tenía un domicilio distinto al conyugal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 878 del Código de Procedimiento civil, había desistido de la instancia, o apartado de la demanda o acreditado la reconciliación judicial. No obstante, el reconocimiento y la legitimación podrán anularse si el hijo goza de la posesión de estado de hijo legítimo. 3) Hijos nacidos de uniones adulterinas del marido. Si un hijo de los designados anteriormente fue reconocido con posterioridad al matrimonio, este reconocimiento no obstará a la legitimación que podrá, en su caso, acordarse judicialmente, cuando se constate que el hijo ha gozado desde el matrimonio de la consideración y estado de hijo común (46).

Salvo en lo que esta norma se condiciona por el tema de divorcio, que relativiza su posible expansión, al requerir una previa admisión del mismo, y, consecuentemente, la quiebra que a su través pudiera

(45) Así con un sentido, indudablemente certero, se dice: "El Código Civil de 1804 ha sido profundamente modificado con posterioridad. Las rectificaciones que se han introducido vienen a significar una verdadera revolución jurídica. En efecto, el artículo 331 permite hoy la legitimación de los hijos adulterinos. La limitación que se ha querido poner a la reforma no atempera el grave atentado que para el matrimonio y demás instituciones del Derecho de familia conexas con él, entraña dicha modificación. Prácticamente desaparece el deber de fidelidad entre los cónyuges y se crea un incentivo más para que crezca la fiebre de divorcio. Permitir la legitimación de los hijos adulterinos es sancionar indirectamente el amor libre" (Cfr. CAFFERATA, op. cit., pp. 102 y 103).

(46) Al respecto se comenta que con dicha disposición se aclara la duda que resultaba del silencio del legislador que probocaba injusticias en aquellos hijos que por no haber sido reconocidos con anterioridad al matrimonio, y pese a haber gozado del estado de hijos comunes, no podían legitimarse. (Vid. CAFFERATA, idem u. 103. Idem PLANIOL y RIPERT, op. cit., tomo II, p. 743, núm. 948).

padecer la solidez de la institución familiar normalmente establecida, no hay más remedio que alabar su sanción, en cuanto, como se ha dicho, con ella se incorpora a este sector de la filiación ilegítima en una situación plenamente acorde con el disfrute de un verdadero "status" familiar.

4. Como final de esta exposición del Derecho francés, y porque su contenido conforma otro derecho de la filiación ilegítima, se transcribe, en lo principal, la *ley de 25 de julio de 1952*, por la que se reglamentan los apellidos de los hijos naturales:

Art. 1.º: "El hijo natural ostenta el apellido de aquel de sus padres cuya filiación se ha establecido en primer lugar. Cuando lo haya sido simultáneamente respecto a los dos padres, ostentará el apellido del padre."

Art. 2.º: "Si la filiación se acreditó en segundo lugar con respecto al padre, el hijo natural podrá ser autorizado judicialmente del mismo."

En los demás artículos 3 a 6, se regula quien podrá ejercitar esta acción de reclamación de apellidos, y los plazos de ejercicio; por último, el 7 expresa que cuando el padre reconozca al hijo con posterioridad a la madre, el encargado del registro que autorice su declaración le pondrá en conocimiento de las disposiciones de esta ley.

b) RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FILIACIÓN ADOPTIVA

El "Code", dentro del Libro I, y en su Título VIII, "De la filiación adoptiva", artículos 343 a 370, en dos Capítulos, el I, "De la adopción plena" y el II, "De la adopción simple", artículos 360 al final, incluye el texto de la ley núm. 66-500, del 11 de julio de 1966, sobre la adopción, con una sistemática, que, "Ab initio", refleja orden y anticipa claridad y distinción entre las dos formas de adopción (47). Con la legislación citada, que tan pronto sustituyó a la anterior ley de 1.º de marzo de 1963, la adopción plena, como se verá, representa la forma normal de adopción y tiene los efectos más extensos, mientras la simple es la subsidiaria o incompleta, aparte de que, en relación con el adoptante, sólo se distinguen porque por la edad requerida en uno u otro caso (48). Y es que el legislador

(47) Ello resulta porque parece más congruente con la técnica de exposición conceptual comenzar la ordenación de cada clase de adopción por separado, sin perjuicio de que en la segunda o simple se hagan los necesarios reenvíos a la primera, y no como suele hacer nuestro legislador, que aborda inicialmente un conjunto de disposiciones comunes, para después acometer en particular cada una de las mismas. (Véase el contenido de la Sección 1ª: Disposiciones comunes; Sección 2ª: Adopción plena; Sección 3ª: Adopción simple, que utiliza nuestro Código, según la ley de 4 de julio de 1970, que en el defecto insiste en el criterio ya sustentado por la ley de 24 de abril de 1958, cuya fidelidad expresamente reconoce su Exposición de Motivos).

(48) VEGA SALA, op. cit., pp. 122 y 123.

francés, tan sensible en los problemas adoptivos, no ha tenido inconveniente en revisar un régimen que, aunque cercano, padecía de claros defectos (49).

Siguiendo el orden expositivo del Código, podemos analizar:

1. *Adopción plena:*

a) *Condiciones requeridas para la adopción plena.*—Constituye la Sección I del Capítulo I indicado: *Del adoptante.* Los cónyuges no separados pueden adoptar conjuntamente si llevan más de cinco años de matrimonio, y uno, al menos, tiene más de 30 años (artículo 343); asimismo, puede adoptar toda persona mayor de 35 años, y si está casado es preciso el consentimiento del otro cónyuge, salvo que esté incapacitado para manifestar su voluntad (343-1); los adoptantes habrán de tener 15 años más que los adoptandos, salvo que se trate de hijos del otro cónyuge, en cuyo caso la diferencia será de 10 años, a no ser que se reduzca por disposición del Presidente de la República (art. 344); la adopción no se permite más que a falta de descendientes legítimos, salvo dispensa del Presidente de la República, no siendo obstáculo la existencia de hijos adoptados, así como el nacimiento de hijos o descendientes legítimos acaecido con posterioridad a la entrada en el hogar del o de los adoptados (artículo 345-1) (50); nadie puede ser adoptado por varias personas si no están casadas; sin embargo, si fallece el adoptante o los adoptantes se permite una nueva adopción (art. 346).

— *Del adoptando:* La adopción plena sólo se autoriza a favor de menores de 15 años que estén acogidos por el o los adoptantes desde seis meses antes, sin embargo, también pueden ser adoptados durante toda la minoría del niño, los mayores de 15 años que han sido acogidos antes de esta edad por personas que cumplan los requisitos legales para adoptar o si han sido objeto de una adopción simple antes de alcanzar dicha edad, siempre que se cumplan los demás requisitos; si es mayor de 15 años, el adoptado debe consentir su adopción plena (artículo 345). Podrán ser adoptados plenamente: los hijos, siempre y cuando su padre, madre o consejo de Familia hayan consentido; los pupilos del Estado; los niños declarados abandonados en los términos del artículo 350 (art. 347).

(49) Al respecto se dice que "la reforma tuvo tres objetivos principales, que son los que más preocuparon a los autores de la ley: a) Prevenir y resolver conflictos entre familia natural y adoptante. b) Garantizar los derechos de la familia natural. c) Favorecer la adopción para determinadas categorías de niños a los que no alcanzaba es decir ha ampliado el área de los niños adoptables con adopción plena" (VEGA, *ibidem*, p. 123).

(50) Sobre la exclusión de la descendencia legítima para poder adoptar —y que en Francia ha sido el resultado del compromiso entre las dos tendencias en pugna en la Comisión redactora de la ley, según VEGA, *ibidem*, pp. 124 y 125—, véase el reciente trabajo de J. M. CASTÁN VÁZQUEZ: *La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción* —Derecho comparado y ley española de 4 de julio de 1970—, in R. D. P. octubre 1970 separata pp. 2 y ss.

— *Requisitos formales:*

Consentimiento: Es preciso el consentimiento de los padres del adoptando si son conocidos; si uno de ellos ha fallecido, es incapaz o ha perdido la patria potestad, es preciso el del otro padre (art. 348); si sólo un padre es conocido, éste debe prestar su consentimiento (art. 348-1); y en defecto de los anteriores, el Consejo de Familia, previa audiencia de la persona encargada, de hecho, de la guarda del menor (art. 348-2); el consentimiento se prestará en forma auténtica ante el Tribunal unipersonal de primera instancia y dentro de los trámites establecidos (art. 348-3); asimismo se podrá consentir la adopción por el padre, madre o consejo de familia confiriendo el niño a tales efectos al servicio de la Ayuda Social de la Infancia o a la Obra Autorizada sobre la adopción que provisionalmente y hasta se consiga la adopción del niño, lo acogerán (art. 348-4). Salvo que exista parentesco de hasta 6.º grado, inclusive, entre el adoptante y adoptado, el consentimiento para la adopción de niños menores de dos años no es válido a no ser que el niño haya sido entregado al servicio de la Ayuda Social a la Infancia o a una Obra Adoptiva autorizada (art. 348-5). El tribunal podrá autorizar la adopción, cuando estime abusivas las razones alegadas para no prestar su consentimiento por los padres legítimos, o naturales, o por uno de ellos, si éstos se han desinteresado del niño o existe riesgo que perjudique su salud o moralidad; ello es aplicable para el Consejo de Familia (art. 348-6). Respecto a los pupilos del Estado, cuyos parientes no hayan podido consentir, será necesario el consentimiento del Consejo de Familia (art. 349). Los niños acogidos por un particular, una obra privada o de ayuda social a la infancia, cuyos padres se hayan desinteresado notoriamente del mismo durante más de un año, podrán ser declarados abandonados por el Tribunal de Gran Instancia o Colegiado, excepto que un miembro de la familia haya solicitado, en el citado plazo, asumir su cuidado siempre que el Tribunal estime ello conforme con los intereses del niño; la simple demora en prestar el consentimiento o la petición de noticias no son suficientes para enervar una declaración de abandono; el niño, legítimo, cuyo nacimiento secreto ha sido declarado, puede igualmente ser considerado abandonado, cuando su madre ha consentido la adopción y en el plazo de un año a partir de este consentimiento, no lo ha reclamado su padre. Cuando ha sido un niño en estado de abandono, el Tribunal en su decisión delegará la patria potestad del niño en un Servicio de Ayuda social a la infancia, bien público o privado; la oposición mantenida de no prestar el consentimiento sólo será relevante en caso de dolo, fraude o error sobre la identidad del hijo (art. 350).

b') *Del acogimiento con miras a la adopción plena y del juicio sobre la misma.*—Constituye la Sección II, artículos 351 a 354.

El acogimiento con fines adoptivos se realizará mediante la entrega real del niño a los futuros adoptantes, previo el otorgamiento

del consentimiento adecuado, o tratarse de un pupilo del Estado o de un niño declarado abandonado por decisión judicial; cuando la filiación del niño sea desconocida, puede tener lugar este acogimiento durante el plazo de tres meses a contar desde la recepción del niño; el acogimiento o colocación no tendrá lugar cuando los padres hayan solicitado la restitución del niño, con razonable fundamento (artículo 251). Este acogimiento impide para la devolución del niño a su familia de origen. Asimismo imposibilita toda declaración de filiación o reconocimiento. Si este acogimiento termina o el tribunal ha desestimado la adopción, los efectos del acogimiento se extinguen retroactivamente (art. 352).

La adopción se pronunciará a requerimiento del adoptante por el Tribunal de Gran Instancia (51) que previamente comprobará si se han cumplido las condiciones requeridas y si la adopción es beneficiosa para el menor; si el adoptante muere antes de haber recibido al niño, podrán reproducir su petición su cónyuge superviviente o uno de sus herederos. Por último, se establece que la resolución sobre la adopción no ha de ser motivada (artículo 353 (52)).

La oposición de un tercero en el juicio sobre la adopción sólo será admitida si hubo dolo, o fraude imputable a los adoptantes (artículo 353-1).

Una vez transcurridos 15 días desde que la resolución adquirió fuerza de cosa juzgada, se inscribirá la misma en el Registro del estado civil del lugar de nacimiento del adoptado, a instancias del Fiscal de la República. La inscripción contendrá el día, hora y lugar de nacimiento, el sexo del niño, así como su nombre; igualmente, según resulte del juicio de adopción, el nombre, apellidos, fecha y lugar del nacimiento, profesión y domicilio del o de los adoptantes. La misma no contendrá indicación alguna relativa a la filiación real del niño. La inscripción valdrá como acta de nacimiento del adoptado. El acta de nacimiento originaria, y la establecida conforme al art. 58, se tacharán por el Fiscal con la palabra "adopción" y se considerarán nulas (art. 354).

c') *Efectos de la adopción plena*: Constituye la Sección III del Capítulo, art. 355 a 359:

(51) Este Tribunal de Gran Instancia es la Jurisdicción de primera instancia colegiada. La jurisdicción de primera instancia de Juez unipersonal se llama en Francia "Tribunal de Instancia". De hecho hay, por lo menos, un "Tribunal de Gran Instancia en cada provincia —lo que se llama "département"—, y un "Tribunal de Instancia" en cada distrito —subdivisión de la provincia—, según escribe VEGA, op. cit., p. 126 nota 23.

(52) No obstante, la jurisprudencia ha establecido con posterioridad: "La disposición del artículo 353, párrafo último, es inoperante con respecto a la decisión del Tribunal de Apelación, pues los fundamentos jurídicos son indispensables para asegurar el control del Tribunal de Casación en caso de recurso" (Sentencia del Tribunal de París de 11 de octubre de 1968; D. 1968. 660).

La adopción produce sus efectos a contar desde el día en que se presente la demanda correspondiente (art. 355) (53).

La adopción confiere al niño una *filiación* que sustituye a la filiación de origen: el adoptado cesa de pertenecer a su familia de sangre, salvo lo dispuesto para contraer matrimonio en los artículos 161 a 164 (art. 356).

La adopción confiere al niño el *apellido* del adoptante, y, en caso de la adopción conjunta por el matrimonio, el apellido del marido. Previa demanda de o los adoptantes, el Tribunal podrá modificar los apellidos del niño; si el adoptante es una mujer casada, el tribunal puede, en el juicio sobre la adopción y previo consentimiento del marido de la adoptante, que el apellido de ésta se utilice por el adoptado; si el marido ha fallecido o es incapaz, el tribunal resolverá discrecionalmente, previa consulta con los herederos del marido o sucesores más próximos (art. 357).

El adoptado *tiene en la familia del adoptante los mismos* derechos y obligaciones que un hijo legítimo (art. 358).

La adopción es *irrevocable* (art. 359).

Destaca pues, el minucioso elenco de supuestos previstos por el legislador francés, su deseo de disipar posibles dudas, sobre la situación de los adoptandos, la resolución en lo posible de las conocidas pugnas y fricciones entre las familias adoptiva y real, y, sobre todo, el intento y realidad conseguidos, de ubicar, sin paliativos o reticencias, al hijo adoptado plenamente en una posición jurídica plenamente identificada a la del hijo legítimo. A nuestro sentir, es pues, el citado artículo 358, la más relevante aportación de la nueva legislación sobre la materia del país vecino (54).

2. *Adopción simple*: Como se ha dicho, tiene un régimen subsidiario y sus efectos son más limitados. Por otro lado, habiéndose regulado con detalle la adopción plena, ésta se reglamenta con un sentido supletorio, y, en especial, subrayando únicamente sus peculiaridades (55), remitiéndose, en lo demás, a la anterior.

Se incluye dentro del Capítulo II "De la adopción simple", del citado título octavo del Libro I del "Code", artículos 360 a 370-2.

a) *Condiciones requeridas y el juicio correspondiente.—Remisión a la anterior.*—Hay que resaltar que los anteriores requisitos examinados en torno a la capacidad del adoptante, como el adoptado, salvo lo previsto en el artículo 345, son de aplicación en ésta; por otro lado las formalidades en torno al consentimiento, la entrega del niño en

(53) Hay que presuponer, naturalmente, si es que se declara judicialmente tal adopción, o sea, el precepto fija su alcance retroactivo.

(54) Y ello resalta si se contrasta simplemente con el correlativo en nuestro Derecho, el artículo 179, en donde la equiparación —más real que aparente— se reduce al campo sucesorio. Como se ha dicho, con el artículo 358, el hijo adoptado plenamente queda "totalmente equiparado al hijo legítimo" (Idem VEGA, op. cit., p. 129).

(55) Con lo que se consigue ese apuntado mérito, frente a la costumbre del legislador patrio. Vid. ut supra nota 382.

establecimiento adecuado, las disposiciones sobre los pupilos del Estado, y los abandonos, son igualmente aplicables; igualmente, salvo la institución del acogimiento con fines adoptivos, los requisitos del proceso son semejantes. En definitiva, sus particularidades se derivan de las siguientes normas:

La adopción simple se permite cualquiera que sea la edad del adoptado; si es mayor de 15 años, debe prestar su consentimiento (art. 360).

Las disposiciones de los artículos 343 a 344, 345-1 a 350, 353, 353-1, 355 y 357, último párrafo, son aplicables a la adopción simple (art. 361).

Transcurridos 15 días desde que la resolución sobre la adopción adquirió fuerza de cosa juzgada, la misma será inscrita en el Registro del Estado civil a instancias del Fiscal de la República —art. 362—.

b') *Efectos de la adopción simple*.—Es según el criterio tradicional de nuestra técnica legislativa, y de obvio conocimiento, en donde, siempre se ubican las verdaderas diferencias entre una y otra adopción, que, en el plano conceptual, son de difícil captación.

Se regulan en la Sección II, artículos 363 y siguientes.

La adopción simple confiere al adoptado el *apellido* del adoptante, que añadirá al suyo propio; no obstante el Tribunal podrá autorizar que el adoptado sólo lleve el apellido del adoptante —art. 363—.

El adoptando permanece en su *familia* de origen y conserva todos sus derechos, especialmente los de tipo hereditario; los impedimentos matrimoniales previstos en los artículos 161 a 164 de este Código regirán entre el adoptado y su familia de origen —art. 364—.

El adoptante únicamente ostenta con respecto al adoptado, los derechos inherentes a la *patria potestad*, incluido el de prestar su consentimiento para su matrimonio, salvo que sea hijo de su cónyuge, en cuyo caso la patria potestad se ejercerá conjuntamente; la patria potestad se ejercerá en las mismas condiciones que respecto al hijo legítimo, así como lo relativo a la administración legal y a su tutela —art. 365—.

El *parentesco* de la adopción se extiende a los hijos legítimos del adoptado, derivándose los correspondientes impedimentos matrimoniales: se prohíbe el matrimonio entre adoptante y adoptado, su cónyuge, y sus descendientes, y recíprocamente, y se mantienen los impedimentos del adoptado con su familia natural —art. 366—.

Adoptante y adoptado tienen el deber recíproco de suministrarse *alimentos*, cuya obligación se mantiene entre el adoptado y padres naturales, si bien éstos se eximirán del débito si los presta el adoptante: art. 367.

El adoptado y sus descendientes legítimos tienen en la familia del adoptante los mismos *derechos sucesorios* que un hijo legítimo, sin que adquieran, no obstante, el carácter de heredero reservatario respecto a los ascendientes del adoptante —art. 368—.

Se establece un derecho de retorno sobre los bienes recibidos por el adoptado, muerto sin posteridad, del adoptante, y a favor de éste o de sus descendientes —368-1—.

La adopción mantiene todos sus efectos, a pesar de que posteriormente se acredite un vínculo de filiación —art. 369—.

La adopción *puede revocarse* si se justifican motivos graves, a petición del adoptante o adoptado; cuando el adoptado es menor de edad, el padre, o la madre naturales o, en su defecto, un miembro de la familia natural hasta el grado de primos hermanos inclusive, pueden igualmente solicitar la revocación; la impugnación interesada por el adoptante no prosperará si el adoptado es menor de 15 años —art. 370—.

La resolución del juicio revocatorio será fundada, y la misma se anotará en el acta del nacimiento, en los términos previstos en el artículo 362 —art. 370-1—, La revocación extingue para el futuro los efectos de la adopción —art. 370-2—.

II. DERECHO ITALIANO

A) PRECEDENTES LEGISLATIVOS

Se resume en el examen del viejo “*Código*” de 1865.

a) FILIACIÓN ILEGÍTIMA

Admitiéndose los dos tradicionales tipos de natural e ilegítima natural, analicemos su ordenación más significativa.

1. *Filiación ilegítima natural*.—De los artículos 194 y 195 se deriva que sólo puede ser legitimada la filiación natural, y por tanto, la adulterina o incestuosa se margina al respecto. Hijos naturales, siguiendo la noción clásica, serán aquellos habidos fuera de matrimonio, y concebidos cuando sus padres pudieron casarse válidamente.

a') *Reconocimiento*.—Para que esta filiación no sólo pueda legitimarse sino adquirir su propia relevancia jurídica, es preciso su reconocimiento por el o los padres; de esta forma es como el hijo adquiera su “*status filii*”, aunque, por supuesto sin las prerrogativas y posición jurídica del legítimo. Por otro lado es obvio, que únicamente podrá ser reconocida, a los fines de constatar la relación paterno-filial, esta clase de filiación (56).

— *Sujetos del reconocimiento*.—*Activo*: Por ser una facultad estrictamente personal, lo serán exclusivamente el padre o la madre,

(56) Cfr. Cicu, op. cit., pp. 211 y ss.

separada o conjuntamente; si son incapaces, no podrá realizarse por representante legal (57).

Pasivo: Taxativamente según el artículo 181 únicamente podrá ser reconocido el hijo natural, y por tanto se excluyen a los hijos adulterinos o incestuosos. No es válido su reconocimiento antes de la concepción, porque el Código de 1865, seguía el axioma “conceptus pro jam natu habetur”. Conforme al espíritu del artículo 196, no es posible el reconocimiento “post mortem” del hijo (58).

— *Forma*: Conforme al citado 181, el reconocimiento podrá hacerse o en el acta de nacimiento o en documento auténtico anterior o posterior al nacimiento, por lo que debe excluirse la posibilidad de un reconocimiento válido en los casos de escritura privada autenticada, reconocida o verificada judicialmente, en opinión de Cicu (59).

— *Caracteres*: Aparte de los propios a un acto de poder familiar, pueden señalarse como específicos: 1) “Actus legitimus”, acto puro que no tolera términos ni condiciones. 2) Irrevocabilidad, por la naturaleza declarativa del acto. Si el mismo consta en testamento, pese a teorías opuestas, puede admitirse su irrevocabilidad si bien su eficacia no surgirá sino “post mortem”: “el testador podrá destruir el testamento, pero si éste subsiste, aunque luego se revoque por dicho testador, ello será ineficaz respecto al reconocimiento” (60).

b') *Acciones de la filiación natural*.—*De impugnación de estado*: El artículo 188 expresa que el reconocimiento puede ser impugnado por el hijo y por quien quiera que tenga interés. Según Cicu, en esta acción se incluye no sólo el caso de reconocimiento que no corresponde a la verdad, sino también los casos de hijo adulterino o incestuoso (61).

De reclamación de estado:

— *Investigación de la maternidad*: Esta acción presupone la inexistencia de un reconocimiento eficaz y voluntario por la madre; para su consecución, debe plantearse la prueba directa de la maternidad, y conforme al artículo 190, el hijo habrá de probar que es el mismo que la madre dio a luz: Realidad del parto, e identidad del hijo.

— *Investigación de la paternidad*: Sólo se admite en el Código de 1865 de modo excepcional, pues en general, se prohíbe en el ar-

(57) *Ibidem*, p. 214.

(58) *Ibidem*, p. 222.

(59) Cicu razona esta afirmación abundando sobre qué alcance hay que otorgar al “documento auténtico”: *vid. in op. cit.*, pp. 219 y 220.

(60) Añade Cicu que “para sostener una opinión distinta habría que admitir la eficacia del reconocimiento con término inicial; tampoco hay argumento positivo. ya que la ley no habla para nada de reconocimiento hecho en testamento” (*Ibidem*, p. 224).

(61) *Ibidem*, p. 230.

título 189. ¿Cuál es el alcance de esta prohibición? En opinión de Cicu, dicho artículo prohíbe la investigación judicial de la paternidad, o sea, la acción de reclamación, en cuanto tiende a atribuir al hijo un estado. La excepción a la prohibición comprende los casos de raptó y estupro violento (62). En cuanto a los titulares de esta acción, según el artículo 190, se atribuye al hijo, y se transmite a sus herederos legítimos por su premuerte conforme a los artículos 748 y 817; por su minoría, la ejercitará la madre, en su caso.

— *Efectos*: Por su carácter de “status” de filiación, al hijo natural reconocido, siguiendo en ello, la tradición imperante, se le atribuían los derechos correspondientes: Como hijo del padre reconociente, éste habría de alimentarlo, subviniendo a sus necesidades, asimismo, se le otorgaban derechos sucesorios, tanto en la herencia legítima como legitimaria, si bien carecía de este carácter con respecto a los parientes legítimos del padre o de la madre, en su caso (63).

2. *Filiación ilegítima no natural*.—Se engloban las dos modalidades, adulterinos e incestuosos.

a') *Concepto*: Artículo 180: son hijos adulterinos los nacidos de personas de las cuales una por lo menos se hallare, al tiempo de la concepción, unida en matrimonio con otra persona. Son incestuosos: los nacidos de personas entre las cuales no puede darse el matrimonio por razón del vínculo de parentesco o de afinidad en línea recta hasta el infinito o de parentesco en línea colateral hasta el segundo grado inclusive.

b') *Significación jurídica de esta filiación*.—Confirmando el criterio dominante sobre el trato desfavorable de esta filiación, el viejo legislador italiano la coloca en inferioridad respecto a los demás hijos naturales; así, a tenor del artículo 180 prohíbe su reconocimiento, y por el 193 les niega la acción de reclamación de su maternidad o paternidad, con lo que “el legislador da a entender que les ha querido negar su estado; de consiguiente todos los derechos y deberes conexos al estado deben considerarse excluidos, no obstante la ley sobre ciudadanía de 13 de junio de 1912, en su artículo 2, establecía el principio de que su nacionalidad sea la del padre que resulte a virtud de lo dispuesto en el artículo 193 del Código. En definitiva, como veremos, el único derecho atribuido a estos hijos es el de alimentos (64). Comprobemos la realidad de lo afirmado:

— *Denegación de la investigación de paternidad*.—Como regla general, la ley prohíbe la comprobación de la filiación adulterina e

(62) Cuyos delitos se tipificaban en los artículos 340, 341 y 333 del Código Penal. CICU, ídem, p. 239.

(63) Dichos efectos no sólo hay que derivarlos de un régimen generalmente imperante en la época, sino expresamente por exclusión que de los Derechos sucesorios a favor del hijo natural legalmente reconocido hace el artículo 752 del Código respecto a los adulterinos e incestuosos.

(64) Según CICU, ídem, 242 y ss.

incestuosa, que sólo en los supuestos del artículo 193, cabe admitir a los extrictos efectos de su derecho a alimentos: 1) Cuando la paternidad o maternidad, en su caso, resulte indirectamente de sentencia civil o penal: si el marido triunfa en su impugnación de la filiación legítima, o en caso de infanticidio, incesto o adulterio. 2) Cuando la paternidad o maternidad, en su caso, dependan de matrimonio declarado nulo por bigamia o incesto, siempre que concurra mala fe por ambos cónyuges. 3) Cuando la paternidad o maternidad, en su caso, resulte de expresa declaración escrita de los padres.

— *Su exclusivo derecho a alimentos.*—Se consagra en los artículos 193 y 752, tanto respecto a sus padres vivos, como, en su caso, frente a su herencia. El artículo 752 los excluye de todo derecho sucesorio, y que sólo en los supuestos del 193, los hijos adulterinos o incestuosos tendrán derecho a alimentos proporcionado a las posibilidades del padre o de la madre y al número o calidad de los herederos legítimos. Este derecho, en opinión de Cicu (65), es un derecho de crédito y no un derecho familiar, y sobre el mismo cabe la transacción, compromiso y renuncia, no es recíproco y su carga se transmite del padre a sus herederos, y rige tanto en el abintestato como en la sucesión testamentaria.

b) FILIACIÓN ADOPTIVA.

Habiéndose reformado esta materia por la reciente ley número 431 de 5 de junio de 1967, es evidente que los precedentes legislativos a examinar, recaerán en la normativa anterior que no fue sino la instaurada por el *nuevo Código* de 16 de marzo de 1942, y cuya ordenación se ubicaba —al igual que ahora— dentro del título VIII “Del’Adozione”, de su libro I, artículos 291 a 314.

1. *Modalidad única: “Dell’Adozione”.*—Es importante resaltar que hasta la ley vigente, en el derecho italiano existía un régimen muy antiguo sobre la adopción, que, como se ha dicho, databa de 1942, razón ésta por la que, al no haberse introducido el sistema clasificatorio reinante en el Derecho más actualizado, persistía un tipo único y exclusivo de la figura. Por otra parte, cabe, en cierto modo, intuir alguna explicación al fenómeno, ya que —asimismo se referenciará—, se regulaba en dicho Código otro tipo de nexo artificial de índole más o menos familiar: la llamada “afiliación” o “acogimiento”, que, según Trabucchi, representaba una especie de “pequeña adopción” (66).

a’) *Requisitos de su constitución.*

— *Personales:* Según el artículo 291, el adoptante debe haber cumplido los 50 años, aunque el Tribunal de Apelación, excepcionalmente puede autorizar la adopción también a quien haya cumplido

(65) *Ibidem*, p. 249.

(66) TRABUCHI, *op. cit.*, tomo I, p. 317.

los 40. No podrá adoptar el que tenga ya hijos legítimos, legitimados o adoptivos; el adoptante habrá de tener, cuando menos, 18 años más que el adoptado —reducibles a 16 en el caso que el padre tuviera esos 40—, conforme al artículo 294, que, además, consiente que en un solo acto se puedan adoptar varios hijos, prohibiendo, por otro lado, que la misma persona pueda ser adoptada por varias, a excepción de si los adoptantes están casados; a tenor del artículo 293 se decretará la nulidad de la adopción recaída sobre hijos ilegítimos irreconocibles.

— *Formales*: El adoptante y el adoptando —o el legal representante de este último— habrán de manifestar su consentimiento para la adopción, personalmente al presidente del Tribunal, en cuyo distrito resida el adoptante, según preceptúa el artículo 311 del Código; además, el consentimiento ha de integrarse por las declaraciones de voluntad de los interesados —padres, adoptando, y familia natural de éste, en su caso, o sus representantes legales— o asentimiento de los mismos (67), en virtud del artículo 297, requiriéndose por el 296, distintas intervenciones, a tales efectos, en armonía con la edad del adoptando. En cuanto al procedimiento adjetivo se establece que el Tribunal, tras las informaciones oportunas, audiencias del adoptante y consentimiento, en su caso, de los padres del adoptando, observancias de las formalidades requeridas (si el adoptante es de buena fama y conviene la adopción al hijo) (68), se reúne en sesión del Consejo, y previo dictamen del Ministerio Público, decidirá si “ha lugar” o “no ha lugar” a la adopción pretendida sin que su resolución sea motivada: artículos 312 y 313.

b) *Efectos de la adopción*: Como regla general se preceptúa

(67) Como en tantas manifestaciones —ya lo hicimos notar en otra ocasión: Vid. nuestra traducción y comentarios a la op. cit. de TRABUCCI, tomos I y II— la mayor tecnicización del Derecho italiano, que perfila cada situación con “nomen” diferenciado de la semejante, provoca una cierta reserva en la habitual asimilación de su nomenclatura a que el Derecho español nos tiene acostumbrados. Así la voz “Asentimiento” claramente se refiere a quien interviene adhiriéndose o no a un acto, estructurado con el “consentimiento” expreso de las partes interesadas, pero que, por ello, él o los intervinientes no lo han conformado volitivamente. Siendo, pues, el distingo evidente, ha de serlo su dispar terminología. Sin embargo, aún en nuestro Derecho no ha recaído sobre el “nomen” su carta de naturaleza. El propio legislador español, al enfrentarse con el problema en tema de adopción, ha expresado que “aparecen ciertas modalidades del consentimiento, como el del cónyuge si la adopción no es conjunta, el de los padres del menor de edad y del tutor, que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del *asentimiento*; si bien la falta en el C. civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo. En las hipótesis indicadas, si la citación del llamado a consentir o asentir...” (Vid. in Exposición de Motivos de la ley de 4 de julio de 1970).

(68) Sobre esa conveniencia o beneficio de la adopción para el adoptando según TRABUCCI, “an sit utilis”, tiene tal importancia en la tarea del Tribunal, que prácticamente su investigación absorbe a todos los anteriores trámites. (In op. cit., p. 316).

en el artículo 298 que los efectos de la misma surgen desde la resolución del Tribunal, que habrá de inscribirse y anotarse al margen del acta de nacimiento del adoptante y del adoptado, según el artículo 314. Pueden ser de dos clases:

— *Personales*: se refieren a 1) El adoptado adquiere el apellido del adoptante “añadiéndolo” al suyo, por lo que el hijo de padres desconocidos perderá su nombre y será reemplazado por los apellidos del adoptante: artículo 299. 2) El adoptante adquiere la patria potestad del adoptado, según el artículo 301. 3) La adopción origina ciertos impedimentos matrimoniales, por razón de parentesco; prohibición de celebrarlo entre el adoptante y adoptada, o adoptante, mujer y adoptado, y sus descendientes respectivos en sus casos: artículo 87.

— *Patrimoniales*: Los más importantes son: 1) Surge un deber recíproco de alimentos entre adoptante y adoptado, conforme al artículo 436. 2) El adoptado tiene sobre la sucesión del adoptante los mismos derechos de los hijos legítimos; por el contrario, el adoptante no tiene ningún derecho sobre la sucesión del adoptado, por lo que será llamado después del Estado; el adoptado no tiene el usufructo legal sobre los bienes de los adoptados menores de edad (69).

c) *Revocabilidad*: Aparte de que una vez prestado su consentimiento, y antes de la resolución judicial, pueden revocarlo el adoptante o adoptado, según lo autoriza el artículo 298, hay que subrayar que la adopción puede ser revocada en los casos taxativos legales: por indignidad del adoptado —artículo 306— o del adoptante —artículo 307— y también por razones de buenas costumbres a instancia del ministerio público —artículo 308.

2. *La llamada relación de “afiliación” o acogimiento*.—La según Trabucchi “piccola adozione”, aunque con significación distinta a la relación adoptiva, se regula en el Título XI “Dei minori affidati alla publica o alla privata assistenza e dell'affiliazione” del Libro I del Código, actualmente también *vigente*. Sólo se examina a meros fines ilustrativos.

— *Sus notas*: Simplemente, subrayar que tiene un fin asistencial sin crear estado familiar, ni conferir derechos sucesorios, y sólo el apellido del afiliante si lo solicita el afiliado, según el artículo 408. Su finalidad protectora de la prole huérfana o abandonada es evidente: merced la “asistencia externa”, esto es, la provisión de sus necesidades a dicha prole, se puede interesar judicialmente su reconocimiento a través de la “afiliación”.

Tras el procedimiento adecuado, que investigará circunstancias del albergado, y del futuro afiliante, moralidad, economías, etc., se declarará la misma, y, en consecuencia: el afiliante adquiere la patria potestad sobre el afiliado, pero no el usufructo legal sobre sus bienes, teniendo el deber de subvenir a sus necesidades; si el afiliado es hijo de padres desconocidos, a petición del afiliante se le impondrán sus

(69) TRABUCCHI, *ídem*, 316 y 317.

apellidos; no confiere derecho sucesorio alguno, siendo revocable, a petición del afiliante, afiliado, representante legal, institución pública, Ministerio Fiscal, según los casos. Por último, por ley 9 de noviembre de 1955, en relación con la afiliación de los niños abandonados, se establece que si el menor fue entregado al afiliante por una institución pública, para extinguir el vínculo de la afiliación, habrá de consentir el afiliante, con lo que se enervan fraudes y reclamaciones tardías de su familia natural; la relación de afiliación constituida no desaparece con el cumplimiento de la mayoría de edad del afiliado, si bien su contenido material paulatinamente la va diluyendo (70).

B) SISTEMA VIGENTE DEL "CODICE CIVILE"

a) RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FILIACIÓN ILEGÍTIMA.

Se regula la materia en el Libro I: "Delle persone e della famiglia", Título VII: "Della filiazione", Capítulo II: "Della filiazione illegittima e della legittimazione", artículos 250 a 290 (71).

1. *Concepto y clases.*—En su Sección I habla el Código "De la filiación ilegítima y en su párrafo I se regula "El reconocimiento de los hijos naturales", sin perjuicio de que, como se constará, es posible el reconocimiento de los hijos incestuosos y adulterinos, en su vertiente aparente. De esta normativa es claro que, por propia dicción legal, se distinguen tres tipos de filiación ilegítima: natural, o aquella sobre la que siempre recae el reconocimiento, y será, por asimilación tradicional del concepto, la proveniente de padres no unidos en matrimonio, pero que podían contraerlo válidamente al tiempo de la concepción —artículos 250 y ss.—; la incestuosa, o según el artículo 251, correspondiente a los hijos nacidos de personas entre las cuales existe un vínculo de parentesco en línea recta hasta el infinito o en colateral de segundo grado, o el de afinidad en línea recta; hijos adulterinos, por último, conforme al artículo 252, los procreados por padres cuando uno al menos de los mismos estuviera ya casado al concebirlo. En general, pues, la filiación ilegítima gira en torno a los hijos procreados fuera del matrimonio.

(70) TRABUCCHI. *idem*. pp. 317, 318 y 319. Por lo demás como es sabido, respecto a nuestro Derecho, ya a partir de la ley de 24 de abril de 1958, al constituir la adopción de abandonados o expósitos la base de la adopción plena, se prescindió de los términos "prohijamiento o acogimiento familiar"; como se sabe, según la orden 1.º de abril de 1937, se reguló el "acogimiento familiar de los niños huérfanos" hasta los doce años, prestándoles cuidados e instrucción correspondientes sin hacerles objeto de explotación alguna.

(71) Textos legales de: "Código Civile e leggi complementari". A cura di F. Carnelutti e W. Bigiavi. Nona edizione aggiornata. Cedam. Padova. Casa Editrice Dott. A. Milani, año 1967.

2. *El reconocimiento.*—Es, tal vez, en donde el legislador italiano ofrece una ordenación más genuina y completa y, por ello, puede intuirse un criterio más flexible y a la par más idóneo hacia la tutela jurídica en general de la filiación ilegítima. Como se ha expresado, la normativa parte de la prescripción previa y correspondiente del acto del reconocimiento de esta filiación, siendo las exigencias respectivas para consentirlo la razón de la disparidad existente en cada tipo de filiación; por otro lado, el dato de que literalmente se hable del reconocimiento de la filiación incestuosa o adulterina, es ya expresivo de su tendencia perfectiva en este campo respecto al precedente (72). El “Codice” elabora su régimen partiendo, como se ha dicho, de la disciplina del reconocimiento —ampliado su alcance básicamente— en modo tal que, efectivamente, la filiación sobre la que se proyecta el mismo gozará del “status” propio de la clásica filiación natural, mientras que la preterida a esos efectos seguirá el tratamiento postergador de la ilegítima “s. sensu”; y aunque con ello se amplía el marco de la filiación natural, sin embargo, la extensión reflejada no desborda el proverbial contorno de la misma, puesto que si bien en la filiación incestuosa se permite el reconocimiento, lo es por dictados tuitivos de la prole y en base a la buena fe indispensable; mientras que en la adulterina el ensanche es más que nada aparente, ya que, pese a su literalidad, esta prole sólo podrá ser reconocida por el, en su caso, padre soltero, con lo que, al menos, se extirpa el farisaísmo que al punto rige en la mayoría de los regímenes legislativos semejantes al nuestro (73).

a) *Voluntario: Sus requisitos.*

— *De hijos naturales:* Artículo 250: el hijo natural podrá ser reconocido por el padre y madre, conjunta como separadamente; el padre habrá de haber cumplido 18 años y la madre 14.

(72) Esta tendencia se razona así: “El criterio del Código precedente al respecto, muy riguroso, reconocía escasos derechos a la categoría de los hijos naturales, no admitiendo la investigación de la paternidad, salvo en dos hipótesis de limitada aplicación. Mas durante la primera guerra mundial, en atención a sus víctimas, se protegió en mayor modo a los huérfanos de hecho, cuando su filiación no podía acreditarse según las normas del Código; en las leyes especiales dictadas luego para la protección de la infancia se progresó mucho favoreciendo la filiación ilegítima. En el Código actual el legislador sostiene criterios de prudente amplitud. Así se extiende la posibilidad de una investigación de la paternidad —grave perturbación en la vida social, pero también se ha dicho grave perturbación de conciencias pacíficas por su deshonestidad—, se admite en cualquier caso el reconocimiento de los hijos incestuosos o adulterinos y se atribuye la patria potestad también sobre los hijos naturales” (Cfr. TRABUCCHI, op. cit., vol. I, p. 308).

(73) Nos referimos, claro está, a la omisión total que hace nuestro Código (sirva de ejemplo al fenómeno legislativo apuntado) del posible reconocimiento del hijo adulterino, que estigmatizado tanto en su letra como en su espíritu, sin embargo, en la realidad es posible que ello acaezca: por el juego conjunto de la permisiva del artículo 130 del C. c. e imperativo del 132, esa situación es inevitable.

— *De hijos incestuosos*: Artículo 251: los hijos incestuosos no podrán ser reconocidos por sus progenitores excepto cuando al tiempo de la concepción ignorasen el parentesco existente entre ambos; cuando uno solo ha obrado de buena fe únicamente él podrá reconocerlo.

— *De hijos adulterinos*: Artículo 252: podrán ser reconocidos por el progenitor que al tiempo de la concepción no estuviera casado, podrán ser reconocidos por el progenitor casado cuando se haya disuelto su matrimonio por la muerte del otro cónyuge; pero si hay descendientes legítimos, el reconocimiento sólo tendrá lugar en virtud de un decreto del Jefe de Estado, y sólo después que los hijos legítimos hayan alcanzado la mayoría de edad y hayan sido oídos.

Es en este artículo 252 en donde el legislador marca un hito trascendental en el tratamiento de la filiación ilegítima “*strictu sensu*”, y sus *ventajas* en favor de esta prole son evidentes frente al criterio tradicional (74): 1) Porque, sin ocultaciones inútiles, proclama la idoneidad de esta prole para el reconocimiento en general, cuando lo efectúa el padre soltero, con lo que no hay ya porqué silenciar obsesivamente el nombre del otro progenitor, pues si se parte de que, por propia denominación del Código, el hijo es adulterino, habrá que haber comprobado que nació de padres, de los que uno estaba casado. Claro es que con tal medida no se interfiere el problema de la investigación de la paternidad del progenitor casado, pero sí —como se repite— se elimina el dato de ignorar tal circunstancia (75). 2) Porque, sobre todo, merced a su segundo párrafo, estos hijos adulterinos podrán ser reconocidos por el padre adulterino cuando haya fallecido su cónyuge ofendido, incorporándose de este modo en plenitud a los efectos recayentes sobre la filiación reconocida. El acierto de la norma es mayúsculo: se evitan esas deplorables situaciones que perduran de por vida, cuando en regímenes como el nuestro la filiación que nació adulterina jamás se podrá reivindicar frente a su padre, aún en el caso de que éste, ya libre del vínculo matrimonial, aspire a un evidente reconocimiento prohibido por la ley “*nuc et semper*” (76). 3) Porque la permisiva precedente se

(74) Criterio tradicional que parte de la plataforma dogmática de estimar como idóneos para todo tipo de reconocimiento a los hijos naturales “*s. sensu*”, o sea, los concebidos por padres solteros, y, por ende, apartar al resto.

(75) Sobre la interferencia de este reconocimiento del hijo adulterino consentido por el artículo 252, y la investigación de la paternidad, cuando el padre voluntariamente no lo ha reconocido, existen posibilidades ampliatorias de la admisibilidad de la acción pertinente a tenor del reducto que resulta del artículo 278, párrafo segundo.

(76) ¡Cuántos ejemplos lamentables podían ilustrar el fenómeno! Puede afirmarse que en regímenes como el nuestro —y distintos al italiano— la prole nacida adulterina jamás podrá acreditar su verdadera paternidad, aunque el padre, en su caso, conviva con la misma y con la madre, como una familia normalmente constituida. Tales hijos, oficialmente, nunca serán ante la ley hijos de tal padre, aún cuando el cónyuge “ofendido” haga lustros que ya murió.

armoniza con el interés de la familia legítima, de tal suerte que si el padre adulterino tiene descendientes legítimos, habrá de obtener el ascenso estatal previa audiencia de éstos, a los fines de consentir el reconocimiento precitado: en principio, aunque fuese deseable una amplitud máxima, vale tal criterio que insólitamente se refleja en este Derecho, dentro de la legislación seleccionada en este Estudio del Derecho Comparado.

— *Forma del reconocimiento*: En primer lugar se establece en el artículo 253 que no se permitirá el reconocimiento que se oponga al estado de hijo legítimo en que se encuentra ya el hijo; el 254 estipula que tendrá lugar bien en acta de nacimiento, o por declaración expresa posterior al nacimiento o a la concepción ante el funcionario del estado civil o el juez tutelar; el 255 permite el reconocimiento de un hijo premuerto para que favorezca a sus descendientes legítimos o hijos naturales reconocidos, y el 256 declara la irrevocabilidad del reconocimiento, que podrá también hacerse en testamento cualquiera que sea su forma, surtiendo sus efectos desde el momento de la muerte del testador y teniendo valor aunque se revoque el mismo, sin que puedan limitarse sus efectos por cláusula alguna testamentaria, según el artículo 257.

b') *Reconocimiento forzoso: Declaración judicial de la paternidad y maternidad natural*: Es objeto del parágrafo II de la sección I indicada.

Hay que subrayar, como preámbulo, que si bien la ordenación de la materia, en apariencia, es sinónima a la del legislador francés, no obstante, para valorar exactamente la amplitud de la pertinente admisibilidad de este reconocimiento y de su consiguiente investigación, habrá de engarzarse con la examinada amplitud que se otorga al acto del reconocimiento, o, en otras palabras, siendo susceptibles no sólo los hijos naturales, sino también los incestuosos e incluso los adulterinos, en los términos vistos, de que sobre los mismos se proyecte el reconocimiento, ¿podrán, asimismo, instar judicialmente la acción de investigación cuando voluntariamente no hayan sido reconocidos por los padres? En principio, y sin perjuicio de lo que luego se habla sobre el número 2 del artículo 278, en su párrafo primero, en su sanción limitativa de la admisibilidad, expresa que no se admitirá la indagación de la paternidad o maternidad en los casos en que el reconocimiento está prohibido. Y es que, como se ha dicho, en el Código italiano, los alcances de la filiación ilegítima sufren un desvío muy particular: el de la natural se amplía a través de la incestuosa y adulterina en los confines señalados por los artículos 251 y 252, mientras que la ilegítima "s. sensu" se reduce correlativamente a los grupos de hijos "irreconocibles" y "no reconocibles" (77).

(77) Como se sabe en la terminología italiana, el uso que impera parte siempre del reconocimiento, y la clasificación de la filiación ilegítima se hace según sea su situación o aptitud para el mismo: así hijos irreconocibles o no

El artículo 269 reglamenta la llamada "declaración judicial de la paternidad": la misma no podrá judicialmente declararse sino en los siguientes casos: 1) Cuando el padre y madre hayan convivido "more uxorio" notoriamente al tiempo de la concepción. 2) En el caso de raptó o violación durante el tiempo de la concepción. 3) Cuando la paternidad se derive indirectamente en una sentencia civil o penal (78), o de una declaración escrita inequívoca atribuyendo dicha paternidad. 4) Existencia de la posesión de estado de hijo natural (79) que, según el artículo 270, se integrará por aquellos indicios que en su conjunto sirvan para deducir tal paternidad, y siempre que el hijo haya convivido con su padre, que éste lo tuviera como tal, alimentándolo y tratándolo así y gozara de la reputación social correspondiente a la de hijo de aquel padre.

En cuanto a la declaración judicial de la maternidad, el artículo 272 la admite siempre que se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

En el artículo 271 se regula la legitimación activa y plazo de la acción; en el 273 se permite que la ejerzan los representantes del menor; en el 274 se prescribe que habrá que admitirse, si concurren los requisitos establecidos, con la sanción pecuniaria de 300 a 5.000 liras para el Tribunal que indebidamente la rehusa (80) de su artículo 275; en el 276 se habla de la legitimación pasiva, y, por último en el 277 se especifica que la sentencia, declarando la filiación natural, producirán los mismos efectos que el reconocimiento (81), pudiendo el juez incluso proveer lo necesario para la educación, instrucción del hijo y tutela de sus intereses.

reconocibles serán los incestuosos o adúlteros sobre los que no quepa el reconocimiento a tenor de los artículos 251 y 252; hijos ilegítimos no reconocidos serán aquellos que pudiendo ser reconocidos no lo están todavía, ni voluntaria ni judicialmente. Vid. sobre la enumeración, TRABUCCH, op. cit., vol. I, pp. 301 y 302.

(78) La primera v. g. en materia de resarcimiento de daños por seducción y la segunda v. g. condena por delito contra la libertad personal, o contra la familia.

(79) Los cuatro casos previstos en el artículo 269, escribe TRABUCCHI, constituyen presupuestos necesarios para admitir la acción de investigación, pero los mismos no son siempre suficientes para la declaración de paternidad, exceptuada la hipótesis de la inequívoca declaración escrita, al menos, según la prevalente jurisprudencia, que la considera suficiente para el acreditamiento, siempre que no se pruebe el error del padre declarante o la pluralidad de las relaciones de la madre —"exceptio plurium concubentium"—. (Ibidem, pp. 310 y 311).

(80) Multa, que tiene el relieve de reforzar las garantías procedimentales, y, por tanto, evitar cualquier criterio restrictivo judicial a la hora de potenciar si una acción investigadora reúne o no los requisitos legales prescritos.

(81) La normativa indicada ostenta el conocido régimen sobre presupuestos procesales, de legitimación, transmisión de la acción y plazos, semejantes a nuestro Derecho.

c) *Investigación de la paternidad —o maternidad en su caso— de la filiación ilegítima no natural.* El problema, como se ha dicho, tiene una solución equidistante entre estas dos sanciones:

Primera: la comentada amplitud de la filiación natural en torno a su reconocimiento, y, por tanto, el reducido marco de esta filiación que se denomina “irreconocible”, por lo que, cualquiera que fuese la conclusión sobre su inadmisibilidad, su significado quedará convenientemente relativizado.

Segunda: el artículo 278 afirma que no se admitirá la investigación de la paternidad o maternidad en los casos en que el reconocimiento esté prohibido —filiación irreconocible—, agregando en su párrafo segundo que la investigación se rechazará incluso en los casos en los que a virtud del artículo 251 —hijos incestuosos— o artículo 252, párrafo 3.º —hijos adulterinos, cuando su padre, muerto su cónyuge, tiene hijos o descendientes legítimos— se permite el reconocimiento.

De ambas, y en especial de la aclaración reductora de esa aparente amplitud de los artículos 251 y 252, en general, que se encierra en el párrafo segundo del artículo 278, se desprende que básicamente no se permite la investigación de esta paternidad, al igual que en la mayoría de los ordenamientos, con la extensión propia del párrafo segundo del artículo 252: la incidente sobre los hijos adulterinos, cuando su padre, muerto su cónyuge, no ha procedido a reconocerles voluntariamente, en cuyo caso éstos podrán instar judicialmente la acción.

Como en el derecho francés se permite a esta prole una especie de “acción alimentaria”, en su artículo 279: En los casos previstos en el artículo anterior y los demás en que no pueda proponerse la acción para la declaración judicial de paternidad natural, “el hijo natural” (82), podrá instarla para obtener alimentos en los casos siguientes: Si la paternidad o maternidad se deriva indirectamente de una sentencia civil o penal; si la paternidad o maternidad procede de un matrimonio declarado nulo, o si resulta de una declaración escrita inequívoca de los progenitores.

(82) Recuérdese que el legislador italiano denomina “hijo natural” siempre que se refiere al “ilegítimo”, pues como se ha repetido, la distinción entre éstos arranca de su posición acerca del reconocimiento; por ello cuando habla de “hijo natural”, sin más, no hay que identificarlo con la noción clásica del mismo, sino la alusiva al ilegítimo “s. sensu” porque no está reconocido; de cualquier modo, el término se emplea en perfecta sinonimia con el de “ilegítimo”, y sólo por el contexto sobre el reconocimiento, se infiere qué tipo en concreto de hijo hay que considerar.

3. Efectos.

a) *En la filiación ilegítima natural.*—“*Status filii*”. El estado de hijo natural, afirma Trabucchi (83) —reconocido o declarado judicialmente—, lleva consigo múltiples consecuencias, de naturaleza patrimonial y personal, que se manifiestan, en todo cuanto sea prácticamente posible, con eficacia retroactiva, dada la naturaleza declarativa del reconocimiento y de la averiguación.

— *Personales*: Y siempre con respecto al padre reconociente, pues si es unilateral el reconocimiento, no podrá contener dato alguno respecto al otro progenitor, con sanción incluso para el funcionario transgresor, según el artículo 258. El hijo goza respecto a su padre de una situación familiar perfecta, pudiendo, hasta convivir con él, aunque fuese casado, si lo consiente el otro cónyuge, según el artículo 259; quedará sometido a la patria potestad del padre, con preferencia de éste sobre la madre, en su caso: art. 260; conforme al artículo 262, portará el apellido del que lo haya reconocido, y si han sido los dos progenitores, el del padre.

— *Patrimoniales*: Los padres naturales, sanciona el 261, habrán de mantener al hijo natural, así como proveer a su educación e instrucción convenientes, pesando este deber sobre ambos, en su caso, proporcionalmente a sus medios.

El padre natural no tendrá el usufructo legal sobre los bienes de su hijo, según el 260, y en cuanto a los derechos sucesorios: En los artículos 573 y siguientes se regula “La sucesión de los hijos naturales y de sus parientes”, dentro del “Abintestato”: En la sucesión del padre concurren dichos hijos naturales con los legítimos, ascendientes o cónyuge, excluyendo a los demás parientes; así si concurren con hijos legítimos, adquieren la mitad de la cuota que les corresponda a éstos, siempre que no sea inferior al tercio de la herencia la cuota de los legítimos (84), según el artículo 574, si bien podrán los legítimos compensarles su cuota con dinero u otros bienes —art. 574—; si concurren con ascendientes o cónyuge, tendrán la tercera parte de la herencia, y si lo hacen con ambos, tendrán el remanente de la herencia una vez deducida la cuarta parte para los ascendientes y la tercera para el cónyuge —art. 575—; a falta de descendientes, ascendientes y cónyuge sucede en la totalidad —art. 576— y por su muerte sin dejar prole, le sucederán en concurrencia con su cónyuge, en su caso, los padres que lo hubieran reconocido, o el padre, si sólo uno lo reconoció, en virtud del artículo 578.

Por lo que respecta a la sucesión legitimaria, son herederos forzosos según el artículo 536. Si los hijos naturales reconocidos concu-

(83) *Ibidem*, pp. 312 y 313

(84) Este modo de atribuir la cuota se denomina “*quota facti*”, porque, en definitiva, al hijo natural se le atribuye la mitad de cuanto le corresponde al hijo legítimo. (TRABUCCHI, *ídem*, vol. II, p. 388).

rren con los legítimos tendrán una cuota de la mitad de la que corresda a cada hijo legítimo, siempre que la de los legítimos no sea inferior a la tercera parte del patrimonio, pudiendo compensar a los naturales su porción en dinero o inmuebles: artículo 541; si concurren con hijos legítimos y cónyuge, los dos tercios de la herencia, como cuota indisponible, se repartirán en los legítimos y naturales al igual que se expresa en el 541 —artículo 542—; si concurre con el cónyuge, le corresponde al hijo natural en plena propiedad la cuarta parte de la herencia y en nuda propiedad la quinta parte de los bienes asignados en usufructo al cónyuge: art. 543.

Por último, conforme al artículo 539 la porción legitimaria de los hijos naturales, si no concurren los anteriores, será la tercera parte del patrimonio de su padre, si hay un solo hijo natural, y la cuarta parte si son varios.

b') *En la filiación ilegítima no natural*: Los efectos de esta filiación, esto es, la relevancia jurídica de los hijos "irreconocibles" —y por asimilación a los ilegítimos no reconocidos— (85), se limitan a las siguientes atribuciones (86).

— *Derecho a alimentos*: Finalidad que persigue el ejercicio de la denominada "acción alimentaria" con la regulación e hipótesis del artículo 30 de la constitución italiana que los proyecta sobre los deberes propios de mantenimiento, instrucción y educación de tales hijos y a cargo del o de los padres.

— *Derecho sucesorio*.—*Renta vitalicia*: Así hay que caracterizar este derecho, siquiera sea porque su normativa se ubica dentro del Libro II: De las Sucesiones, Tit. II, cap. I, artículo 580: Derechos de los hijos naturales no reconocidos o no reconocibles: Cuando la filiación se acredite conforme a los modos previstos en el artículo 279, tendrán los hijos naturales derecho a una renta vitalicia, cuya cuantía dependerá del caudal hereditario y del número y calidad de los herederos; dicha renta no podrá, en todo caso, superar la suma de los rendimientos procedentes de la cuota hereditaria que correspondería a tales hijos si gozasen de la cualidad de naturales reconocidos o declarados judicialmente (87).

(85) Entre estos hijos ilegítimos no reconocidos, hay que incluir, "ope legis", a aquellos cuya acción para la declaración judicial de paternidad haya decaído, según TRABUCCHI, ídem, vol. II, p. 312.

(86) Aunque limitadas, es obvio que "el ordenamiento jurídico no se desinteresa completamente de estos hijos irreconocibles", según TRABUCCHI, ídem, p. 312 aunque, el olvido sigue siendo casi proverbial.

(87) En cuanto a la relación de esta renta con el derecho a alimentos, es claro, que parece de finalidad muy semejante; por ello se dice: "No se trata de una asignación alimenticia, aunque, en definitiva, el fin perseguido por el legislador sea fundamentalmente el no dejar al hijo sin medios; por ello, en realidad, puede concederse al hijo que no se encuentre en situación de necesidad, e, incluso, puede fijarse en una cantidad superior a la necesaria" (Idem, vol. II, p. 389).

En estos limitados términos, se configura, pues, la atribución de efectos por el ordenamiento italiano a favor de la prole ilegítima no natural o no reconocida, sin perjuicio de subrayar que, en conjunto, el tratamiento jurídico de esta prole habrá que derivarlo, asimismo, del contexto ordenador del país, por lo que, al punto, es importantísimo el citado artículo 30 de la *Constitución Italiana de 27 de diciembre de 1947*, que taxativamente proclama: “La ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio —ilegítimos “*strictu sensu*” pues—, toda la protección jurídica y social que sea compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.”

Es norma tuteladora, que habrá de atemperarse en los supuestos únicos de colisión con la familia legítima; con ello se relativiza, en modo, la exhortación garantizadora.

c') *Legitimación de la filiación ilegítima*. Con parecida significación a la correlativa institución examinada en el Derecho francés, únicamente subrayar, que por el conocido alcance del reconocimiento, cabe que la filiación ilegítima “*s. sensu*”, pueda ser legitimada, con lo que se conseguirán los efectos propios de los hijos legitimados.

El régimen jurídico respectivo se halla en el artículo 281: “Los hijos que no puedan ser reconocidos no podrán ser legitimados ni por subsiguiente matrimonio, ni por decreto presidencial.” En consecuencia, y según las formas de legitimación admitidas, hay que distinguir:

— Filiación ilegítima reconocida: Natural, incestuosa del art. 251 y adulterina del 252, podrá ser legitimada por subsiguiente matrimonio y decreto presidencial, con lo que, a virtud del artículo 280 dichos hijos nacidos fuera de matrimonio, adquirirán la cualidad de hijos legítimos.

— Filiación legítima no reconocible: No podrá ser legitimada, en ningún caso.

Es evidente, pues, que merced a esta regulación, ciertos casos de filiación ilegítima “*s. sensu*” consiguen una posición jurídica ciertamente equiparable a la de la filiación legítima, y por tanto, la reivindicación entonces es efecto derivador, pues no hay duda que en el hijo legitimado —sobre todo— por el subsiguiente matrimonio de sus padres, inexisten los estigmas o prejuicios incidentes sobre cualquier otra modalidad de filiación ilegítima —al gozar ya de un nítido “*status familiae*”.

b) RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FILIACIÓN ADOPTIVA.

Como se indicó, está vigente la reciente ley número 431 de 5 de junio de 1967, incorporada al Código en su Título VIII “*Dell'Adozione*”, dentro del Libro I, artículos 291 al 314/28.

El nuevo régimen sobre la adopción, introduce como novedad especial e importante, la dualidad ya imperante, de adopción plena y simple, si bien con la terminología particular de “adopción especial”, y “adopción”, figura esta última que absorbe la antigua y única modalidad adoptiva (88). Para conservar la misma numeración del articulado, se ha tenido que diversificar el antiguo artículo 314 en 28 apartados, en los que se instaura la novedosa “adopción especial”. Siguiendo el preciso orden expositivo del reciente estudioso de la materia Vega Sala (89), analicemos dicho régimen jurídico.

1. *Adopción, estricta.*

a) *Requisitos personales: Del adoptante.*—Habrá de ser mayor de 35 años, tener como mínimo 18 más que el adoptando, sin descendencia legítima o legitimada, según el artículo 291-1; si es casado, obtener el consentimiento del otro cónyuge, artículo 297-1.º; sólo los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y salvo este supuesto, nadie podrá ser adoptado más que por una persona, a virtud del artículo 294-2.º; el tutor no puede adoptar a su pupilo hasta que hayan sido aprobadas las cuentas de su administración, consignados los bienes y extinguidas las obligaciones resultantes de su cargo o haya garantizado su cumplimiento, según el art. 295 (90).

Del adoptado: Cualquiera puede ser adoptado, tanto si es mayor como menor de edad, siempre que tenga 18 años menos que el adoptante, si bien los hijos extramatrimoniales no podrán ser adoptados por sus progenitores, según el artículo 293-1.º, norma ésta que fija el ámbito de la adopción (91).

b) *Requisitos formales: Fase judicial.*—El expediente de adopción se inicia a demanda del adoptante, y es competente el Tribunal de 1.º Instancia, o si es un menor, el Tribunal Tutelar de Menores: artículos 311 y 313. En cuanto al consentimiento, el artículo 296-1.º exige que preste su consentimiento tanto en el adoptante como el adoptado, y si es menor, conforme al 296-2.º, consentirá su representante legal; sin que sea precisa la fundamentación jurídica de la resolución judicial: artículo 313.

— *Fase registral:* El artículo 314 indica que de oficio se comu-

(88) VEGA SALA, in op. cit., pp. 130 y 131.

(89) *Ibidem*, pp. 131 a 136.

(90) Al punto, como novedades del nuevo régimen se dice: “La nueva Ley ha rebajado en quince años la edad para poder adoptar, y este límite de 35 años puede todavía rebajarse a juicio del tribunal, cuando excepcionales circunstancias lo aconsejen, siempre que la diferencia de años con el adoptado no supere los años exigidos por la ley en su artículo 291-2.º” (VEGA, *idem*, p. 132).

(91) En el sentido de que excluye la posibilidad de que se puedan adoptar los propios hijos habidos fuera del matrimonio, del o de los adoptantes, prohibición que no ostenta un valor universalmente compartido, por lo que, a veces, con tal norma se reduce el ámbito del instituto.

nicará la adopción al Registro civil, en donde se anotará al margen de las actas de nacimiento del adoptante y adoptado.

c') *Efectos*: Son los siguientes: 1) Corresponde al adoptante la *patria potestad* del adoptado: art. 307-1.º, si la mujer adopta al hijo de su marido, el ejercicio de la patria potestad pertenece al marido, según el artículo 301-3.º. 2) La adopción no crea vínculo alguno de tipo civil entre los interesados, a excepción de lo establecido acerca de los impedimentos matrimoniales: artículo 300-2.º. 3) El adoptado conserva todos sus derechos y deberes respecto a su *familia de origen*: artículo 300, párrafo 1.º, en su reenvío respectivo a los artículos 147 y 315 y siguientes del Código. 4) Persisten los impedimentos matrimoniales del adoptado con su familia de origen y surgen otros nuevos, propios del *nexo adoptivo*. 5) El adoptado tiene respecto al adoptante, los mismos *derechos sucesorios* que un hijo legítimo —los previstos en el libro II del Código, artículos 468 y 567, que no le reconoce al hijo adoptivo derechos en la sucesión de los parientes del adoptante—, sin que éste los adquiera respecto de aquél: artículo 304. 6) El adoptado añade a su *apellido* el del adoptante, pero si es hijo natural no reconocido de los adoptantes, llevará sólo el apellido del padre: artículo 299. Norma ésta que habrá de aclarar el sentido de la prohibición del art. 294, en la idea de que éste último sólo aparta a los hijos ilegítimos “s. sensu”. 7) El adoptante debe *alimentos* al hijo adoptivo con preferencia a sus padres legítimos o naturales, siendo recíproca dicha obligación: art. 436. 8) Podrá revocarse por indignidad del adoptado, o del adoptante, y a instancia del ministerio público por razones morales o de buenas costumbres: artículo 305 a 308.

2. *Adopción Especial*: De nueva creación, comprende el capítulo III de igual título, artículo 314, apartado 2 a 28, ambos inclusive. Con igual sistema al de Vega (92).

a') *Requisitos personales: Del adoptante*.—Se reconoce sólo a los cónyuges que con los requisitos indicados de edad y falta de descendientes, lleven más de cinco años de matrimonio, no haya separación de derecho o hecho entre ellos, tengan aptitud física y moral para educar e instruir a los menores a adoptar y puedan mantenerlos, conforme al artículo 314, que asimismo exige que tengan más de veinte años que el adoptante sin que sean mayores de 45: artículo 314-2.

— *Del adoptado*: Sólo podrán ser adoptados “especialmente”, los menores que hayan sido declarados en “estado de adottabilità”, o “estado de abandono”, esto es, aquellos que no hayan cumplido ocho años al iniciarse el expediente y estén privados de asistencia material y moral por parte de sus progenitores o parientes que estén obligados a ello, salvo caso de fuerza mayor: artículo 414/4. El expediente pertinente, exige la denuncia de la situación de abandono previo, el acreditamiento del mismo y la posterior declaración del “estado

(92) Idem pp. 134 y ss.

de adoptabilidad”: se iniciará a instancia del ministerio público, de las instituciones al efecto de protección o asistencia a la infancia o del que tenga interés en el asunto”, o simplemente lo denuncie: “Chiunque ha facoltà di segnalare all'autorità publica situazioni di abbandono di minori di anni otto”, dice el artículo 314/5-1.º, siendo competente el Tribunal Tutelar de Menores del lugar donde se halle el menor; éste una vez declarado en estado de “adoptabilidad”, antes de ser adoptado habrá de ser acogido con fines de adopción (93) al menos durante un año por los futuros adoptantes; dicho acogimiento puede revocarse por el Tribunal, de oficio o a instancia del M. Fiscal, del tutor o de la persona o instituciones que deben vigilar su buena marcha, cuando desaparezcan las circunstancias que lo han motivado, o el menor muestre dificultades de adaptación en la familia de los adoptantes, o éstos desistan de la adopción, según artículos 314/5 a 314-21.

b') *Requisitos formales: Fase preparatoria.*—La integran las citadas “*stato di adottabilità*”, una vez declarada, y el llamado “*affidamento preadottivo*”, destinado a comprobar la conveniencia y adaptación del menor, que habrá de durar al menos un año antes de entrar en la siguiente fase: artículo 314/3-1.º a 314/24-1.º

— *Fase judicial:* Transcurrido dicho año el Tribunal, tras las audiencias de los cónyuges adoptantes, ministerio fiscal, y a la persona o instituciones encargadas de la vigilancia, tutor o juez tutelar en su caso, así como a los descendientes legítimos o legitimados de los adoptantes, mayores de 14 años, comprobará que concurren todas las condiciones exigibles por la ley y resolverá, autorizando o denegando la adopción: artículo 314-24. Dicha resolución se transcribirá en el Registro civil, al margen de las actas de nacimiento de adoptantes y adoptado: artículos 314/15 y 314/25.

c') *Efectos: Artículo 314/26.*

— *Creación de la “filación adoptiva” y desaparición de la familia de origen:* Con la adopción especial cesan las relaciones del adoptando con su familia de origen, salvo los impedimentos matrimoniales y las normas penales fundadas en el parentesco. Se sustituye pues esa familia de origen, por la nueva o adoptiva.

— *Incorporación del hijo adoptivo al legítimo:* Por efecto de la adopción especial, el adoptado adquiere el estado de hijo legítimo de los adoptantes.

Apellidos: El adoptado recibe y transmite de sus adoptantes su mismo apellido.

Por último se establece que la adopción especial no crea relación de parentesco alguno entre el adoptado y los parientes colaterales de los adoptantes.

— *Revocabilidad:* Únicamente podrá revocarse cuando concu-

(93) El Código en su artículo 314/20 lo domina “*Affidamento preadottivo*”.

rran los requisitos previstos en el artículo 395, números 1, 2 y 6 del Código de procedimiento civil, revocación de las sentencias dictadas en apelación o única instancia por dolo de una de las partes o del juez, o la sentencia se basó en pruebas falsas: artículo 314/27; o sea, "mutatis mutandi" en supuestos de revisión de la sentencia (94).

III. DERECHO ALEMÁN

A) REGIMEN JURIDICO DEL B. G. B. SOBRE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

a) FILIACIÓN ILEGÍTIMA

Es, tal vez, la legislación alemana la que más se ha preocupado por plantearse seriamente el problema de la equiparación de esta filiación; ello no sólo se refleja en su Código civil clásico, sino —como se constatará— en las últimas modificaciones realizadas recientemente. Conviene, desde el principio, tener en cuenta que tanto en la terminología, como en el tratamiento jurídico, en este Derecho se configura a esta filiación con moldes sustancialmente diferentes a los tradicionales expuestos.

1. *Concepto y situación jurídica en general.*

Son hijos ilegítimos aquellos en quienes no concurren los requisitos legales de legitimidad, ni han sido equiparados a los legítimos. Es ilegítimo el hijo cuya ilegitimidad ha sido establecida con firmeza jurídica, según el artículo 1.593. En razón a que los presupuestos necesarios para la legitimidad son el nacimiento después de la conclusión del matrimonio, y la concepción anterior o durante el mismo, ya se denota una trascendental innovación en la ordenación de la legitimidad: es evidente que, conforme al artículo 1.591, los hijos, que en otras legislaciones serían en principio naturales, aquí devienen legítimos por el matrimonio de los padres, aunque hayan sido concebidos antes de las nupcias, lo que obliga a establecer dos presunciones

(94) No puede ser laudatoria la opinión de la legislación italiana al respecto, que no sigue en la materia su habitual cientifismo y vanguardia ordenadora. Sin formular una crítica directa, puede señalarse la existencia de lagunas o criterios ya superados: en esa línea se lee: "no dice nada la ley sobre la existencia de hijos naturales reconocidos, lo que no hace suponer que la existencia de los mismos no impide la adopción, lo mismo que la existencia de hijos adoptivos, y este segundo caso lo reconoce expresamente..." (VEGA, ídem, p. 132). Simplemente, el incluir esa situación de "adoptabilidad" que requiere un pronunciamiento oficial, tras la "situación de abandono", o realidad material, entorpece el tratamiento alargando los trámites, cuando hubiera bastado —como hacen las legislaciones francesa y española— fijarse y determinar sólo el estado de "abandono" del menor. Tampoco es muy acertado hablar de revocación de la adopción especial, aunque sea sólo en hipótesis muy extremas. "Petición de extinción" hubiera sido más exacto como hace el legislador, francés o español.

específicas: la de cohabitación, o que el padre haya cohabitado con la mujer durante el plazo de la concepción —artículo 1.591-II-1.º—, y la de paternidad, o causalidad de la cohabitación, o sea, que el hijo fue realmente engendrado a consecuencia de aquella cohabitación —artículo 1.591-I-2.º—, todo lo cual provoca una complejidad probatoria —de la que dimana, como se verá, la admisión de la de grupos sanguíneos—, que, atrae un sinnúmero de posibilidades impugnatorias de la pretendida legitimidad. Si tras el proceso, se dicta sentencia estimando la impugnación, se confirma, con valor de cosa juzgada, la llamada ilegitimidad de tal hijo, que, naturalmente, devendrá en ilegítimo: artículo 1.593 según el Decreto de 6 de febrero de 1943.

En cuanto a su situación jurídica en general, hay que expresar que, sin perjuicio de esa predisposición equiparadora, esta legislación parte, conforme a los postulados del Derecho romano, germánico y canónico, de situar a los hijos ilegítimos en posición desventajosa respecto a los legítimos: así, en síntesis, no reconoce en absoluto relación de parentesco entre el hijo y su padre —artículo 1.589-II— y concede a aquél contra éste, únicamente una pretensión de alimentos limitada, que se extinguía, antes de la actual reforma de la ley 19 de agosto de 1969, al cumplir el hijo los 16 años: artículo 1.708-I. No obstante, como se indicó, la insuficiencia reglamentadora, ha provocado diversidad innovatoria (95). Y, sobre todo, a través de legislaciones especiales, se ha garantizado en lo posible la posición jurídico social de esta prole indefensa. Ley de Protección de la Juventud de 14 de febrero de 1924, Reglamento sobre asistencia de 13 de febrero de 1924, el de 4 de diciembre de 1924 y el de Asistencia pública de 1 de agosto de 1931 (96), previo el ambiente progresista del XXXII Congreso de Juristas Alemanas de Bamberg de 1922 (97).

(95) Sobre esa diversidad que persigue un avance muy fuerte de uniformidad de trato para esta filiación respecto a la legítima. Vid. LEHMANN, H., "Derecho de Familia", pp. 365 y 366, que afirma, entre otras cosas... "la hasta ahora exageradamente desventajosa situación de los hijos ilegítimos aumenta el riesgo de su fracaso como ciudadanos aptos, sin por ello beneficiar al matrimonio. Contradice nuestro sentimiento de justicia el hecho de que el hijo ilegítimo haya de sufrir por el hecho de la falta de consideración de su padre más de lo que exige la valoración del matrimonio..."

(96) Vid. LEHMANN, op. cit., p. 367.

(97) Asimismo en el Proyecto de 1925 del Ministerio de Justicia sobre los hijos ilegítimos y la adopción se sentaron principios sobre la protección de la prole ilegítima. En opinión de LEHMANN, las principales cuestiones a abordar y sus posibles soluciones son: 1) No es recomendable la total equiparación del hijo ilegítimo a la familia del padre, según hace la ley noruega de 10 de abril de 1915; esta ordenación coactiva del hijo en una familia que, normalmente nada desea saber de él, le haría totalmente desgraciado. 2) Debe mantenerse el régimen de la patria potestad y tutela vigente en el B. G. B. 3) Hay que ensanchar el deber de alimentos del padre ilegítimo, lo que ya es una realidad por las sucesivas reformas. 4) En cuanto a la investigación de la paternidad, el punto más discutido es el de si la presunción de causalidad fundada en la cohabitación puede ser destruida mediante la prueba de la

2. *Situación de la filiación ilegítima con la madre natural y sus parientes.*—a') Según el artículo 1.705, en relación con la madre y los parientes de la misma, el hijo ilegítimo tiene la situación jurídica de un hijo legítimo. Así los *efectos* inherentes a esta total equiparación legal, son:

— El hijo lleva el apellido de la madre; si la madre hubiese contraído matrimonio tendrá el hijo el apellido de soltera de la madre, con lo que se exhibe su ilegitimidad, por lo que, previa instancia a las autoridades, podrá el marido de la madre, con el consentimiento de ésta y del hjo, otorgar su mismo apellido: artículo 1.706. Se consagra pues la “dación del nombre” (98).

— No corresponde la patria potestad del hijo ilegítimo a la madre, pero sí el derecho y deber de cuidar de la persona de su hijo, careciendo del derecho de representación —artículo 1.707, 1 y 2—, y quedando el hijo sujeto al organismo tutelar, en donde el tutor tiene la posición de un consejero en lo que respecta al cuidado de la persona (99). Según el artículo 35 de la Ley de Protección a la Juventud, el hijo ilegítimo ha de someterse a la tutela oficial: Tribunal de Tutelas.

— El cuidado del hijo corresponde a la madre ilegítima, al igual que a la legítima cuando no ejerza la patria potestad por su minoría de edad, según el artículo 1.696, tiene asimismo derecho a educar al hijo, determinar su domicilio y exigir la devolución del mismo del tutor; derecho a su educación religiosa a elegir su profesión, y finalmente un derecho a la prestación de servicios del hijo, conforme al artículo 1.617; este derecho al “cuidado”, puede atribuirse total o parcialmente e incluso cabe sustituirlo por una educación tutelar: artículo 1.666; por otro lado, estos hijos, como los asilados, quedan bajo la vigilancia de la oficina de protección de la juventud, de la que su madre puede extraerlos, si es beneficioso para dichos hijos.

cohabitación con otro hombre, excepción de infelidad, del artículo 1.717: Por un lado se va imponiendo la convicción de que el derecho del hijo a la vida o a su “status” de paternidad no debe hacerse depender de la moral y la fidelidad de la madre, y por otra parte es evidente la imposibilidad de aceptar varios padres, y la inseguridad supone el tomar en consideración como padres-presuntos a quienes hayan cohabitado con la mujer; como mejor solución de este dilema se presenta, de acuerdo con el modelo noruego, el reconocimiento de un doble fundamento del deber de alimentis, en virtud de haber cohabitado durante la época de la copción. imponiendo una responsabilidad solidaria a todos los varones; la solución del Proyecto es conceder al hijo una acción contra los presuntos progenitores, a su elección, con lo que los demás quedarían en principio exonerados de su deber de alimentos, salvo su responsabilidad en vía de regreso frente al primeramente demandado. 5) Podría propugnarse la incorporación del hijo ilegítimo. ensanchando el ámbito de la adopción. 6) Finalmente debería concederse al hijo ilegítimo una pretensión sucesoria a la mitad de la legítima que corresponda al hijo legítimo (in pp. 370 y 371).

(98) Según lo denomina LEHMANN, *ibidem*, p. 372.

(99) Pues no se consideraba a la madre con la necesaria energía para conseguir del padre la alimentación del hijo, según KIPP y WOLFF, *op. cit.*, p. 185.

— El hijo tiene derecho y deber de alimentos respecto a la madre y sus ascendientes: artículos 1.601 y siguientes; y le asiste el derecho a la dote, derecho sucesorio y legitimario. Precisa el consentimiento de la madre para contraer matrimonio, ser declarado legítimo y ostenta el domicilio y nacionalidad de la madre: artículos 1.726 y 1.747.

b') *Revelación del nombre del padre.*—La comentada preocupación del Derecho alemán en pro de la filiación ilegítima, le ha movido hasta plantearse la cuestión, tan rica en resonancias psico-familiares —de las que, como es sabido, tanto dependen el fenómeno equiparador—, de si la madre tiene o no obligación de descubrir a su hijo ilegítimo las circunstancias personales de su padre. Las soluciones han variado en la doctrina y jurisprudencia alemana. Las tesis que se plantean, siempre dependen de la situación alimenticia del hijo, o sea, si es o no alimentado debidamente por la madre, y, a veces, como es natural, se posterga este rasero tan material. Así se opina:

1. Si tal ocultación priva al hijo de los medios para recibir alimentos, resultará dicha obligación como consecuencia del deber de cuidar de la persona del hijo. Es la idea que late en las resoluciones admisorias. Olg, Munich, Seuff, A., 67, 49 (100), Colmar Olge 30, 343 y siguientes. Munich Jurw 628, número 4 (101).

2. Posturas más extremas: considerar obligada a la madre a decir al hijo quién es el padre aún cuando alimento adecuadamente al hijo, y sólo porque el deber de alimentos del padre ha de entrar hipotéticamente, en juego, v. g., a la muerte de la madre. Al respecto, afirma Lehmann que estas posibilidades remotas, no son, a su juicio, suficientes para justificar tal coacción moral en un terreno que se refiere estrictamente a la vida íntima (102).

3. Tesis intermedia: si bien el hijo sólo puede exigir del padre alimentos, los alimentos no son sólo un asunto del patrimonio, sino también del cuidado de la persona, por lo que si la madre mantiene por sí misma al hijo, éste no sabe nunca cuánto vivirá aquélla y en qué situación quedará después de su muerte. Y de todas formas, si se admite la obligación de la madre de decir al hijo quién es el padre, tendrá que deducirse también que es inmoral y nulo un contrato por el cual se obligue a ocultar al hijo quién es su padre (103).

Es, pues, la materia, interesantísima y sintomática, ya que engarza el plano jurídico de la filiación legítima con el psico-familiar, en el que late la entraña de la solución reivindicadora. Y no hay duda de que esa exigencia reveladora es inconcusa, no ya porque de su acredi-

(100) Idem. según LEHMANN, op. cit., p. 374.

(101) Cfr. KIPP y WOLFF, idem, p. 186, nota 19.

(102) Ibidem, p. 374.

(103) KIPP y WOLFF parten de que de la obligación de la madre de cuidar al hijo deriva también la obligación de decir al hijo quién es su padre: Cfr. idem, p. 186.

tamiento dependa el sostenimiento del hijo, sino en el pensamiento clásico de Geny, de su inviolable derecho a conocer su origen y cuna.

3. *Situación de la filiación ilegítima frente al padre.*

En principio, y a diferencia de con la madre, según el artículo 1.589, entre el hijo ilegítimo y el padre no existe parentesco en sentido jurídico, no dándose ni la patria potestad ni derechos sucesorios, ni el general deber recíproco de alimentos entre parientes. A pesar de ello, la paternidad ilegítima no carece de consecuencias, siempre que se acredite dicha paternidad. Las dificultades de la misma, tan repetidas, son las que proyectan sobre la materia, un especial y diferente trato a las expuestas sobre la madre.

a') *Pretensión de alimentos del hijo ilegítimo.* El hijo, según el artículo 1.708, tiene contra el padre ilegítimo una pretensión de alimentos, cuyo fundamento arranca, desde el Derecho germánico. Se considera padre ilegítimo a aquél que ha cohabitado con la madre dentro del plazo de concepción, es decir, en el tiempo comprendido entre los 181 días hasta los 302 anteriores al nacimiento, ambos inclusive, artículo 1.717-I, ap. 2.

— *Cuantía:* Comprenden todas las necesidades de la vida calculadas según la posición de la madre, no del padre, incluyendo la educación y la instrucción para una profesión: artículo 1.708, apartado 1 y 2.

— *Forma y condiciones:* Antes de la actual reforma, dicha obligación existía hasta los 16 años del hijo, siendo indiferente sus necesidades o posibilidades del padre, salvo el riesgo de su propia sustentación, art. 1.708 y 1.603; el padre está obligado a poner en contribución de los alimentos del hijo su propio trabajo, sancionándose las maniobras fraudulentas o simulación de un trabajo gratuito, e incluso si pese a los requerimientos oficiales incumple el padre este deber, será castigado penalmente: artículo 10 del Código penal. Este deber del padre precede al de la madre y a los parientes maternos del hijo: artículo 1.709-1.º; los alimentos han de prestarse mediante el pago de una renta en metálico por trimestres anticipados, sin que la anticipación de los mismos exima al padre de su cumplimiento futuro: artículo 1.710. Los alimentos también pueden exigirse en cuanto se hayan ya devengado, según el artículo 1.711, sin que se extinga la pretensión por la muerte del padre, en cuyo caso se transmite a sus herederos como una carga de la herencia: artículo 1.712; si se extingue con la muerte del hijo, salvo el derecho a reclamar los impagados a favor de los parientes del hijo: artículo 1.713-1, no pudiendo renunciar gratuitamente el hijo a los alimentos futuros: artículo 1.714-2.

b') *Pretensión de indemnización de la madre ilegítima.* El legislador alemán se preocupa también de la situación de la madre respecto al otro progenitor, reconoce, por un lado, el B. G. B. —al

margen de la indemnización por infracción delictiva—, una pretensión de desfloración basada únicamente en la cohabitación durante el noviazgo, en su artículo 1.300; y, por otro, otorga, en general, a la madre ilegítima una pretensión de indemnización de los gastos de embarazo y alumbramiento, previa, lógicamente, la constatación judicial de la paternidad. Esta pretensión indemnizatoria comprende: los gastos de alumbramiento, los gastos de alimentación, o necesidades tenidas durante las seis primeras semanas posteriores al nacimiento, sin depender del gasto real, los gastos necesarios a causa del embarazo o parto, antes o después de dicho período de seis semanas: artículo 1.715; su cuantía dependerá de las necesidades de la madre, y nunca de la inversión efectiva; dicha pretensión prescribe a los cuatro años a partir de los seis meses posteriores al nacimiento del hijo: artículo 1.715, I y II. Esta pretensión puede asegurarse antes del nacimiento del hijo por petición de la madre ante el Tribunal, que podrá, por resolución provisional, imponer el pago correspondiente al padre durante los tres primeros meses después del nacimiento: artículo 1.716.

c') *Investigación de la paternidad ilegítima.* Es obvio que citadas pretensiones dependerán de la constatación judicial de la paternidad, pero, además, cabe una accedibilidad judicial a estos efectos investigatorios con otra finalidad: comprobación de la descendencia; lo que diversifica el problema de una dualidad:

— *Investigación de la “paternidad pecuniaria”* (104):

De ella se condiciona el éxito de las respectivas pretensiones de alimentos. Es claro que siempre la dificultad radica en torno a la comprobación de la paternidad, pues la correlativa de la maternidad sólo exige la verificación de dos presupuestos de fácil dación: el hecho del parto y la identidad del hijo.

La acción correspondiente, dirigida judicialmente contra el padre ilegítimo, encuentra ya un cauce legal, a cuyo socaire puede prosperar si bien puede ser desvirtuada por el demandado:

— *Presunción de paternidad. Su destrucción:*

Efectivamente, como se indicó, el artículo 1.717-I, ap. 2, establece el concepto de padre ilegítimo: se trata, pues, de una presunción de paternidad derivada de haber cohabitado dentro del plazo de la concepción con la madre. Esta cohabitación, según Lehman (105), no prueba, por sí sola, que el hijo procede de ella, porque no existe el soporte general propio del matrimonio; por ello, en las relaciones sexuales extramatrimoniales la ley, aunque fija dicha presunción, la considera siempre insegura, partiendo de que la madre ha podido

(104) En terminología empleada por LEHMANN, ídem, p. 386.

(105) Ibidem, p. 376.

tener otros contactos con hombres diferentes durante la concepción. Es la razón de que dicha presunción pueda destruirse en los siguientes casos: 1) Al igual que en el matrimonio, cuando el padre pruebe que, conforme a las circunstancias, ha sido notoriamente imposible que la madre haya concebido al hijo a resultas de esta cohabitación —art. 1.717, I-2—. 2) Particularmente, mediante la prueba de que otro haya cohabitado con la madre durante el tiempo de la concepción del hijo: artículo 1.717-I; es la conocidísima y peculiar excepción del Derecho alemán “exceptio plurium” o excepción de infidelidad; en esta hipótesis cada uno de los que han cohabitado puede, por vía de excepción, negar su paternidad, y cabe estimar, igual que antes, el evento de imposibilidad notoria (106). Se plantea en este supuesto destructivo de la presunción el debatido tema del peso que en la materia tiene la honestidad o no de la madre, sobre el que ha recaído un juicio desfavorable (107), que ha propuesto la desaparición de tal excepción, e incluso la imposición de un deber limitado de alimentos a cargo de los restantes hombres que cohabitaron con la madre (108).

— *Especial significación de la aportación científica sobre los grupos sanguíneos facilitadora de la investigación de la paternidad. Su efecto negativo* :

Habida cuenta del pormenor con que se regulan los supuestos de la filiación ilegítima, que conducen al legislador a establecer presunciones de ilegitimidad, con los evidentes riesgos derivados, se comprende que, asimismo, se establezcan los cauces indicados que la aniquilen, y, por ende, que frente a las posibles demandas de pretensión de paternidad “pecuniaria” puedan los interesados defenderse

(106) Asimismo el que con intención de proporcionarse la excepción induce a la madre a cohabitar con otro a éste con aquélla perjudica contra las buenas costumbres al hijo y a la madre, y por tanto su excepción está sujeta a acusaciones y réplicas por su malévolo comportamiento, según KIPP y WOLFF, op. cit. p. 194.

(107) Así se escribe: “La admisión, en general, de la excepción de infidelidad supone frente al sexo femenino una desconfianza depresiva. Exagera, en cuanto a la mujer que ha tenido comercio sexual extramatrimonial, la inseguridad de la paternidad que se da también en las relaciones legítimas, pero compensándose con la presunción de paternidad. La admisión de la excepción constituye, además, un estímulo para quien haya cohabitado de desprenderse de las cargas induciendo a la madre a cohabitar con otro. Ante todo se trata de hacer depender la existencia del hijo de la moralidad y fidelidad de la madre. ni de facilitar a quien cohabitó el desviar sobre la comunidad las consecuencias de su acto. Estas reflexiones prueban que la admisibilidad de la excepción, tal como se configura actualmente, es insostenible” (LEHMANN, ídem, pp. 376 y 377).

(108) Así ya en el Proyecto sobre filiación ilegítima de 1925, se restringe la excepción en su ámbito, y se elimina en la reciente ley de 19 de agosto de 1969; por otro lado dicho Proyecto imponía su deber limitado de alimentos a cargo del o de los que cohabitaron con la madre, además del padre real, cuando haya quedado abiertamente excluida la causalidad de la cohabitación.

con todos los medios de prueba puestos a su alcance, en cuyo material cobra singular relieve la aportación científica de la prueba sanguínea. Y es que, en opinión de Kipp y Wolff (109), de las recientes investigaciones de la ciencia médica resulta que en los hombres se dan cuatro tipos distintos de sangre, que se transmiten hereditariamente, y cuyos resultados de la investigación de la sangre de dos hombres, si bien no pueden probar que uno de ellos ha sido engendrado por el otro, sí cabe que constaten que ese hecho es imposible o posible. De ahí que, sobre todo, en el caso de "imposibilidad notoria" de la concepción a resultas de la cohabitación de la madre con el padre demandado, y, en general, en todo intento de acreditar la imposibilidad de la concepción, tenga gran importancia la investigación de la sangre. Por ello, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley modificativa del Derecho de Familia, y su posterior artículo 7 del Decreto de 6 de febrero de 1943, se ha establecido que todos los interesados en litigios familiares tienen la obligación de soportar la investigación de la sangre; como es sabido, los estudios científicos han fijado *cuatro grupos* principales de sangre: A, B, AB y O, y los factores M y N: cuando se prueba en el niño la existencia de un grupo o factor determinado que no existe en la madre ni en su marido, no podrá ser éste quien lo engendró; cabe en algunas circunstancias probar la imposibilidad de la paternidad mediante un dictamen biológico hereditario (110).

El efecto negativo de esta prueba, esto es, que sólo, hasta la fecha, acredita que el padre demandado, su su caso, no ha podido engendrar al hijo, está unánimemente reconocido por la jurisprudencia alemana; así aparte del contenido transcrito, procedente de las resoluciones del Tribunal del Reich, 163, 68, y 160, 61 y 167, 269, pueden agregarse las siguientes:

El resultado de la investigación de los grupos de sangre, sirve, como juicio de valor, junto con otras circunstancias, de que el hijo no puede tener por padre a determinada persona: Resolución del Tribunal Territorial Superior —OLG— de Königsberg, 14, 6; 1929.

Que dado el estado actual de la ciencia, mediante la investigación de los grupos de sangre, en el caso más favorable para el demandado, puede probarse que no es padre de la criatura: Resolución de la Sección 1.^a del Tribunal Criminal del Reich de 1-4-1930, entre otras (111).

El asunto ha merecido en nuestro Derecho un estudio muy expresivo (112); tiene unas resonancias tentadoras, y aún la ciencia

(109) KIPP y WOLFF, op. cit., pp. 4 y 5.

(110) Según razona LEHMANN, op. cit. p. 290.

(111) Para un detalle de resoluciones de la jurisprudencia alemana Vid. KIPP y WOLFF, ibidem, pp. 4 y 5, nota 10 b).

(112) Vid. la conocida monografía de CASTRO PÉREZ: *La prueba de grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad*, Madrid, Edit. Reus, año 1950.

no ha configurado su limitación; no sólo afecta al jurista “per se”, sino a los estudiosos desde el punto de vista científico naturalista (113), hasta el extremo que los progresos y descubrimientos en torno a esta investigación han conducido a otros campos cuya relevancia está aún por esclarecer: el de la fecundación artificial, que ostenta un desvío tan deletéreo de la génesis natural conceptiva que, ciertamente, no puede someterse a consideración, si preside la subsunción normativa, un mínimo de elemental eticidad (114).

Por último, en cuanto a la destrucción de la presunción de paternidad ilegítima, no cabe alegar la excepción de infidelidad, cuando se haya reconocido la paternidad, tras el nacimiento en documento público legalizado por el Juzgado, notario u oficina de protección a la juventud: artículo 1.718 y 43 ley especial.

— *La llamada investigación “genealógica o de descendencia”:*
Declaración de paternidad ilegítima.

Como afirma Lehman (115), junto a la anterior dirigida a la pretensión de alimentos, sin que, en su caso, la comprobación de la paternidad, conduzca a una aclaración de la descendencia, es posible entablar la acción de constatación de la descendencia de un hijo ilegítimo,

(113) Así, ampliando el campo de observación, hoy se habla del procedimiento de la mezcla de sangre descubierto por los ginecólogos Zangemeister y la doctora Eva Krieger, cuyo procedimiento no se considera como medio de prueba ni siquiera provisionalmente; también se habla al efecto de la prueba fundada en las líneas papilares. (KIPP y WOLFF, ídem, p. 5, nota ídem.)

(114) Sobre dicho tema se dice: “Recientemente se ha tratado con frecuencia la cuestión de si un hombre puede llegar a ser padre en virtud de la “fecundación artificial de la mujer con semen de aquel hombre.” A este propósito se ha de decir, en primer lugar, que tal fecundación, si se hace sin la voluntad del hombre no es cohabitación en el sentido del artículo 1.591 alemán. La cohabitación es un acto del hombre y aquella fecundación, incluso cuando se piensa en la inimputabilidad coacción etc., es cualquier cosa menos un acto. Puede resolverse en un sentido distinto cuando, *con la voluntad del hombre*, se ejecutan actos tales que, con respecto a la posibilidad de la procreación del hijo por el hombre, se esté autorizado a equiparar a la cohabitación...” (KIPP y WOLFF, op. cit., p. 5). Sobre el tema también se opina: “Los hijos procreados durante el matrimonio por los cónyuges con empleo de los medios hoy suministrados por la eutelegenesia, habrán de reputarse legítimos... Sobre el problema de la condición del hijo en el caso de eutelegenesia realizada dentro del matrimonio Vid. VECIANA DE LA CUADRA: *La eutelegenesia ante el D. canónico*. Edi. Mosch Barna, 1957, pp. 118 y ss. Sobre la cuestión de la condición del hijo en la hipótesis, que se considera posible, de eutelegenesia con semen de un cadáver, puede verse DÍEZ DÍAZ: *Los derechos físicos de la personalidad —Derecho somático—*. Edit. Santillana, Madrid, 1963, pp. 377 y ss. (Vid. CASTÁN, op. cit., 8 ed., pp. 16 y 17, nota 3).

Sobre el problema, puede concluirse con TRABUCCHI, que partiendo de la posibilidad práctica de la fecundación artificial, los llamados “hijos de la probeta”, no pueden atribuir al dador del semen su relación de paternidad en iguales términos que el hecho normal de la generación” (In op. cit., vol. I, p. 310, nota 13). Asimismo, véase en el Novissimo Digesto Italiano la voz “Inseminazione artificiale”.

(115) In ídem, pp. 386 y ss.

que tanto como acción positiva o negativa de constatación puede ser planteada por el hijo o por el demandado como padre. Originariamente, el Código de procedimiento procesal, artículos 256, 644, 159 y 58, exigía para admitir esta acción, se demostrase un interés cierto y no el mero de comprobar el linaje o estirpe, sin que, las resoluciones en estos procesos tuvieran la misma eficacia que la de los estados familiares, y no pudiendo el padre condenado a alimentos, ejercitar, la acción de constatación negativa, para eximirse de su gravamen. Con la legislación y política del III Reich, esta acción se adentró en caminos insospechados, puesto que a veces se ejercitaba, al margen de su interés patrimonial, para autenticar la adscripción racial de los interesados. Con la derrota nacional socialista, esta acción fue rehusada por la mayoría de las audiencias, puesto que es evidente que la admisibilidad de la misma ya no puede justificarse por el significado de la pertenencia a una raza; si actualmente, opina Lehman (116) quiere fundamentarse su admisibilidad ha de buscarse un soporte más eficaz. A favor de la misma, hoy se aducen que, con independencia de la pretensión alimenticia, el hijo ilegítimo respecto a su padre real, ostenta ciertos nexos jurídicos como los que conforman los impedimentos matrimoniales y de tipo legitimador —artículo 1.719—; y en contra, su absurda aspiración de verificar una ascendencia racial, o paliar el gravamen alimenticio merced a la reapertura de este nuevo proceso.

Sin embargo, superadas estas taras, hay que convenir que los intereses del hijo ilegítimo no se satisfacen sólo con su pretensión “alimentaria”, sino que habría de dotársele de la viabilidad de esta acción para que, en todo caso, pudiera comprobar cuál es su verdadera paternidad, y ello, constatado, con los efectos de cosa juzgada. A ello tienden los Proyectos de 1925 y 1929; no obstante, el mantenimiento de la demanda de declaración de paternidad ilegítima, como juicio relativo al estado familiar —con la consecuente atribución de un “status” al hijo ilegítimo— cumpliría desde luego esta exigencia de política legislativa, pero implicaría una reforma parcial e inarmónica del derecho de los hijos ilegítimos, por lo que es preferible una reforma total, en la que la investigación de la paternidad se encomiende al Tribunal de Tutelas mediante un procedimiento incoado de oficio que reemplace al actual proceso de alimentos (117). En su lugar se expondrá el criterio al punto del nuevo Derecho de Familia alemán.

(116) Ibidem pp. 387 y 388.

(117) BOSCH in *Die Feststellung der tatsächlichen Vaterschaft*, 1947 pp. 177 y ss., expone motivos para el mantenimiento de la acción de declaración de paternidad legítima, según LEHMANN, ibidem, p. 388.

b) FILIACIÓN ADOPTIVA.

1. *Concepto y significado.*—Es, siguiendo la noción secular, la creación artificial por contrato de la filiación legítima, sin que entre en consideración la descendencia fisiológica, y, por ende, pudiendo la madre adoptar, por ejemplo a su hijo ilegítimo. Persigue en este Derecho la finalidad conocida de proporcionar una familia y bienestar, respectivamente, a adoptantes y adoptado, haciendo en lo posible una realidad la continuación de la familia del primero. El legislador alemán, en este punto, mucho más sobrio y arcaico que en la filiación ilegítima, sólo conoce un tipo de adopción, permitiéndola tanto al hombre como a la mujer, no habiéndose incorporado al BGB el antiguo prohijamiento (118); pero por su contemplación máxima de esta filiación ilegítima, fruto de una conciencia social, resulta que según Kipp y Wolff (119) en la mayoría de los casos se adoptan hijos ilegítimos y la adopción es desde el punto de vista social un medio de la mayor importancia en beneficio de los hijos ilegítimos: por tanto con las aspiraciones hacia la mejora de la situación jurídica de éstos marchan paralelamente los anhelos hacia la mejora de las normas de la adopción. Motivo por el que el proyecto de ley sobre la situación jurídica de los hijos ilegítimos de 1925-29, se extiende también por tanto a la adopción. Igualmente, esa deficiente ordenación legal, se manifiesta en cuanto el BGB no se ha decidido, al mantener sólo un tipo de adopción, por extirpar radicalmente los vínculos del adoptado con su familia de origen: utiliza una forma intermedia, en la que si bien extrae la patria potestad de la familia natural, no incorpora totalmente al hijo en la adoptiva.

2. *Condiciones requeridas para la adopción.*—a) *Personales: Del adoptante:* Pueden señalarse las siguientes:

1. Al concluir el contrato, el adoptante no tendrá ningún descendiente legítimo, según el artículo 1.741, se equiparan a ello los legitimados o nacidos de matrimonio putativo; sin embargo, tanto el padre o la madre pueden adoptar al hijo ilegítimo: artículo 1.705 (120).

2) El adoptante tendrá que haber cumplido los 50 años, ya que desde esa edad no cabe esperar descendencia propia; tendrá, además,

(118) Pese a que la realidad nos presenta con frecuencia una relación de prohijamiento sin adopción efectiva, a veces porque a ésta se oponen ciertos obstáculos y a veces porque los interesados prefieren hallarse en una situación más libre en su recíproca relación, especialmente para poder suprimirla. KIPP y WOLFF, op. cit., pp. 154 y 155).

(119) *Ibidem*, p. 154.

(120) Aunque la existencia de hijos adoptivos sería también obstáculo para la adopción, el artículo 1.743. permite, pese a ello, la adopción de otros comparando así la línea tradicional.

18 años más, como mínimo, que el adoptado, según el artículo 1.744; en dicho impedimento cabe la dispensa del Estado.

3. Si el adoptante es incapaz, precisará el consentimiento de su representante y la aprobación del Tribunal de Tutelas: artículo 1.751-1.º; si la incapacidad es absoluta (121) no es posible la adopción; si está casado se precisa el consentimiento de su cónyuge, que será un "asentimiento" previo declarado en forma: artículo 1.748.

Del adoptado: Si es un hijo legítimo menor de 21 años, precisa el consentimiento de sus padres: artículo 1.747; si es ilegítimo menor de 21 años, se precisa el de la madre: artículo 1.741-1; si tiene limitada su capacidad, es necesario el asentimiento del representante legal y la aprobación del tribunal de tutelas: artículo 1.751-2, quien antes de resolver oír a la Oficina de Protección a la Juventud. Si el adoptado no tiene todavía los 14 años, consentirá su representante legal, con la aprobación de dicho tribunal y la misma audiencia, al igual que si es incapaz o menor de siete años. No es obstáculo que el adoptado sea hijo ilegítimo del varón adoptante o de la madre ilegítima, en su caso.

b') *Formales:*

1. Sólo el matrimonio puede conjuntamente adoptar a un hijo, si bien el hijo adoptivo puede serlo posteriormente por el cónyuge del adoptante: artículo 1.749; no es posible la adopción del pupilo por el tutor hasta que no se libere de su cargo, y aprobado las cuentas: artículo 1.752.

2. La adopción tiene lugar merced al otorgamiento del correspondiente *contrato*, cuyos requisitos son: Habrán de consentirlo, si el adoptado es menor de 21 años, sus padres o madre, si es ilegítimo; en sus casos, los respectivos cónyuges: artículos 1.747 y 1.746. Ha de concluirse ante el Tribunal o notario en presencia de los interesados: artículo 1.750-2; no puede concluirse por medio de representante, ni bajo condición, o término: artículo 1.742; el contrato puede ser nulo si es contrario a las buenas costumbres: si encubre fraudes o no es beneficioso para el adoptado; el contrato precisa de la confirmación correspondiente: artículo 1.741-2. Confirmado, entran en vigor con efectos anteriores, la confirmación podrá ser denegada sólo por motivos taxativos: falta requisito legal, duda de que no se constituya una relación paternofamiliar, cuando haya razones en contra de tipo familiar o público: artículo 1.754 (122); sin embargo, esa falta de requisito legal, aunque el contrato indebidamente hubiera sido confirmado provoca su nulidad (123).

(121) Pues la anterior "incapacidad", en donde se precisa el consentimiento del representante es más bien una especie de "limitación en su capacidad".

(122) Sobre otros trámites de la confirmación, e hipótesis planteables, Vid. KIPP y WOLFF, ídem, pp. 160 a 163.

(123) Y es que según la opinión dominante la confirmación judicial no subsana los defectos de la conclusión del contrato.

3. *Efectos de la adopción.*

a') *En relación con la familia adoptiva:* Se extienden al adoptante y a favor del adoptado y sus descendientes, pero no respecto a los parientes del adoptante.

Equiparación al hijo legítimo: El adoptado adquiere la situación jurídica del hijo legítimo del adoptante: artículo 1.757, I, pero no de su cónyuge, al menos, que fuera adoptado por ambos.

Parentesco: Se origina un vínculo entre los interesados, con la correspondiente traducción de impedimentos matrimoniales y deber recíproco de alimentos: artículo 1.601 y siguientes.

Patria potestad: El adoptado menor de edad pasa a la patria potestad del adoptante, incluido la administración y disfrute de su patrimonio, salvo exclusión en el contrato: artículo 1.767, y 1.684 y siguientes, respecto a la patria potestad de la madre.

Apellidos: Adquirirá el adoptado el del adoptante, pudiendo añadir a su nuevo apellido el anterior, si no se ha excluido en el contrato: artículo 1.758.

Derecho a alimentos y sucesorio: Existe el deber recíproco apuntado entre adoptante y adoptado, y precede al de los parientes naturales: artículos 1.601 y 1.766-I; en cuanto al derecho sucesorio inexistente en reciprocidad, pues sólo el adoptado adquiere un derecho en la herencia del adoptante, tanto en el "abintestato" como en la testamentaria: artículo 1.759.

b') *En relación con la familia de origen:* Como se dijo, no desapareciendo la existencia jurídica de ésta, puede señalarse: Se mantienen los derechos y deberes propio del parentesco, así como el recíproco derecho sucesorio, excepto en lo relativo a la patria potestad, como se expresó: artículos 1.764 a 1.766; no asiste a los padres naturales el derecho a reclamar el "trato personal" del hijo (124), desapareciendo el llamamiento de los abuelos naturales a la tutela del adoptado y de sus descendientes y el de los padres naturales a la del hijo mayor de edad, incapaz: artículos 1.776, II y 1.899, II.

4. *Ineficacia y revocación de la adopción.*—En principio son aplicables las normas generales incidentes en los contratos, acerca de la nulidad e impugnación. Además de la impugnación, con efectos retroactivos, cabe la revocación o "supresión" de la misma (125), a través de las acciones pertinentes por parte del adoptante, adoptado y sus descendientes: artículo 1.768. El contrato de supresión de la adopción no puede tampoco someterse a condición o término: ar-

(124) En opinión de LEHMANN, esa prohibición por el padre adoptivo del trato personal con los padres naturales puede considerarse como abuso de la patria potestad, que obligará a intervenir al Tribunal de Tutelas de acuerdo con el artículo 1.666. (Ibidem, p. 360.)

(125) En razón a la terminología alemana, la usual revocación de la adopción, se vierte a nuestra lengua indistintamente como "supresión", "abolição" o "destrucción", refiriéndose siempre a la posibilidad de que el oportuno contrato deje de producir efectos.

título 1.768, I, 1; la supresión o revocación anula los efectos de la adopción para el futuro, merced a la firmeza de la correspondiente resolución judicial. Sus efectos son: desaparece el derecho a utilizar el apellido del adoptante, salvo que siendo la adopción conjunta la supresión acaezca tras la muerte de un cónyuge: artículo 1.772; sin embargo, no se modifican las relaciones con la familia de origen, ni renace la patria potestad, por lo que, en su caso, el hijo estará sometido a tutela. Conforme al artículo 12 de la Ley de Modificación del Derecho de familia, es posible la revocación por decisión judicial, cuando moralmente la situación adoptiva sea insostenible, no bastando la simple enemistad o el desacuerdo. Por último, la adopción se suprime por ministerio de la ley, cuando el adoptante contrae matrimonio con la adoptada, o un descendiente de ésta, vulnerando así la prohibición del artículo 1.311.

Obsérvese, pues, cómo la anterior normativa recuerda las vigentes a la sazón en la mayoría de los ordenamientos antes de que sobre los mismos recayeran las últimas legislaciones reformadoras. También, no hay que olvidar, que el instituto de la adopción, se reglamentó en base al proyecto de Ley de la situación jurídica de los hijos ilegítimos de 1925 a 1929, siempre con la finalidad de amparar a este tipo de hijos, que, en definitiva, conforma la razón ontológicamente justificativa de la adopción (126).

B) REFORMAS LEGISLATIVAS VIGENTES

La legislación sobre la familia en Alemania, ha sufrido algunas reformas, que innovan básicamente, el régimen constatado anteriormente. Analicemos el fenómeno en la dicotomía conocida:

a) *Filiación ilegítima*: Ley sobre unificación y modificación de preceptos del Derecho de familia de 11 de agosto de 1961, y ulterior reforma según ley de 19 de agosto de 1969.—Ambas reformas afectan a numerosos preceptos del B. G. B. y de la ley procesal civil, entre otras. En particular la segunda, que entró en vigor el 1.º de julio de 1970, persigue como objetivo fundamental “eliminar la situación desfavorable del hijo extramatrimonial frente al legítimo, incluso en la terminología, en cuanto ahora se habla de hijos “no matrimoniales” —“Nicht ehelichen”— (127). Los principales hitos innovadores son:

1. *Situación jurídica del hijo no matrimonial con su padre*: Se ha derogado por ley 19 de agosto de 1965, el censurado artículo 1.589,

(126) Proyecto ya indicado de 1925 sobre la “ley de los hijos ilegítimos y la adopción” (“Drucksachen des Reichrats, Tagung, 1925, núm. 108, que después de una revisión profunda fue presentado al Reichstag.

(127) Vid. HANZ STOLL: *La evolución del Derecho Privado alemán en el año 1969*, trad. J. SANTOS BRIZ, en “Revista de Derecho Privado”, diciembre, 1970, pp. 1021 y ss.

página 2, que, como se sabe, afirmaba que el hijo ilegítimo no era pariente de su padre, siéndole ahora de aplicación los mismos preceptos que al legítimo, salvo disposición especial.

Efectos: Los consecuentes a la nueva situación son:

a') *Patria potestad*: Por ley 11 de agosto de 1961, se añade un segundo párrafo al artículo 1.707, para posibilitar a la madre de un hijo ilegítimo la obtención de su patria potestad, solicitándolo al efecto al Tribunal de Tutelas, si aquélla es mayor de edad; el Tribunal podrá limitar o excluir algunos cometidos de la patria potestad, concedida, en su caso. Por ley de 18-8-69, aunque el padre no ejercite la patria potestad, tiene respecto a su hijo extramatrimonial el derecho de tener trato con él, previo consentimiento de la persona encargada —generalmente la madre—, o el organismo quien la sustituya, que habrá de oír al padre cuando se trate de asunto relativo a la persona o patrimonio del menor (128).

b') *Apellidos*: Aunque el padre no ejercite dicha patria potestad, podrá, con consentimiento de la madre y del propio hijo, otorgar su apellido a éste (129).

c') *Alimentos*: Si bien los artículos 1.708 y 1.710 fueron modificados por la ley 11 de agosto de 1961, la materia ha sido de nuevo modificada en 1969. Por la primera, se establecía que el padre ilegítimo estaba obligado a alimentarlo conforme a la condición social de la madre hasta que el menor cumpliera los 18 años, y comprendían dichos alimentos todo lo necesario para la vida, educación e instrucción; si el hijo cumplió los 16 años, ello se tendrá en cuenta, si es que tiene bienes, a instancia del padre, a los fines de adecuar su cuantía, que, en general, habrá de pagarse en una renta dineraria, por meses anticipados y no por trimestres como fijaba el régimen antiguo (130). Por ley 19 de agosto de 1969, se modifica trascendentalmente este sistema: así en cuanto a alimentos el hijo extramatrimonial es equiparado, en principio, al legítimo, sin límite ya de edad; si sus progenitores viven separados, la ley ha previsto una cuantía mínima de alimentos, a señalar por reglamento del Gobierno Federal, cuyo pago incumbe al padre cuando el hijo no convive con él; en caso de necesidad, se grava al hijo para alimentar al padre necesitado (131).

d') *Derecho sucesorio*: El hijo ilegítimo, según previene la última ley, tiene derecho a suceder a su padre, y en caso de ser desheredado por éste se le atribuye una porción legitimaria; si concurre con descendientes legítimos o con la viuda del causante, no se le con-

(128) H. STOLL, *ibidem*, p. 1021.

(129) *Ibidem*.

(130) Vid. J. SANTOS BRIZ, in *La novísima reforma del Derecho de Familia en Alemania*, in "R. D. P.", año 1962, pp. 201 y ss.

(131) H. STOLL, *idem*, p. 1021.

sidera heredero, sino que se le concede una pretensión patrimonial contra la herencia en cuantía de su cuota legal hereditaria (132).

e) *Posición jurídica de la madre extramatrimonial frente al hijo y al padre.*—Siguiendo la síntesis del profesor Hans Stoll (133), esta posición ha sido fortalecida por la ley de 19 de agosto de 1969: frente al padre ha sido ampliada su anterior pretensión para pago de alimentos, tanto antes como después del nacimiento del hijo, pudiendo extenderse hasta después de un año; se la reconocen asimismo prestaciones por seguro social y un eventual pago del salario por parte de la empresa donde trabaje la madre. Por otro lado, la posición de la madre frente al Departamento de Juventudes ha sido mejorada. Como es sabido, anteriormente este organismo era el tutor del menor, y a la madre sólo correspondía una potestad de hecho; ahora se confiere a la misma la potestad plena sobre el hijo extramatrimonial, quedando dicho organismo como curador al que compete el ejercicio de la declaración de paternidad, pretensiones sobre alimentos y demás cuestiones sucesorias al fallecimiento del padre; el hijo recibe el apellido de la madre al tiempo de nacer, aunque la misma fuera casada (134). En definitiva sigue en ello la pauta marcada ya por la ley de unificación del Derecho de Familia de 1962.

2. *Investigación de la paternidad: judicial y extrajudicial, a efectos alimenticios.*

Las pretensiones de alimentos frente al padre, como en el régimen anterior, sólo se imponen si está constatada la paternidad; la ley, al efecto establece dos posibilidades, según la reforma de 1969: 1) extrajudicialmente, cuando el padre reconoce voluntariamente al hijo, en cuyo caso ha de conseguir el hijo, o si no tiene 18 años, su madre, o representante legal; dicho reconocimiento y consentimiento han de constar en documento público. 2) Judicial, merced al ejercicio de la acción correspondiente; en este caso la paternidad surte efectos "erga omnes"; se considera padre —como en el Derecho anterior— al que en el tiempo de la concepción convivió con la madre, cediendo esta presunción cuando existen graves

(132) Reforma fundamental, que eleva aún más la tutela de la prole ilegítima en este Derecho, pues ya no se le concede la pretensión alimentaria conocida, sino que se refuerza su posición patrimonial mediante el reconocimiento de su cualidad hereditaria o legataria, según concurra a la herencia solo, o con descendientes legítimos o la viuda de su padre natural, respectivamente.

(133) Idem. pp. 1021 y 1022.

(134) H. STOLL, ídem, p. 1022; otro hito sintomático en la posición jurídica del hijo ilegítimo: aunque haya nacido de mujer casada —en rigor en nuestros ordenamientos, "adulterino"— puede ostentar el apellido de la madre, sin dificultad alguna.

dudas acerca de la paternidad. La “exceptio plurium” del artículo 1.717-I anterior no se regula especialmente, por lo que habrá de incluirse en el examen de la grave duda acerca de la paternidad (135).

3. *Concurrencia de la acción de “paternidad pecuniaria” y la llamada “declaración de paternidad ilegítima”: Resolución del conflicto.*

Al estudiar esta última, en torno a la “investigación genealógica o de descendencia”, se argumentó sobre sus inconvenientes, principalmente en base a que a su través se podía enervar una previa resolución sobre alimentos, a la diferencia del alcance de la cosa juzgada entre una u otra, y, en particular, a la aspiración porque se culminara en el Derecho alemán por la admisibilidad de una acción que, extirpado ya su resabio racista, se pudiera acumular a la serie numerosa de acciones de estado familiar, con lo cual se posibilitaría el acreditamiento de la paternidad ilegítima, con igual eficacia que en la legítima. Pues bien, por ley de 11 de agosto de 1961 se abordan algunos aspectos de esta problemática, y así con tono provisional y carácter de urgencia se modifica el artículo 644 de la ley procesal, intentando una solución al conflicto entre una sentencia en proceso sobre estado que sea contradictoria con aquel título; por el contrario si la resolución sobre alimentos es desestimatoria, y se estima la de estado civil, surgirá la obligación de prestarlo. Con ello era evidente, que se zanjaba un aspecto del problema: la relación entre ambas acciones, y se originaban otros más graves: la inestabilidad de las resoluciones (136). Tal vez, por la inseguridad al respecto, la reciente reforma de la ley de 19 de agosto de 1969, ha suprimido dicho dualismo entre sentencia sobre alimentos con efectos “inter partes” y provisionales y sentencia sobre el estado civil con eficacia “erga omnes” y absoluta; así, sobre la pretensión de alimentos, según el nuevo régimen, sólo podrá resolverse cuando pre-

(135) Ya se aludió a que dicha excepción condiciona la estabilidad del hijo a la fidelidad u honestidad de la madre, por lo que era muy censurada, siendo ésta la causa de su supresión. aunque, por otro lado, con ello se gravita todo el problema en torno a dilucidar si ha de regir o no la presunción de paternidad ilegítima.

(136) Refiriéndose a ese tema se escribe: “La trascendencia de este precepto. en cuya creación el legislador ha demostrado poca fuerza resolutive, es difícil de comprender. Seguramente se verá en él —aunque posiblemente en ello no se haya pensado— un tardío reconocimiento por la ley de los procesos de filiación. Otra cuestión de no fácil respuesta es si en vista de los efectos obligatorios ahora estatuidos de la sentencia declarativa acerca de la resolución recaída en el proceso sobre alimentos permite mantener el criterio de si el deseo de dejar sin efecto la sentencia firme sobre alimentos no necesita para fundamentarse un interés en la declaración. En todo caso este precepto hace renovar los inconvenientes fundamentales contra soluciones legislativas de necesidad.” (De SANTOS BRIZ, op. cit., p. 24.) Sin duda, la controversia se ha reducido en modo con la ley de 19 de agosto de 1969, como se indica en el texto.

viamente ha sido reconocida la paternidad o ha sido judicialmente declarada (137), con lo que se da entrada a la investigación de la paternidad ilegítima, sin cortapisa alguna, y dentro ya de las acciones de estado.

Admitiendo que con esta nueva legislación, si bien no se ha podido rehabilitar totalmente —en opinión de Hans Stoll— desde el punto de vista sociológico al hijo ilegítimo, se ha dado un importante paso hacia ese objetivo (138), son de destacar las siguientes *conclusiones* del régimen jurídico de la filiación ilegítima en el Derecho alemán:

1. Que sea por circunstancias más o menos dolorosas (consecuencias de las guerras, abundancia de huérfanos e hijos de padres desconocidos), sea fruto de su evidente progreso, la normativa imperante es modélica en cuanto a protección, tutela y preocupación equiparadora y reivindicativa de la prole ilegítima.

2. Que las manifestaciones más acusadas de esa tendencia son: a) El detalle reglamentador de esta filiación, que hasta conduce al legislador a intitular sus normas bajo la rúbrica de “protección a la familia ilegítima” (139), como exponente de la general dinamicidad del Derecho de familia en este país. b) La supresión de distinciones dentro de la filiación ilegítima, porque respecto a la legítima, aquélla pasa por extramatrimonial, sin más, con independencia del estado de los progenitores en cuanto a su libertad o aptitud para contraer matrimonio. c) Por ello, cualquiera que sea la concepción del hijo en cuanto a su fecha, si los padres se casan, deviene automáticamente en legítimo. d) La libre admisibilidad de la investigación de la paternidad, tanto al no establecer obstáculos impeditivos de la acción, como al mitigar el rígido respeto a la familia constituida, y, en especial, implantar una libertad probatoria que culmina con los adelantos científicos de los grupos sanguíneos. e) La permisiva de que el hijo ilegítimo aparte de la tutela procedente de organismos públicos, goce de una aptitud para merecer el reconocimiento, trato y derechos del padre, aun cuando éste estuviera casado, y fuese aquel “adulterino”, voz desconocida, por lo demás. f) El fortalecimiento de la posición de la madre ilegítima, que jamás es preterida o mancillada, pues se la dota de las suficientes tutelas tanto frente al hijo, como, en especial, frente al padre, aparte de las asistencias que, por tal carácter, se le proveen desde diferentes órganos asistenciales del país.

En resumen, no hay, hasta la fecha, situación “de lege data”,

(137) H. STOLL, *ídem*, p. 1022.

(138) *Ibidem*.

(139) Sirve de ejemplo en el sentido apuntado el Proyecto de ley de 1925, específicamente dirigido a la filiación ilegítima que, aunque en apariencia de relativo valor, a nuestro entender su relieve significativo es máximo, si se piensa que jamás en nuestro ordenamiento el legislador ha promulgado expresa y exclusivamente una ley para esta filiación.

como la alemana más perfecta y próxima para la plenitud reivindicativa del hijo ilegítimo.

- b) **FILIACIÓN ADOPTIVA: LEY DE ADOPCIÓN DE 8 DE AGOSTO DE 1950, Y SU DEROGACIÓN POR LA LEY UNIFICADORA DE LA FAMILIA DE 11 DE AGOSTO DE 1961.**

Sigue el retraso proverbial de orden legislativo, en relación con las demás regulaciones; ello, cabe imputarlo al adelanto atisbado sobre la filiación ilegítima, y el considerar a la adopción como coadyuvante de la política tuteladora de ésta. En la reforma se siguen las directrices de la ley de adopción del 8 de agosto de 1950, que flexibilizó el antiguo régimen, y que ahora se deroga, sin perjuicio de mantener el sabor clásico del BGB; v. g., se mantiene un tipo único de adopción. Siguiendo la exposición de Santos Briz, cabe la siguiente sistemática del Derecho vigente al respecto, en aquello que se ha innovado (140).

·1. *Condiciones para la adopción.*

a') *Personales*: La edad mínima del adoptante se reduce a 35 años, y la minoría de edad del adoptado. Cabe la dispensa, en particular en la edad del adoptante, si se trata de adoptar al hijo natural de su cónyuge. Se dispensará por el Tribunal la minoría de edad del adoptado, cuando moralmente se haya justificado el establecimiento de una relación paternofamiliar adoptiva; se mantiene la dispensa del requisito de no tener hijos el adoptante del antiguo artículo 1.745 a).

b') *Formales*: El nuevo artículo 1.747 no permite que el consentimiento de la madre para la adopción pueda darse hasta que el hijo tenga tres meses por lo menos. Se faculta para que el Tribunal de Tutelas pueda consentir por los padres, cuando éstos han incumplido sus deberes asistenciales con el hijo, han sido privados de la patria potestad o han negado maliciosamente su consentimiento y la no adopción puede perjudicar a los hijos (141). Tanto para la autenticación o confirmación del contrato como para la dispensa de requisitos sigue siendo competente el Juzgado de 1.^a Instancia —“Amtsgericht”—; el nuevo artículo 1.754 no recoge la causa denegatoria relativa a la existencia de motivos importantes de tipo familiar o público, sin que ya sea preciso la audiencia de autoridades administrativas.

(140) SANTOS BRIZ, in op. cit. *La adopción*, pp. 205 y 206.

(141) Sobre dicho artículo 1.747, reformado, se dice: “Este precepto, que fue muy discutido por la Comisión legisladora, puede ser favorable al hijo si se le aplica cautelosamente. Se ha de tener presente, sin embargo, que cuando no se dé una grave negligencia de los padres la aplicación de dicho precepto puede atectar en forma inadmisiblemente al derecho de los padres garantizado en la Constitución.” (Cfr. SANTOS BRIZ, *ídem*, p. 205.)

c') *Efectos*: Únicamente en lo relativo al derecho a alimentos se modifica el artículo 1.766-1, que ahora expresa: "El adoptante está obligado a alimentar al adoptado y a sus descendientes antes que los parientes naturales de aquél. Y lo mismo cuando el adoptado sea un hijo extramatrimonial", con lo que se evitan los riesgos de fomentar la adopción por motivos económicos: para aprovecharse de los alimentos de la familia de origen, consiguiéndose así que siempre la adopción aproveche al adoptado.

d') *Revocación e ineficacia de la adopción*.—Se regulan nuevamente los artículos 1.770 a) al 1.770 c): la abolición de los efectos de la adopción se atribuye al Tribunal de Tutelas y puede decretarse de oficio cuando "por graves motivos aparezca indicada en beneficio del hijo"; la abolición es obligatoria si la piden los padres naturales y la adopción se llevó a cabo sin su consentimiento o sin el de la madre, si el hijo es extramatrimonial, siempre que la petición tenga lugar durante la minoría de edad del hijo. Por último, no se decretará la abolición si se derivaran graves perjuicios para el hijo, sin que se permita derecho de petición alguno al respecto a las autoridades administrativas (142).

Es claro que, en todo lo demás, continúa vigente el régimen establecido con anterioridad. Inútil es insistir en la denunciada parquedad e insuficiencia que el instituto de la adopción ofrece en el Derecho alemán vigente.

(142) *Ibidem*, p. 206.

I. NOTAS CRITICAS

1. Sobre el Tribunal Supremo Norteamericano (*)

La bibliografía de los autores norteamericanos sobre su propio Tribunal Supremo es extremadamente copiosa, y apenas pasa año sin que se acreciente con nuevas e importantes aportaciones. No es ello de extrañar cuando puede un libro sobre el tema abrirse, como se abre el de Corwin, con una cita según la cual “vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces quieren que sea” (pág. 1; la cita está atribuida al que fue Presidente del Tribunal Supremo, Hughes); se podrían haber dado otras, anteriores o posteriores; así la de que “los jueces no son sólo los guardianes, sino, en momentos dados, los dueños de la Constitución” (A. V. Dicey: *Introduction to the Law of the Constitution*, I, III ed., Londres, 1939, pág. 175), o la de que “la tesis puede exponerse brevemente: el poder legislativo último en los Estados Unidos ha sido depositado en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos” (A. A. Berle: *The Three Faces of Power*, Nueva York, 1968, pág. 3), seleccionadas éstas entre otras muchas que resultarían igualmente significativas. Naturalmente, como es sabido, la sustancia y el fundamento de este poder reside no sólo en el sistema del precedente y del *stare decisis* propio de un régimen de *Common Law*, sino en el del control de la constitucionalidad de las leyes, tanto de las de los Estados federados que forman la Unión como respecto de las del Estado Federal; aunque es dudoso que efectivamente la Constitución quisiera haber conferido y efectivamente confiriera al Tribunal Supremo esta facultad (1), la cuestión quedó decidida en sentido afirmativo desde el celeberrimo caso *Marbury versus Madison*, fallado en 1803 bajo la presidencia de Marshall. Es efectivamente el Tribunal Supremo quien en un Estado de constitución rígida, como el norteamericano, si no exactamente controla la constitución si, por así decirlo, preside el acomodamiento constitucional a las realidades jurídicas y sociales de cada momento y vigila y sanciona —o deniega la sanción, a través de las declaraciones

(*) EDWARD S. CORWIN: *The Twilight of the Supreme Court*, ed. 1970. Archon Books (XXVII+229 págs.).

STEPHEN L. WASBY: *The Impact of the United States Supreme Court: Some Perspectives*, Homewood, Ill., The Dorsey Press, 1970 (305 págs.).

(1) El análisis clásico de este tema es el hecho en 1912 por CHARLES A. BEARD: *The Supreme Court and the Constitution*, defendiendo el fundamento constitucional del control de la constitucionalidad por el Tribunal Supremo; pero la polémica continúa abierta; sobre la misma y su bibliografía, ver ALLAN F. WESTIN: *Charles Beard and American Debate Over Judicial Review*, introducción a la ed. *Classics in History*, 1962, del estudio de Beard.

de inconstitucionalidad— el que se realiza por los demás poderes del Estado, señaladamente por el Congreso y por el Presidente de los Estados Unidos y, punto muy importante, por los Estados federados, habida cuenta, en cuanto a este último punto, de que una de las competencias específicas del Tribunal es la de conocer y decidir sobre los recursos interpuestos contra las decisiones de los Tribunales de los Estados federados cuando se alega violación de derecho reconocido por la Constitución federal. Así el Tribunal Supremo regula lo que uno de sus Magistrados llamó “los ciclos de interpretación de la Constitución... en relación con las condiciones políticas y económicas del período histórico” (2). Por supuesto, a estos poderes el Tribunal Supremo une los muy importantes de control de legalidad de los reglamentos y de censura judicial de la actividad de los órganos administrativos, incluidas las grandes *Commissions* autónomas (3), con poderes normativos delegados, casi jurisdiccionales y administrativos estrictos.

Tan sostenido es el interés sobre el Tribunal que puede apoyar la reedición de obras que en principio pudiera pensarse carentes de actualidad; en efecto, la de Corwin es un clásico menor sobre el tema cuya primera edición tiene ya cerca de cuarenta años (Yale University Press, 1934). Sus temas centrales son la forma cómo el Tribunal fue solventando a lo largo del tiempo la polémica —de la que fueron protagonistas en los primeros años de la Unión, en las páginas de *El Federalista*, Hamilton y Madison— entre los partidarios de un Estado fuertemente centralizado, con predominio de los órganos federales legislativos y ejecutivos, y los defensores de una organización respetuosa de los poderes de los Estados federados y limitativos, por consiguiente, de las “invasiones” de los órganos federales. También la defensa enérgica por el Tribunal Supremo de los derechos de propiedad, que después invistieron de un carácter casi sacro al *laissez faire* económico. Las dos cuestiones giraron y se discutieron en torno a la “cláusula de comercio” de la Constitución, que autoriza al Gobierno federal a regular el comercio internacional y el comercio entre los Estados; frente a la amplitud de la interpretación constitucional primera hay después, a finales del siglo XIX y principios del XX, decisiones fuertemente restrictivas que, por ejemplo, declararon la inconstitucionalidad de leyes sobre limitación de la jornada de trabajo o sobre establecimiento de salarios mínimos, restringieron fuertemente la aplicación de la legislación *anti-trust* o, paradójicamente, aplicaron la misma a una serie de actividades sindicales (4).

El libro de Corwin se cierra en el momento en que estaban pendientes de decisión ante el Tribunal Supremo los recursos por inconstitucionalidad contra las primeras normas del *New Deal*, señaladamente y con múltiples referencias específicas, la *National Industrial Recovery Act*, y el autor expresó cierta esperanza de que la fuerte intervención federal que la misma significa no fuera rechazada por el Tribunal Supremo. Estas esperanzas, como es sabido, resultaron fallidas: *Schechter Poultry Corp. versus United States* (1935), declaró la inconstitucionalidad de la N. I. R. A., y el Tribunal no cambió su actitud hasta que

(2) R. H. JACKSON: *The Supreme Court in the American System of Government*, Nueva York, 1955, pág. 23.

(3) Sobre este punto, M. SHAPIRO: *The Supreme Court and Administrative Agencies*, Nueva York, 1968.

(4) En cuanto a este tema, CH. O. GREGORY: *Labor and the Law*, 2.ª ed. Nueva York, 1958.

las jubilaciones de sus magistrados permitieron la incorporación de otros más "liberales", tras el fallido intento de Roosevelt de modificar la estructura del propio Tribunal (5).

Por supuesto, el libro reflexiona con mucha amplitud sobre un tema que sigue siendo de completa actualidad, a saber, el de la cláusula *due process of law* evidentemente concebida como regla procesal pura y simple y extendida por el Tribunal Supremo a la protección de derechos sustantivos. En este contexto común se permite a sí propio Corwin estampar una frase que nada desmerece de las citas lapidarias del tipo de las mencionadas al principio: "en una palabra —nos dice— *due process of law* significa hoy... aprobación del Tribunal Supremo [de la norma legislativa respecto de la que se alegue infracción al mismo]" (pág. 89; el subrayado en el original; en este contexto Corwin trae a colación la conocida e irreverente frase de Holmes de que el Derecho es "la profecía de lo que los jueces hagan"; nota 40, págs. 215-216).

El libro de Wasby es de naturaleza muy distinta; se trata de un estudio que aproximadamente podemos calificar de Sociología del Derecho, cuya indagación consiste en determinar si las reglas contenidas en las decisiones del Tribunal Supremo son efectivamente obedecidas, en qué ámbitos lo son y con qué "intensidad"; a esto es a lo que se denomina *impacto* en el título del libro.

Aunque se estudia desde luego el cumplimiento de la decisión para el caso concreto, en vía de ejecución de sentencia, señalándose que este tipo de ejecución no es todo lo liso y llano que debiera en ocasiones, y que en muchas de ellas ha encontrado en el pasado y sigue encontrando resistencias por parte de los Tribunales inferiores (mínimamente por los de la estructura jurisdiccional federal, más intensa por las jurisdicciones de los Estados federados), en parte debidas a que en numerosos casos las decisiones reenvían el asunto al Tribunal de instancia para que dicte nueva sentencia, "que no se oponga a la presente", fórmula relativamente vaga y de imposible aplicación automática, si se tiene en cuenta además que la decisión del Tribunal Supremo puede contener varios votos concurrentes, pero distintos, y ocupar docenas de páginas; aunque el aludido problema se estudia, digo, el que básicamente se plantea el libro —confundiéndolo más de una vez con el anterior, en exposiciones poco claras— es el del cumplimiento de las reglas generales objetivas contenidas en las grandes decisiones sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad, en las que el Tribunal Supremo hace uso de ese peculiar poder legislativo que unánimemente se le atribuye.

La impresión más generalizada es que el Tribunal Supremo no inicia nuevas líneas de acción política, sino que más bien sirve de limitación, freno o atemperación a las que se inician por los otros poderes del Estado, con la observación adicional de que cuando pretende iniciarlas —o cuando su actitud de oposición

(5) Sobre este ruidoso episodio de la historia constitucional norteamericana, ver ROBERT G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, Univ. de Chicago, 1960, libro que en sus páginas finales contiene una breve bibliografía sobre el Tribunal Supremo, y muy especialmente L. BAKER: *Back to Back. The Duel between FDR and the Supreme Court*, Nueva York, 1967. Bibliografía adicional sobre el Tribunal Supremo de los Estados Unidos puede consultarse en M. ALONSO OLEA: «El Tribunal Supremo de los Estados Unidos», Madrid, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 125, 1962 (págs. 317-325), y en M. ALONSO OLEA: *Nuevos libros sobre los Estados Unidos*, Madrid, 1970, al comentar el de SAMUEL KRISLOV: *The Supreme Court in the Political Process*, Nueva York, 1965 (págs. 167 a 185).

es rígida en exceso—su actuación es catastrófica y el prestigio del Tribunal padece notablemente en consecuencia; el ejemplo siempre traído a colación, también por Wasby, es el caso *Dred Scott* (*Dred Scott versus Stanford*), fallado en 1857, en vísperas de la guerra civil de Secesión, en el que pretendió resolverse la polémica esclavista con una decisión en su conjunto favorable al mantenimiento de la esclavitud. Sin embargo, se nos dice, el poderoso Tribunal Supremo presidido por Warren —probablemente su Presidente de más talla tras Marshall— ha cambiado en los últimos tiempos radicalmente esta perspectiva, en una serie de muy importantes materias, abriendo verdaderamente sendas nuevas a la convivencia política y social norteamericana; junto a las decisiones sobre igualdad en el voto y consiguiente reestructuración de los distritos electorales, y las medidas de garantía establecidas para los inculpados en los procesos penales (6), el análisis básico se refiere a las sentencias sobre integración racial en materia de educación, esto es, a la abrogación de la doctrina “separados pero iguales” de *Plessy versus Ferguson* (1896) y su sustitución por la de que las instituciones educativas separadas por razas son “inherentemente desiguales” y debe procederse a su integración, de *Brown versus Board of Education* (1954 y 1955) y decisiones sucesivas (7).

Lo que la experiencia está demostrando es la resistencia a la aplicación de la nueva regla, la gran cantidad de litigios a que está dando lugar, la aparición constante de normas de Estado federado que tratan de limitarla, etc. Dicho de otro modo, no hay una aplicación automática, sino un proceso de ejecución lento y penoso; tanto más lento y penoso si, como es el caso en cuanto a las sentencias en materia educativa, penetran en la entraña misma de las relaciones sociales norteamericanas, o, como ocurre respecto a las decisiones en materia electoral, afectan a la estructura política del país y la potencia e influencia geográfica de los partidos.

Con los materiales que acumula en su libro, Wasby trata de crear, o de poner las bases para, una “teoría del impacto” de las decisiones judiciales, y en el capítulo VIII y final enumera hasta ciento treinta y cinco hipótesis o supuestos de hecho a través de los cuales se quiere explicar si, cómo, cuándo y por qué se aplican, o dejan de aplicarse, o encuentran resistencias para su aplicación las decisiones judiciales. Es ésta una parte verdaderamente interesante del libro, de problemática trasladable en parte a otros ambientes jurídicos, aunque para esto le reste utilidad la apuntada confusión entre el sometimiento al fallo de los litigantes y su obediencia por el público en general.

M. ALONSO OLEA

(6) Las decisiones más importantes al respecto pueden consultarse en los capítulos III y VIII de J. A. SIGLER: *Courts and Public Policy. Cases and Essays*, Homewood, 1970.

(7) Estas sentencias y su problemática e «impacto», en D. FELLMAN: *The Supreme Court and Education*, Nueva York, 1960; también en SIGLER: *Loc. cit.*, págs. 263 a 303; los temas correlativos en cuanto a las decisiones en materia económica, en M. SHAPIRO, *cit.*, y en A. S. MILLER: *The Supreme Court and American Capitalism*, Nueva York, 1968. Una colección breve y útil de fragmentos de las sentencias más importantes dictadas por el Tribunal Supremo desde su creación hasta la fecha de edición es la contenida en C. B. SWISHER: *Historic Decisions of the Supreme Court*, Nueva York, 1958; más reciente y extensa, la de J. A. SIGLER citada en la nota precedente.

2. «La función social de la posesión»

de Antonio Hernández Gil, (Alianza Editorial, Madrid, 1969, 219 páginas)

JORGE A. CARRANZA

I. El autor de la obra es un prestigioso si que bien conocido jurista español contemporáneo, don Antonio Hernández Gil, actual presidente de la Comisión General de Codificación de España, alto cargo en el que sucedió a don José Castán Tobeñas, recientemente fallecido.

Antes de ello, en su juventud, había sido destinatario del premio extraordinario por sus estudios de Doctorado en la Facultad de Derecho de Madrid, de la que regresó en 1941 y muy pronto accedió a la cátedra de Obligaciones y Derechos Reales—que se dictaban conjuntamente—en la Universidad madrileña, profesando también la materia de Derecho del Trabajo en la Escuela Social.

Más tarde obtuvo por concurso la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Granada, pero luego retornó a Madrid para ganar en concurso de oposición una cátedra de Derecho Civil, en el área del Derecho de Familia y Sucesiones. También dicta las cátedras de Obligaciones y Derechos Reales.

Ello no le impidió ejercer activamente la profesión de abogado, al tiempo que desempeñaba funciones de publicista en la *Revista de Derecho Privado*, en el *Anuario de Derecho Civil* y en la *Revista de Derecho Español y Americano*.

Es autor de numerosas obras de grande valor. Entre ellas merecen recordarse *El concepto del Derecho Civil*, *Del Derecho Romano como Derecho Civil al Derecho Civil como Derecho Privado*, *El valor permanente del Derecho Civil*, *La propiedad en el Derecho y la realidad actuales*, *El futuro del Derecho Civil* y otras muchas versantes sobre Obligaciones, Familia, Sucesiones y Derechos Reales.

Además ha incursionado en el Derecho Comparado y, como informa José María Castán Vázquez (1), lo ha hecho también en el campo menos frecuentado de la metodología jurídica, produciendo en él una obra valiosa: *Metodología del Derecho*. Ha anotado jurisprudencia; producido dictámenes que han sido recogidos en recopilación, por su sustancia científica y su bella forma y lenguaje; es un ferviente europeísta, que ha marcado el rumbo de ese movimiento continental a través de su *Sentido de Europa*, etc.

El todo muestra, pues, en la vastedad de la obra producida, las líneas maestras de una múltiple inquietud por los problemas sociales, jurídicos, filosóficos y

(1) Véase «Don Antonio Hernández Gil, Presidente de la Comisión General de Codificación», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1969, págs. 550 y siguientes.

políticos que tornan a la figura del Profesor Hernández Gil en una de las más relevantes del pensamiento contemporáneo.

II. El libro que detiene nuestra atención —y en esto hacemos aplicación del saludable principio según el cual sólo debe comentarse lo que nos satisface o produce placer estético— constituye un agudo si que novedoso enfoque de un antiguo instituto jurídico, el de la posesión, que se presenta como un “ensayo de teorización sociológico-jurídica” y que trasluce los sólidos conocimientos que de la ciencia jurídica pura tiene el autor, a los que suma las vertientes traídas —con idoneidad y poco común penetración— de los ámbitos auxiliares de la Filosofía General, la Filosofía Jurídica y la Sociología, consiguiendo así integrar, lo que no es usual en nuestra materia, una obra plenaria y totalizadora de cuantos aspectos están implicados en el rico asunto elegido para el análisis.

El estudio del Profesor Hernández Gil contiene la siguiente distribución: Trata, primero, de una introducción al tema de la función social de la posesión (I). Expone, de seguido, las grandes concepciones posesorias tradicionales, consideradas desde el punto de vista de su significado social (II) y la evolución posterior de la doctrina (III). Inmediatamente plantea el problema: la función social como presupuesto, como reflejo de la realidad social y como modificación de ella (IV), y, muy luego, trae el tema al Derecho Positivo de su país (“Los significados de la posesión en el Código Civil español y hacia un nuevo significado”, V).

El trabajo intelectual renovador hace su ápice en los capítulos siguientes. Ellos tratan acerca de “la tensión justicia-seguridad jurídica en la posesión” (VI); “la densidad social primaria de la posesión” (VII); “la espontaneidad social de la posesión” (VIII); “la imperatividad social y la posesión en el proceso de socialización creador de una sociedad homogeneizada” (IX), para rematar con un estudio de “la estratificación social dependiente de la posesión de la tierra” (X) y cerrar la obra con “consideraciones finales” (cap. XI), no a la manera de resumen, sino como consecutarios epilógicos entendidos de un modo literario y libre (pág. 195).

Tal como se desprende de esta enumeración, el espectro es amplio, el material es denso, y él todo promete un exhaustivo y moderno enfoque de una institución que hunde sus raíces en los primeros tiempos del quehacer humano, mediante la eficaz aplicación de un método interdisciplinario que es, tal vez, la máxima conquista del estructuralismo aplicado a las Ciencias Sociales.

III. En el capítulo inicial el Profesor Hernández Gil propone un paralelo entre el derecho de propiedad, como expresión culminante del poder de las personas sobre las cosas, y la posesión, la que precisa puede presentarse en dos aspectos fundamentales: integrada con el derecho de propiedad y como una de sus maneras de manifestarse; o como la proyección de la persona sobre las cosas, determinante de consecuencias jurídicas dirigidas al mantenimiento de una situación dada, basada en el uso y disfrute del bien poseído, acepción esta última en la que la posesión adquiere su carácter autónomo.

Es claro que la posesión es un tema que tiene bien ganada fama de difícil. Y así recuerda el autor los epítetos que ha recogido: “criux et carnificina ingenorium”, “viejo y enigmático instituto, uno de los más abstrusos y controvertidos” (nota núm. 6, pág. 11), o, como dijera el maestro argentino Lafaille, “la

posesión es uno de los tópicos más arduos y complicados del Derecho Civil" (2), por sus dificultades intrínsecas, su semejanza con otras instituciones y las confusiones que el idioma vulgar o corriente ha volcado en los textos.

Mas si éstas son las aristas muchas veces inasibles de la posesión, adviértase cómo se complica aún más su panorámica si a ella se le agrega la problemática de su función social, bastante esclarecida en la temática de la propiedad privada, donde ya se discute menos el proceso de socialización, finalmente impuesto por el propio Derecho Objetivo—desde luego que no sin sorda y larga lucha—, como ha ocurrido en la Argentina con la reforma de la Ley 17.711, que ha introducido en el Código Civil el principio del ejercicio abusivo de los derechos, entre ellos el del derecho subjetivo de propiedad (art. 2.514), configurándolo como un hecho ilícito cuando se produzca la desviación del sentido institucional que ahora se le asigna (3).

Pero, como bien aclara el Profesor Hernández Gil, hay un aspecto positivo en el esfuerzo que se hace para desarrollar todo tema posesorio: la posesión es una realidad directamente aprehensible, que configura un fenómeno que se manifiesta ostensiblemente (pág. 12), por lo que las normas que la relevan tienen un sustrato real innegable, que clarifica, concretiza y aleja el tema de las especulaciones abstractas que campean en otras áreas de la Ciencia Jurídica. Tal vez porque la posesión, como enseña Carnelutti (4), es un fenómeno económico antes que jurídico. Y el hecho económico es aquel en virtud del cual alguien, cuando ha tomado algo que le sirve para una necesidad, quiere retenerlo para sí y el esfuerzo para tomarlo se prolonga en el esfuerzo para conservarlo.

En este punto se anota la primera incursión filosófica del autor, porque ve al derecho de propiedad—ontológicamente considerado—como un concepto, una esencia, mientras que, de otro lado, la posesión es concebida por Hernández Gil como una presencia perteneciente al reino del ser y del existir, en lo que hace una patente y acertada aplicación del principio fenomenológico que fundara Heidegger, al asignar al ser de lo humano su hacerse o su existir, aspecto sobre el que tanto y bien trabajara después Ortega y Gasset (5).

El libro que analizamos, que no es sino la difusión masiva y editorial del pensamiento que el autor explicara en su discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, en 1967, ha tenido ya sus epígonos y sus críticos, como que se han ocupado de él Urcisino Alvarez Suárez (6), Julián Izquierdo Ortega (7) y José María Castán Vazquez, autor de un meduloso

(2) *D. Reales*, t. I, pág. 34.

(3) Véase, sobre el particular, mi monografía *El abuso de los derechos en la reforma del Código civil*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970. En el mismo sentido, véase GUILLERMO A. BORDA: «La reforma del Código civil. La propiedad», en *El Derecho*, t. 31, pág. ..., quien cita en apoyo del nuevo espíritu funcionalista del dominio la declaración contenida en la encíclica «*Populorum Progressio*».

(4) *Cómo nace el Derecho*, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pág. 20.

(5) Sobre los lineamientos del vitalismo y perspectivismo Ortegiano, véase RECASÉNS SICHES: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1936, págs. 470 y sigs.

(6) Véase *Contestación al discurso de Hernández Gil*.

(7) «La posesión y la función social», en *Revista de Occidente*, noviembre de 1969, págs. 215 y sigs.

estudio crítico en la *Revista de Estudios Políticos de Madrid* (8), entre otros. Es que la obra llama la atención por la novedad y la enjundia de un tratamiento sociológico de la indócil materia posesoria.

IV. Prosiguiendo su examen detengámonos ahora en el segundo capítulo, donde se estudian las grandes concepciones doctrinarias que versan sobre la posesión, pero visualizadas desde el ángulo de su significación social. Allí aglutina sus conceptos acerca de las construcciones de Savigny e Ihering.

De Federico Carlos de Savigny y su *Tratado de la posesión*, obra de juventud del autor prusiano, subraya Hernández Gil, como aportación culminante, la de haber dotado a la posesión de autonomía respecto de la propiedad, en la que hasta entonces se la subsumía como ingrediente necesario por imperio de los estudios romanistas y la ulterior protección discernida por el Derecho Canónico, que la convertía en una mera etapa del arribo a la plena propiedad desde la apropiación de las cosas, concepto servil y dependiente de la posesión que todavía se recepta en el Código Napoleón de 1804, donde se la incluye sistemáticamente como un capítulo de la prescripción, es decir, de los medios de adquisición de la propiedad.

La virtud de Savigny —señala nuestro autor— es la de haber desvinculado la idea de que la posesión puede presentarse como emanación del derecho de propiedad (“*ius possidendi*”), de la idea de que ella existe, también, como un hecho con sentido propio: el “*ius possessionis*”, amparado por la protección interdicial. Aquí es donde el autor encuentra el mayor mérito de la teoría Savigniana: la tesis de la independencia de la posesión —dice (pág. 19)— es socialmente valiosa porque da a entender que el goce y utilización de los bienes adquiere significación jurídica fuera de la estructura de la propiedad, por lo que se la tutela sin considerar su legalidad, por razones sólo justificadas por la convivencia pacífica, lo que la muestra como una institución enraizada en la realidad social (9).

Pasa entonces Hernández Gil a referir el juicio crítico que le merece la obra de Ihering, sobre la posesión, siempre desde el ángulo de su función social. Aquí corresponde recordar, por nuestra parte, que los biógrafos del jurista alemán han marcado en él la iniciación de la segunda línea del positivismo jurídico: la sociológico-naturalista (10). Es decir, que su frecuentación de la sociología pudo hacer atisbar en él una configuración social de la posesión. Mas no es menos cierto que al lado de esa concepción del pensamiento jurídico de Ihering se ha anotado, también, que “su actitud política, en sentido estricto, se manifestó en favor de los postulados del liberalismo incipiente, de signo idealista, nacido al calor del ambiente familiar y del mundo universitario de Heidelberg y Berlín” (11).

Por eso no es de extrañar que Hernández Gil descubra ahora, al reexaminar la obra sobre la posesión del insigne autor germano, que ella representa un retroceso respecto de la teoría savigniana en orden a la concepción social

(8) Núm. 156, págs. 246 y sigs.

(9) Para una consideración más extensa del tema puede consultarse a MANUEL A. LAQUIS: *Savigny*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, especialmente su estudio preliminar de págs. 7 y sigs.

(10) Véase E. WOLF: *Biografías de los grandes juristas: Rudolf von Ihering y Otto von Gierke*, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, pág. 10.

(11) Véase WOLF: *Op. cit.*, pág. 14.

de la posesión. Y ello, sencillamente, porque no encuentra otro justificativo y fundamento del instituto posesorio que el derecho subjetivo de propiedad o dominio, el que resulta amparado por el hecho de la protección de la posesión, a la que sirve para exteriorizar (12).

Es decir, que se torna, en Ihering, a un concepto dependiente, subordinado y servil de la posesión, carente de autonomía y desprovisto de toda dimensión social. Y así llega a decir que existe una subordinación objetiva de ambas instituciones (la propiedad y la posesión). Es un claro paso atrás, comparado con el pensamiento savigniano que estructura un sistema realista, concreto y autónomo, en materia de funcionalismo social de la posesión: ésta sólo sirve como medio de prueba de la propiedad, aun con prescindencia del "ánimus dómini", creación de Savigny que Ihering combate. Por ello nuestro autor concluye que, desde el punto de vista sociológico, es más útil la construcción savigniana que, "colocando la posesión al servicio de la persona y en misión de paz, se aproxima más al mundo de las realidades sociales que Ihering, quien hace predominar el concepto de propiedad, para una más cómoda y segura defensa del dominio" (pág. 33).

Es necesario precisar aquí que los autores más modernos —como recuerda Julio Dassen (13)— parecen dar también la razón a Savigny antes que a Ihering en la vieja disputa acerca de si la posesión es un hecho (Savigny) o un derecho (Ihering). Y así Hedemann (pág. 71) la concibe como "una posición jurídicamente protegida, que no alcanza a caracterizar un verdadero derecho subjetivo"; Gentile (pág. 42 y sigs.) la define como "un interés legítimo que goza de protección jurídica por excepción"; mientras que Martin Wolf (*Derecho de cosas*, vol. I, pág. 6) la menciona como "un derecho provisional".

V. El Profesor Hernández Gil se empeña, de seguido, en la demostración de la evolución posterior de la doctrina posesoria, tomando en cuenta predominantemente el problema de su fundamento y su función.

En especial se persigue por el autor la oposición de dos claras tendencias que dividen habitualmente el pensamiento jurídico: de una parte, la directriz técnico-jurídica, y de otra, la explicación sociológica o económica-social. Este es el cautivante contenido del capítulo III, bajo el acápite de "Evolución posterior de la doctrina".

Adscribe la primera, es decir, la explicación técnico-jurídica pura, a un cerrado dogmatismo conceptual que hace radicar la esencia de la posesión en su condición de presupuesto para el ejercicio de los derechos reales, con lo que la protección jurídica toma por base la exterioridad. Es la posesión-derecho de la "vexata questio", que la opone a la posesión-hecho, acuñada por la explicación sociológica.

(12) Que es la idea con la que VÉLEZ SANSFIELD legisla la posesión en el Código civil argentino, siguiendo las enseñanzas de MAKELDEY, para quien «las cosas y la posesión son elementos de los derechos reales» (véase nota al libro III). De allí que quienes siguen a Ihering puedan afirmar —como lo hace HORACIO VALDÉS: «Efectos de la posesión», en *Bol. del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba*, año XIV, núms. 3-4, pág. 289— que «es poseedor el que de hecho ejerce los poderes comprendidos en la propiedad». Para una renovadora concepción de la posesión como hecho y derecho autónomo, consultar la obra de PEDRO E. MOLINARI ROMERO: *Ideas para una revisión de la teoría posesoria*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1968.

(13) *Acciones posesorias*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 44.

En aquélla inscribe los nombres de Scaevola, Ahrens, Clemente de Diego, Castán, Messineo y las soluciones legislativas del Código Civil italiano (14) ("la posesión es el poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad u otro derecho real") y del Código Civil de Portugal, de 1966 (15).

Por su parte, en la segunda, es decir, en la concepción de sociologismo, a la que Hernández Gil mira como una apertura de las normas a los aires de la realidad social, que parece ser una de las actitudes mentales a que se muestran más proclives los pensadores contemporáneos (pese a que ese avance no ha frecuentado el tema de la posesión), hace eje en el principio de que la posesión, antes que un derecho, es un hecho.

En esta tesitura inscribe los nombres de Perozzi, Saleilles, Dussi, Krückmann, Finzi, Fedele y Puig Brutau e Iglesias, en España. Todos marcan las pautas relevantes de la posesión en que ésta "no es una relación de derecho, sino una relación ético-social fundada en la costumbre ancestral, emergente de las fuerzas sociales" (16); en que es "una efectividad consciente y querida de apropiación económica de las cosas" (17); o en que "es un vínculo de explotación económica" (18). Aquí corresponde insertar la información de Saleilles: el BGB, al prescindir de la alusión al "ánimus dómni", puede alinearse también en la dirección económica-social o del sociologismo jurídico (19).

Para Dussi la posesión es socialmente valiosa "porque es condición del desarrollo jurídico-económico de la actividad individual y colectiva" (20), y es un fenómeno social para Fedele. Igual puede decirse de Endemann, Colin y Capitant y los Mazzeaud. En Puig Brutau (21), por su parte, mientras los derechos son sólo mentalmente perceptibles, la posesión tiene la dimensión del acontecer económico-social y es objeto de la realidad jurídica.

En este mismo cauce, es decir, en lo que puede llamarse la doctrina *objetiva*, que protege a la posesión con abstracción del "ánimus dómni", pueden ubicarse al Código alemán (§ 854), el suizo (art. 919), el del Brasil (art. 485) y el del Perú (art. 824), que siguen los lineamientos del Código de Prusia (I, 7, §§ 6 y 7) y la doctrina de Ihering, que otorgó protección posesoria a quien detentara la posesión, con absoluta prescindencia de su subjetiva apetencia de propiedad, como en el caso de los meros tenedores (22).

VI. Desde luego que la obra del Profesor Hernández Gil que analizamos se inordina, con comodidad y ampliamente, dentro de esta segunda tendencia: la sociológico-jurídica u objetiva.

Para demostrarlo no hay más que atender al desarrollo del capítulo IV, donde

(14) Art. 1.140.

(15) Art. 1.251: «Posesión es el poder que se manifiesta cuando alguien actúa en la forma correspondiente al ejercicio del derecho de propiedad o de otro derecho real.»

(16) PEROZZI, cit. en pág. 49.

(17) SALEILLES, cit. en pág. 55.

(18) SALEILLES, cit. en pág. 56.

(19) SALEILLES, cit. en pág. 58.

(20) Cit. en pág. 59.

(21) Cit. en pág. 60.

(22) Conf. HORACIO VALDÉS: «Efectos de la posesión», en *Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)*, año XIV, núms. 3-4, págs. 290-1.

realiza el estudio de la "función social", expresión que prefiere a la de "hecho social", "socialización" o simplemente "social". La elección de aquella denominación se justifica—dice el autor (pág. 70)—porque la expresión "función social" es la que mejor se acopla al mecanismo de las instituciones jurídicas y carece—lo que no nos parece del todo exacto—de connotaciones ideológicas (página 71).

Ahora bien; sostiene Hernández Gil que la función social aparece como *presupuesto* y como *fin* de la ordenación jurídica. Lo primero—como *presupuesto*—porque lo social es un dato representado por relaciones de interacción y lo jurídico implica, siempre, una pluralidad humana, con un mínimo de recíproca bilateralidad, para usar la expresión de Max Weber (23). Desde este punto de vista, el factor social es la infraestructura constante de toda ordenación jurídica y la función social es un presupuesto inevitable de la realidad jurídica. Aquí inserta el autor su concepto de que, si el saberse "uno" caracteriza la racionalidad, el saberse "con" y "en" los otros es la nota indispensable y mínima del ser social, como lo ha caracterizado uniformemente la filosofía contemporánea: Heidegger (mundanidad), Max Scheler (apertura al mundo), Ortega (altruismo básico), Sartre (situaciones), etc. (24), donde Hernández Gil demuestra un amplio conocimiento del movimiento metafísico actual y una singular capacidad de síntesis.

Veamos ahora en qué consiste la segunda misión de la función social. Ella es también el *fin* de las instituciones jurídicas, es decir, no ya su *porqué* (como en el caso de la función social-presupuesto), sino su *para qué*. Allá era algo intrajurídico, objeto del estudio de la ontología y la sociología. Aquí, como fin, incluye y exige una actitud axiológica. Y aún puede vérsese, en este último aspecto (como fin), dos sentidos mínimos: a) Uno, primero, consiste en que la función social determine que la ordenación jurídica sea exponente de la realidad social (para lo cual es indispensable una organización política democrática que interprete y capte lo que tiene su origen en el pueblo, y lo enderece normativamente a la consecución del valor justicia). Y b), en un segundo sentido, la función social tiende a modificar determinadas estructuras sociales. Es—dice—el idealismo del cambio (pág. 75), el nuevo modo de configurar las realidades.

En esta segunda modalidad la función social, concebida como fin del Derecho objetivo y de los derechos subjetivos, exige en las esferas filosófica, científica y metodológica, una superación del estrecho normativismo, a través—**fundamentalmente**—del sociologismo jurídico, que considera como dato relevante el condicionamiento socio-económico de las normas y procura aplicarlo y estudiarlo *desde* el Derecho y no como mera ciencia auxiliar de él.

Aquí vale la pena transcribir textualmente al autor, porque ciñe el tema a su última síntesis:

"El sociologismo jurídico que propugno dista, por igual, de ver en el derecho el trasunto de un irreflexivo acontecer y del decisionismo. Por su sentido de lo jurídico como plegado a lo social, pero admitiendo también la existencia de contenidos éticos normativizados, evita y modera el impacto político directo. *Precisamente esto es lo que permite dotar a la función social de un sentido rectificador de determinadas estructuras.*" "... *En última esencia, la función social*

(23) Cit. en nota 143, pág. 72.

(24) Véase nota 145, en pág. 73.

de los derechos es un grado de conformación y atribución de éstos que conduzca a la máxima paridad socio-económica" (pág. 80). (El subrayado es nuestro.)

VII. Pero no todo es especulación filosófica en nuestro autor. El entra de lleno, en el capítulo V, al estudio de la posesión en su normación legislativa dentro del Derecho positivo español. Es claro que aquí no podemos seguirlo en todos los detalles, ya que nos acucia, más bien, el deseo de mostrar su síntesis final. Y así trataremos de hacerlo.

El examen del plexo legal de la posesión permite al Profesor Hernández Gil recordar que la posesión se muestra tanto como requisito de la adquisición o del ejercicio de un derecho (pág. 82), cuanto como una entidad autónoma: la posesión en sí (pág. 83), que es la que verdaderamente interesa en un doble aspecto de su autonomía: *a*), autonomía respecto de otro derecho, y *b*), autonomía respecto de las causas de su origen, naturaleza o clase, es decir, la posesión "ad interdicta" (pág. 89).

Ahora bien; la posesión es una vieja institución jurídica que no ha variado de estructura normativa, a diferencia de lo que ocurre con otras sistematizaciones legales, como la patria potestad, que de poder dominante del "pater" ha pasado—función social mediante—a aglutinar un conjunto de deberes tuitivos. El autor inquiriere, por ello, qué es lo nuevo en materia de posesión, qué es lo que se puede detectar y receptor para una transformación de la posesión-jurídica, después de comprobar que la base real ha evolucionado desde una sociedad agraria y artesanal hacia una sociedad industrializada y masificada. ¿Puede, y debe, el Derecho seguir desempeñando el papel de simple policía a través de los interdictos sin observar que la distribución de los bienes que éstos protegen es estática? ¿No es posible aplicar, en esta materia, las innovaciones que han fijado límites a la voluntad en el área contractual? Con tan sugestivos interrogantes se cierra este capítulo, donde el autor inquiriere por nuevos significados de la posesión a la luz y a impulsos de su función social (pág. 91).

VIII. La tensión entre los dos valores que presiden lo jurídico, la justicia y la seguridad, en materia posesoria ocupa el capítulo VI de la obra. En ella el Profesor Hernández Gil, en seguimiento de Radbruch, considera que tanto la justicia como la seguridad jurídica son factores integrantes de la idea de Derecho: la justicia exige igualdad universal; la seguridad encarece la positividad del Derecho como "factum", donde hechos en el fondo antijurídicos se sobreponen a los derechos subjetivos.

Es claro que la jerarquía no es la misma para ambas. La prioridad se da para la justicia, que expresa el ideal del Derecho; la seguridad jurídica, en cambio, no es apta para expresar la esencia última del Derecho, es un conformarse con menos: el mantenimiento de una situación de hecho en determinadas circunstancias.

Aquí cabe recordar que hay valores que sirven de fundamento a otros, según enseña la Estimativa o Filosofía de los Valores; es decir, que no puede darse el valor fundado sino sobre la base de que se dé el valor fundante. Nikolai Hartmann ha demostrado que el valor fundante es el inferior, y el fundado, el superior. De donde se concluye que, en lo que respecta a los valores jurídicos, *la seguridad* (valor inferior) es fundante de la *justicia* (valor superior) (25).

(25) Conf. RECASÉNS SICHES: *Estudios de Filosofía del Derecho*. Ed. Bosch, 1936, pág. 68 y nota 2. En el mismo sentido que en el texto, véase ROBERTO

¿Qué incidencia tiene este tema de franca ius-filosofía con el asunto posesorio?, cabe preguntarse. Es lo cierto que el Derecho Positivo se ocupa, por razones de seguridad jurídica, de la tutela de las situaciones posesorias, mediante el mantenimiento de un "statu-quo", en tanto se decide la conformidad, o no, de ese hecho al ordenamiento jurídico. Es decir, que el *hecho* de la posesión es amparado y genera protección por vía de la seguridad jurídica, con prescindencia del *derecho* que pueda asistir a su titular. Basta pensar en la protección interdicial del autor de robo o hurto, de la desposesión convalidada por la posesión de año y día, etc., para comprender que aquí no está en juego el valor justicia y que, en todo caso, él es desmedrado por el valor seguridad. Esta es la tensión latente en todo conflicto posesorio entrambos valores de lo jurídico a que alude lúcidamente el autor en esta sección de la obra.

IX. Al iniciar el tratamiento del tema que rubra bajo el acápite de "La densidad social primaria de la posesión" (cap. VII) dice Hernández Gil que:

"Todas las manifestaciones jurídicas que en un determinado D. Positivo aparecen ligadas a la posesión no pasan de ser irradiaciones parciales de la institución posesoria ontológica y sociológicamente considerada. Pero esta afirmación sólo es admisible desde un plano metodológico que no se detenga en el positivismo legalista o en el normativismo" (pág. 104).

Es que el autor hace profesión de fe de acendrado sociologismo y procura superar a su través la mentalidad normativista, tan al uso, desde el auge del kelsenianismo y sus congéneres posiciones derivadas, a las que considera unilaterales e insuficientes para captar el verdadero sentido plenario del Derecho, en lo que sigue a la moderna metodología jurídica de Karl Larenz.

Y hace aplicación de tales principios a la posesión recordando que ella no se encuentra captada en su totalidad por los derechos objetivos, que se limitan a receptorla para la protección de la propiedad mediante los interdictos y marginando la riqueza social de la posesión, a la que Hernández Gil concibe —desde ese ángulo— como "la institución de mayor densidad social, en cuanto expresa de manera primaria la proyección del hombre hacia el exterior" (pág. 105).

Ese proyectarse del sujeto hacia afuera, que materializa la posesión, se asienta sobre las dos coordenadas que constituyen la infraestructura ontológica de todo quehacer humano: la *necesidad*, que impulsa a aprehender las cosas (26), y el *trabajo*, que es la empresa diaria dirigida a satisfacer las necesidades.

Es claro que el Derecho positivo no corresponde, en su normación, a esa densidad social de la posesión y distingue distintos grados de relación sujeto-cosas: obligaciones o derechos de crédito (mediatas), y otras inmediatas: derechos reales (más intensas), posesión (menos intensa) y aún tenencia. De aquí concluye que la socialidad de la posesión, que es el dato sociológico más pre-

MARTÍNEZ RUIZ: «Las críticas a la reforma del Código civil», en *La Ley* (rev. jurídica, Buenos Aires), 8 de octubre de 1970, pág. 1.

(26) Recientemente se ha publicado en Francia una obra jurídica renovadora del concepto de derecho subjetivo, donde su autor, ALAIN SAYAG, sostiene que en nuestra sociedad de consumo bien puede establecerse que «la necesidad es el fundamento posible del derecho subjetivo», sobre todo en materia alimentaria, de renta vitalicia, de habitación y uso, de seguridad social, etc., en lo que básicamente coincide con la tesis de HERNÁNDEZ GIL acerca del replanteo social del hecho de la posesión (véase *Essai sur la besoin créateur de droit*, Lib. Gral. de Droit et de Jurisprudence, París, 1969, con prólogo de JEAN CARBONNIER).

claro, no encuentra siempre, ni mucho menos, la adecuada expresión jurídica, la que se empeña en subsumirla en el derecho real de propiedad, negándole autonomía jurídica, con lo que se cierra los ojos a su innegable autonomía social, donde la posesión es un "prius" y la propiedad un "posterior" (27).

X. Puede afirmarse que los hombres del siglo XX más que grandes metáforas piden la clarificación de un panorama que contemple sus instancias más profundas. Y el Profesor Hernández Gil parece persuadido de ello. Porque en el capítulo VIII, al tratar el subtema referido a la espontaneidad de la posesión, con gran agudeza, se complace en mostrar los desajustes de un sistema dogmático, que hace eje en la simetría lógica de los conceptos, respecto del dato que proviene de la realidad económico-social, en lo que contraponen nuevamente la concepción técnico-jurídica de la posesión con su concepción sociológica (28).

Para ello enumera prolijamente los aspectos y manifestaciones de la espontaneidad de la posesión, en los que esa realidad deroga vez a vez, o se funda, en el dato concreto y no en el principio apodíctico y metafórico elaborado por los juristas. Así, baste recordar que el autor demuestra que la capacidad para adquirir la posesión rompe todos los cánones lógicos del ordenamiento jurídico, el que asigna aptitud aún al menor sin discernimiento, en una patente demostración de que la realidad se impone a lo racional.

En la noción de "corpus" (pág. 126) se advierte también una concesión que el formalismo jurídico hace al realismo jurídico, dependiente de lo social. Y lo mismo ocurre con el otro elemento —el "ánimus"— (pág. 129), que se infiere de hechos exteriores, antes que de estados psicológicos; y con el concepto de buena fe (pág. 132), elaborado sobre bases objetivas de la conducta del poseedor, de clara conformación ética-social. También ello acaece en el principio regulador de la posesión de bienes muebles, donde la regla de que "la posesión vale título" se fundamenta en la realidad social: la velocidad del tráfico mobiliario, la ausencia habitual de documentación en sus adquisiciones, etc. Frente a ello se da validez a lo físicamente existente y perceptible (pág. 136), formada por el sedimento de vivencias y consideraciones prácticas.

En todos los casos examinados, que hacen la médula misma de la doctrina posesoria, se deja ver el imperio creciente de lo social y de lo real, que mueve al autor a hablar de la espontaneidad social de la posesión (pág. 143).

XI. Así se llega al aspecto medular del trabajo del Profesor Hernández Gil: su capítulo IX, rubrado bajo el acápite de "La imperatividad social".

En él desarrolla el autor los aspectos básicos y vertebradores de su pensamiento acerca de la función social de la posesión. Procuraremos seguirlo de cerca.

(27) En contra, CARNELUTTI (*Cómo nace el Derecho*, pág. 47), para quien la propiedad es, históricamente, el primer derecho subjetivo.

(28) Se trata de una hipótesis más del enfrentamiento entre el vicio conceptualista en el razonamiento jurídico, a que era tan proclive la escuela protestante del derecho natural de Grocio y sus continuadores, y la concepción ontológica del Derecho como experiencia de valoración, inaugurada por Savigny, según la cual los conceptos teóricos generales no pueden aplicarse en todas sus consecuencias, con el rigor de las ciencias físicas o matemáticas, ya que el criterio histórico de valoración hace variar los resultados y obliga a apartarse de un esquema silogístico absoluto. Sobre el particular, véase ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ, en «Las críticas a las reformas del Código civil», en la revista jurídica de Buenos Aires *La Ley*, 8 de octubre de 1970, pág. 3.

Sostiene, inicialmente, que enfocado el problema con vistas al futuro se advierte la "falta actual de acomodación de la estructura normativa posesoria", por insuficiencia de las categorías y conceptos jurídicos y, además—dice—, se percibe la "necesidad de contemplar esta institución jurídica desde el prisma del proceso socializador" (pág. 144).

Aquí radica el propósito de revisión y reforma del esquema vigente, al que es reacio—afirma— el normativismo, que afilia a una "manifestación de liberalismo individualista" (nota 218 a, pág. 145). El autor opina, por el contrario, que al científico del Derecho (rectius: jurista) le compete, a diferencia del cultivador de otras ciencias, la misión de propugnar el "cambio de su ser ontológico", es decir, provocar la "evolución de la conjunción normativista-realidad social" (pág. 147). Y esta misión no puede ser cumplida—concluye— por el normativismo, "que abandona los hechos y los valores, propendiendo al inmovilismo jurídico" (pág. 148).

¿De qué método se vale el Profesor Hernández Gil para alcanzar esas metas? Lo refiere en página 149. Se trata de la "dialéctica de la totalidad" (29), que no es otra cosa que "la ponderación del interés colectivo encarnado por la sociedad", que debe conducir a la realización de la idea de *integración* social y no a la de *dominación*, como ha ocurrido hasta ahora—sostiene— en la sociedad feudal y en la burguesa-capitalista. Mas, para que no se dude de la filiación de su pensamiento, agrega que "el proletariado, como arquetipo de la estructura social, sigue siendo una forma de dominación, aunque de base más amplia" (pág. 149). El método pertenece a Sartre (conforme lo establece el autor en la nota 221) (30).

El autor se contenta con un proceso de socialización donde se dé la "primacía de la igualdad sobre la libertad, entendiendo a ambas en un sentido real y concreto, como efectividad y no como formal posibilidad", hasta obtener la

(29) Véase, sobre el particular, el muy especializado trabajo de GEORGES GURVITCH: *Dialéctica y Sociología* (edición de la Biblioteca de la Univ. Nac. de Venezuela, 1965), donde el autor recuerda (pág. 18) las definiciones que sobre la dialéctica dan F. GONSETH: «Es la depuración de un saber, presionado por una experiencia con la cual se lo confronta», mientras que para M. BARZIN «es una concepción de la ciencia según la cual toda proposición científica está en principio sujeta a revisión». O como dice el propio GURVITCH (pág. 19): «No es ni un arte de discutir y engañar ni un medio de hacer la apología de posiciones filosóficas preconcebidas...; se trata de una dialéctica experimental y relativista que recurre a la especulación para adaptar mejor los objetos del saber a las profundidades de lo real.» Dedúcese de todo ello que el método dialéctico es una puesta en cuestión de todo lo hasta ahora conocido y que trata de reelaborarlo a través de una nueva valorización del conjunto y los elementos del fenómeno (la totalidad y sus partes); la negación de las leyes de la lógica formal, en la medida en que es insuficiente, y el enfrentamiento de los conceptos «momificados» que impiden penetrar en la realidad social.

En cuanto a la calificación que se hace en el texto de la dialéctica «de la totalidad», la idea arranca de PROUDHON—que la llamó «totalización»— y se perfecciona en SARTRE, significando que la realidad social constituye un todo de muchas partes o elementos, los que se encuentran en constante revisión y movimiento de hacerse y deshacerse (conf. GURVITCH: *Op. cit.*, pág. 167).

(30) Los estudios sociológicos actuales, aun los producidos en el área de países capitalistas, hablan—todos ellos— del proceso de cambio de las estructuras sociales, sin que puedan ser tachados de traidores a la causa ideológica de sus respectivos Estados. Conf. *La Sociología norteamericana contemporánea*, de TALCOTT PARSONS (Ed. Paidós, Buenos Aires).

“máxima homogeneización, superadora de diferencias, en la estructura social” (pág. 151). Pero con un límite: el respeto de la persona, para evitar la alienación que surge de los procesos de masificación.

¿Cuál es, entonces, el camino? Su afirmación es categórica y reveladora: el Derecho social, concebido “lo social” como última diferencia y no como género próximo, destinado a remover los esquemas normativos estáticos, mediante una misión conformadora y rectificadora.

Dentro de la realidad a reformar está la posesión, que es una situación jurídica primaria (pág. 153), destinada a servirse de los bienes, “en el espacio vital alimenticio y en el espacio vital de radicación”, como afirma siguiendo a Max Weber (nota 227). Pero debe cuidarse —señala seguidamente (pág. 158)— de considerar a la posesión como una categoría clasista, a la manera que lo hace Marx y el propio Weber, quienes identifican al poseedor con el acaparador de bienes, créditos, dinero, derechos subjetivos y, en fin, de cuanto otorga poder económico (pág. 162).

En lugar de ello, insiste Hernández Gil, debe concebirse a la posesión como generadora de una función uniformante destinada a contribuir a la homogeneización social (pág. 165). Para ello será necesario —afirma— superar la concepción individualista, ya que “si la libertad y la igualdad referidas a cada uno no conducen a la libertad y a la igualdad de todos, entonces es preciso reconsiderar de qué modo la libertad y la igualdad de todos permiten la de cada uno. Así las cosas —concluye—, la libertad se restringirá y la igualdad vendrá representada por la homogeneización efectiva antes que por la paridad formal” (página 167).

El párrafo es suficientemente revelador del pensamiento del autor, quien encuentra que, en materia posesoria, no es posible adscribir la posesión —como lo hace el individualismo— ni a la propiedad ni a la libertad individual, sino que debe reformarse su concepto, “singularmente por lo que concierne a la tierra, superficie de cultivos, mejoras obligatorias, protección del colono, etc.” (página 169); poniendo el acento en la función social de la posesión, a la que puede arribarse —teniendo en cuenta la dependencia conceptual de la posesión a la propiedad que rige en las legislaciones positivas— mediante la funcionalización social de la propiedad (“que es una noción positiva del deber de gestión de los bienes”, pág. 171), que transformará el dominio estático en dinámico, es decir, que incidirá en una posesión activa, de disfrute con dimensión social.

XII. Harto sustancioso, desde el punto de vista de la sociología, es el capítulo X, destinado a tratar “la estratificación social dependiente de la posesión de la tierra”.

Parte del concepto vulgar de posesión, aquel que encarna su significación general: la utilización de las cosas, su gestión económica, se realiza a través de actos posesorios. Se trata de una idea que no es tan estrecha como el concepto técnico-jurídico y que, al mismo tiempo, es menos amplio que el que le asigna la doctrina de Marx y de Weber (hegemonía económica). Sociológicamente considerado, esa acepción común de la voz posesión puede servir de base para medir el grado de estratificación social, afirma el Profesor Hernández Gil (pág. 175). Y lo demuestra acabadamente.

Porque la posesión de la tierra da lugar a la determinación de clases y estratamentos. Por comenzar, el del propietario de latifundios, el terrateniente, en

quien se aúnan el poder económico y el "honor social", que emerge de la tierra, y ubican a su titular en la alta burguesía. Esta clase social, anota sagazmente el autor, carece de otra movilidad que no sea la sucesoria.

Después, y siguiendo en orden descendente, apunta la inclusión del arrendatario de grandes fincas, los que no llegan a constituir (en España, y tampoco en Argentina) una clase social propiamente dicha. Falta en ellos la necesaria cohesión que los tipifique como tal, en lo que discrepa con Marx, para quien el arrendatario es un capitalista, en la misma medida en que lo es el terrateniente, porque detenta la posesión de la tierra. En lugar de ello, Hernández Gil afirma categóricamente —y a nuestro ver con acierto— que "el arrendatario no es un capitalista (ni económicamente ni en la estratificación social), sino más bien quien, careciendo de capital para la inversión inmobiliaria y de conocimientos u oportunidades para otro tipo de actividad, se entrega a la tradicionalmente reputada como empírica y rudimentaria (la agricultura)".

Vienen, en tercer lugar, los poseedores de fundos mínimos, que generan el parcelamiento múltiple (pág. 184), en fracciones insuficientes para la supervivencia (pág. 185). Este es un fenómeno económico —opina el autor— con graves repercusiones sociales, que es imputable en buena medida al régimen sucesorio, que facilita grandemente la atomización de los campos. Aquí recuerda Hernández Gil (nota 265) que los artículos 815 y 832 del Código Civil francés fueron los creadores del problema minifundista por vía sucesoria, pero tales dispositivos fueron corregidos en los años 1938 y 1943 (31).

Pero este tema del arrendatario, y en especial el de pequeñas unidades agrarias, produce una nueva tensión social derivada de lo que llama con acierto el "arrendamiento protegido", que no es otra que la que en Argentina se nombra como locación rústica "congelada" (32), que alcanza su ápice en la dificultad que el propietario encuentra para la enajenación lucrativa de la tierra, arrendada indefinidamente, lo que excluye a la unidad de la economía de mercado.

Viene, finalmente, la última categoría: el trabajador agrícola, al que el autor define como "el trabajador de la tierra, sin tierra" (pág. 191), con el que se cierra el circuito de los estamentos sociales generados por la posesión de las fincas rústicas. Esta clase marginal, apunta, es la menos protegida de todas las que integran los asalariados y carecen de aglutinaciones sindicales idóneas para la defensa de sus derechos.

XIII. Articula entonces (cap. XI) el autor sus conclusiones, no como consecretarios finales, sino, como aclara en la página 195, a la manera de "un epílogo literario y libre".

1. Torna allí a hacer hincapié en que la posesión es una realidad existente y la socialización, en cambio, es un proyecto, aspiración o propósito, que debe cumplirse —afirma— mediante el "cambio social". Mas cabe interrogar acerca del "cómo". Hernández Gil lo enuncia: la socialización debe hacerse a través de un intervencionismo estatal más acusado que el que actualmente desarrolla

(31) En la Argentina la corrección recién advino a través de la Ley 17.711, que reformó los artículos 2.326 y 3.475 bis, que exigen la división económica de los bienes. Véase sobre el particular mi estudio «La divisibilidad de los inmuebles en el Código civil y en la Ley 17.711», en *Comercio y Justicia*, número extraordinario, 1970, pág. 10.

(32) A la que prácticamente se puso fin mediante el dictado de la Ley 17.253.

el llamado "Estado de Derecho", que equipara e identifica con el "Estado liberal", que peca por un exagerado neutralismo. Hay que ir, sostiene, hacia lo que hoy se denomina el "Estado justo", el "Estado social", encargado de adoptar y aplicar la justicia social.

Tornando al tema-eje afirma que la posesión, tal como está legislada en los ordenamientos jurídicos actuales, es una imagen del Estado liberal de derecho (ambos gozan de la prerrogativa que emerge del "imperio de la ley", el "control jurídico" y la "eliminación de la arbitrariedad"): se respetan las situaciones de poder pre-constituida y se les da defensas legales contra los medios de acción directa. Pero ello es hoy insuficiente—sostiene—, así como es insuficiente el Estado liberal de Derecho. Es necesario instrumentar—afirma en página 198—los medios legales para producir el cambio social que procure la homogeneización, y ello, agrega, a través de dos premisas fundamentales: asegurar a la mayoría el acceso al mínimo posesorio y, a partir de allí, procurar la nivelación en los recursos económicos.

El cumplimiento y realización de tales tesis aparejará—entiende Hernández Gil, con cita de Myrdal (33)—"la anteposición de los valores de la igualdad a los de la libertad". Esta última, agrega, no se rechaza ni se posterga: tan sólo se la persigue a partir y dentro de la igualdad efectiva; una igualdad que ahora debe ser económico-social, así como antes fue racional (Platón), espiritual (Cristianismo) y política (Revolución francesa), las que no resultan excluidas por aquélla, porque la igualdad es una ecuación que se realiza entre seres insuprimiblemente libres (34).

2. Como segunda conclusión, sostiene Hernández Gil (pág. 204) que la posesión no declina, sólo cambia su función.

¿Qué quiere significar el autor con esta afirmación? Que la posesión no puede seguir siendo exclusivamente concebida como el antecedente o la consecuencia de los interdictos, a la manera en que lo hacen los juristas puros. Es menester, agrega, la colaboración del sociólogo o, en todo caso, la investigación jurídica con preocupación sociológica. Porque la posesión no llena la función de publicidad que otrora servía (v. gr., en materia de automotores, ahora registrables). Pero cambia de signo y debe aparejar—homogeneización social mediante—el acceso de las masas a la posesión de los bienes de uso, bien mediante el aumento del poder de compra y de consumo de los más, bien a través de los esfuerzos que en su directo beneficio debe hacer lo que llama el "Estado Social del Bienestar", para la atribución igualitaria de los bienes indispensables (pág. 209).

Con lo que se llegará a concebir la posesión—afirma—como "la estructura jurídica de la concurrencia igualitaria compartida", entendiéndolo por "estructura jurídica" un concepto más amplio y abierto que el de institución. concer-

(33) *El Estado del futuro*, nota 283.

(34) Tal vez aquí corresponda articular que la libertad es un valor fundante y la igualdad un valor fundado; precisamente porque sobre la base de seres libres—de tener, pero también de darse—se constituye la norma jurídica que, como subrogado de la Moral, quita a alguien parte de lo que tiene para dárselo a quien es menesteroso de lo que necesita y tiene el otro en abundancia, en aras de alcanzar la realización del valor Justicia. Véase, sobre el particular, CARNELUTTI: «Moral y Derecho», en *Cómo nace el Derecho*, página 29.

niente—aquella— a los factores organizadores y directivos de una realidad considerada en función de la totalidad.

3. La tercera y última conclusión es que “la posesión es una exigencia de la necesidad y de la libertad”.

La formulación nueva de la posesión —sostiene en la página 211— es la de “una fórmula atributiva de la utilización de las cosas atendida a las necesidades comunes de todos los seres humanos, en cuanto a los alimentos, la habitación y el recreo”. Tal es el caso, ejemplifica, del régimen tuitivo que el ordenamiento jurídico establece en favor de los arrendatarios de fincas urbanas y de predios rústicos. En ese sistema, señala, “el centro de la tutela jurídica lo ocupa la posesión, como situación de disfrute de los bienes, frente a la propiedad como titularidad, dirigida a producir la renta, la venta o la herencia”. Y prueba de ello, agrega, es que cuando el propietario no poseedor demuestra la necesidad de poseer la vivienda o el local de negocio arrendado, se le da preferencia al poseedor-propietario frente al poseedor-no propietario.

Es decir, que hoy la posesión no es más, exclusivamente, la exteriorización de la propiedad, sino una expresión de su separación o aislamiento, que hay que asegurar para evitar el proceso de masificación de los que nada poseen (35). Es, pues, una limitación a la libertad en aras de satisfacer una necesidad (36); la superación del concepto de propiedad privada como mercancía convertida en capital productor de renta. He aquí la función social básica de la posesión, concluye el autor (pág. 214), cuyo futuro en tal sentido sólo se atreve a sugerir, como propósito decididamente realista que emerge cristalino de un nuevo enfoque (el que proporciona la dialéctica de la totalidad) de una institución tradicional.

XIV. Veamos de hacer, a la manera de colofón, el juicio crítico que nos merece la obra del Profesor Hernández Gil.

1. Antes que nada corresponde señalar que se trata de un libro asaz polémico, que despertará las reacciones más diversas y no satisfecerá especialmente a quienes estén imbuidos de un conservadorismo ideológico militante (37). Pero en esa polemicidad está su virtud valiente y decidida, porque no siempre se puede obrar—y menos pensar— con ajuste al criterio de todos. Y así lo ha hecho el autor, siguiendo su personal opinión y afirmándose en una idea con la que se encuentran consustanciado y vertebrado todo el libro.

2. *La función social de la posesión* es un buen testimonio de la integración intelectual de que hacen gala muchos juristas hispánicos contemporáneos—tales

(35) En sentido contrario, sosteniendo que la socialización de la propiedad conduce a la masificación, véase el muy fundado e importante estudio de JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Sociedad de masas y Derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1969, especialmente págs. 317, 320 y 419.

(36) Aquí resulta útil recordar que en toda actuación humana se dan las notas de libertad y necesidad, porque toda acción se funda en la libertad del movimiento y en la libertad anida también la necesidad, que se interpenetran inextricablemente, poniendo en coyuntura el dominio del espíritu y el de la naturaleza. Esto no significa aceptar la conclusión del determinismo social, que entiende la necesidad como negación de la libertad (v. gr., en MARX), ya que la unilateraliza al plano económico, sin advertir que ambas se producen a un mismo nivel: el espiritual, por lo que es válido hablar de necesidad en libertad (como lo hace REMY C. KWANT: *Filosofía social*, Ed. Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1969, pág. 122).

(37) Conf. CASTÁN VÁZQUEZ: *Op. cit.*, *loc. cit.*

don José Castán Tobeñas, Juan Vallet de Goytisolo y otros—, cuyas obras demuestran que los estudios de Derecho no deben limitarse “a la a menudo anquilosada y seca letra de los códigos”, como con acierto pregona J. Izquierdo Ortega (38), sino que deben complementarse con los análisis de las implicancias del tema en otras áreas conexas (v. gr., en la Filosofía, en la Sociología, en la Antropología, etc.).

3. Desde este ángulo cabe asignar a la obra de Hernández Gil el carácter de modelo de una lúcida labor interdisciplinaria. En efecto; en ella se aborda el tema de la posesión desde el plexo jurídico, pero también se lo hace desde la Filosofía, la Sociología y la Economía, en un alarde de conocimiento profundo de cada una de esas ciencias, a las que pone en íntimo contacto coyuntural, para extraer del juego articulado de todas en el ariete del tema propuesto los jugos nutricios que cada una es capaz de dar como contribución a la solución del problema indagado.

Esta técnica interdisciplinaria está hoy en boga para beneficio de la ciencia general y es lugar común de la investigación la “intrusión” del especialista en campos ajenos, aunque pertinentes. De esta manera los sociólogos se interesan cada vez más por la economía; los economistas, por la sociología, y así sucesivamente. En resumen, como se ha dicho, los compartimientos estancos ya no existen, son una reminiscencia (39). El anterior es, puede afirmarse, un ciclo que se cierra y la especialización extrema retorna obligatoriamente a las interrelaciones entre todas las disciplinas sociales. Así lo ha entendido, con brillo y acierto, el Profesor Hernández Gil, que ha integrado lo jurídico con lo económico, lo sociológico y lo filosófico.

4. Pero no se agota allí la modernidad del enfoque de *La función social de la posesión*. En ella se ensaya, no sabemos a ciencia cierta si de una manera consciente, un método de rigurosa actualidad: el estructuralista. Porque el autor procura captar, en el caso, la forma ideal—la estructura—que la posesión debe adoptar en la política legislativa, según las solicitaciones del objeto por la interacción total de los diversos elementos actuantes en el fenómeno.

Y esa técnica se ajusta, exactamente, a la estructural, que concibe el estudio y la investigación de un tema como un conjunto de factores interrelacionados, que debe ser apreciado en su totalidad si se desea entender cualesquiera de sus partes. Es que sí, como enseña Perroux (40), la estructura “es la proporción y relación que caracteriza un conjunto localizado en el tiempo y en el espacio”, con lo que el concepto no se aleja demasiado del que da la Real Academia Española en su diccionario: “Distribución de las partes del cuerpo o de otra cosa”; “Distribución y orden con que está compuesta una obra de ingenio, como poema, historia, etc.”, resulta indispensable —en toda investigación científica— la consideración interactuante del todo y las partes (41).

5. El enfoque filosófico de la obra parece poder afiliarse a un neo-positivismo o neo-realismo, con orígenes kantianos e influencias de Bertrand Russell. Y ello porque los neopositivistas hacen suyo el atomismo gnoseológico de Rus-

(38) Véase *Revista de Occidente*, noviembre de 1969, págs. 215 y sigs.

(39) Conf. ANÍBAL PINTO: Prefacio a *Introducción a la Economía*, de A. CASTRO y C. LESSA, Ed. Siglo XXI, Méjico, 1969, pág. 7.

(40) Cit. por CASTRO y LESSA: *Op. cit.*, pág. 5.

(41) Sobre el estructuralismo como método interdisciplinario, véase JEAN PIAGET: *El estructuralismo*, Ed. Prometeo, 1968, págs. 85 y sigs.

sell, que concibe a la experiencia y a la realidad como un conjunto de datos objetivos (42). Así lo confiesa el propio autor al decir (pág. 217) que lo ha guiado “un propósito decididamente realista, crítico-empírico”, que es la pauta del positivismo jurídico y sociológico, en el decir de Edgard Bodenheimer (43). Coincide con nuestra apreciación J. Izquierdo Ortega (44), para quien el encuadre de *La función social de la posesión* es decididamente positivista o empirista.

En este aspecto Hernández Gil se hace fuerte en la incidencia fáctica, social y económica de la posesión y acierta en la crítica que hace al normativismo kelseniano (y al de sus secuaces), al que repulsa por su creciente abandono de los hechos y de los valores que presiden y fundan lo jurídico, lo que provoca su inmovilismo y un peligroso divorcio de la realidad, con todas las dañosas consecuencias que apareja un Derecho objetivo colocado en el vacío, y sin consideración de sus finalidades sociales, en lo que Hernández Gil coincide con Roscoe Pound (45) y con la Escuela de la Jurisprudencia Sociológica.

No suscribimos, sin embargo, el reproche del autor hacia el ius-naturalismo, desdén que torna peligrosamente materialista las conclusiones a que el Profesor Hernández Gil arriba. Pensamos, a este respecto, que acerca de la posesión —como en cualesquier otro tema jurídico— es posible aplicar fructíferamente la función del pensamiento ius-naturalista, que se da en dos direcciones: la de fundamento legitimador de todo Derecho positivo y la de orientación normativa reguladora del Derecho, solventando al mismo tiempo todos los problemas ontológicos, éticos, lógicos y metafísicos que lo jurídico plantea (46).

Y no es incompatible la aplicación de los principios del Derecho natural con los de cualquier otro método moderno (v. gr., el estructuralista), porque aquél actúa a la manera de superestructura teleológica que no riñe con la puesta en práctica de los medios utilizados por los sociólogos modernos, como sagazmente enseña Bodenheimer (47).

6. Tampoco es posible aceptar indiscriminadamente el encuadre que el autor hace del problema de la distribución de la tierra como política legislativa de futuro, conclusión que puede ser válida para España y algunos países subdesarrollados de América Latina, donde no debe incluirse —nos parece— a la Argentina, ya que allí el proceso de la transformación agraria se ha dado, al menos en la pampa central, por la vía pacífica del acceso del poseedor (rectius: tenedor, arrendatario) a la propiedad de la tierra, bien es cierto que a través de una legislación inicialmente protectora, que permitió la capitalización del tenedor hasta hacerle asequible la adquisición del inmueble, con la ayuda de créditos agrarios y desgravación impositiva, clara y patente manera de reconocer la función social de la posesión.

XV. Y concluimos. Un observador agudo de la realidad llama la atención

(42) Véase RAFAEL GAMBRA: *Historia sencilla de la Filosofía*, Edic. Rialp, 4.ª ed., Madrid, 1969, pág. 279.

(43) Véase *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1964, pág. 334. Sobre el neo-positivismo, véase MAX HORKHEIMER: *Crítica de la razón instrumental*, Buenos Aires, Ed. Sur, 1969.

(44) *Op. cit.*, pág. 216.

(45) *Interpretation of Legal History*, 1923, pág. 152.

(46) Véase WOLFF: *El problema del D. natural*, págs. 211 y sigs.

(47) *Op. cit.*, pág. 371.

sobre los cambios económico-sociales que caracterizan nuestro tiempo y produce una investigación renovadora de un viejo tema, que está a la altura de la época—difícil, conflictiva—en que nos toca vivir.

Nada mejor, pues, que concluir esta nota aconsejando la lectura, sustanciosa y sin desperdicios, de *La función social de la posesión*.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

CRISTOBAL-MONTES, A.: "Estudios de Derecho civil". Caracas, 1970. Universidad Central de Venezuela. Publicaciones de la Facultad de Derecho. Un volumen de 235 págs.

El profesor Cristóbal-Montes, civilista insigne de la Universidad venezolana, reúne ahora en un volumen un conjunto de estudios de varia temática, pero de gran interés, tanto por su planteamiento como por su desarrollo sistemático y comparado. En todos ellos se advierte la gran vocación del autor por los estudios históricos, en especial del Derecho romano, en donde cala para las instituciones estudiadas y se vale de ellos para el trazado de su impronta y características. El Derecho comparado es otra de sus complacencias de estudio, empleando este método ilustrativo y ejemplar, especialmente el de estirpe continental europea, por la razón muy lógica del parentesco que tiene el Derecho venezolano, con quien está enlazado.

En estos cinco estudios que componen su obra el autor nos ofrece sus perspectivas y conclusiones propias, además del planteamiento legal y doctrinal, así como jurisprudencial, de cada materia.

Respecto al estudio de la adquisición registral a "non domino", se destaca su planteamiento doctrinal y la justificación que pretende de la aparente contradicción que implica la adquisición del dominio de quien carece de poder de disposición sobre la cosa y la legitimación que implica la inscripción registral. Después de presentarnos las tesis negativa y positiva pasa a precisar lo que ha de entenderse por legitimación y poder de disposición, para poder llegar a la conclusión de que, a su juicio, la adquisición que realiza el tercero protegido por la fe pública del Registro (tercero registral) es una adquisición *a non domino* por negocio jurídico dispositivo.

El siguiente estudio, sobre los orígenes históricos de la llamada propiedad horizontal, está orientado preferentemente para esclarecer sus orígenes y las modalidades con que fue ya contemplado en los países orientales, en Grecia y en los Derechos romano y germánico, así como su planteamiento en el Derecho medieval hasta las postrimerías del movimiento codificador. El autor concluye considerando la propiedad horizontal como una propiedad especial por razón de su objeto.

La cesión del contrato tenía el atractivo para el profesor Cristóbal-Montes de plantear de *lege ferenda* su adquisición directa para el Derecho venezolano y propugnar la reforma necesaria en la codificación civil de su país. El examen de Derecho comparado y doctrinal es muy completo y trabajado, realizando un ejemplar estudio.

Por último, hay que referirse a los dos estudios que realiza en materia de sucesiones: la transmisión hereditaria de la posesión en el Derecho comparado y la naturaleza jurídica de la aceptación por los acreedores de la herencia renunciada en su perjuicio por el deudor. Se trata de una materia donde el

autor ha mostrado siempre su especial vocación y donde ha trabajado con ahínco y resultados muy satisfactorios y aportaciones de interés.

JOSÉ BONET CORREA

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial". Volumen primero: Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias. Editorial Tecnos, Madrid. 876 páginas.

De acuerdo con las palabras que el Profesor Díez-Picazo dedica al lector en el preámbulo, la obra publicada corresponde a la primera parte de unos *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* "que comprendan en dos volúmenes los problemas básicos y los principios rectores del Derecho de bienes". Este volumen abarca el estudio del Derecho de obligaciones (teoría general), mientras que el segundo comprenderá "las líneas fundamentales de las relaciones jurídico-reales". A pesar de esta división tradicional del Derecho patrimonial, el autor utiliza una sistemática nueva, al comenzar el estudio del mismo con una introducción general común para todas sus partes. Ello responde a la concepción unitaria que tiene el autor del Derecho civil patrimonial; unidad que no sólo defiende con el título de su obra, sino que desarrolla también en su exposición mediante esa introducción o teoría general del Derecho patrimonial. En ella se estudia el orden público económico (cap. I), las relaciones jurídico-patrimoniales (cap. II), el negocio jurídico patrimonial (cap. III) y la teoría del contrato (caps. IV a XIV). Ocupa, pues, las dos primeras partes de la obra, ya que, aunque el estudio del contrato pertenece a esa teoría general del Derecho patrimonial, tiene propia entidad para constituir una segunda parte por sí solo. Es en la tercera parte donde se aborda lo que para el Profesor Díez-Picazo constituye la teoría general de las obligaciones (caps. XV a XL), de la que se excluye el contrato por pasar éste a formar parte de la teoría general del Derecho patrimonial. En esta última parte el orden de exposición es el siguiente: concepto de la relación obligatoria (caps. XV a XVIII), fuentes de las obligaciones (cap. XIX), sujetos (caps. XX a XXII), objeto (caps. XXIII a XXV) y circunstancias (caps. XXVI a XXVII), las relaciones obligatorias sinalagmáticas (cap. XXVIII), las relaciones obligatorias derivadas de títulos de crédito (cap. XXIX), las garantías de la obligación (caps. XXX a XXXI), el cumplimiento (caps. XXXII y XXXIII) y la lesión del derecho de crédito (capítulos XXXIV y XXXV), la defensa del derecho de crédito (cap. XXXVI), la concurrencia de acreedores y la insuficiencia del patrimonio del deudor (capítulo XXXVII), la modificación de la relación obligatoria (caps. XXXVIII y XXXIX), su extinción (cap. XL).

Resulta imposible dar una referencia ni siquiera superficial del enorme material contenido en la obra del Profesor Díez-Picazo. Tampoco parece oportuno el sistema de elegir algunos puntos de especial interés, ya que el muestreo sería necesariamente muy pobre y, sin duda, arbitrario. En efecto, el casuismo de la obra unido a su planteamiento problemático y contrario a toda generalización dogmática—propósito expresamente proclamado por el autor en su preámbulo—da lugar a que sea raro el capítulo donde no haya aspectos interesantes que comentar. Por ello, nos limitaremos a señalar aquellos caracteres que pa-

recen fundamentales en la concepción jurídica que se trasluce a lo largo de esta exposición de una parte del Derecho patrimonial.

El Profesor Díez-Picazo es introductor en España del pensamiento de Theodor Viehweg sobre la tónica y la ciencia jurídica. Y es evidente que la traducción que en su día llevó a cabo respondía a una propia toma de postura a favor de dicho pensamiento, es decir, a favor de una jurisprudencia de problemas. Así nos lo demuestra en esta obra, donde rechaza continuamente cualquier tipo de soluciones generales. Las soluciones sólo pueden ser válidas para cada uno de los problemas planteados. Por ello, el autor procura atender a los varios aspectos y problemas que se puedan suscitar en torno a cada figura jurídica. Esto le conduce a una visión profundamente casuista, de la que se elimina el pensamiento axiomático y el método deductivo. Minuciosidad que se aprecia a lo largo de toda su exposición. Así, al estudiar la causa del contrato, la separa de la función del negocio, distinguiendo después entre los negocios iniciales y los negocios ejecutivos; éstos, relacionados con el problema del negocio abstracto, tienen una causa exterior, mientras que en los negocios que inician una relación entre las partes la causa es el propósito del resultado empírico, y es relevante en determinadas circunstancias en tanto en cuanto la valoración de ese resultado empírico determine la eficacia. "Cuando no existe un propósito específico y definido, común a ambas partes, la causa del negocio se encuentra simplemente en el propósito de alcanzar la finalidad típica genérica del negocio, pero, en tal caso, la causa no es un elemento especial y distinto y se confunde con el consentimiento o con la voluntad negocial (*sunt causa sui ipsius*)."

A continuación señala que las consecuencias de una falta sobrevenida de la causa corresponden a otra problemática, por lo que "no se ligan con la teoría de la causa, sino con la resolución de la relación contractual".

En la promesa de contrato no se conforma con una exposición general de la figura y, aunque señala que en principio todos los contratos pueden ser objeto de una previa promesa, pasa a estudiar separadamente la problemática de la promesa de vender y de comprar, de la promesa de donación, de la promesa de contrato real, de la promesa de contrato formal y del contrato preliminar de arbitraje.

Aunque considera oportuno aproximar la interpretación del contrato a la de la ley, hasta el punto de que al analizar los medios de interpretación contractual enumera los mismos que los existentes para la interpretación legal, apunta acertadamente la inviabilidad de una equiparación absoluta. "El contrato y la ley son reglas jurídicas, pero mientras la ley es una regla abstracta y general, el contrato es un precepto concreto; y mientras la ley es un precepto heterónomo, el contrato es un precepto de autonomía privada. En tema de interpretación, ello lleva a la conclusión de que mientras la interpretación de la ley debe ser orientada en orden a su *ratio* general, la interpretación de la regla contractual debe hacerse en una conexión mayor con el propósito de sus autores entre quienes va a surtir su efecto obligatorio."

Este casuismo lleva a percibir la realidad jurídica en toda su complejidad, desbordando los esquemas tradicionales cuanto éstos hacen abstracción de la misma. Buena muestra de ello es la concepción del autor sobre la relación obligatoria; fenómeno complejo en la vida real, así debe ser tomado por el jurista. Junto al núcleo central del derecho de crédito (facultad de exigir la prestación y poder de

ejecución sobre los bienes del deudor), se estudian las facultades de disposición del crédito, las facultades del acreedor para impulsar el desenvolvimiento y la efectividad de la relación obligatoria y para la conservación y tutela preventiva del crédito, las facultades para la conservación de la solvencia del deudor, la facultad de promover el concurso y la quiebra; lo que se complementa con la existencia de cargas del acreedor (de colaboración y diligencia). Esta complejidad se revela también en la situación del deudor, donde, junto al deber central y primario de prestación, existen deberes especiales de conducta de carácter accesorio, encaminados a posibilitar la satisfacción del acreedor, así como las facultades: de liberarse de la obligación, de oponer excepciones, de elegir (en las alternativas), de especificar (en las genéricas), de anticipar la prestación (cuando el plazo es a su favor), de pedir descuento cuando paga antes ignorando la existencia del plazo... Se trata, pues, de considerar como concepto básico a la relación obligatoria, contrapuesta a la obligación. Esta es la simple correlación entre un derecho de crédito y un deber de prestación. "La relación obligatoria, en cambio, es una relación jurídica compleja que liga a los sujetos que en ella se encuentran y que constituye un cauce de realización de finalidades sociales o económicas en torno a determinados intereses lícitos y tutelados por el ordenamiento jurídico. Es la total relación jurídica que liga a los sujetos para la realización de una determinada función económico-social en torno al interés protegido... En cuanto relación jurídica, la relación obligatoria posee una indudable naturaleza orgánica. Es, por decirlo así, como un pedazo o un tejido de vida social, que aparece organizado, de conformidad con unos principios jurídicos dados y con la especial función económica o social que está llamada a realizar. Es, en suma, algo que se presenta como institucionalizado."

El planteamiento esbozado es desarrollado coherentemente en toda la tercera parte de la obra, siendo quizá en el último capítulo (La extinción de la relación obligatoria) el lugar donde se aprecia con mayor claridad un ejemplo de las consecuencias a que conduce. En efecto, en dicho capítulo el autor rechaza el elenco de causas de extinción contenido en el artículo 1.156 del Cc., ya que dicho elenco atiende al concepto de obligación y no al de relación obligatoria. "Lo que hay que buscar..., no son los fenómenos por los cuales queda satisfecho o extinguido un derecho de crédito o por los cuales se libera al deudor de una deuda, sino los fenómenos extintivos de la relación obligatoria considerada como una unidad." Es en este orden de cosas en el que se estudian a continuación con el máximo detalle los supuestos de extinción de la relación obligatoria: el negocio jurídico extintivo de la relación obligatoria; el supuesto en que han quedado agotados todos los efectos buscados y satisfechos todos los intereses; el supuesto en que se produce la circunstancia expresamente prevista como momento final de la relación obligatoria; la atribución a una de las partes de la facultad de dar unilateralmente por terminada la relación obligatoria.

Pero ese casuismo señalado, inseparable de la "concepción problemática" del Derecho adoptada por el Profesor Díez-Picazo, se refleja en otros muchos lugares: en la visión pormenorizada de cada uno de los supuestos modificativos y extintivos de la relación obligatoria y sus repercusiones en la situación de los deudores solidarios; en el tratamiento de la obligación genérica delimitada cuando la delimitación del género se produce a través del origen o de la fuente de producción de las cosas en relación con el riesgo de pérdida de la cosa y con

la imposibilidad sobrevenida de la prestación; en el examen detenido de las vicisitudes por las que puede atravesar la relación obligatoria y la fianza correspondiente; en el intento de enumerar los intereses que pueden mover a un tercero para realizar el pago; en el estudio de los diversos casos en que el pago no se realiza directamente al acreedor; en la determinación del concepto de mora, acogido por nuestro ordenamiento en relación con el simple retraso del cumplimiento; en la delimitación del principio defendido por la doctrina dominante, según el cual la mora no se puede dar en las obligaciones de no hacer, a aquellos supuestos en que “el comportamiento debido contemplado en el programa de prestación es la continuación inmodificada de una situación ya existente al constituirse la relación obligatoria”; en el examen de los casos de prestación defectuosa y de las alternativas a las que puede recurrir el acreedor; en la exposición de la resolución de la relación obligatoria, especialmente cuando ésta se debe a una imposibilidad sobrevenida...

Un pensamiento jurídico que atienda al problema concreto es totalmente opuesto al dogmatismo. Las construcciones teóricas se rechazan en cuanto que no reflejen adecuadamente cada uno de los aspectos de la realidad. Como ya se habrá podido apreciar a través de la enumeración realizada, la obra está plagada de nuevos ensayos de construcción, atendiendo siempre a la realidad y al tratamiento debido a la misma antes que al concepto. Por ello, frente a los que ven en el autocontrato un negocio unilateral, alega el Profesor Díez-Picazo: “Esta tesis que en el terreno dogmático parece la más convincente, topa con extraordinarias dificultades a la hora de explicar ese carácter especial, así como a la hora de aclarar por qué algo que no es un contrato produce los mismos efectos que un contrato y se encuentra sometido al mismo régimen jurídico que los demás contratos. Estas razones, que son fundamentalmente de orden práctico, nos llevan a encajar el autocontrato entre los contratos, sin desconocer por ello sus especiales características.

Ese antidogmatismo decidido se pone de manifiesto desde el mismo comienzo, cuando al estudiar las relaciones jurídico-patrimoniales (cap. II) se rechaza la distinción entre derechos reales y derechos de crédito. El análisis de los diversos derechos que la doctrina adscribe a una y otra categoría conduce al autor a una posición análoga a la defendida por Giorgianni: “La distinción de los derechos patrimoniales debe ser, cuando menos, doble y hacerse atendiendo a dos criterios: en primer lugar, el criterio de la *eficacia*, que permite distinguir entre derechos reales y derechos no reales; y en segundo lugar, el criterio de la *función económica* que cumplen o la *estructura del poder* que otorgan a su titular, que permite distinguir los derechos de disfrute frente a los derechos de obligación.” Posición que responde a la necesidad de conectar la técnica jurídica con la realidad económico-social.

La misma postura antidogmática conduce a la eliminación de la categoría de los cuasicontratos, categoría histórica cuya subsistencia resulta injustificada, desde el momento en que el pago de lo indebido encaja en la teoría del pago y la gestión de negocios ajenos en las relaciones obligatorias de gestión; a la identificación de las cosas genéricas con las fungibles cuando se interpreta la fungibilidad como sustituibilidad o aptitud de las cosas para ser recíprocamente sustituidas unas por otras; a la diferenciación de las prestaciones positivas frente a las negativas, “según que la prestación prevista consista en una alteración o un cambio

en el estado de cosas existente en el momento de la celebración del negocio constitutivo de la relación obligatoria o en el mantenimiento inalterable de tal situación o estado de cosas"; a la superación de la polémica en torno a la naturaleza real u obligacional del derecho de retención a través de la consideración de los poderes que concede esta facultad al acreedor; al abandono de la alternativa novación extintiva —novación modificativa a favor de la alternativa modificación simple con pervivencia de efectos—, "modificación extintiva con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecido por las partes"...

Sin embargo, el autor no renuncia a dar una visión histórica de cada figura jurídica cuando ella puede ser esclarecedora de su sentido. Ejemplo especialmente destacable lo encontramos en la subrogación operada por voluntad del deudor. Aclaración histórica que se repite acertadamente en la distinción entre derechos reales y derechos de crédito, en el enriquecimiento sin causa, en el concepto del contrato, en la causa, en la rescisión por lesión, en el concepto de obligación, en las fuentes de las obligaciones y en la distinción entre obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles.

La visión problemática del Derecho que se nos presenta en esta obra no es absolutamente pura, ya que se combina con una decidida adscripción a la jurisprudencia de intereses. En efecto, la idea determinante para el Profesor Díez-Picazo en cualquier problema jurídico es el conflicto de los intereses en juego; lo que ya se puede percibir en la referencia que hemos hecho al concepto de relación obligatoria y a la terminología que se debe utilizar con referencia a la novación. Pero los casos en que el autor recurre expresamente a ese criterio son múltiples. Quizá se encuentre el más notable en el estudio de los vicios del consentimiento. "En definitiva —leemos—, la existencia de una divergencia entre lo declarado y lo efectivamente querido supone un conflicto de intereses entre el que declara de manera involuntaria y el destinatario de la declaración." Por ello, "en rigor, vicio del consentimiento tendría que existir cualquiera que fuera la naturaleza o el alcance del error, del dolo o de la intimidación. Sin embargo, sólo bajo ciertas condiciones o bajo ciertos requisitos el contrato puede ser anulado. Ello nos lleva a pensar que más que en presencia de una dogmática categoría de voluntades viciadas, nos encontramos en presencia de una serie de supuestos en los cuales lo que hay que hacer es decidir la justicia o la injusticia de la perpetración de la vinculación contractual". Concepción que se vuelve a manifestar en la sanción de una "nulidad relativa" que se propone como solución del autocontrato; al abordar el problema de la causa ("No es solamente su tradicional dificultad lo que dota a la teoría de la causa de un relieve singular dentro de las instituciones jurídico-civiles. Es que, aunque otra cosa a primera vista pueda creerse, lo que está empeñado en ella no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una honda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la causa, el centro de gravedad de su solución normativa"); en la consideración de la solidaridad pasiva como fenómeno totalmente distinto de la solidaridad activa, en tanto en cuanto no cabe reconducirla a un mandato tácito, sino a una extensión del área de responsabilidad; a la hora de valorar el sentido de la retroactividad de la condición ("no es ni una pura exigencia lógica ni una ficción legal, sino una fórmula normativa de reglamentación de intereses. El ordenamiento no se mueve por consideraciones lógico-dog-

máticas, sino por motivaciones de intereses. La retroactividad encuentra su justificación en la idea de que, por regla general, es el criterio mejor y más útil para resolver los conflictos que entre las partes puedan surgir..."); en la crítica de la doctrina, según la cual la liquidez de la deuda es un presupuesto indispensable de la mora; en la distinción entre obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo y aquellas en que los cumplimientos se encuentran temporalmente separados por voluntad de las partes, a efectos de la interpretación del artículo 1.100, *in fine*, del Cc.; en la apreciación de una vigencia paulatina del principio de responsabilidad objetiva también en el campo contractual (principio que encuentra cierto respaldo, frente a las reglas generales del Cc., en el régimen jurídico de responsabilidad que el propio Cc. establece para muchos contratos en particular) y, más concretamente, en el tratamiento de la responsabilidad del deudor por la actividad de sus auxiliares...

Esta valoración de los intereses en juego se combina (como es lógico) con unos principios generales del Derecho patrimonial, que responden al orden público económico. "No sólo constituyen el orden público económico las actividades del Estado para conformar económicamente a la sociedad, sino también las directrices básicas sobre las cuales se asientan, en cada momento histórico dado, el sistema y la estructura económica de esta misma sociedad. Para nosotros, pues, el orden público económico está constituido por las reglas básicas con arreglo a las cuales en un momento dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad." Consecuentemente, estos principios generales son los propios de un orden económico-social capitalista: de propiedad privada, de libertad económica, de comutatividad del comercio jurídico, de buena fe, de seguridad jurídica y de seguridad del tráfico jurídico. Positivismo que es base de la jurisprudencia de intereses y que en algunas ocasiones se pone de relieve en el texto con especial claridad. Así, al estudiar el enriquecimiento sin causa ("Hoy prepondera la dirección que pone el fundamento de la acción de enriquecimiento en la *idea de equidad*. La acción se funda en el carácter moralmente injustificable del enriquecimiento, que origina un deber moral de indemnizar o de restituir. Pero esto, que sin duda es exacto, significa renunciar a encontrar una explicación jurídica a la acción de enriquecimiento"), el contrato de adhesión ("Se trata de evitar las injusticias a que puede eventualmente dar lugar la utilización del procedimiento de contratación descrito. Son, por ello, razones de orden moral, social y económico, más que razones de orden estrictamente jurídico, las que han llevado a la doctrina a detenerse ante el problema de los contratos de adhesión") y el origen histórico de la rescisión por lesión ("Puede verse en él probablemente un influjo de las ideas cristianas de la patrística y no responde a esquemas que sean puramente jurídicos").

Esta concepción positivista del Derecho prescinde casi por completo de un contraste sociológico de las diversas instituciones, desde el momento en que acepta —tal y como hemos visto— sin discusión y como punto de partida los valores establecidos. Insuficiencia que se pone claramente de relieve al estudiar el fundamento del contrato. Se señala acertadamente que éste radica en que el contrato es un cauce institucional de realización de fines y de intereses. Pero se rechazan las tesis del voluntarismo jurídico, de la motivación ética y de la autonomía privada, en vez de comprender que esos son los argumentos ideológicos a los que se recurre para alcanzar la satisfacción de aquellos intereses económicos.

Al describir la evolución del concepto de obligación, de acuerdo con la evolución social y económica, se apunta a la necesidad de adaptar los antiguos moldes normativos a la nueva problemática económico-social. “Esta labor —añade— no puede ser acometida en el presente libro, pero sí debe quedar constancia de la necesidad de llevar a cabo la tarea y el intento, al menos, de funcionalizar con sentido moderno las instituciones tradicionales.” Sin embargo, al enumerar con carácter general los datos relevantes para los cambios producidos, se olvida el dato fundamental y absolutamente explicativo, el tránsito de una economía feudal a una economía capitalista y de ésta a un capitalismo de estado.

El mismo Profesor Díez-Picazo es consciente de esta insuficiencia y así nos lo muestra de forma aún más directa al principio de su obra cuando finaliza su justificación de la *Introducción al Derecho Civil Patrimonial* con las siguientes palabras: “Estas ideas, más detenidamente desenvueltas, nos tendrían que llevar quizá a ordenar las instituciones civiles atendiendo no tanto a su estructura dogmático-formal como a su esencial finalidad empírica, es decir, atendiendo a su función económica o económico-social y prescindiendo de que la interna organización de tales instituciones aparezca dominada por unos y otros caracteres o principios técnicos.” Preocupación que le conduce a ese “estudio problemático” de cada institución que caracteriza a la obra, pero que en ningún caso supera el empirismo propio de quien acepta los valores establecidos y se limita a explicar la operatividad de los mismos en los conflictos jurídicos concretos que se producen.

Un último rasgo importante de este libro, consecuencia directa de su casuismo y de su antidogmatismo, es la enorme cantidad de problemas y de temas nuevos que aparecen en él. Nuevos en tanto en cuanto no suelen figurar en los tratados de Derecho patrimonial: la documentación del contrato como aplicación concreta del problema de la forma, los contratos declarativos o de fijación, las obligaciones en moneda extranjera, la eficacia del contrato respecto a terceros, la promesa del hecho de un tercero, los contratos en daño de tercero, el contrato para persona que se designará, el estudio de la categoría de los negocios parciarios entre las obligaciones sinalagmáticas. El autor no teme invadir materias tradicionalmente asignadas a otras ramas del Derecho cuando ello viene a completar el marco de las figuras jurídicas tratadas. Por ejemplo, se estudian, entre los diversos tipos de relaciones obligatorias, las derivadas de títulos de crédito y el endoso como modificación de la relación obligatoria, así como el embargo preventivo y las medidas judiciales de aseguramiento entre las medidas de tutela preventiva del crédito, y el procedimiento de ejecución forzosa de la obligación y sus problemas jurídicos desde el punto de vista sustantivo en la *protección del derecho lesionado*.

Visión viva del Derecho desde una perspectiva positivista, quizá sean éstas las palabras que resumen mejor las cualidades de esta obra del Profesor Díez-Picazo. Aportación fundamental a la doctrina española de inexcusable referencia para juristas, modelo de rigor en el desarrollo consecuente de unos planteamientos básicos, fuente —que me atrevería a calificar de inagotable— de nuevas construcciones y, sobre todo, de nuevos enfoques y sugerencias, el libro realiza plenamente el ideal helénico que su autor traza en el preámbulo cuando precisa que “el libro aspira a suscitar ideas y no a imponer soluciones”. Se trata, sin

duda, de una de las obras más importantes de la producción jurídica española de los últimos años.

Por otra parte, este volumen conserva la claridad propia de su origen pedagógico, siendo accesible a todo estudioso del Derecho, cualesquiera que sean sus conocimientos previos. Antidogmático en el fondo, también se ha perseguido el antidogmatismo en la forma. La cita de doctrina y jurisprudencia es funcional y sólo aparece cuando sirve para esclarecer algún problema. Con ello se facilita la lectura y el estudio. Sin embargo, parece necesario completar las citas con una referencia en nota a las obras y páginas correspondientes. También se echa en falta la existencia de un índice analítico, que haría mucho más manejable esta obra a la hora de su consulta.

RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO

GALGANO, Francesco: "L'imprenditore". Zanichelli, Bologna, 1970. 187 páginas.

El profesor Galgano, discípulo y sucesor en la cátedra del maestro Bigiavi, ha acometido la publicación de un *Manual de Derecho Comercial*, del que éste se anuncia primer volumen, desde planteamientos notoriamente marxistas. En su presentación rechaza el método apologético de los manuales tradicionales y las actuales pretensiones de positivismo aséptico, para abogar por un manual valorativo que, sin olvidar su esencial objetivo de iniciar en el conocimiento técnico del Derecho, provoque en el lector juicios de valor sobre el Derecho vigente. Para ello intenta exponer el sistema legislativo, las teorías doctrinales y las orientaciones jurisprudenciales, ofreciendo al mismo tiempo valoraciones mediante elementos de juicio externos al Derecho, como son los criterios histórico-políticos y político-económicos, que ponen de relieve la relatividad histórica e ideológica.

La obra se compone de siete capítulos, precedidos del sumario e indicación de las abreviaturas sobre textos legislativos, revistas y libros, y seguidos de un triple índice de autores, fuentes normativas y materias.

Para fijar el concepto de empresario, en el primer capítulo, parte de negar la actual subsistencia del Derecho mercantil como categoría del Derecho privado, relegándolo a mera categoría del ordenamiento universitario, que ha de encuadrar las enseñanzas del Derecho de la empresa, las sociedades, la quiebra, los títulos de crédito y los contratos bancarios. Expone luego los antecedentes del concepto legal de empresario y sus características: la producción o el cambio de bienes o servicios como finalidad, que excluye del concepto al mero especulador, al profesional intelectual y al artista; el pseudo-requisito de la actividad organizadora, como justificación del beneficio; la actividad económica, entendida más como riesgo que como creadora de riqueza; y la profesionalidad, referida a un planteamiento objetivamente económico y no al ánimo lucrativo.

En el segundo capítulo, sobre el empresario comercial y agrícola, señala como causa de la tradicional exclusión de la agricultura del ámbito mercantil, la ventaja que esa situación implicaba para una clase agraria a la que bastaba la protección del derecho de propiedad garantizada por el Código civil. Analiza a continuación las distintas actividades comerciales, la industrial, la de intermediación

y las auxiliares, así como las actividades agrícolas, por esencia o por conexión. Y termina refiriéndose a los entes públicos que ejercitan actividades comerciales.

El tercer capítulo está destinado al pequeño empresario en el Código civil, al artesano en la ley de empresas artesanas y a los criterios de la ley de quiebras, que atiende a la renta o a la inversión para calificar al pequeño comerciante.

En el cuarto capítulo se examina el valor operativo del concepto de empresario, es decir, las funciones que desempeña en el sistema legislativo, a cuyo fin se estudia su reflejo en las relaciones contractuales del empresario, en la normativa del "avviamento" y de la "azienda", mediante normas protectoras del empresario como productor, creador de riqueza y que aporta una útil contribución a la sociedad entera.

El empresario y el sistema económico es el título del capítulo quinto, en el que se exponen ideas acerca del empresario y la utilidad social, el interés del empresario y el de la empresa, el empresario como jefe de la empresa y las relaciones entre empresarios, con atención especial a la libertad de competencia y sus límites, la represión de la competencia desleal y los signos distintivos empleados por el empresario.

Al estatuto del empresario comercial se refiere el sexto capítulo, que comprende la inscripción del empresario en el registro de las empresas, la llevanza de los libros de contabilidad y sus efectos probatorios, la representación del empresario mediante el factor, los apoderados y los dependientes, y la quiebra del empresario.

El último capítulo se dedica a la imputación de la actividad empresarial, examinándose el riesgo empresarial, el empresario oculto, el empresario incapaz de obrar, otros supuestos de sustitución en el ejercicio de la actividad empresarial y la iniciación y terminación de la empresa.

La elección de los puntos que respecto de cada problema se van destacando, el análisis sistemático y minucioso de las disposiciones, el cuidado en la bibliografía y, especialmente, el apasionamiento frío en la exposición, son rasgos todos ellos que identifican a una escuela de la que el profesor Galgano es brillante continuador. El planteamiento básico de la obra, manifestación de orientaciones políticas que van siendo dominantes en Italia, denota una decisión de consecuencia con la propia ideología y, en tal sentido, sirve de ejemplo de profunda honestidad intelectual.

LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ

GUAITA, Aurelio: "Derecho Administrativo especial". Tomo V (aguas, montes, minas). Librería General. Zaragoza, 1970. Un volumen de 472 págs.

En 1960 aparece el primer tomo de un *Derecho Administrativo especial*, que el autor, catedrático de la Universidad de Zaragoza, destina fundamentalmente a sus alumnos. Desde entonces van saliendo tomos sucesivos, hasta cuatro, con cadencia bienal. Este quinto se ha hecho esperar más, debido, sin duda, a la precisión de reeditar los anteriores, todos ya en segunda o tercera edición.

En un decenio ha llevado a cabo el profesor Guaita su propósito inicial: con este tomo quinto queda completa su obra. Entre tanto, ésta ha adquirido justa fama: los colegas la recomiendan; los estudiantes la emplean con fruto, y los

profesionales han encontrado en ella un auxiliar valioso para la resolución de cualquier consulta y para la solución, o al menos aproximación, a cualquier problema, en una disciplina que, salvo los contados casos de especialización en una sola materia concreta (aguas, transportes, propiedad industrial, etc.), no permite poseer en profundidad y al día conocimientos inmediatos bastantes para la práctica cotidiana.

La obra es singular, como la idea de escribirla, y ambas han de insertarse en una etapa histórica determinada del Derecho administrativo español. En la anterior, que va acaso desde Colmeiro a la fundación de la RAP, diversos profesores habían tratado de acotar el latifundio variopinto de la legislación más o menos administrativa, en unas obras de conjunto que, tras la indispensable "parte general" con ciertos vuelos doctrinales, proporcionaban el "argumento y cantables" de un sinnúmero de institutos y temas legales, ordenados con mejor o peor fortuna, mediante la transcripción de los preceptos más importantes y la cita o resumen de la legislación complementaria y las más frecuentes máximas jurisprudenciales. Servían al estudiante para pasar el examen; daban alguna indicación útil al profesional; pero su calidad formativa en las materias objeto de "leyes especiales" no iba muy lejos, y una vez derogadas las normas circunstancialmente vigentes perdían, con su valor informativo propedéutico, casi toda su eficacia.

Ciertamente, los mejores de entre esos autores y, en general, los mejores administrativistas de la generación inmediatamente anterior a la guerra civil, que trataron de incorporar la ciencia española a la corriente europea, hicieron algo más valioso que esos manuales: aparte algunas buenas monografías, formaron discípulos, y así se explica la eclosión increíble de nuevos maestros desde los años cuarenta, que han multiplicado por diez y por veinte en cantidad y calidad nuestra producción científica en la materia.

La nueva generación necesitaba sus propios textos, y varios profesores acometieron, con éxito, la tarea de elaborarlos. Pero, como parece lógico, empezando por el principio. Y —*ars longa, vita brevis*— ninguno de tales excelentes textos (dejo aparte las refacciones de los antiguos) parece destinado a pasar de la llamada *parte general*. La singularidad de la idea del profesor Guaita estriba, así, en comenzar por el medio, escribiendo unas instituciones, hoy únicas, sobre la preterida *parte especial*. Lo logrado del intento, es decir, la fidelidad al propósito inicial; la autoexigencia y laboriosidad del autor, y lo inteligente, medido y completo del trabajo, son cosas que se ven mejor ahora, una vez acabado (en cuanto pueda considerarse acabada una obra de esta naturaleza). Incluso, los ulteriores cambios legislativos y las consiguientes reformas en las sucesivas ediciones demuestran lo mucho que la obra tiene de permanente y principal.

El presente volumen, como los anteriores, estudia las líneas maestras de la regulación positiva, resumiendo el articulado de las leyes (que transcribe raras veces) y sistematizando su contenido: lo mismo si el tema es objeto de una disposición legal, o varias, en cuyo caso funde lo vigente de todas y cada una, en una exposición clara y fluida. Todo ello junto con las controversias y cuestiones más importantes en tema de aplicación de la ley; proporcionando antecedentemente noticia histórica bastante para situar los textos en vigor; desarrollando sus principios y conceptos esenciales, y prestando mayor atención y extensión —dentro de su brevedad habitual— a aquellos planteamientos y discusiones doctrina-

les con repercusión en el Derecho positivo, a cuyo propósito expone, con los argumentos de cada una, las diversas tesis en presencia.

En las notas, en primer lugar, la acostumbrada (y no por eso menos difícil y meritoria) aportación exhaustiva de legislación y bibliografía, y de toda la jurisprudencia importante, por cierto bien resumida, con observaciones críticas a veces, y otras con transcripción literal de algún párrafo. Un trabajo minucioso, paciente, poco brillante y en extremo eficaz, que confiere al libro su notable valor para el profesional, y cuya calidad, exactitud e integridad merecen ponerse de relieve: en particular, la densidad y concisión de las informaciones jurisprudenciales.

Junto a esto contienen las notas indicaciones interpretativas sobre algún precepto concreto; resolución de conflictos y contradicciones entre textos y leyes diversos; concordancias, distinciones y motivos; antecedentes prelegislativos, etc.

No es fácil, en un manual, una vez descritos sus rasgos más característicos, dar noticia de su contenido: tal noticia, o es el manual mismo, o corre el riesgo de ser trivial: nunca podría consistir en el índice detallado de cuestiones, pues éste (al contrario del de una monografía) aproximadamente se puede intuir por cualquiera. Mas el libro de Guaita contiene tomas personales de posición en número más que suficiente para que el recensor, dando cuenta de algunas de ellas (al par que señala otros puntos notables en el libro), pueda completar la visión de la obra.

En tema de *aguas*, y en la parte organizativa a la que se dedica el § 1, se ha de destacar el tratamiento de las comunidades de regantes, las cuales “se admite casi con unanimidad que son corporaciones, es decir, entidades jurídico-públicas de base asociativa (están integradas por miembros: los comuneros o partícipes, generalmente regantes), gobernadas por regla general por principios democráticos y, de ordinario, de constitución y permanencia necesaria”; dotadas, al menos a algunos efectos, del carácter de Administración pública, y así de las potestades reglamentaria, sancionadora y ejecutiva, y la de dictar actos administrativos. Mas no considera correcto el autor, “aunque lo deja entrever la Ley de aguas, y en ocasiones lo afirma la jurisprudencia, configurar a estas corporaciones, a estas personas *a se*, a estas Administraciones públicas, como *delegadas* de la Administración del Estado, aunque las aguas que administran y aprovechan sean, por hipótesis y siempre, aguas públicas, aguas de dominio público. El nexo que une a las Comunidades de regantes con la Administración del Estado no es la delegación, sino una concesión: las Comunidades son, sencillamente, concesionarias de aguas”.

Dentro de las llamadas “Comunidades generales”, que —y eso las caracteriza— aprovechan siempre aguas procedentes de una sola toma del cauce público, agrupando colectividades menores y a veces regantes aislados, y planteando el problema de la subsistencia de la personalidad jurídica de tales colectividades menores, distingue el autor según reúnan comunidades antecedentes (éstas parecen conservar su personalidad), o bien, al contrario, se dividan ellas mismas en varias colectividades, que aparecen sin personalidad jurídica, como órganos des-concentrados del ente superior.

Dentro de la comunidad, los jurados, por regla general, pueden configurarse como órganos administrativo-jurisdiccionales (no judiciales) suyos: el autor resume bien la naturaleza de sus sanciones, y recursos posibles contra ellas.

Un segundo párrafo versa sobre el dominio de las aguas superficiales; “propiedad especial —dice— por su misma naturaleza fluida y fugitiva; por tratarse de un elemento relativamente inaprehensible y esencialmente dinámico”: acaso cabría incluir aquí la distinción entre la condición inmobiliaria de la corriente de agua que, como fuerza o como fluido, opera siempre en el mismo lugar, y el carácter mobiliario de la sustancia. El autor razona su opinión favorable a la nacionalización del conjunto del dominio hídrico del país: en todo caso, piensa que en el Derecho vigente la presunción legal se halla en favor de las aguas públicas: lo son las no privadas o *nullius*; tal es el espíritu de la ley de aguas, bien patente en los proyectos que precedieron a la ley de 1866 y en la celebrada exposición de motivos de ésta.

Rechaza el profesor Guaita la consideración como aguas privadas de las que tengan su nacimiento en montes de propiedad de Corporaciones locales incluidos en el catálogo de los de utilidad pública; pues aunque, de una parte, la Ley de montes otorga a tales Corporaciones la “competencia para disponer del uso y disfrute de las aguas que nazcan en sus montes”, con lo que implícitamente, pero de modo indudable, viene a decir que tales aguas son privadas y de la propiedad de las Corporaciones; de otra, dada la situación del precepto en la Ley de montes, éste no puede tener otro significado que el artículo 412 Cc.: se trata de un aprovechamiento que, como el del propietario del fundo donde nace la corriente en el Código, el autor califica de “personal e intransferible”: acaso, más propiamente, de un aprovechamiento que no puede exceder los límites de la finca.

También la legislación forestal ha venido a complicar el tema relativo a las riberas, al declarar, aunque de forma nada clara ni mucho menos convincente, que éstas no son bienes de dominio público (frente al Cc. y a la Ley de aguas), sino patrimoniales del Estado o, más exactamente, del Patrimonio Forestal del Estado (leyes de 10 de marzo y 18 de octubre de 1941): el autor no ve razón válida para “cambiar la naturaleza dominial de las riberas, que, sin duda, han de seguir considerándose de dominio público”, aunque parcialmente en la órbita del Ministerio de Agricultura; por lo demás, la Ley del Patrimonio Forestal del Estado no emplea la expresión *riberas*, sino la de *márgenes*, que según la Ley de aguas son conceptos distintos y nunca pueden coincidir.

Considera el autor que para que las aguas que nacen en predio de propiedad particular sean realmente privadas, es preciso que no constituyan corrientes naturales (en otro caso, son aguas públicas, aunque pertenezcan al dueño del predio “para su uso y aprovechamiento”), y da una buena razón, a saber, que según el texto legal “tanto los ríos —en toda su extensión, *incluido el nacimiento*— como los arroyos y manantiales que corren por sus cauces naturales, son de dominio público en todo caso”.

En tema de aprovechamiento de las aguas públicas (§ 3) se pone de manifiesto el principio de “vinculación del agua a la tierra”, tal que cuando caduca la concesión a una empresa para riego de tierras ajenas, el dominio de las obras y el aprovechamiento del agua revierte a la comunidad de regantes y no al Estado (concesión *in perpetuum*). La limitación temporal es incongruente con la concesión para riego de tierras propias (que no podrían ser “devueltas al seco”), y más con la concesión para el abastecimiento de poblaciones.

El tema de la usucapción de aguas públicas preocupa a la conciencia administrativa y iuspublicista de mi querido colega y amigo. Por de pronto, debe supri-

mirse, al carecer de justificación: no lo es—piensa—el argumento de la “seguridad jurídica”, “pues aparte de que las aguas públicas *si tienen dueño conocido* y con el uso veintenal se esquila y burla la legítima necesidad de la concesión—a la que deben acudir los menos pacientes—introduce un elemento de inseguridad y perturbador en la política de los aprovechamientos hidráulicos; es inseguro también este modo de adquirir por la a veces dificultad acerca de la prueba de que durante veinte años..., etc.; y, en fin, lo es también en cuanto a la cantidad del agua aprovechada”. Con todo, pienso yo que si la usucapión, en Derecho civil, sirve para dispensar al reivindicante de la prueba de otro título, esta utilidad es eminente en tema de aguas, en que muchos antiguos aprovechamientos carecen de título escrito; además, la usucapión en Derecho civil abarca los bienes con dueño conocido, sancionando la inactividad de éste; por otra parte, la “perturbación en los aprovechamientos hidráulicos” que introduce la usucapión veintenal (tiempo suficiente para que se la subsane) no es mayor que la “perturbación en la propiedad” del despojado; finalmente, las dificultades de prueba corren siempre a cargo de usucapiente, según la máxima *tantum praescriptum quantum possessum*.

Naturalmente, estima que la usucapión de las cosas públicas es de naturaleza administrativa, “porque se trata del aprovechamiento de cosas públicas, porque ha de reconocerse *iure publico* (registro de aprovechamientos de aguas) por la Administración, porque provoca actos administrativos, porque la posesión de aguas públicas—también para la LAg.—es tema jurídico-administrativo, porque de surgir discrepancias habrá que resolverlas en un recurso contencioso-administrativo, porque de hecho y de derecho es como si fuera una concesión”. La cuestión es controvertida y controvertible; la postura del profesor Guaita, defendible y bien defendida; yo, que no la comparto del todo, no podría discutirla aquí.

En tema de aguas subterráneas (§ 4), señala cómo éstas, con las superficiales, componen “un ciclo único, interdependiente y cerrado sobre sí; no hay aguas “aisladas” y, concretamente, las superficiales y las subterráneas se alimentan mutuamente, por lejos que se encuentren éstas respecto de aquéllas, a causa de la fluidez y movilidad de todas ellas. De ahí que una verdadera política hidráulica haya de tener en cuenta todos los recursos hídricos”. Tales aguas subterráneas “son cosas *nullius*, sencillamente porque no pueden ser objeto de propiedad; porque no pueden—in *actu*—ser objeto de ninguna dominación; por tanto, ni pueden ser propiedad privada del dueño del fundo supistante, ni tampoco cosas dominiales; precisamente por eso “una vez alumbradas por un particular aguas en terrenos de dominio público, la Administración extiende a su favor un título de propiedad sobre las aguas; el alumbramiento es realmente la ocupación de una cosa *nullius*”.

El capítulo dedicado a *montes* se inicia con el estudio de la propiedad forestal (§ 1), y en particular, y con detenimiento, de los montes catalogados y su condición legal de bienes patrimoniales de la Administración, que, por ser de ésta, nunca se adscriben al Derecho civil puro, y cuyo régimen específico se aproxima en gran medida al del dominio público: “puede, si se quiere, hablarse de un régimen de dominio público atenuado o degradado, pero sin duda alguna en mi opinión, merecen llamarse de dominio público—porque lo son—unos bienes que pertenecen a la Administración, que tienen un régimen de Derecho público (el Derecho privado no está aquí atenuado, sino casi prácticamente pros-

crito) y que son por definición de utilidad pública ya por ser de uso o de servicio público ya sencillamente, como será quizás el supuesto general, porque están destinados al fomento de la riqueza nacional". Esto aparte, los montes catalogados pueden ser también de dominio público.

La presunción posesoria emanada del catálogo se convierte para el autor, con razón, en una presunción de propiedad: es curioso observar cómo se reproducen entre los administrativistas los mismos razonamientos que suscitó entre los hipotecaristas la presunción posesoria del artículo 41 de la ley de 1909. "La Administración—argumenta el administrativista zaragozano—sigue en posesión de un monte catalogado mientras no sea vencida en juicio declarativo ordinario de propiedad: ahora bien, si para "arrebatarle" el monte ha de ser vencida en un juicio sobre la propiedad, esto indica que es la propiedad lo que el catálogo presume, presunción que sólo se destruye si y cuando un particular demuestra (por usucapión o por título del Registro) que es suya la propiedad".

En tema de deslinde de montes públicos critica el autor que, siendo la declaración de la Administración al respecto un acto administrativo, y el de deslinde un proceso (contencioso-administrativo) reducido al hecho de la posesión, el discrepante haya de acudir luego al juicio declarativo ordinario de propiedad ante un tribunal civil, duplicidad innecesaria y que debería evitarse. Para él lo congruente sería, tratándose de un acto administrativo, que el litigio se decidiera por el tribunal contencioso-administrativo. Evidentemente, esto es cuestión de pura decisión legal, mas parece dudosa la utilidad de suprimir la especialización por materias de los tribunales, para pasar prácticamente a distinguir según las personas de los litigantes: la mano pública tendría sus propios jueces, aun en temas de Derecho privado.

El § 2 se dedica a la repoblación, mejoras y aprovechamientos forestales; y el 3 a la conservación y defensa de los montes, infracciones forestales, sanciones y responsabilidad en tal caso: el autor critica, en tema de sanciones a los incendios forestales, que cuando la multa es superior a 100.000 pesetas el asunto pase a la órbita de la justicia criminal, pues "lo que ha de ir ante los Tribunales son los delitos, pero no las faltas administrativas por graves que sean, y no puede defenderse seriamente que una infracción es administrativa si la multa a imponer es de 100.000 pesetas, y que, en cambio, es delito si la multa ha de ser de 100.001".

En el § 4 realiza el autor una acertada exposición de la naturaleza, régimen y tipología de los bienes y montes comunales. Recuerda cómo, históricamente, "en su casi totalidad, los comunales eran de propiedad de los vecinos, del "común de vecinos", propiedad inalienable y vinculada al vecindario que, obviamente, tenía el derecho de aprovecharlos en exclusiva, facultad normal de todo propietario; el Ayuntamiento sólo era la autoridad gestora de los derechos e intereses del núcleo o grupo social que son los vecinos propietarios"; sólo posteriormente y tras un largo proceso se atribuyen a los Ayuntamientos la titularidad, empero con escasa razón, pues "el supuesto propietario, ni puede disponer de un bien comunal ni puede tampoco disfrutarlo o aprovecharlo: es pues un propietario muy especial toda vez que *está* despojado (*no se le ha* despojado, pues no la tuvo nunca) de la facultad de aprovechar esos bienes "suyos", situación irreversible mientras la cosa siga ostentando el carácter de comunal; verdaderamente estamos en presencia, aunque de algo ciertamente vivo, de un fenó-

meno de arqueología socio-jurídica, casi fósil, de “un ejemplo supérstite de la antigua propiedad colectiva (*gesamte Hand*) que pertenece a la colectividad de vecinos y al Concejo [municipal] en su representación”.

Con todo—continúa—, dadas las intensas facultades del Ayuntamiento en relación con tales bienes, “ha de reconocerse que hoy es *también* propietario de los comunales, pero no el único propietario, sino, en cierto modo, copropietario en concurrencia con los vecinos”. Acaso cabría matizar aquí que se trata de titularidades heterogéneas, ya que aquél y éstos mantienen, frente a los bienes, posiciones diferentes, y por tanto no me parece posible hablar de esa titularidad unitaria compartida en que consiste, necesariamente, la copropiedad. El propio autor explica la cotitularidad sobre los comunales, unas líneas después, en mi opinión más exactamente, como “una especialísima propiedad compartida (Municipio-vecinos) de naturaleza jurídico-administrativa: el Municipio aparece como un propietario relativamente maniatado y teórico; los vecinos son titulares de un auténtico derecho real de goce que limita y completa los derechos dominicales de aquél”. Y desde luego, sin duda, “también ahora pueden *nacer* bienes de esa especie merced a la ósmosis posible, en ambas direcciones, entre comunales de un lado, y todos los demás bienes municipales de otro (de propios y de dominio público)”.

Los antiguos comunales propiedad de los vecinos se traducen hoy en los montes vecinales en mano común, especie antiquísima de regulación muy reciente, que el profesor Guaita estudia a continuación, señalando que “incluso puede sostenerse que las comunidades propietarias tienen personalidad jurídica pública, o al menos no puede negarse que están en la Ley muy intensamente administrativizadas”. Frente a la desviación que podría representar el artículo 4-2.º de la Ley de Montes insiste en que “se trata de montes comunales a secas o sin más, con la única particularidad de que el derecho a los aprovechamientos corresponde, no al vecindario total de un Municipio, sino a los vecinos de una *localidad* o *núcleo de población* de dicho Municipio; a una parte de los vecinos de éste”.

La tercera y última parte de la obra trata de las *minas*. El § 1, en su parte introductiva, plantea el problema de la naturaleza del dominio minero. Primero, en su perspectiva histórica (que explica el tenor del artículo 339 Cc.): “para el legislador de 1868-89 lo que llevaba a incluir las minas entre los bienes de dominio público era su destino—fomento de la riqueza nacional—que se consideraba cumplido y alcanzado suficientemente por el hecho mismo de la concesión y, lógicamente, el concesionario devenía en propietario”. Y luego en la Ley de minas, en la cual, en principio, “concedidas o no, las minas son siempre dominio público”: el concesionario se apropia, es propietario, de los minerales separados del yacimiento, pero jamás deviene propietario de éste, de la mina. “Si bien—añade—la de minas es una concesión muy peculiar (¿es perpetua?) que vive en parte en la órbita del Derecho privado”.

Dentro de los bienes de dominio público, las minas no son bienes de uso público (eso quiere decir el Cc. al explicar que pertenecen privativamente al Estado, “en el sentido de que no están abiertas al uso público; de que nadie tiene *a priori* ningún derecho de uso sobre ellas”); ni tampoco de servicio público, sino bienes destinados al fomento de la riqueza nacional, categoría ésta que, aun olvidada en leyes posteriores, tiene su apoyo en el Cc. Algunos auto-

res, partiendo del supuesto de que no existen más bienes de dominio público que los de uso y los de servicio público; al no poder admitir que las minas sean bienes que presten o estén afectadas a un tal servicio, concluyen que son bienes de uso público, denominación que, según señala Guaita, no es ni exacta ni ventajosa, pues el uso “deja la cosa intacta, cosa que es además no consumible, mientras que las minas no se “usan” (sí una playa o un camino), sino que se explotan o aprovechan, se les arrancan, incluso físicamente, sus “frutos” (las minas son cosas consumibles: toda concesión minera está abocada a terminar con una pertenencia del dominio público, a extinguir una porción de éste)”. Aparte de no ser intercambiables las normas dictadas para los bienes de uso público y las dictadas para las minas.

En una segunda parte de este § 1 se ocupa el autor de las rocas, y en particular de su naturaleza jurídica. El mantiene, contra la doctrina antigua, y al lado de Entrena, la dominialidad, apoyado en el tenor literal del artículo 1.º de la Ley de Minas; a partir de ésta el legislador ha optado por “atribuir *ex lege* el derecho de aprovechamiento a los propietarios de los fundos en que se hallen las rocas, y dada su abundancia, etc., no hay inconveniente en que el propietario del predio explote las rocas cuando lo estime oportuno o que ceda a otros su explotación, pues de cualquier modo se alcanza la finalidad de la Ley y el destino de las rocas: pero cuando éste y aquélla exijan otro régimen jurídico de explotación, la LMi. provee suficientemente a ello, obligando al propietario a la explotación y al ritmo que se señale, e incluso privándole del derecho de explotación que también por Ley se le había otorgado.

Se trata, por consiguiente, de una concesión legal, de naturaleza administrativa y de carácter precario, que se atribuye a los propietarios por su cualidad de “ribereños” de dominio público; por supuesto, el derecho atribuido se refiere exclusivamente a aprovechamiento o explotación, no a la propiedad, pues ésta bien claramente dice la Ley que corresponde “a la Nación”: es cierto que dice también que los dueños de los terrenos podrán aprovechar las rocas “como de su propiedad”, pero esta frase, sin duda, sincopada, ha de entenderse así: *como si fueran de su propiedad*.

“Además, en los casos en que el propietario es invitado a aprovechar las rocas situadas en su finca y, desatendida la invitación, otorga el Estado la explotación a un tercero o bien la lleva a cabo el propio Estado, se indemniza al propietario del terreno “por la ocupación de la superficie durante el tiempo necesario y por los daños causados”, pero no por las rocas (que nunca fueron del propietario del terreno) ni por el derecho a su aprovechamiento (que pierde automáticamente *ex lege* al negarse a ejercerlo).” Alega, finalmente, los artículos 108 y siguientes de la Ley de expropiación forzosa y 125 y siguientes de su Reglamento, que legitiman la ocupación temporal de inmuebles para la extracción de materiales de toda clase necesarios para la ejecución de obras públicas, abonando el valor de tales materiales únicamente si habían sido acopiados por el propietario o si la cantera se hallaba abierta y en explotación.

Acaso, con todo, las normas citadas de la Ley de minas y la de expropiación pueden explicarse sin necesidad de prescindir de la teoría tradicional de la propiedad del dueño del fundo sobre la masa rocosa incluida en él. El “derecho de aprovechamiento” que la nueva tesis reserva al propietario tiene entidad muy distinta y mayor que el del dueño del fundo sobre las corrientes de

agua que en él nacen (y que no puede desviar o inutilizar), hasta el punto de equivaler a un derecho de dominio con ciertas limitaciones. A estas limitaciones alude el artículo 1.º de la Ley de minas cuando califica a los minerales *in genere*, y por tanto también a las rocas, de “bienes de la Nación”; y en particular a la facultad del Estado de obligar a la puesta en valor de la cantera (de igual modo que puede obligar al cultivo de una finca en determinadas circunstancias) “cuando lo justifiquen superiores necesidades de interés nacional, expresamente declaradas por el Gobierno”, y no en otro caso (art. 6.º). De donde, normalmente, el propietario puede no explotar, contra lo que ocurriría tratándose de una concesión. Y si bien, ciertamente, en circunstancias excepcionales el Estado puede—al parecer—arrebatar la cantera al propietario sin indemnizarle por la masa pétreo (a menos que se considere incluida la piedra extraída en el concepto de “daños causados”), sin embargo ello ocurre sólo, o bien como sanción al incumplimiento de una obligación de la propiedad, o como un aprovechamiento circunstancial y limitado por la necesidad de la obra de utilidad pública a que se atiende con la ocupación temporal (cfr. art. 116 LEF); además ocurriría igual si en lugar de rocas se tratase de otros materiales, los cuales son indiscutible propiedad del dueño del fundo. Y ocurre igual en el supuesto del artículo 118, en relación con el 108-4 LEF, que impone una inmisión en la propiedad privada mucho más intensa que las otras ocupaciones temporales.

Pienso, pues, que cualquiera que fuese la intención de los autores de la Ley de minas, y aun el tenor literal del texto legal, la *situación* del dueño del fundo frente a la masa rocosa se configura por la propia Ley, dadas las atribuciones que a tal dueño concede, precisamente como un derecho de propiedad.

En el § 2, minerales, se estudian los permisos de investigación (incluidas las calicatas en terrenos de dominio público a que se refiere el art. 426 Cc., y cuyos requisitos son mayores de los previstos en tal precepto) y la concesión minera, cuyo carácter negocial y bilateral considera el autor innegable; “pero no puede decirse lo mismo —al menos sin grandes reservas— del carácter contractual que suele acompañar a las demás concesiones en nuestro Derecho, pues la de minas es de otorgamiento necesario; de otro lado, aunque el título concesional sea concreto y singular para cada caso, el bloque del *status* jurídico del concesionario —de todos los concesionarios de minas— es uniforme y constituye sin duda una situación legal y reglamentaria que coloca al concesionario en una situación más débil que la de quienes contratan con la Administración.” En el tema de causas de extinción de la concesión hace notar la influencia de la Ley del patrimonio del Estado, que frente a la perpetuidad admitida por la Ley de minas impone el plazo máximo de noventa y nueve años para cualquier concesión sobre el dominio público.

En el § 3 y último, sobre hidrocarburos, valora con acierto la norma sobre inalterabilidad de permisos y concesiones, especie de promesa estatal a las empresas interesadas.

Dice el profesor Guaita en el prólogo que “el libro está todo él como comprimido, con una prosa enjuta, con pocas concesiones a la *literatura*, lo que, muy probablemente, no lo hace de lectura fácil: verdad es también que no me propuse escribir una obra fácil sino, en la medida de mis fuerzas, actual, exac-

ta, completa y breve; y puede creer el lector que, lograr esa brevedad, relativa por otra parte, no ha sido el menor de mis trabajos al estudiar y escribir este libro". Y tiene razón en cuanto dice, salvo en lo relativo a la falta de facilidad de la lectura; aunque apretada de nociones, la prosa del libro, correcta otrosí, es diáfana y da la impresión, muy acentuada, de ser perfectamente asequible a los estudiantes, cuya principal dificultad para aprender esta parte del Derecho administrativo no es la de entender la materia, sino la de retener en la memoria nociones tan variadas y abundantes. El hacer discurrir sobre ellas es un medio para facilitar su recuerdo, y también en ese sentido, la obra, cumplida y completa ya, es pedagógica.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO

PITLO, A.: "Evolutie in het Privaatrecht". Haarlen, 1969. H. D. Tjeenk Wil-link & Zoon. Un volumen de 186 págs.

El ilustre profesor de la Universidad de Amsterdam con esta obra ofrece un valioso estudio sobre la evolución del Derecho privado actual. En su prólogo comienza por decir que el Derecho es dinámico y evoluciona, siendo un producto del pensar humano ligado a la sociedad en que se mueve.

Es esta concepción dinámica del Derecho, con raíz heracleiana, la que el autor gusta de enunciar en su primer capítulo, donde el devenir de las generaciones nos pone de relieve su diverso modo de concebir las relaciones jurídicas, en las que aparecen una serie de factores de aceleración que lo van caracterizando. Cuáles sean las funciones del Derecho y sus relaciones con la Moral y la Etica es un primer punto de examen para este autor.

La función de servicio que el individuo ejerce como ser social es para el profesor Pitlo objeto de consideración fundamental en la actual tendencia del Derecho, y a ella le dedica otro capítulo de su obra. El pensamiento materialista en el Derecho actual se enlaza con toda la evolución del mismo desde sus estadios primitivos. El recuerdo y evolución de las culturas desde los sumerios, los egipcios, los pueblos latinos y germánicos hasta el logro de la cultura europea renacentista con el humanismo y el racionalismo, conduce al autor a las consideraciones de evolución del Derecho definitivas con la escuela histórica y la "jurisprudencia de conceptos".

Otro factor de evolución es el que muestra la tendencia del desplazamiento que se produce de un Derecho privado al Derecho público. La evolución del individualismo al socialismo se integra dentro de las corrientes liberales y del Estado de derecho social al que se ha llegado; el derecho personal, como el patrimonial, han quedado bajo la influencia decisiva del Derecho público (registro de testamentos, procesos de colectivización, etc.). La libertad económica para contratar se ha vuelto una ilusión al rodearse de severas condiciones, como sucede en la legislación de arrendamientos rústicos holandesa. La colectivización y el movimiento cooperativo aparece intensamente para diversos ámbitos, como en la propiedad de apartamentos. Otra característica de esta publicación son las influencias de los monopolios económicos y sus cláusulas generales en la contratación, con la consiguiente reacción de las normas positivas de la contratación obligacional y laboral.

El autor aborda también la cuestión de la Ética en el Derecho. Muestra cómo la amoralidad de los pueblos va desapareciendo lentamente en el proceso evolutivo de la sociedad humana, así como el sentido mágico del Derecho. También va mostrando cómo la eticidad de las normas de Derecho privado se produce a lo largo de la historia, el papel decisivo del Derecho romano, con las máximas de sus jurisconsultos Celso y Ulpiano, así como el del Derecho canónico, con su gran influencia para una ulterior dogmática jurídica.

El factor de relatividad en el Derecho es puesto de relieve en esta obra; parte de que en el mundo era el caos y cómo el hombre primitivo carecía de un pensamiento analítico hasta que lo consiguen sucesivas generaciones; cómo cuesta milenios llegar a una "clasicidad" en la cultura de los pueblos; pone de relieve la acentuación del carácter de los pueblos, más individualista en algunos, como los romanos, o más colectivista en otros, como los germanos. Esta relatividad en el pensamiento ha conducido a una serie de problemas jurídicos que el autor examina en las instituciones de Derecho privado.

El Derecho como culto y el jurista como clase privilegiada frente a la masa tiene para el autor razones evolutivas de gran interés en su carácter intelectual y abstracto hasta el movimiento del Derecho popular. Por último, el profesor Pitfo aborda la cuestión de la interpretación en el Derecho, sus tendencias evolutivas y su función pragmática de aplicación de las normas, para enfrentarse en el último capítulo con el Derecho del futuro, fuertemente publicado por las medidas de la Administración del Estado.

JOSÉ BONET CORREA

PUIG PEÑA, F.: "Tratado de Derecho civil español. II. Derecho de familia. II. Paternidad y filiación". Nueva edición actualizada en legislación y jurisprudencia. Madrid, 1971. Editorial "Revista de Derecho Privado". Un volumen de 604 págs.

El ilustre magistrado y tratadista Puig Peña nos ofrece ahora uno de los volúmenes de su *Tratado del Derecho civil español*, correspondiente a la parte del derecho de familia, en que aborda concretamente las relaciones jurídicas de paternidad y filiación, completamente actualizado y puesto al día en materia legislativa y jurisprudencial. Pero si esta actualización, en cuanto a recoger las actuales disposiciones normativas y jurisprudenciales, así como los nuevos puntos de vista doctrinales, es importante, creemos que lo es más desde la madurez de pensamiento y exposición que hace el autor en una materia que, indudablemente, ha puesto sus más expresivos sentimientos de ponderación y justicia.

En cuanto a la exposición sistemática de la obra, el autor trata de abordar todo aquel complejo de situaciones y relaciones jurídicas que abarcan la teoría de la filiación, sus diversas clases, así como el mundo jurídico circundante de cada una y la dirección de este grupo familiar integrado por la patria potestad. En el resto del volumen, y para completar el derecho de familia, se hace cargo de las relaciones familiares en sentido amplio al estudiar la situación parental y las relaciones cuasi familiares constituidas por la situación de tutela y el complejo de relaciones que de la misma institución se derivan.

El autor, si bien sigue la dirección de los demás tratadistas, aceptando el

cuadro legal de las filiaciones y estudiando en cada grupo los otros dos grandes problemas referentes a la prueba de la filiación respectiva y a los efectos jurídicos que se desprenden de ella, no obstante, en el examen de la filiación meramente natural, en vez de estudiar los institutos de la legitimación y el reconocimiento aisladamente y sin conexión fundamental, prefiere abordar en aquel estado las tres situaciones en que pueden encontrarse: situación no reconocida, situación reconocida y situación legitimada, consiguiendo una visión de conjunto que ayuda, indudablemente, al esclarecimiento de ciertos problemas fundamentales, como el que plantea el de las acciones de filiación.

Por último, hay que destacar la novedad que implica el establecimiento del vigente régimen de la adopción (Ley de 4 de julio de 1970), al que dedica un estudio minucioso.

JOSÉ BONET CORREA

WEISMAN, J.: "Coproprété par appartement et coproprété horizontale". The Hebrew University of Jerusalem. Faculty of Law. Institute for Legislative Research and Comparative Law. Israeli Reports to International Congress of Comparative Law. 1970.

Israel tiene su primera legislación sobre la copropiedad horizontal en el año 1952 (Ley 5.713) y una nueva en 1969 (Ley 5.729), que entró en vigor el 1 de enero de 1970. Las circunstancias que favorecen esta situación de la propiedad horizontal es, como en todos los países, debido a que la inversión en edificios para arrendar no resultaba rentable como consecuencia del bloqueo y fijeza de las rentas, en cuanto protección a los arrendatarios. De aquí que la construcción de edificios se orientase por el camino de las ventas de apartamentos, lo que permitía poner a disposición de los usuarios cantidades menores sin las grandes sumas de una financiación e inversión que implica toda una gran estructura.

Desde el punto de vista jurídico, en Israel, con anterioridad a esta legislación, se debía de recurrir a otros expedientes, tales como: *a*), adquirir en propiedad común todo el inmueble y para todos los adquirentes y obtener un arriendo a largo plazo para su utilización individual; *b*), que el inmueble perteneciese a una sociedad o cooperativa en la que los adquirentes eran propietarios de acciones que les daba derecho a un uso o arriendo del inmueble; *c*), que el inmueble perteneciese a un pequeño grupo (trust), quien tenía la nuda propiedad y cedía el derecho de disfrute a los ocupantes.

A partir de la nueva legislación sobre la copropiedad por apartamentos se establece una propiedad privativa sobre el apartamento y un derecho de copropiedad sobre el bien común o las partes comunes del edificio. La mayor parte de los usuarios han preferido acogerse a este régimen, en vista de que es declarado facultativo y no obligatorio, coexistiendo con las anteriores modalidades. Sin embargo, las ventajas que presenta el nuevo régimen de propiedad horizontal son varias desde el punto de vista económico, social, jurídico y psicológico, tal como demuestra el autor de este trabajo.

También se examinan en este estudio la cuestión de aplicación del régimen de la copropiedad por apartamentos, su fuerza de obligar facultativa o dispo-

tiva, las partes comunes y privativas, las posibilidades de construcción suplementarias en profundidad, en espacio y vuelo, lo referente a la cuota parte, a las obligaciones del copropietario, el reglamento sobre el inmueble en copropiedad, la asamblea de los copropietarios, la asamblea general y la gestión de los negocios correspondientes al inmueble, que viene confiada por la ley a unos síndicos.

Por último, en esta obra se trata de los "conjuntos inmobiliarios" o urbanizaciones enlazadas con servicios comunes, una situación de gran interés que, precisamente, la legislación española no ha previsto, por lo que resulta aleccionador su conocimiento.

JOSÉ BONET CORREA

CLAVE DE ABREVIATURAS

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 ODA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

- F = El Foro (Méjico).
FG = Foro Gallego (La Coruña).
FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
IJ = Información Jurídica (Madrid).
IM = Ius (Milán).
IR = Iustitia (Roma).
JF = Jornal do Foro (Lisboa).
L = La Ley (Buenos Aires).
LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
LRN = La Revue du Notariat (Québec).
MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
MLR = The Modern Law Review (Londres).
NC = The North Carolina Law Review.
NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
NR = Nuestra Revista (Madrid).
NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
RDC = Rivista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali delle Obligazioni (Milán).
RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMSF = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).

- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue International de Droit Comparé (Paris).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlin).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RS = Rivista delle Società (Milán).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
 RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
 SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
 T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
 UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
 ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

JURISPRUDENCIA

1. SENTENCIAS COMENTADAS

PROPIEDAD HORIZONTAL. 1. Nacimiento: Contrato de cesión de solares a cambio de viviendas. 2. Eficacia frente a terceros de las reglas de comunidad pactadas en documento privado. 3. Obras y actividades permitidas a los propietarios.

Sentencia de 29 de abril de 1970

La Compañía mercantil PSA, concierta con don JP y otra persona, en documento privado de fecha 29 de octubre de 1963, la construcción de un edificio sobre solar de la sociedad, reservándose esta última los locales de la planta baja y la primera de las plantas, “quedando el resto del edificio en propiedad de los constructores y obligándose la sociedad a otorgar las escrituras que procedan, a favor de éstos o de las personas que ellos designen”, pactándose asimismo que en el Estatuto de la comunidad se establecerá que “los dueños de los diferentes locales de la primera planta podrían hacer en ellos toda clase de obras, aunque afecten a la fachada o cosas comunes, siempre que sean sin perjuicio de la estabilidad del inmueble; destinarlos a comercio o industria, comunicarlos entre sí, efectuar segregaciones y divisiones y asignarles la cuota de participación que crean conveniente, así como elevar chimeneas por los patios de luces para aireación y salida de humos e instalación de toldos, marquesinas y demás”; al parecer se pacta igualmente que en el Estatuto también se establecerá que los dueños de dichos locales estarán exentos del pago de gastos por los servicios de portal o zaguán, escalera, ascensor y portería, salvo en el caso de que abran puerta de comunicación con el portal—para lo que quedan facultados, así como para cerrarla posteriormente—, en cuyo caso habrán de contribuir a los gastos de tal portal y portería.

El edificio se construye, al parecer, al amparo de las normas sobre viviendas hoy llamadas de protección oficial.

En el año 1965, JP otorga en documento privado con distintas personas contratos que luego la sentencia recurrida califica de “promesa de venta”, sin hacer constar en los mismos las limitaciones pactadas con la sociedad antes citada, ignorando los otros contratantes la existencia de las mismas.

El 7 de marzo de 1966 se otorga por PSA escritura de declaración de obra nueva, sin que al otorgamiento concurra ninguna otra persona, en cuya escritura, además de configurar el edificio en régimen de propiedad horizontal, se contienen las “reglas de comunidad” entre las cuales figuran las que expresamente pactó con JP en el documento privado de 1963.

El 16 de mayo de 1967 PSA otorgó poderes a JP para que “en relación a los pisos o viviendas que integran las plantas alzadas segunda a la última” pudiera venderlos, estableciéndose en el poder una serie de facultades que no interesan a las soluciones del presente caso, así como unos condicionamientos en el uso del poder, entre los que figuran muy destacadamente el de consignar en las ventas las “reglas de la comunidad”.

Dispuestas las escrituras para la firma ante Notario, se niegan a otorgarlas los compradores PMM, ANM y MCL, alegando que en los documentos privados de compraventa que en su día firmaron no se contenían limitaciones ni reservas de las que ahora se pretendía consignar en las escrituras públicas al transcribir las "reglas de la comunidad", y pretendiendo que dichas escrituras se otorguen ahora sin dichas limitaciones y reservas. Esta pretensión es rechazada por PSA, por lo que esta sociedad y JP son demandados por los referidos compradores, que suplican al Juzgado se dicte sentencia condenando a PSA a otorgar las correspondientes escrituras a favor de los demandantes "sin cláusulas especiales ni aditamentos de ninguna clase, con expresa imposición de costas".

La persona que al parecer firmó el documento privado de 1963 junto con JP permanece al margen del pleito, y no sabemos cuáles eran exactamente las relaciones con éste y con PSA ni si al plantearse la demanda estaba ya al margen de las posibles relaciones sustantivas o no.

El Juzgado de Primera Instancia acoge la excepción de falta de legitimación pasiva que había invocado JP, alegando que no se pedía condena contra él, y que "ha comparecido únicamente por figurar como apoderado de aquella empresa", condenando a PSA a otorgar las escrituras sin más cláusulas que las que dicha sentencia determina, de las que elimina las más importantes limitaciones que contenían los Estatutos o reglas de comunidad.

PSA apela, y la Audiencia en su sentencia condena a PSA, y también ahora a JP, a otorgar las escrituras con las únicas limitaciones que determinaba la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Interpuesto recurso de casación por PSA, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, y dice en sus considerandos:

"CONSIDERANDO: Que en este litigio se ejercita por los demandantes una acción instando le sean otorgadas escrituras públicas de compraventa de los pisos que describen ajustándose exclusivamente a los documentos privados por ellos suscritos, juntamente con el demandado señor JP, oponiendo los hoy recurrentes que dichas escrituras han de ajustarse a las limitaciones consignadas en la escritura de obra nueva, que contiene el régimen de propiedad horizontal de la finca en que los pisos se encuentran; a lo que recayó sentencia que estima en lo fundamental las pretensiones de los actores, contra la que se formula el presente recurso, cuyo segundo motivo, seguido por el cauce procesal del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la interpretación errónea del párrafo tercero del artículo 5.º de la Ley de la Propiedad Horizontal de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, y la violación en su aspecto negativo de falta de aplicación del último párrafo del mismo artículo, al que debe oponerse que la sentencia objeto del recurso sienta como elemento esencial de su resolución que los demandantes suscribieron los contratos con el demandado señor JP, sin establecerse en ellos limitación alguna, y si bien conforme a las estipulaciones del documento privado de veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y tres, otorgado entre la demandada Sociedad mercantil PSA y el demandado señor JP, juntamente con otra persona, se convino que en el edificio que estos últimos habían de construir se reservaba aquélla los locales de la planta baja y la primera de las plantas, quedando el resto del edificio en propiedad de los constructores y obligándose la Sociedad a otorgar las escrituras de venta que procedan, a favor de éstos o de las personas que ellos designen, se

contiene en una de sus estipulaciones que en el Estatuto de la comunidad los dueños de los diferentes locales de la primera planta podrán hacer en ellos toda clase de obras, aunque afecten a la fachada o cosas comunes, siempre que sean sin perjuicio de la estabilidad del inmueble, destinarlos a comercio o industria, comunicarlos entre sí, efectuar segregaciones y divisiones y asignarles la cuota de participación que crean conveniente, así como elevar chimeneas por los patios de luces para aireación y salida de humos e instalación de toldos, marquesinas y demás, es lo cierto que el señor JP incumplió su deber de dar a conocer a los actores que con él celebraron los contratos, que la sentencia califica como promesa de venta, las referidas limitaciones entre ellos concertadas, razón por la cual no pueden existir los vicios que acusa el recurso, el primero porque el juzgador de instancia no interpretó erróneamente el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que al establecer dicho precepto que el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales podrá contener reglas de constitución y ejercicio de derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley, en orden al uso o destino del edificio y sus diferentes pisos o locales, formando un Estatuto privativo, añade que éste no perjudica a tercero si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad, y es patente que al celebrarse los contratos entre los actores y el demandado señor JP, en mil novecientos sesenta y cinco, ignorando aquéllos las limitaciones contenidas en el documento privado de mil novecientos sesenta y tres, y tener los demandantes el carácter de terceros civiles, no pueden afectarles las cláusulas referidas; todo ello sin perjuicio de las consecuencias que el posible incumplimiento de ellas por parte de los constructores pueda dar lugar a derechos de la referida Sociedad; ni existe tampoco la infracción por falta de aplicación del último párrafo del artículo 5.º del citado precepto legal en cuanto éste se refiere a modificación del título, observándose los mismos requisitos que para su constitución, ya que no se trata por los demandantes de modificar el Estatuto de la propiedad horizontal, sino estrictamente de que le sean otorgadas las escrituras públicas en consonancia con los contratos por ellos celebrados con el demandado señor JP, sin las limitaciones que se trata de imponerles, razones que han de determinar la desestimación de este motivo.

CONSIDERANDO: Que al subsistir el fundamento esencial de la sentencia, suficiente por sí para mantener el fallo de la misma, han de perecer los motivos primero y tercero, seguidos por la misma vía procesal que el antes examinado, acusando en el primero la falta de aplicación de los artículos 1.714 y 1.727, en relación con el artículo 1.259, todos del Código civil, y en el último, la violación en su aspecto negativo de los artículos 1.091 y 1.258 del Código civil, en relación con la sentencia de esta Sala que cita, y la aplicación indebida del artículo 1.255 del mismo texto legal, puesto que, como queda antes sentado, con anterioridad a la escritura pública que contiene los Estatutos de la comunidad y del poder conferido al señor JP, los actores habían celebrado contratos de promesa de venta, en los términos que quedan expresados, esto es, sin condición limitativa alguna e ignorando los pactos contenidos en el documento privado otorgado en mil novecientos sesenta y tres entre PSA y el demandado señor JP, por lo que no pueden resultar afectados en sus derechos por los documentos públicos posteriores a que dichos motivos se refieren.

CONSIDERANDO: Que procede por las razones expuestas desestimar el recurso, con las consecuencias que ordena el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento

civil, mas no siendo conforme de toda conformidad la sentencia dictada en primera y segunda instancia, lo que hacía innecesario la constitución del depósito, procede la devolución del mismo al recurrente.”

Varios problemas presenta el caso debatido, algunos de los cuales no han llegado a plantearse en casación. De entre esos problemas vamos a examinar los siguientes:

1.º *Contrato de cesión de solares a cambio de viviendas o locales.*—PSA celebró con JP este contrato en documento privado, con unas limitaciones relativas a los futuros Estatutos del edificio, pero también con el efecto de transmitir PSA a la otra parte contractual la propiedad de todos los pisos que esta parte construyó sobre el solar, salvo los locales de las plantas baja y primera, que se reservó PSA.

Este efecto pudo haberse conseguido a través de vehículos contractuales distintos (1), en todos los cuales será fácil descubrir prestaciones típicas del contrato de permuta y del de obra (2).

Ahora bien, quizá en la mayor parte de los casos, y por supuesto en el que motiva la sentencia, los contratantes persiguen una finalidad primordial de cambio que constituye la esencia de la permuta. Será entonces en el contrato de permuta (3) donde más probablemente se podría encasillar este supuesto, por “absorción” de la prestación preponderante típica de la permuta respecto de la de obra. Y no debe oscurecer la indagación del sentido y alcance de la voluntad de las partes las previsiones de las mismas sobre el aspecto formal de documentación de los contratos ulteriores de compraventa que se han de otorgar, cuyas previsiones seguramente se hallan forzadas por consideraciones de tipo fiscal y aun administrativo. Lo cierto es que el dueño originario del solar pretende obtener unas plantas, pisos o locales en el edificio, y a cambio de la obtención de éstos, previa construcción del edificio por la otra parte, adquiere esta otra los

(1) Pueden verse todos ellos en mi trabajo «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de la aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», en *Revista de Derecho Notarial*, t. LVI, abril-junio 1967, págs. 277 y sigs. Y antes en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1962-63, Derecho, págs. 69 y sigs., «Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas».

(2) Díez PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1970, págs. 242 y sigs., configura este contrato que examinamos en el presente epígrafe como un contrato complejo, considerando estos contratos complejos como «aquellos en los cuales las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio. No hay pura yuxtaposición de contratos..., sino fusión de prestaciones, obligaciones o contratos típicos. Por ejemplo, el contrato de cambio de obra por solar comprende una prestación de transmisión de propiedad, una obligación de construcción por parte del adquirente y la prestación de entrega de parte de lo construido al primer transmitente».

Díez PICAZO: *Op. cit.*, págs. 242 y sigs., sitúa al contrato complejo, junto con los «mixtos» y «coligados», en una zona intermedia entre los típicos y atípicos, y en la disciplina normativa del contrato complejo considera aplicable la llamada «teoría de la absorción».

(3) En este sentido, BATLLE: *La propiedad de casas por pisos*, 5.ª ed., Alcoy, 1963, pág. 71.

restantes pisos. La finalidad económica perseguida es, desde luego, la expuesta. En el caso que contemplamos podemos afirmar que a PSA no le importa más que la adquisición de esas dos plantas en el edificio, en las condiciones de construcción pactadas, siendo las restantes para JP (o para JP y la otra persona que con él pactó conjuntamente y frente a PSA). Creo relativamente fácil concluir que, salvo estipulación expresa en sentido contrario que aquí no consta, la voluntad de las partes elimina toda rendición de cuentas relativa a gastos de construcción y precio de venta de los pisos que después otorgará JP en documento privado, respecto de cuyas ventas PSA se desentiende, salvo en cuanto a la obligación de carácter formal que asume para facilitar su pública documentación.

Seguramente la propiedad del solar o al menos de las participaciones indivisas en que se concrete la suma de las cuotas de los pisos en el valor total del edificio que correspondan a la parte obligada a construirlo pasarán a ésta con la toma de posesión del solar, y la de los pisos correspondientes al obligado a construir con el nacimiento a la realidad física (por construcción). La propiedad de los locales correspondientes al cedente del solar serán adquiridos por éste mediante su entrega, una vez que hayan sido terminados (4).

Obligaciones asumidas por el cesionario del solar son principalmente construir el edificio con las características pactadas y entregar al cedente los pisos o locales convenidos.

Obligación del cedente es primordialmente la entrega de la posesión del solar al cesionario. En el caso que contemplamos el cedente asumió la obligación de facilitar la formalización de las ventas que otorgase la parte cesionaria, escriturando al efecto directamente en favor de las personas que designara el cesionario, evitando así un tracto registral, previa declaración de obra nueva y configuración del edificio en régimen de propiedad horizontal.

No aparece muy claro en la relación de hechos de la sentencia si JP en los documentos privados de compraventa (o de "promesa de venta") otorgó los contratos en su propio nombre o en nombre de PSA (5).

¿Se podrá negar a la parte cesionaria la facultad de vender los pisos que le corresponden en el edificio?

No hará falta acudir a la facultad de vender que tácitamente se le reconoce en el documento privado de 1963 ("... obligándose la Sociedad a otorgar las escrituras de venta que procedan a favor de éstos o de las personas que ellos designen...").

PSA había alegado en primera instancia que cualquier acto o contrato realizado por JP con anterioridad al poder que se le confirió el 16 de mayo de 1967, o una vez conferido con desviación o exceso del mismo, no podía obligar a la Sociedad demandada. Esto plantea el problema de la eficacia de los contratos privados de compraventa otorgados por JP en el supuesto de que hubiera actuado no con facultades propias, sino como mandatario o apoderado PSA. Nos

(4) Una vez más nos remitimos al trabajo citado en nota 1, para un estudio más detallado de este problema.

(5) Eludimos el problema relativo a las relaciones de JP con la otra persona que aparece como cesionaria, pero que luego se halla al margen del pleito. Si esta otra persona permanecía en la relación sustantiva como cocesionario, damos por supuesto que JP obraba al menos de acuerdo con ésta, por lo que en lo sucesivo nos referiremos en el texto indistintamente a cesionario, parte cesionaria o simplemente JP.

atrevernos a contestar que la solución sería la misma que la que ofrecemos para el supuesto de obrar con facultades propias. ¿Cómo negar al menos ciertas facultades en JP para vender los pisos cuando queda probado que PSA estaba ya dispuesta a otorgar las escrituras públicas de compraventa que previamente había formalizado JP en documento privado sin limitaciones, aunque con la pretensión ahora de incluirlas en las escrituras? Si realmente JP hubiese obrado como mandatario o apoderado, debería de aparecer claramente que las facultades para vender aparecían condicionadas a vender con las limitaciones pactadas, insertando en las ventas la oportuna cláusula. Ahora bien, si nos ajustamos a los términos del documento privado de 29 de octubre de 1963, aparece claro que JP puede designar los compradores; en definitiva, que puede pactar con terceros la venta de pisos, sin que en esto se contenga condicionamiento alguno. El condicionamiento aparecerá mucho después, cuando se preparan las escrituras y previamente se otorga por PSA a JP un poder notarial. Ciertamente que la conducta de JP puede haber causado un perjuicio a PSA, pero, como reconoce la sentencia, esta Sociedad podrá obtener, en su caso, el adecuado resarcimiento, sin que ello afecte al fondo del problema relativo a la eficacia de los contratos privados suscritos por JP con terceros.

Para una adecuada solución del problema no es preciso acudir a la figura del mandato, porque, repetimos, al vender JP no está vendiendo lo que es de otro, sino lo que le corresponde en virtud del contrato que suscribió con PSA, causa de la propiedad de los pisos a favor de JP previa su construcción. Con más, la consideración de que el precio percibido lo hará suyo JP sin tener que rendir cuentas a PSA.

No se trata de una compraventa o compraventas pactadas entre PSA y JP a favor de las personas que este último designe (6). La naturaleza jurídica de tal contrato ya la hemos examinado antes. La contraprestación de JP a favor de PSA no consiste en el pago de un precio por los pisos que se han de escriturar a favor de terceros, ni tampoco estos terceros tienen que pagar nada a PSA. La contraprestación a favor de esta Sociedad corre a cargo de JP y consiste en la entrega de los locales de las plantas baja y primera a favor de la misma, previa su construcción.

2.º *Eficacia frente a tercero de las limitaciones o reglas de comunidad pactadas en el documento privado.*—Dos caminos podían haberse elegido para lograr el acceso al Registro de la Propiedad de las compraventas de pisos otorgadas por JP a favor de distintas personas:

a) Previa elevación a escritura pública del documento de cesión de solares, seguida de la declaración de obra nueva en construcción y configuración del edificio en régimen de propiedad horizontal, otorgándose entonces las correspondientes escrituras públicas de compraventa de pisos a favor de terceros por JP.

b) Otorgamiento por el titular registral, por sí o por apoderado, de las escrituras de obra nueva, división de casas por pisos y compraventa, de conformidad con lo pactado.

El camino elegido fue este último. Pero sin que previamente a la firma de

(6) Véase VALLET DE GOYTISOLO: «Contrato de compraventa a favor de persona a designar», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. VIII, Madrid, 1954, págs. 559 y sigs.

los documentos privados de venta se hallasen inscritas las limitaciones estatutarias pactadas y sin que tales limitaciones se hubiesen puesto en conocimiento de los compradores. Los compradores adquirieron la propiedad de su piso (documento privado de compraventa seguido de tradición) antes de que se otorgara e inscribiera la escritura de obra nueva y configuración del edificio en régimen de propiedad horizontal, y sin que en dichos documentos se hiciera alusión a las limitaciones estatutarias ni conste que a tales compradores se les pusiera en conocimiento de las mismas.

JP podía vender, y vendió (en documentos privados). Pero ocultó las limitaciones, que, por otro lado, no figuraban en el Registro de la Propiedad. ¿Vinculan a los compradores tales limitaciones, pactadas entre PSA y JP?

Partiendo del supuesto de que los compradores desconocían el contenido del documento privado de 1963, cabría distinguir en éste dos clases de pactos: los de cesión de solar (seguido de tradición) y los relativos a una futura inclusión de ciertas cláusulas o limitaciones en los futuros Estatutos del edificio a construir. Aunque parece en principio que ambas clases de pactos deben merecer igual respeto, obsérvese que tan sólo los primeros gozan de una cierta publicidad, la de la posesión, posesión del solar que ostenta el cesionario. Los segundos, los relativos a las limitaciones estatutarias, se mantienen en la clandestinidad más absoluta. No parece justo, entonces, que tales limitaciones o pactos prevalezcan frente a los compradores de buena fe, que han confiado en la inexpresión de las relaciones resultantes de dichos pactos (7). Es decir, en términos más usuales, los primeros pactos tendrán eficacia *erga omnes*, eficacia real; los segundos, eficacia entre partes, eficacia puramente obligacional, y ello por las razones expuestas, tanto si se considera que tales pactos tienen valor actual como, con mayor razón, si se estimara que contienen una obligación de futuro, la de incluir en los Estatutos que tiempo después se otorguen las referidas cláusulas o limitaciones.

La sentencia sigue el criterio expuesto, conforme al cual tales pactos relativos a limitaciones estatutarias no afectan a los compradores, aplicando para ello la norma del artículo 5.º, párrafo tercero, de la Ley de Propiedad Horizontal; esto es, que el título con las reglas estatutarias mínimas pactadas no inscrito en el Registro de la Propiedad no perjudicarán a tercero. La sentencia entiende que este precepto es aplicable al presente caso, calificando a los compradores como "terceros civiles", a los que no afectan tales reglas pactadas, pero no inscritas (8).

(7) Véase VALLET DE GOYTISOLO: «Determinación de las relaciones jurídicas respecto a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero», en *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, págs. 99 y sigs., y especialmente págs. 165 y sigs.

(8) La regla del artículo 5.º, párrafo tercero, de la Ley de Propiedad Horizontal concuerda con la del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Pero en tanto que, según la opinión más probable, el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria es el tercero que inscribe, no parece que este requisito sea exigible al tercero del antes mencionado artículo 5.º, párrafo tercero, de la Ley de Propiedad Horizontal.

MARTÍN GRANTZO: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1962, págs. 572 y sigs., considera a efectos de este último artículo como tercero al «penitus extraneus», o sea, al totalmente ajeno al negocio jurídico originador del Estatuto. Para FUENTES LOJO: *Suma de la propiedad por apartamentos*, 2.ª ed., Barcelona, 1969, t. I, pág. 682, tercero a tales efectos es

3.º *Obras permitidas a los propietarios de los diferentes pisos y gastos comunes*.—La sentencia rechaza gran parte de las limitaciones pactadas por las razones antes expuestas. Pero acoge unas cuantas, pese a que también respecto a las que admite parece que en principio podrían alegarse los mismos argumentos que motivaron su exclusión.

Sin embargo, cabe notar que de entre las reglas pactadas el Tribunal Supremo *rechaza* las mismas que rechaza la sentencia de primera instancia, que son las siguientes, que facultan y conceden a los dueños de los locales de las plantas baja y primera:

1.º Hacer en los locales las obras, segregaciones y divisiones que tengan por conveniente, aunque afecten a la fachada y cosas comunes, siempre que sea sin riesgo para el inmueble.

2.º Destinarlos al comercio o industria que deseen.

3.º Comunicarlos entre sí y con otros que pertenezcan a las casas colindantes, siempre que sean del mismo propietario.

4.º Convertirlos en varios, haciendo en ellos las segregaciones y divisiones que deseen, y asignarles la cuota de participación que crean conveniente de la que tienen fijada tales locales.

5.º Elevar chimeneas por los patios de luces para aireación de gases y humos hasta el techo, apoyando en las paredes por donde menos moleste.

6.º Exención de la obligación de contribuir a los gastos de portería.

En cambio, *admite* e impone que los compradores respeten los pactos o reglas que facultan y conceden a los dueños de los locales citados:

1.º Establecer en la parte que les corresponda en su fachada toda clase de anuncios, toldos, marquesinas y adornos, pero suprimiendo la expresión “y demás” que figuraba en la regla pactada, de suerte que ahora se concretan detalladamente las instalaciones que puede llevar a cabo, y añadiendo el condicionamiento de que los podrá instalar “siempre que no perjudiquen a los demás propietarios”.

2.º Exención de la obligación de contribuir a los gastos que originen los servicios de portal o zaguán, escalera propia de las viviendas y ascensor del inmueble.

Así, pues, en esta sentencia quedan rechazadas unas actividades, instalaciones y obras que son precisamente las que la Ley prohíbe en todo caso o que prohíbe cuando no hay Estatutos que específicamente lo autoricen, y se parte de la base de que en el presente caso no hay Estatutos con eficacia frente a los compradores.

Las facultades rechazadas se hallan prohibidas por los artículos 7.º, 8.º y 5.º,

el tercero simple (o «penitus extraneus»), el causahabiente a título singular de una de las partes del contrato, el tercero hipotecario protegido por la fe pública registral; no deben comprenderse, según él, a las personas ligadas con vínculo real con el titular, como los usufructuarios y habitacionistas. MONET: «Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sec. 2.ª, vol. I, págs. 298 y sigs., distingue entre finca registrada y no registrada. Respecto de esta última, sólo afectan los Estatutos al tercero que tenía conocimiento de ellos. Si está registrada se sigue el mismo criterio cuando los Estatutos no se han inscrito. Si se han inscrito, afectan a tercero, tanto si los conoce como si los ignora.

párrafo cuarto, de la Ley de Propiedad Horizontal. Si bien conviene aclarar que, en cuanto a la que a efectos meramente expositivos enumeramos en segundo lugar de las facultades rechazadas, relativa al ejercicio del comercio o industria "que deseen" los propietarios de las plantas baja y primera, realmente lo prohibido por la Ley no es tal ejercicio en sí mismo considerado, sino cuando éste sea dañoso para la finca, inmoral, peligroso, incómodo o insalubre. Quizá por la omnimoda libertad que pudiera resultar de la cláusula, tal como estaba redactada ("ejercicio del comercio o industria *que deseen*"), es por lo que ha sido rechazada por la sentencia.

Cierto que así como en cuanto a la instalación de marquesinas y otros elementos que se detallan la sentencia los permite, añadiendo la coletilla "siempre que no perjudiquen a los demás propietarios", pudo también permitir tal ejercicio del comercio o industria haciendo referencia a las restricciones derivadas del párrafo tercero, artículo 7.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, que incluso podrían estimarse sobreentendidas. Sin embargo, quizá se ha tenido en cuenta que así como la enumeración de instalaciones concretas que se faculta hacer en la fachada puede tener un valor práctico, sería, por el contrario, inútil tratándose de la permisión del ejercicio de una actividad de comercio o industria con carácter general.

Porque una vez rechazada por la sentencia la inclusión de la facultad de destinar los locales al comercio o industria que deseen los dueños de los mismos, la regulación de esta materia queda remitida a la Ley de Propiedad Horizontal, y conforme a ésta resultará que, salvo prohibición expresa de los Estatutos (y se parte de la base de que aquí no existe) los dueños de dichos locales podrán destinarlos al comercio o industria que deseen, con tal que no sean dañosos para la finca, inmorales, peligrosos, incómodos o insalubres (9).

La norma del párrafo tercero del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal es imperativa y no puede ser desconocida. De ahí que el interés de una regulación en este ámbito se ofrece en cuanto a las prohibiciones más que a las permisiones, ya que la regla general es la de libre actividad. Tan sólo para prohibir cierta concreta actividad, o para aclarar si la misma entra en el ámbito de lo prohibido, cabría y sería aconsejable que se pronunciasen los Estatutos o el título. Y aún así, dado el carácter imperativo de la norma, creemos que sólo sería posible:

a) Precisar que ciertas actividades se hallan prohibidas, puesto que el artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal expresamente permite que se incluya tal prohibición en los Estatutos. El interés de la prohibición estatutaria radica en su precisión. Sería inútil que en los Estatutos se repitieran las palabras de la Ley. El interés, repito, estriba en la posibilidad de prohibir cierta actividad, aunque no sea o independientemente de que pueda llegar a ser dañosa, inmoral, peligrosa, incómoda o insalubre. De establecerse la prohibición habría de ser precisa, para ser útil, y no tan omnicompreensiva que excluyese prácticamente toda actividad propia del destino del local o piso según el título, o los Estatu-

(9) Tratándose de edificios construidos al amparo de las normas sobre viviendas de protección oficial, habrá que tener en cuenta las limitaciones que en cuanto al uso de las diversas dependencias (viviendas o locales) puedan resultar una vez obtenida la calificación definitiva, conforme al texto refundido de la Ley sobre viviendas de protección oficial, aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963, y su Reglamento de 24 de julio de 1968.

tos, o la Ley, porque significaría tanto como privar del goce del local o piso al dueño de éste (10).

b) Aclarar que algunas actividades no se hallan incursas en alguna prohibición legal o estatutaria, bien se exprese esta aclaración en forma negativa o de un modo positivo autorizando que se ejercite.

Conviene advertir en este apartado que la aclaración de referencia, válida en todos los casos dudosos y en general respecto a las prohibiciones que tienen un origen meramente estatutario, carece en general de utilidad en los casos de prohibición legal, como ocurre en los supuestos de ejercicio de actividades dañosas, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, puesto que el carácter imperativo de la norma se muestra en estas facetas con todo rigor: los propietarios actuales del edificio no pueden permitir actividades dañosas, inmorales, incómodas o insalubres, ya que con su ejercicio se atenta al interés general, al orden público. Si no existiera el precepto del artículo 7.º, párrafo tercero, de la Ley, sería bastante la regla general del artículo 1.255 del Código civil y aún la del artículo 4.º de dicho cuerpo legal.

Por otro lado, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto de 30 de noviembre de 1961, que aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, y que tiene por objeto, como explica su artículo 1.º, "evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes, sean oficiales o particulares, públicos o privados, a todos los cuales se aplica indistintamente en el mismo la denominación de "actividades", produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a las riquezas públicas o privadas o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes".

En materia de gastos, el Tribunal Supremo rechaza en esta sentencia la exención de la obligación de contribuir a los gastos de portero. Y ello quizá en consideración a que este gasto debe entenderse general para todos los propietarios del edificio sin distinción, habida cuenta que entre las obligaciones que tienen los porteros, según su Reglamentación de Trabajo, figuran algunas que hacen referencia a todos los vecinos o propietarios del inmueble en general. Así, en la Reglamentación de Trabajo aprobada por Orden de 6 de marzo de 1967 para porterías de fincas urbanas de la provincia de Z., en cuya ciudad se halla la finca a que se refiere el litigio, se señalan los cometidos laborales del portero, que son una serie de trabajos que fundamentalmente afectan a los elementos

(10) Algunas de estas prohibiciones pueden ser consecuencia del destino del piso o local, con tal que este destino se halle precisado en el título o en los Estatutos.

Muchos problemas quedarán resueltos por disposiciones administrativas que exigirán condiciones mínimas de instalación y destino antes de autorizarse en el local o piso determinada actividad. También la legislación sobre viviendas de protección oficial eliminará dificultades, según se desprende de lo expuesto en nota anterior.

Pero, fuera ya de este marco administrativo, habrá que entender que si no se especifica claramente el destino del piso o local habrá libertad plena para cualquier actividad que no se halle incursa en alguna de las prohibiciones legales. Y si se especifica tal destino tan sólo deberán entenderse prohibidas aquellas actividades que lo contradigan. Véase sobre esta materia BATLLE: *Op. cit.*, págs. 167 y sigs.; PERE RALUY: «El arrendamiento y la propiedad horizontal», en *Pretor*, marzo-abril de 1964, pág. 14, y FUENTES LOJO: *Op. cit.*, t. I, páginas 588 y sigs.

comunes, tales como la limpieza, cuidado y vigilancia del portal, portería, escaleras, patios y "demás dependencias de uso común" (art. 6.º, a), 1 y 2); pero además: "Se hará cargo de la correspondencia o avisos que reciba para los vecinos, dueño o administrador de la casa" (art. 6.º, a), 3). "Cumplimentará los recados o comisiones encomendadas por los citados, y si éstos le encargaran del cobro de los alquileres lo efectuará sin demora, entregando inmediatamente los fondos recaudados en la forma que le haya sido señalada" (art. 6.º, a), 5). "Comunicará a la propiedad del edificio cualquier intento o realización por parte de los inquilinos de crear situaciones que puedan suponer subarriendos clandestinos o traspasos fraudulentos de las viviendas que ocupan o de cualquier acción u obra que se realice en ellas" (art. 6.º, a), 6). "Se ocupará de los servicios de calefacción y agua central..." (art. 6.º, a), 7).

Cierto que la redacción de tal Reglamento parece pensada para las viviendas y no para los locales de negocio, pero quizá no pueda atribuirse mucho rigor terminológico a las expresiones que emplea tal Reglamento y cupiese su extensión a estos locales. En todo caso, no hay duda que al menos las obligaciones comprendidas en los números 3 y 5, apartado a), artículo 6.º, de dicho Reglamento, pueden beneficiar sin distinción a todos los propietarios del edificio quizá sea decisiva la consideración de que la retribución del portero se señala en su artículo 10 en proporción a las rentas no sólo de las viviendas, sino de los establecimientos mercantiles o industriales sitos en el inmueble (11).

El Tribunal Supremo permite en esta sentencia, y en la forma antes expuesta, la instalación de toda clase de anuncios, toldos, marquesinas y adornos en la parte de la fachada que corresponda al local o locales, "siempre que no perjudiquen a los demás propietarios".

La doctrina científica se ha ocupado con carácter general de este problema relativo a la posibilidad de instalación de esos elementos en la fachada de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Batlle (12) se muestra inclinado favorablemente a la posibilidad de su instalación sin necesidad del consentimiento de todos los propietarios (considerando que la regulación de esta materia por la Junta de propietarios entra en el régimen propio de los actos de administración) en cuanto se refiere a los anuncios y toldos, siempre que no excedan de los límites usuales en cuanto a dimensiones, formato, lugar de instalación, etc. El mismo

11) Esta Reglamentación de trabajo, y en general todas las que se hallaban vigentes respecto al trabajo de porteros de fincas urbanas en las distintas provincias españolas, han sido derogadas por la actual Ordenanza nacional de empleados de fincas urbanas aprobada por Orden de 20 de enero de 1971. La argumentación recogida en el texto se refuerza hoy con la nueva Ordenanza, en la que de un modo claro impone ciertas obligaciones al portero, como la de vigilancia, aplicable a todas las dependencias del edificio (art. 12, obligación 1.ª, párrafo 2, inciso último, y obligación 2.ª), aunque le exima de otras de limpieza, que por cierto no sólo se refiere a los llamados «pasajes comerciales» (art. 12, obligación 1.ª), sino también a las suciedades derivadas de la utilización de los elementos comunes causadas por animales domésticos (artículo 12, obligación 1.ª). Por otro lado, la retribución mínima inicial en metálico del portero se fija en su artículo 21 teniendo en cuenta el producto bruto de alquileres de viviendas y rentas de establecimientos mercantiles e industriales sitos en el inmueble, criterio éste que ya figuraba en el artículo 10 de la Reglamentación de los porteros de Z. de 6 de marzo de 1967 referida en el texto.

(12) *Op. cit.*, págs. 111 y 126.

criterio creemos debe seguirse en cuanto a los adornos en la fachada en la parte que ocupa un establecimiento mercantil, de la forma usual, y siempre que no sufra alteración el aspecto arquitectónico del edificio (13).

En cambio, respecto a las marquesinas, la doctrina se inclina en sentido contrario a la posibilidad de su instalación, salvo que se obtenga el consentimiento de todos los propietarios (14).

El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, ya hemos dicho que permite la instalación de tales elementos, y el único condicionamiento exigido es el de que "no perjudique a los demás propietarios". Este condicionamiento podrá plantear dificultades en la práctica, sobre todo en el supuesto de la marquesina, si el piso superior a aquel donde se instale perteneciera a otro dueño, al que podría privar de vistas sobre la acera, y respecto del cual podría suponer cierto peligro, dada la facilidad de acceso al piso desde la marquesina. Inconvenientes estos que, al parecer, no se dan en el caso concreto resuelto por la sentencia, que por razón de dictarse en contemplación al mismo difícilmente permitirá que el criterio que mantiene en este punto pueda ser generalizado.

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

(13) FUENTES LOJO: *Op. cit.*, t. I, pág. 406, parece inclinado a favor de esta posibilidad, con el condicionamiento dicho, tratándose de obras de retoque para adaptar el negocio a las exigencias de la técnica y los avances publicitarios.

(14) Véase por todos BATLLE: *Op. cit.*, págs. 129 y sig. Una sentencia de la Audiencia de Madrid de 17 de marzo de 1964 (puede verse en *Revista General de Derecho*, junio de 1964, pág. 478) para un caso concreto se muestra contraria a su instalación.

II. SENTENCIAS

A cargo de Jesús DIEZ DEL CORRAL, Gabriel GARCIA CANTERO, Angel LUCINI CASALES, José PERE RALUY y Ricardo Ruiz SERRAMALERA.

DERECHO CIVIL.

I. Parte general.

1. INCAPACITACIÓN POR LOCURA: DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Lo es alegar la "violación, por aplicación indebida" del artículo 200, 2.º, del C. c., pues ello supone invocar dos conceptos de infracción antitéticos, incidiendo, por consiguiente, en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 1.729 de la L.E.C., convertida, en este instante procesal, en causa de desestimación.*

INCAPACITACIÓN POR LOCURA: *No puede existir infracción del artículo 200, 2.º del C. c. por el hecho de que la sentencia combatida no considera demente ni retrasada mental a la recurrente, cuando lo cierto es que las dos sentencias de instancia coinciden en estimar que la actora está aquejada de una parancia, enfermedad mental que le produce una alteración del equilibrio psicológico de tal naturaleza que la priva del necesario discernimiento para administrar su patrimonio. [S. de 19 de abril de 1971; no ha lugar.]*

2. PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: PRESCRIPCIÓN: *Si bien el arrendatario, al preparar el recurso, consignó las rentas correspondientes a los cinco últimos años, únicas que a juicio del recurrente pueden serle reclamadas por la parte adversa, esta alegación, que viene a ratificar su explícito reconocimiento de tener impagadas las rentas desde varios años antes, no le excusa de cumplir la obligación estrictamente procesal que le impone el artículo 148 de la LAU, al socaire de aplicar por sí y ante sí la prescripción de la acción para reclamarlas, plazo de prescripción que no opera de modo automático y necesario por ser susceptible de interrupción.*

INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DE DEDUCCIONES DEL TRIBUNAL "A QUO": *Llegada la Sala "a quo" a una conclusión por vía deductiva, el cauce idóneo para impugnarla es la vía de la causa 3.ª de injusticia notoria —error de derecho—. [S. de 27 de abril de 1971; no ha lugar.]*

5. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES RESOLUTORIAS DE ARRIENDO: *La prescripción opera por el mero lapso de tiempo fijado por la Ley, y la acción resolutoria de arriendo prescribe a los quince años, al no tener señalado término especial de prescripción. [S. de 4 de diciembre de 1970; no ha lugar]*

4. CADUCIDAD DE ACCIONES: NATURALEZA: *La caducidad de la acción es el fenómeno o instituto por el que, por el transcurso de cierto período de tiempo que la Ley o los particulares fijan para el ejercicio de un derecho, éste se extingue, quedando el interesado impedido para el cumplimiento del acto o del ejercicio de la acción, y se distingue de la prescripción porque no necesita ser alegada por la persona a quien favorece —SS. de 27 y 30 de abril 1940, 7 diciembre 1943, 17 diciembre 1948, 25 septiembre 1950, 7 abril 1965 y 5 julio 1957, entre otras muchas—. Es indiferente que se esgrima o no, porque, si de caducidad se trata, tiene que ser apreciada, incluso de oficio. [S. de 26 de diciembre de 1970; ha lugar.]*

5. PRUEBA DE CONFESIÓN: INDIVISIBILIDAD: *La confesión judicial no puede dividirse cuando no se da ninguna de las excepciones a la indivisibilidad establecidas en el artículo 1.233 del C. c.*

CASACIÓN: FORMALISMO: *Es causa de inadmisión el motivo de recurso que, fundado en la interpretación errónea de un precepto, se desarrolla razonando la inaplicación del mismo. [S. de 19 de abril de 1971; no ha lugar.]*

II. Derechos reales.

1. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR HUMOS EXCESIVOS EN HEREDAD VECINA: COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES: *No puede alegarse la incompetencia de jurisdicción por razón de la materia por infracción del artículo 590 del C. c., puesto que una cosa es la determinación del permiso de instalación de una industria y de los elementos para evitar daños y peligros, materia que corresponde a la Administración, y otra bien distinta que, por no cumplir los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes, se produzca daño a un tercero, pues entonces el conocimiento de aquél compete a los Tribunales, como señala el R. D. de resolución de competencia de 27 de marzo de 1897. [S. de 19 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

2. CONVENIO PARA CONSTRUIR UNA URBANIZACIÓN: CALIFICACIÓN JURÍDICA: *Cualquiera que sea la denominación que se dé por las partes a la figura jurídica creada por el convenio en cuya virtud los interesados en la adquisición de apartamentos en un complejo urbanístico se obligan, mediante su adhesión al referido convenio, a responder de los gastos producidos por la construcción del complejo en proporción a los metros adquiridos, sin fijación de un precio predeterminado, es lo cierto que la comunidad creada por el repetido convenio, antes de constituir en escritura pública el régimen de P. H., ha de estimarse como comunidad de bienes regulada por el artículo 392 y siguientes del C. c., pues se dan todos sus requisitos, pluralidad de sujetos, unidad en el objeto y atribución de cuotas.*

NATURALEZA DE LA COMUNIDAD EN RÉGIMEN DE P. H.: DIFERENCIAS CON LA COMUNIDAD ORDINARIA: *La P. H. constituye una constitución "sui generis" de carácter complejo cuyo género es el derecho de propiedad, distinta de la comunidad, toda vez que en la P. H. existen elementos privativos de los distintos pro-*

pietarios y sin que la figura jurídica de la servidumbres sirva para explicar la situación de las cosas comunes salvo en determinados aspectos, todo lo cual permite afirmar que se trata de una forma de goce de la propiedad establecida por el uso y traída hace poco tiempo como institución jurídica singular e independiente, por lo cual, aunque puedan acoplarse sus normas acudiendo a reglas de otras instituciones y especialmente de la comunidad, sólo será cuando no pugnen con su especial naturaleza y finalidad, pues por importante que sea el aspecto de comunidad, son los derechos privados sobre los pisos la razón de ser de la institución.

EFFECTOS DE LA COMUNIDAD ORDINARIA Y DE LA P. H.: COMPATIBILIDAD: LEGITIMACIÓN DE LOS COMUNEROS: *Siendo dos instituciones jurídicas distintas la comunidad para la construcción del complejo urbanístico y la comunidad de propietarios de dicho complejo ya construido, con finalidades distintas, construir en comunidad y liquidar a prorrata en la primera y administrar lo construido en la segunda, no es posible estimar, como hace la sentencia recurrida, que la declaración de obra nueva y la constitución de la P. H. en escritura pública anule y deje sin efecto la primitiva comunidad constituida a efectos distintos y no liquidada, al amparo de la cual, y en el doble concepto de comunero y administrador designado por la mayoría, litiga el actor, quien, por ello, está legitimado para actuar en beneficio de la comunidad.* [S. de 2 de abril de 1971; ha lugar.]

HECHOS.—El actor, como propietario de unos terrenos y promotor de un complejo urbanístico, a partir del mes de junio de 1965 suscribió con numerosas personas que se fueron adhiriendo sucesivamente un convenio mediante el que, con vistas a la construcción del referido complejo, los adheridos se obligaban a pagar los gastos de la urbanización en construcción en proporción al número de metros cuadrados de los pisos o apartamentos que adquirirían y que, en su día, les serían entregados. El actor, cuando ya se había desprendido de toda su participación en el complejo, y mediante poderes concedidos por todos los adheridos, con fecha 7 de diciembre de 1967, formalizó escritura de declaración de obra nueva y constitución del régimen de P. H. y, seguidamente, procedió a confeccionar el balance liquidatorio de los gastos de construcción. Por diferencias surgidas en esta liquidación, algunos de los comuneros rehusaron el pago, y ante tal situación, previo acuerdo de comuneros cuyas cuotas representaban el 71 por 100 el actor, como copropietario y administrador de la antigua comunidad, dedujo demanda ante el Juzgado de primera instancia contra los morosos, quienes se opusieron invocando haber comprado pisos o apartamentos futuros por precio cierto y que el actor carecía de legitimación para representar a la comunidad, toda vez que desde su constitución en régimen de P. H. son las normas específicas de ésta las que han de aplicarse a efectos de la representación en juicio y fuera de él de la comunidad de propietarios, máxime teniendo en cuenta que en la fase de construcción del complejo “sólo ha existido una comunidad aparente —agrupación asociativa la denominan—, sin personalidad propia, que, en definitiva, queda absorbida por la P. H. a la que tiende” (sic).

El Juzgado estimó la demanda, pero, apelada la sentencia, la Audiencia la revocó acogiendo la excepción de falta de legitimación activa del actor, quien recurrió en casación, articulando hasta siete motivos, los cinco primeros al amparo del artículo 1.692, 1.º y los dos últimos al amparo del artículo 1.692, 7.º y 3.º LEC, respectivamente.

3. ELEMENTOS COMUNES: SUELO Y SÓTANOS: *Es erróneo afirmar, como hace el recurrente, que el fallo recurrido da por sentado que el "sótano" discutido es por sí mismo elemento común del edificio, lo cual no es exacto con arreglo a la concreta interpretación del artículo 396 del C. c., que —si bien es cierto que en su redacción actual dada por la L. P. H. de 21 de julio de 1970 no menciona los sótanos— fija, en primer lugar, como elementos comunes de la P. H. "el suelo y el vuelo"; es decir, que el Tribunal "a quo" fundamenta su fallo no en el carácter de elemento común del sótano, sino en la invasión del terreno comunitario, o lo que es igual, en el despojo del suelo común en el que se construyó el repetido sótano.*

EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA P. H.: SU SIGNIFICACIÓN JURÍDICA RESPECTO DE LA COMUNIDAD: *El título constitutivo de la P. H. no tiene otra significación que la de acoplar y regular aquellos derechos que la Ley otorga a los propietarios de los distintos pisos de un inmueble, desde el momento de su adquisición, pues ni crea un ente social distinto de los componentes y con patrimonio diferente del particular de ellos, ni tampoco modifica los elementos que a cada uno de ellos corresponde desde el momento de adquirir. El régimen de la P. H. no persigue otra cosa que el encauzamiento de los derechos que ya en principio corresponden a los copropietarios, dotándole de una ordenación completa y eficaz en cuanto a su reulación, pero siempre teniendo muy en cuenta que mientras sobre el piso en sí, o espacio delimitado y de aprovechamiento independiente, el uso y disfrute son privativos cuando se trata de elementos comunitarios, tales uso y disfrute han de ser naturalmente compartidos, pero siempre unos y otros, aunque distintos en su alcance han de reputarse inseparablemente unidos, cuya unidad se mantiene también respecto a la facultad de disposición, y todo ello no en virtud de un acuerdo de voluntades exteriorizando en un título constitutivo de comunidad de copropietarios, sino derivado de la propia Ley que ha dado vida a este régimen de propiedad y específicamente y para cada uno de aquellos, desde el momento de su adquisición. Así, pues, sentado y aceptado por los constructores recurridos el hecho de que cuando efectuaron las obras de construcción del sótano no eran propietarios exclusivos del inmueble, sino que pertenecía a diversas personas —los compradores de pisos—, que por imposición legal tenían igualmente un derecho de copropiedad sobre el suelo del edificio, es obvio que no ha incurrido la sentencia recurrida en las infracciones denunciadas.*

MALA FE: CUESTIÓN DE HECHO: *La declaración de existencia de mala fe constituye una cuestión de hecho que es de la libre apreciación del tribunal sentenciador.*

CONFESIÓN: FUERZA APROBATORIA: APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: *La fuerza aprobatoria de la confesión judicial no es superior a la de los demás elementos de prueba y debe apreciarse por el tribunal en combinación con las otras pruebas. [S. de 19 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

HECHOS: Los demandados, luego recurrentes, comenzaron a construir un edificio, y mientras lo construían fueron vendiendo sus diferentes pisos y locales. A petición de uno de los compradores, sin contar con los anteriores, y previa reforma del proyecto del arquitecto, los constructores excavaron en

el suelo situado inmediatamente debajo del local comprado y construyeron para su adquirente un sótano. Posteriormente, formalizaron la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de P. H. La comunidad de propietarios demandó a los constructores contra los que dictó sentencia el Juzgado de primera instancia, declarando: a) Que los constructores carecían de capacidad legal para construir un sótano en el suelo de la finca. b) Que por ello, la construcción del sótano situado bajo ese suelo faculta a la comunidad propietaria del inmueble a hacer suyo lo edificado sin derecho a indemnización alguna para los constructores. c) Que el sótano edificado bajo el suelo común tiene igualmente la condición del elemento común perteneciente, por ende, a la comunidad de propietarios. Y d) Que es nula de pleno derecho la compraventa de dicho sótano realizada por los constructores de mandados al otro demandado o comprador.

Apelada y confirmada la sentencia por la Audiencia, los demandados interpusieron recurso de casación, invocando, entre otros, dos argumentos que, como se ve por el anterior extracto, el Tribunal Supremo considera capciosos: a) Que los sótanos en principio no son comunes porque aparecen eliminados de la enumeración del artículo 396 C. c., y b) que la P. H. no surge hasta que se constituye su régimen formalizando el título constitutivo en la correspondiente escritura de declaración de obra nueva y división horizontal.

4. INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA CON LA DEMANDA: *No es incongruente la sentencia recurrida por no tener en cuenta el reconocimiento del demandado sobre su parte de contribución en los gastos comunes, puesto que ni el actor lo hizo objeto de petición subsidiaria ni el demandado lo esgrimió en reconvencción, siendo para éste último dicho reconocimiento un mero argumento defensivo frente a las pretensiones de la parte actora, que no tiene por qué ser recogido en la sentencia, razón por la que no puede apreciarse violación del artículo 359 L. E. C.*

FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LOS CONTRATOS: RECURSO: *Es reiteradísima la doctrina de la Sala en el sentido de que la función interpretativa de los contratos es de la exclusiva incumbencia de los Tribunales de instancia salvo que resulte notoriamente lógica o irracional o desorbita el texto interpretado en relación con el objeto de la litis. Por otra parte, denunciar como infringidas en bloque la casi totalidad de las normas del Código civil sobre hermenéutica de los contratos—arts. 1.281 a 1.286, ambos inclusive—, supone la contravención de lo dispuesto en el artículo 1.720 L. E. C., que ordena citar con precisión y claridad la ley o doctrina legal que se crea causa de desestimación que previene el artículo 1.719, 4.º, de la propia L. E. C.*

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA DETERMINACIÓN Y EXCLUSIÓN DE GASTOS GENERALES: *En aras del principio de la autonomía contractual no han de tener el concepto de gastos generales los que por pacto han sido excluidos para individualizarlos entre los propietarios de determinados pisos y locales de negocios respecto a cosas y servicios sobre los que por razón de sus más directas relaciones se han constituido comunidades parciales con arreglo a los Estatutos, lo cual es acorde con lo dispuesto en el párrafo final del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal y el artículo 396 del Código civil. [S. de 16 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

HECHOS: Dividido horizontalmente un bloque de viviendas y locales comerciales (con un sótano que ocupa la casi totalidad de la superficie del in-

mueble) con siete portales de acceso a la calle, y habiéndose constituido una sola comunidad, se establecen, sin embargo, unas normas estatutarias relativas al pago de gastos que en definitiva vienen a suponer una especie de comunidades particulares dentro de la total comunidad. En contra del parecer del presidente de la comunidad, el dueño del local sótano entiende que su obligación de pagar gastos de portal y portero no se extiende a los siete que comprende el bloque, sino solamente al más próximo a su acceso.

5. INCONGRUENCIA POR "INFRA PETITA": *No incurre en este vicio la sentencia recurrida porque al condenarse en ella a la demandada a retirar y desmontar la cubierta o marquesina, objeto de la controversia, implícitamente denegó las pretensiones formuladas por vía reconvenicional, consistentes en que se autorizase la reducción de la obra realizada por dicho litigante o se separase del lugar donde había sido emplazada, puesto que en la prohibición del todo, necesariamente van incluidas las distintas partes de que se compone de acuerdo con el aforismo jurídico Plus semper in se continet quod est minus.*

LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Para que la relación jurídica procesal esté bien constituida y no sea de estimar la excepción de litis consorcio pasivo necesario, es suficiente con que se haya convocado al proceso a cuantas personas físicas o jurídicas tengan un interés evidente en la resolución judicial que pueda recaer, situación en que no se encuentran los propietarios de un local de negocio de las reclamaciones dirigidas por los dueños de alguna de las viviendas integradas en el edificio de que forma parte, contra quienes, sean o no arrendatarios del primero, les hayan privado del uso y disfrute de los derechos dominicales que les corresponden, puesto que con el fallo que pueda poner término al juicio, únicamente se resuelve acerca de los actos perpetrados por los perturbadores y sus posibles consecuencias, sin prejuzgar sobre derechos ajenos, razón por la que no es menester demandarles.*

ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN O ESTRUCTURA DE UN EDIFICIO EN RÉGIMEN DE P. H.: PERJUICIO DE LOS DERECHOS DE OTROS PROPIETARIOS: *Aun cuando las obras adosadas a la pared de un edificio no alteran su configuración, ni modifiquen su estructura a los efectos prevenidos en el párrafo 1.º del artículo 7 de la L. P. H., no por ello las que aquí son objeto de debate, dejaron de perturbar las facultades dominicales de que con anterioridad a su realización gozaban los propietarios de las viviendas situadas en un plano inmediatamente superior al muro a que fueron anexionadas, puesto que según los hechos que la sentencia recurrida declara probados, les privaron de visibilidad sobre la acera y les produjeron "molestias e incluso peligros por la mayor facilidad que representa el acceso desde la calle a través de sus ventanas", lo que supone, por parte de su autor, un ejercicio anormal de derechos y una utilización de los mismos en perjuicio de terceros y al haberse llevado a efecto sin autorización de los actores, e incluso de la comunidad de propietarios, en la forma que exige aquel precepto, así como el 10, párrafo 4.º y 11 de la referida Ley, obligaron al Juzgador de instancia a decretar su desmontamiento, por haberse utilizado la acción que a tal fin confieren los párrafos 2.º de los artículos 348 y 349 y de los 441 y 446, to-*

dos ellos del C. c. Lo antedicho no se desvirtúa por la circunstancia de que el recurrente instalara la marquesina de referencia, con la autorización a que alude el artículo 37 de las Ordenanzas del Plan General de Pamplona y previo abono de la correspondiente tasa fiscal, puesto que ni ello implica una limitación del dominio establecido por las leyes, como para producir tal efecto exige el párrafo 1.º del artículo 348 del citado Código, ni la obtenida en el presente caso gozaba de semejante extensión, al considerarse en ella que se otorgaba, "sin perjuicio de los derechos de tercero", determinando incluso las consecuencias que pudieran producirse si fuera retirada por motivo de alguna reclamación. [S. de 14 de abril de 1971; no ha lugar.]

6. LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD: TITULARIDAD DOMINICAL: *Conforme al artículo 12, párrafo 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, el presidente representará en juicio a la Comunidad de propietarios en los asuntos que le afectan y precisamente por ello carecerá de legitimación en el caso de no acreditarse en el pleito la titularidad dominical de la casa, siendo esta titularidad la base indispensable para justificar cualquier petición de indemnización de daños producidos en el inmueble.*

VALOR DE LOS HECHOS EN LA CASACIÓN: *Conforme a la copiosa doctrina sentada por la Sala, los hechos que la parte recurrente pretende deducir de su particular apreciación de las pruebas practicadas y de los sentados como probados por el Juzgado de 1.ª Instancia son absolutamente inoperantes para servir de fundamento fáctico a un motivo amparado en el núm. 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C. [S. de 6 de junio de 1969; no ha lugar.]*

III. Obligaciones.

1. VENTA EN CATALUÑA: RESCISIÓN POR LESIÓN "ULTRA DIMIDIUM": *Declarado por la Sala que se trataba de ventas de favor, determinadas por la liberalidad, es obvio que no pueden ser rescindidas por lesión, como taxativamente expresa el artículo 323 de la Compilación.*

VENTAS DE FAVOR: SIMULACIÓN Y CAUSA ILÍCITA: *Al tratarse de ventas de favor, no puede apreciarse la falta de causa alegada, ni la doctrina que se dice infringida sobre donaciones disimuladas, ni tampoco la causa ilícita, pues no puede estimarse contra Ley lo escaso del precio que la Ley autoriza expresamente; y en todo caso ello podría determinar, no la nulidad de la venta, sino la posibilidad del reintegro del perjuicio, que, por no haber sido objeto de pretensión, no puede ser concedido.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *No puede invocarse la infracción del artículo 1.253 del C. c. cuando el Juzgador ha fundado su fallo en pruebas directas y no en presunciones. [S. de 18 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

2. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DOCTRINA GENERAL: PRESUNCIÓN DE CULPA: *Con el propósito de conseguir una mayor elasticidad en la aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 C. c., y atemperar, en lo posible, su contenido a las*

orientaciones científicas más modernas, la jurisprudencia de esta Sala, reflejada, entre otras, en SS. de 29 junio 1932, 10 julio 1943, 23 diciembre 1952, 24 marzo 1953, 5 abril, 14 mayo y 30 octubre 1963, y 23 marzo 1968, ha declarado que la acción u omisión determinante del daño indemnizable, se presume siempre culposa, a no ser que su autor acredite en debida forma haber actuado con el cuidado y diligencia que requerían las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes en el caso concreto de que se trate, sin limitarse al mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, más o menos ineficaces.

FALTA DE PRUEBA DE LA DILIGENCIA DEBIDA: *En el supuesto que aquí se contempla tal conducta diligente no ha sido observada por los demandados, que no adoptaron por su parte medida precautoria alguna, sino que autorizaron la permanencia de un cable eléctrico en el suelo del local donde acaeció el accidente, y no pusieron obstáculo a que los operarios que allí trabajaban arrastrasen sobre él una pasarela de hierro de doscientos kilos de peso, dando lugar a la rotura de los elementos aislantes de aquél y a la electrocución del esposo de la demandante.*

CONCURRENCIA DE CULPAS: *Es de estimar concurrencia de culpas por la falta de precaución de la víctima al asistir a su trabajo con unas botas que no se hallaban en las condiciones debidas, y al arrastrar en unión de sus compañeros, en lugar de levantar sobre el indicado cable, la pasarela de hierro que motivó el que se rompiese la cinta aislante que le recubría; por todo lo cual debe reducirse la indemnización a la cantidad de doscientas mil pesetas. [S. de 11 de marzo de 1971; ha lugar.]*

3. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: MUERTE DE UN PEATÓN POR ATROPELLO DE UN CAMIÓN EN PASO DE PEATONES: VALOR SEÑALES AGENTE CIRCULACIÓN: *Si bien conforme al artículo 174, letra c) del Código de la Circulación, las señales de los Agentes de la circulación serán siempre ejecutivas y prevalecerán sobre cualquier otra fija o intermitente que esté a la vista, aunque sea contradictoria, esta disposición no debe interpretarse hasta el extremo de que cumpliéndolas a todo evento se produzca la consecuencia previsible del accidente en circunstancias de peligrosidad conocidas.*

CONCURRENCIA DE CULPAS: NEGLIGENCIA DEL CONDUCTOR DEL CAMIÓN: *Circulando el camión a velocidad superior a la reglamentaria en aquel lugar y habiendo advertido el conductor la presencia de la joven víctima desde una distancia suficiente para detener su vehículo a tiempo antes de llegar al paso de cebra, e impuesto dicho conductor del comportamiento de la joven, pudo y debió moderar la marcha del vehículo en vista de lo peligroso de la situación, hasta detenerlo si preciso fuera. [S. de 14 de abril de 1971; no ha lugar.]*

4. CULPA EXTRA CONTRACTUAL POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, QUE CIRCULABA EN BICICLETA: *Procede la exención de responsabilidad del conductor del automóvil si el accidente lo provocó la salida a la carretera de la víctima montada en bicicleta, que fue súbita e inesperada y tan*

próxima al vehículo que la atropelló, que el mismo no pudo efectuar más maniobra que la que efectuó, sin resultado, de desviarse a su izquierda para intentar evitarlo.

ERROR DE HECHO: *La declaración de hechos probados no puede atacarse por error de hecho con fundamento en el croquis que levantó la Policía de Tráfico, ya que los documentos aptos para acreditar el error de hecho han de hacer prueba de su contenido de un modo irrefutable, sin necesidad de deducciones, analogías, presunciones o hipótesis. [S. de 22 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

5. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: AMPUTACIÓN DE BRAZO EN ACCIDENTE DE FERROCARRIL PARTICULAR: CONCURRENCIA DE CULPAS: *El hecho origen de los daños que en su persona sufrió el recurrido se debió, en primer lugar, a la conducta imprudente del conductor del convoy, al poner éste en marcha sin que sus puertas hubieran cerrado completamente como debió hacerlo, con el consiguiente riesgo para quien pretendiera subir o bajar del tren cuando éste ya había iniciado la marcha, y también para los pasajeros que pudieran estar en pie dentro de los coches; y en segundo lugar, a la conducta imprudente del propio lesionado, que se arriesgó a descender una vez iniciada la marcha y el cierre de las puertas.*

CULPA DE MAYOR GRAVEDAD: *La apreciación de la gravedad de las culpas compensables es de libre valoración del Tribunal a quo, siendo notorio que en caso de autos es mucho más grave la conducta culposa del conductor del tren, ya que el incumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Policía de Ferrocarriles y disposiciones concordantes, supone un gravísimo peligro y afecta directamente al interés público, no cabiendo en modo alguno equipararla a la del lesionado. [S. de 13 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

6. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CONDENA POR DELITO DE IMPRUDENCIA CON INFRACCIÓN DE REGLAMENTOS: RESERVA DE LA ACCIÓN CIVIL: *Habiendo sido condenado en proceso penal el conductor de un vehículo, por un delito de imprudencia con infracción de reglamento, y hecho valer el derecho a la reserva de la acción civil, procede reclamar la indemnización correspondiente en juicio ordinario con base en aquella condena, sin que en ningún caso pueda aplicarse una compensación de culpas exculpatoria o total. [S. de 13 de marzo de 1971; ha lugar.]*

7. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR VÍA ORDINARIA: *Los artículos 9 y ss. del texto refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, regulan un procedimiento ejecutivo privilegiado para hacer valer la acción establecida por el artículo 4.º en favor del perjudicado o sus herederos, lo que en forma alguna impide obtener la declaración jurisdiccional eligiendo el cauce del procedimiento ordinario, dentro del cual cabe la puesta en marcha del derecho potestativo en la que acción consiste, siempre que no esté expresamente prohibido por un precepto legal.*

CARÁTER DIRECTO DE LA ACCIÓN CONTRA EL ASEGURADOR: *La acción basada en el artículo 4.º del citado Texto Refundido es directa y no subsidiaria, por lo cual, según declaró la Sentencia 30 abril 1969, la condena del asegurador no está subordinada a la previa condena del conductor.* [S. de 20 de marzo de 1971; ha lugar.]

HECHOS: Se reclama una indemnización por accidente de automóvil ocurrido al maniobrar un camión dentro de un garaje y aplastar a un operario contra la pared.

IV. Arrendamientos de cosas.

1. LEGISLACIÓN URBANÍSTICA: INCLUSIÓN DE FINCAS EN EL REGISTRO DE SOLARES: DERECHO INTERTEMPORAL RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LA LEY DEL SUELO: *Ha declarado la Sala I del T. S., a propósito de la eficacia temporal del artículo 149, 2, de la Ley del Suelo, que los efectos jurídicos privados dimanantes de la inclusión de una finca en el Registro de Solares se regirán por el derecho anterior si el asiento, o incluso la solicitud de inscripción, tuvo lugar antes de la entrada en vigor de aquella Ley, y que, por el contrario, se regirán por el nuevo derecho si la inclusión o la solicitud se verificó bajo el imperio de la citada Ley especial. Sin embargo no ha declarado la propia Sala que la irretroactividad de la citada Ley deba ser entendida en el sentido de que la extinción de arriendos prevista en la misma no alcanza a los arrendamientos y derechos personales constituidos antes de entrar en vigor la misma. No es necesario para la aplicación de la norma que las relaciones jurídicas o derechos que como sujeto pasivo sufren la extinción hayan nacido bajo el imperio del nuevo derecho.* [S. de 24 de diciembre de 1971; ha lugar.]

2. LEGISLACIÓN URBANÍSTICA: LEY DE SOLARES Y LEY DEL SUELO: DERECHO INTERTEMPORAL SOBRE INCLUSIÓN DE FINCA EN REGISTRO DE SOLARES: *Aunque los artículos 2 de la Ley de Solares de 1945 y los 14, 46, 47 y 56 de su Reglamento parece que subordinan la extinción de los arrendamientos al hecho de realizarse la edificación en el plazo de retención o a la inclusión del inmueble en el Registro especial, al pago del precio y otorgamiento de la escritura o a la autorización de la Alcaldía de las obras a realizar, lo cierto es que en el artículo 15 del Reglamento se atribuyen efectos retroactivos a la inscripción en tal Registro, por lo que habrá que entender que los efectos de la inclusión se retrotraen a la fecha de la presentación oficial de la solicitud en que se ha instado tal inclusión, siendo inaplicable la norma de la Ley del Suelo, que no regía en la época en que se solicitó la inclusión de la finca en el Registro de Solares, y debiéndose, por el contrario, aplicar la Ley de ordenación de solares en tal supuesto.* [S. de 4 de marzo de 1971; no ha lugar.]

3. ARRENDAMIENTO MIXTO DE SOLAR Y VIVIENDA: ELEMENTO PREDOMINANTE: HABITABILIDAD: *La nota de habitabilidad de la finca, para determinar su inclusión o exclusión de la LAU, ha de referirse al momento de celebración del contrato y no al de ejercicio de la acción. Carece de condiciones de habi-*

tabilidad las edificaciones que, por carecer de puertas y ventanas, no son suficientes para el resguardo de la inemperie. En el arriendo mixto de solar y vivienda, si lo principal es el solar, éste es el determinante de la calificación del arriendo. [Implicitamente, S. de 30 de enero de 1971; no ha lugar.]

4. **ARRIENDO DE LOCAL CON PEQUEÑA EDIFICACIÓN:** *No cambia la calificación del arriendo como solar el hecho de que en el mismo hubiera construido la propietaria del mismo, para el mejor uso de lo arrendado, una pequeña edificación, que supone una treintava parte de su superficie, lo que da idea de su accesoriad. [S. de 4 de enero de 1971; no ha lugar.]*

5. **REQUISITO DE HABITABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA INCLUSIÓN DEL ARRIENDO EN LA LAU: ACTIVIDAD INDUSTRIAL EN EDIFICACIÓN NO HABITABLE:** *Aunque doctrinalmente pudiera discutirse si el requisito de la habitabilidad de las edificaciones ha de ser esencial o no para incluirlas en el ámbito de la LAU, mientras la misma no cambie el contenido de su artículo 1, no puede dudarse de que para que el inmueble arrendado merezca la calificación de local de negocio y pueda ser incluido en su ámbito protector es necesario que en el momento del arrendamiento exista en él una edificación habitable cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el de ejercer en ella una actividad industrial, mercantil o de enseñanza con fin lucrativo, es decir, que independientemente de tal finalidad lucrativa, precisa que lo arrendado esté constituido en su parte principal por una "edificación habitable", de donde se infiere que no es lo mismo el establecimiento fabril o mercantil a que alude el artículo 1.563 de la LEC que la edificación habitable del artículo 1 de la LAU. [S. de 22 de marzo de 1971; ha lugar.]*

6. **ARRIENDO DE PELUQUERÍA EN UN HOTEL: FALTA DE AUTONOMÍA DEL LOCAL:** *Si la peluquería a que el juicio se refiere es una actividad complementaria, un servicio más, integrante de la compleja industria hotelera, sometida al control de la gerencia en precios, horario y calidad, ejercida dentro del establecimiento hotelero, sin acceso independiente y con la finalidad primordial de atender a la clientela del mismo, es evidente que carece de la autonomía necesaria que requiere el local de negocio para que el arrendatario pueda ejercer su propia industria, o sea, el establecimiento abierto, según la terminología del artículo 1 de la LAU.*

ACCIONES ARRENDATICIAS: PROCEDIMIENTO APLICABLE: *La discusión sobre la existencia o inexistencia del contrato y de lo que ha sido objeto del mismo debe ventilarse conforme a las leyes procesales comunes. Si bien para determinar las normas sustantivas aplicables se hace necesario calificar el contrato para establecer el procedimiento aplicable, lo que hay que hacer en el momento de su iniciación, tal calificación no es necesaria ni podría hacerse lógicamente en tal momento. [S. de 10 de marzo de 1971; no ha lugar.]*

7. **ARRIENDO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN: DUALIDAD DE RECIBOS:** *Si el objeto del contrato viene constituido por un local mobiliario, café, piso y almacén, con todos los enseres propios e idóneos para proseguir la explotación del negocio que viene regentando el arrendador y que pasa a explotar seguida-*

mente el arrendatario, el arriendo es de industria y no de local de negocio. El hecho de que se hubieran celebrado dos contratos, uno por la industria y otro por los enseres, no obsta a la calificación del arriendo como de industria, ya que la unidad del vínculo contractual se infiere, evidentemente, del pacto único sobre el edificio y enseres que constituyen el objeto de lo convenido, del precio global señalado al conjunto y de la propia finalidad perseguida por los contratantes.

LA INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO EN CASACIÓN: *La inadecuación de procedimiento no integra una excepción apreciable sólo a instancia de parte, sino que constituye un presupuesto procesal, apreciable de oficio, que impide entrar a conocer del fondo del problema litigioso y sólo permite dictar sentencia absoluta en la instancia.* [S. de 26 de marzo de 1971; ha lugar.]

8. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA DE ESPECTÁCULOS: RÉGIMEN JURÍDICO: *Los arrendamientos de industria de espectáculos del artículo 3 de la LAU sólo están sujetos a la LAU en dos extremos: la prórroga obligatoria y la cuantía de la indemnización.* [S. de 5 de mayo de 1971; no ha lugar.]

9. ARRIENDO DE CASA PARA UNA INDUSTRIA: CALIFICACIÓN: *Si el objeto del arriendo es una casa para la instalación de una industria de productos agrícolas —secadero de achicoria—, con una pequeña zona de terreno alrededor que la sirve de complemento, no puede ponerse en duda que el arriendo encaja en el artículo 1 de la LAU —local de negocio—.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO NO IDÓNEO PARA ACREDITARLO: *Es ineficaz como prueba del error de hecho el contrato ya analizado expresamente por la sentencia impugnada.* [S. de 5 de febrero de 1971; no ha lugar.]

10. ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: CONCEPTO DE TIENDA: *Pactado en el contrato el arriendo de una "tienda" para que el arrendatario explote o instale en el mencionado "local de negocio" cualquier industria autorizada por la Autoridad competente, cláusula que la parte arrendadora interpreta en el sentido de que al hablarse de tienda sólo podía destinarse a "comercio abierto al público", debe considerarse correcta y racional la interpretación que, en oposición a la anterior, hace el Tribunal "a quo" al entender que la simple denominación de "tienda" y la amplia autorización de destino, proclaman la inexistencia de concreta determinación de que fuera establecimiento abierto al público y, por lo mismo, que la dedicación por el arrendatario de la "tienda" a almacén de su industria, no supone vulneración del pacto sobre destino.* [S. de 12 de marzo de 1971; no ha lugar.]

11. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: REPARACIÓN DE LA COSA ARRENDADA: OBLIGACIÓN DEL ARRENDADOR: *Cuando los desperfectos observados en la cosa arrendada sean consecuencia de uso inmoderado o negligente por parte del arrendatario, la reparación por esta causa no debe corresponder al arrendador.*

RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: DEMOSTRACIÓN: *Si, ciertamente, cuando el arrendador no efectúa las reparaciones necesarias para conservar el local de negocio en estado de servir para el uso pactado, el arrendatario tiene derecho a exigir la indemnización que proceda, lo evidente es que dicho resarcimiento está en función de la importancia del daño y de la incomodidad que la no reparación origine en el uso de la cosa arrendada, pero toda pretensión de daños y perjuicios que pudiera tener su base en el artículo 116, núm. 2.º de la LAU, necesita una demostración cumplida de su existencia, para que pueda darse lugar a ella.*

ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: REQUISITOS: *Los motivos respecto al manifiesto error en la apreciación de la prueba, la Ley los circunscribe a que se acrediten por la prueba documental o pericial que obre en autos, o sea, que el error ha de manifestarse en dichas pruebas, pero si en los autos obran otras que privan al error de dicha manifestación, quedará el Tribunal con facultades para examinar la prueba libremente. [S. de 10 de marzo de 1971; no ha lugar.]*

12. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE VENTA DE VIVIENDA ARRENDADA POR EXCEDER EL PRECIO DEL TOPE LEGAL: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: "DIES A QUO": *Si la única notificación, en relación con la enajenación de la vivienda realizada al arrendatario, fue la de haberse "hecho postura en determinada cantidad por determinada persona y la cesión del remate hecha por dicha persona en favor de otra", no puede estimarse caducado el derecho de impugnación de la venta, pues tal notificación no es la prevista en el núm. 2 del artículo 48 de la LAU. [S. de 18 de diciembre de 1970; ha lugar.]*

13. LIMITACIÓN EN EL PRECIO DE VENTA DE VIVIENDAS ARRENDADAS: CONCEPTO DE RENTA A EFECTOS DE DETERMINAR EL PRECIO DE CAPITALIZACIÓN: INCREMENTOS POR SERVICIOS: *A efectos de determinación de la renta base para la capitalización comparativa con el precio de venta, hay que computar, con la renta base, el importe de los incrementos autorizados y legalmente pactados por razón de servicios de calefacción, ascensor y portería. [S. de 27 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

14. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA SOMETIDO A LAU: RETRACTO: IMPROCEDENCIA POR NO EXTENDERSE EL ARRENDAMIENTO A LA TOTALIDAD DEL INMUEBLE VENDIDO: *El derecho arrendaticio urbano es el soporte legal de la acción retractual en el caso de venta de la cosa arrendada, porque determina el alcance del retracto, que no puede tener viabilidad —según reiterada doctrina de esta Sala— cuando el retrayente no es arrendatario de la totalidad del inmueble vendido. [S. de 11 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

15. SUCESIÓN EN EL ARRIENDO DE LOCAL DESTINADO AL EJERCICIO DE PROFESIÓN FACULTATIVA Y COLEGIADA: PRESUPUESTOS: TITULACIÓN PROFESIONAL: *La circunstancia de que el arrendatario tenga o no la vivienda en el local arrendado es irrelevante a efecto de la sucesión prevista en el número 3 del artículo 58 LAU. No obsta la distinta titulación profesional de subrogante y subrogado, si ambos trabajaban en un laboratorio de análisis clínicos instalado en el piso.*

INJUSTICIA NOTORIA: DOCUMENTOS: *No son documentos idóneos para justificar el error de hecho las diligencias de una confesión, declaraciones testimoniales, reconocimiento judicial y recortes de periódicos.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *El planteamiento de cuestión nueva es causa de inadmisión y en su caso de desestimación.* [S. de 3 de abril de 1971; no ha lugar.]

16. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EN EL DERECHO DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: PRESUPUESTO BÁSICO: *Según los términos literales del artículo 60 LAU y por propia definición, es necesario, para la subrogación "mortis causa", que al producirse el fallecimiento del arrendatario se encontrase éste en el pleno disfrute de los derechos y obligaciones derivados del contrato, sin haberlos cedido o traspasado.*

CASACIÓN: NECESIDAD DE PRECISAR EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Es inviable el motivo de casación en que se cita la infracción de una norma sin señalar el "concepto" en que se la reputa infringida y no se precisan ni concretan las cuestiones en que se sustenta el vicio denunciado.* [S. de 28 de abril de 1971; no ha lugar.]

17. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA EN EL ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: HEREDERO VOLUNTARIO O FORZOSO: *La doctrina jurisprudencial es constante y uniforme en precisar que la Ley habla de heredero en general, sin distinguir, ni mucho menos restringir, el concepto al llamado heredero forzoso, apoyando esta interpretación en el principio general de derecho a cuyo tenor "uni lex non distinguit, nec nos distinguere debemus".* [S. de 19 de enero de 1971; no ha lugar.]

18. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EN EL DERECHO DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: NATURALEZA JURÍDICA: *Por el hecho de la muerte del arrendatario de local de negocio, le sustituyen en todos sus derechos los que sean sus herederos o, en su caso, socios, sin que ello implique derecho sucesorio en la forma que prevé el artículo 657 y concordantes del C. c., sino una prerrogativa otorgada por la Ley especial de arrendamientos en favor de aquéllos, en defensa y reconocimiento de un patrimonio comercial.*

EXCLUSIÓN DE LOS LEGATARIOS DE LA SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EN EL ARRIENDO: *Por el carácter excepcional del artículo 60 de la LAU, ha de ser interpretado respectivamente a fin de no aplicarse a personas ni circunstancias distintas a las que están clara e inequívocamente comprendidas en sus términos y, por ello, los legatarios del difunto arrendatario no están facultados para subrogarse en los derechos arrendaticios.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *Es causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación, el planteamiento de cuestiones nuevas.* [S. de 23 de febrero de 1971; no ha lugar.]

19. TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO ARRENDATICIO DE LOCAL DE NEGOCIO: NATURALEZA JURÍDICA: NO ES UNA SUCESIÓN MORTIS CAUSA EN SENTIDO PROPIO: *Según tiene repetidamente declarado la Sala I, la situación jurídica de arrendatario no puede ser objeto de sucesión "mortis causa" y lo que hace el artículo 60 de la LAU es conferir un derecho de subrogación a las personas que señala, heredero o socio, a quienes por razón de interés público o colectivo ha creído prudente o preciso conceder ese privilegio, que regula según normas de derecho necesario, viniendo a constituir, por tanto, una facultad legal de carácter originario, de la que es titular el heredero o socio del arrendatario, sustraída a la autonomía de la voluntad de este último, caracteres que, de admitirse la tesis de la recurrente —de que es renunciable la subrogación "mortis causa"— podría resultar desconocido, atribuyendo al arrendatario el poder de disposición sobre una facultad de la que no es titular y que no forma parte integrante de su acervo patrimonial.*

CUESTIONES NUEVAS: *Procede la inadmisión y en su caso la desestimación del recurso basado en cuestiones nuevas, no suscitadas en la instancia. [S. de 5 de marzo de 1971; no ha lugar.]*

NECESIDAD DE OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA ARRENDADA: UBICACIÓN PELIGROSA DEL ACTUAL DOMICILIO DEL ARRENDADOR: *Para llegar al resultado que se impugna en este trámite, de estimación jurídica del número 1 del artículo 62, en relación con el 63 y el número 11 del 114, todos ellos de la vigente LAU, la sentencia recurrida parte de la base fáctica de que "... el domicilio de los actores se encuentra situado a más de un kilómetro del centro urbano, en despoblado, sin servicios públicos ... para atender a las exigencias materiales y espirituales de sus moradores y ... para desplazarse a la población en que puedan satisfacer esas exigencias ineludibles del cotidiano vivir ... tienen que utilizar la calzada de la carretera, de una extraordinaria densidad de circulación ... que la sitúa entre las de más tráfico de la Nación, sin poder servirse, en gran parte del trayecto, de aceras, arcenes o cumetas que los ponga a cubierto o disminuyan los peligros que la Alcaldía puso en conocimiento de la autoridad competente, y confirmó trágicamente la muerte por atropello del padre del actor, al cruzar la carretera en las proximidades de su casa, datos de hecho suficientemente demostrativos de que en el presente caso no se alega algo meramente cómodo o superfluo, sino auténticamente necesario, superior, por tanto, a la simple conveniencia que justifica la denegación de la prórroga del arrendamiento de la vivienda a que se refieren las presentes actuaciones"; elementos de hecho que, dada su importancia, el recurrente trata de desvirtuar por la vía de la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU, en cuyos motivos se denuncia manifiesto error en la apreciación de la prueba, que se intenta poner de relieve con dos documentos obrantes en los autos y un informe pericial (que también consta acreditado en aquellas documentalmente), ninguno de los cuales sirve para el fin propuesto, puesto que esta pericia se limita a afirmar la existencia de algunas viviendas en el paraje que se dijo era un descampado, que para nada contradice la relación anterior que describe las circunstancias del lugar en que habitaba la familia del arrendador; como tampoco se contradice, dentro de*

aquella, la afirmación del Tribunal "a quo" de que los miembros de dicha familia tenían que acudir a diario a la cercana población por una u otra razón, con el texto del requerimiento, en que notarialmente se comunica la denegación de la prórroga, ... aunque la causa principal del trabajo afectase al padre, fallecido en las circunstancias de que ya se ha hecho mención; ni mucho menos puede decirse que el escrito de la Alcaldía en que se pide la urgente reparación de un tramo de la carretera ... pueda desvirtuar los hechos que se han recogido.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO: PRESUNCIONES: INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR DEFECTO FORMAL: *No puede prosperar el motivo en que, a través de la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU se alega aplicación indebida de los 1.249 y 1.253 del C. c., relativos a las presunciones, no sólo porque el Tribunal "a quo" para llegar a la conclusión que se impugna no utilizó en absoluto la mencionada prueba de presunciones, en cuanto que se redujo a aplicar la que de carácter legal se contiene en el número 2.º del artículo 63 de la Ley locativa especial, por lo que no puede estarse en condiciones de afirmar que se aplicaron indebidamente los referidos preceptos, sino también porque éstos abarcan y comprenden dos vertientes distintas, que el Tribunal Supremo ha tenido buen cuidado en precisar y distinguir de una manera constante y uniforme, en el sentido de que no son susceptibles de una denuncia conjunta por este cauce, pues la alegación respecto del primero de ellos, al afectar estrictamente a los hechos, sólo podía haber tenido como vía adecuada la de la causa 4.ª del propio artículo de la Ley arrendaticia y nunca la que tiene por marco en este caso, confusión que pone de relieve que se ha contravenido la exigencia del último párrafo del artículo 136 de la LAU, en relación con el 1.720 de la LEC, lo que lleva consigo la sanción de inadmisión del número 4 del 1.729 de la propia Ley procesal civil, que en el presente trámite lo es de desestimación; y si se circunscribe al alegato —al ser el único de los dos que se articula correctamente desde el punto de vista formal— al segundo de los preceptos citados, es decir, al artículo 1.253 de nuestro primer Código sustantivo, hubiera sido preciso evidenciar, a tenor de la misma jurisprudencia, que la deducción que el juzgador de instancia lleva a cabo, era ilógica, absurda e irracional.*

DOCTRINA LEGAL: *No puede integrar el concepto de doctrina legal la recogida en una sola Sentencia del Tribunal Supremo. [S. de 5 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

21. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: DISPOSICIÓN DE VIVIENDAS DESOCUPADAS POR PARTE DEL ARRENDATARIO: VALOR DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PROPIEDAD: *Habiéndose probado que el arrendatario ha tenido a su libre disposición, como titular de un derecho real, el goce y disfrute —propiedad— no sólo de una vivienda, sino dos, desocupadas, en el plazo de seis meses anteriores a la fecha de la presentación de la demanda, carece de eficacia la alegación del arrendatario de que no se ha probado de adverso la práctica de la división del edificio y de su atribución de los referidos pisos o viviendas, porque el otorgamiento de la escritura pública no es constitutivo del derecho de propiedad.*

ERROR DE HECHO: *Las prueba documental y pericial son las únicas actas para acreditar el error de hecho, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo. [S. de 2 de marzo de 1971; no ha lugar.]*

22. **RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CIERRE DEL LOCAL: CONCEPTO:** *Ya tiene establecido el T. S. en repetidas resoluciones (27 de junio de 1964 y 26 de marzo de 1965, entre otras) que basta para que pierda el arrendatario la razón de ser de la protección que la Ley le otorga, con que esté cerrado al público lo que debe estar abierto para su servicio, o con que cese la actividad de producción o de negocio por abandono y no utilización durante un lapso de tiempo que exceda del que la Ley señala.*

CIERRE DEL LOCAL: DURACIÓN: *Es inconsistente una pretendida infracción del número 3.º del artículo 62 de la LAU por no decirse en la sentencia el tiempo que ha permanecido cerrado el local, porque al situar la sentencia el caso litigioso en el presupuesto de hecho que prevé el citado artículo 62, queda fuera de toda duda, que reconoce que el local ha permanecido inactivo durante el tiempo que la ley señala—Sentencia de 9 de mayo de 1961, entre otras—.*

ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El documento que no tenga otro carácter que el de mera expresión testifical, nunca puede revestir la condición de prueba documental que exige la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU, para fundamentar un recurso.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: VALOR: *Una mera presunción justificativa del abandono del local, no tiene efecto decisivo frente a una total apreciación de la prueba por vía directa. [S. de 22 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

23. **RESOLUCIÓN POR CIERRE DE LOCAL: CAMBIO DE ACTIVIDADES:** *Si lo arrendado fue una fábrica de pan y ambas partes están conformes en que la fábrica se trasladó a otro local, cesando en la producción del mismo, en el local de autos, debe estimarse cerrado el negocio explotado y procedente la resolución, sin que a ello obsten las actividades puramente accesorias —venta de pan— que se llevan a efecto en lo arrendado. [S. de 22 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: Constituye esta Sentencia una muestra más de la tónica extensiva del T. S. en la aplicación de las causas resolutorias de arriendo, tan extensiva que difícilmente puede conciliarse con la letra y con el espíritu de la LAU. En efecto, si tanto la industria como el comercio son actividades propias del local de negocio *stricto sensu* y si en el comercio se da más aún que en la industria la característica de apertura al público, no se advierte cómo puede hablarse de cierre de un local de negocio cuando lo que se da en él es simplemente un cambio del tipo de actividad negocial desarrollada en el mismo. Con la peligrosa tesis mantenida en la Sentencia se llegará a la conclusión de que el cambio de clase de comercio o industria desarrollado en un local es causa de denegación de prórroga, pues con arreglo a la misma, cabrá hablar de "cierre" del antiguo negocio, previo a la apertura del nuevo.

24. RESOLUCIÓN POR CIERRE: ERROR DE HECHO: *Las notas de entrega de mercaderías a clientes y las de recepción no suponen documentos en la acepción jurídica de esta palabra, sino manifestaciones testificales hechas constar por escrito; no es incompatible tener señalado el domicilio social en un local, con el cierre del mismo al público durante más de seis meses.* [S. de 15 de febrero de 1971; no ha lugar.]

25. CIERRE DE LOCAL: JUSTA CAUSA: APRECIACIÓN: *Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de exigirse en esta materia de "justa causa" de cierre de un establecimiento comercial, que esta circunstancia obedezca a motivos total y absolutamente ajenos a la voluntad dolosa o negligente del arrendatario, exigiéndole la prueba de que hizo lo posible para proseguir la actividad comercial que hiciera factible el mantenimiento del local abierto, cumpliendo con ello, no sólo el interés pactado, sino también el interés social y el patrimonial del arrendador—Sentencia del 12 de marzo de 1969, entre otras—; siendo labor de los Tribunales de instancia la apreciación o no de la concurrencia de la "justa causa".* [S. de 8 de mayo de 1971; no ha lugar.]

26. RESOLUCIÓN POR CIERRE INJUSTIFICADO: *No justifican el cierre del local ni las diferencias denunciadas entre el local entregado y el que, a juicio del arrendatario, se había debido reservar ni la expectativa de un posible litigio.* [S. de 27 de febrero de 1971; no ha lugar.]

27. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA DEMOLICIÓN Y SUBSIGUIENTE REEDIFICACIÓN: OPCIÓN ENTRE RESOLUCIÓN Y RETORNO: RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO DE CONTRATO AFECTO A TAL DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *Basta la lectura de las SS. del T. S. de 25 enero 1956 y 28 junio 1961, en las que se establece que en el caso de derribo para la reconstrucción de la finca se concederá al arrendatario una opción entre la resolución contractual y el derecho a ocupar nuevo local por el mismo título de arrendamiento, para desvirtuar la tesis de que al derribarse el inmueble se extingue el arrendamiento por pérdida de la cosa arrendada y de que al no existir el arriendo no puede declararse la resolución del mismo por subarriendo.* [S. de 26 de diciembre de 1970; no ha lugar.]

28. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: NOTIFICACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN GUBERNATIVA: *La necesidad de notificar al arrendatario la autorización gubernativa concedida para la demolición del inmueble tiene como finalidad la de otorgar un plazo a los ocupantes de aquél para que se instalen en otra vivienda en espera de ocupar la de nueva construcción; la LAU no exige que tal modificación se efectúe en forma determinada y no impone al arrendador que la notificación la realice personalmente, ya que la notificación puede llevarse a cabo por conducto de un mandatario, aunque el mandato sea conferido verbalmente.* [S. de 29 de diciembre de 1970; no ha lugar.]

29. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: DERECHO DE RETORNO: REQUISITO DE DESALOJO EN EL PLAZO LEGAL: *Es reiteradísima la doctrina de la*

Sala I, según la cual, para que tenga el derecho de retorno es preciso que se haya desalojado el local dentro del año siguiente al requerimiento-notificación denegatoria de prórroga. Si la entrega de las llaves por el arrendatario al arrendador se produjo pasada la nulidad de referencia, el primero carece de derecho de retorno. [S. de 4 de diciembre de 1970; no ha lugar.]

30. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: DERECHO DE RETORNO: RETRASO DEL ARRENDADOR EN LA NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 82 LAU: *El retraso de unos meses en la práctica de la notificación a que hace referencia el núm. 1 del artículo 82 de la LAU, no supone, en modo alguno, incumplimiento de la obligación de reserva, sino simplemente retardo, y así viene a deducirse el texto del último párrafo del artículo 89 LAU.*

INJUSTICIA NOTORIA: PRESUNCIONES: *El hecho en que se basa la presunción ha de atacarse por la causa 4.ª de injusticia notoria—error de hecho—y no por la tercera—error de derecho—. [S. de 27 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

NOTA: La sentencia de instancia había declarado probado que el retraso del propietario de unos meses sobre el plazo fijado por el Gobierno civil para la reconstrucción, se debió a justa causa.

31. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA PARA REEDIFICAR: EXISTENCIA DE PLURALIDAD DE ARRENDATARIOS: REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: *En el supuesto de ser varios los ocupantes, como ninguno de ellos está obligado a desalojar su local o vivienda en un día fijo y determinado—dentro del plazo que para ello se le concede—es imposible señalar de antemano la fecha en que va a quedar totalmente desocupado el edificio, pues ello depende del acto volitivo de cada uno de los ocupantes o del medio legal que cada uno haya usado para garantizar su derecho de retorno. El arrendador dispone de unos plazos prudenciales para ir realizando los diversos requerimientos a sus arrendatarios o inquilinos y sólo cuando se demuestre que ha procedido de manera maliciosa o abusiva verificando tardíamente algún requerimiento podrá reputarse que ha incumplido los preceptos legales. [S. de 5 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

En la Sentencia se rechaza la tesis del recurso, según la cual los requerimientos, en caso de pluralidad de arrendatario, deberían ser conjuntos y el plazo igualmente conjunto.

32. RESOLUCIÓN DE ARRENDATARIO POR SUPUESTA CESIÓN: EJERCICIO DEL COMERCIO POR REPRESENTANTE: *No procede la resolución del arriendo, si la persona que está al frente del negocio es un representante del arrendatario, y no un tercero introducido en el local para administrarlo por cuenta propia. [S. de 21 de enero de 1971; no ha lugar.]*

33. RESOLUCIÓN POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL LOCAL ARRENDADO: COLABORACIÓN FAMILIAR O ASOCIACIÓN IRREGULAR: *Si bien la jurisprudencia, en múltiples sentencias, ante la dificultad de obtener una prueba directa y circunstanciada de hechos que, normalmente, por ser ilícitos, se desenvuel-*

ven en la clandestinidad, ha considerado bastante la prueba de presunciones, ha sido partiendo de hechos de significado y relación causal indiscutible, lo que no ocurre en el caso en que el hecho aparece rodeado de circunstancias que permiten al Tribunal "a quo" afirmar que la presencia del tercero en el local litigioso no aparece demostrado en autos que lo sea en provecho propio, debiendo atribuirse a la ayuda que presta al titular en razón del parentesco que les une, sin necesidad de recurrir a la existencia de una sociedad irregular, pues basta para explicarla una simple colaboración familiar irrelevante a efectos de implicar una modificación arrendaticia, deducción que se ajusta a las reglas del criterio humano. [S. de 19 de febrero de 1971; no ha lugar.]

34. RESOLUCIÓN POR TRASPASO O SUBARRIENDO: PRUEBA: CAMBIO DE TITULARIDAD FISCAL: *Si bien el régimen fiscal no atribuye, por sí, título de dominio, si constituye un dato para presumir la cesión, cuando existen otras circunstancias, tales como las certificaciones municipales y otras pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal de Instancia acreditativas de que el arrendatario no continúa como usuario del local.*

PRESUNCIONES: *La prueba indirecta de presunciones es suficiente y la más indicada para poder acreditar el subarriendo o traspaso inconstituido de la vivienda o local de negocio, porque constituyendo uno y otro causas resolutorias del contrato de arrendamiento, los contratantes tienen interés en ocultarlos. [S. de 16 de marzo de 1971; no ha lugar.]*

35. RESOLUCIÓN POR CESIÓN DE LOCAL DE NEGOCIO DE MADRE A HIJA: *No es ilógica, arbitraria o absurda la presunción de cesión deducida del hecho de que, figurando el arrendatario a nombre de la madre, aparezca la documentación del negocio, desde hace varios años, a nombre de la hija, que es administrativamente la exclusiva dueña del negocio y la que actúa como comerciante. [S. de 26 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

36. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: INTERPRETACIÓN DE PACTO PERMISIVO DE CESIÓN: *La cláusula contractual por la que se autoriza al arrendatario para que, si le interesa para la mejor explotación del negocio, pueda constituir una compañía mercantil, domiciliar ésta y desarrollarla en el local arrendado, no supone limitación alguna en cuanto a la clase de compañía que se constituya, facultad que supone una autorización de cambio o mutación del ocupante, puesto que, en todo caso, se sustituiría una persona física por una persona jurídica. [S. de 15 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

37. RESOLUCIÓN POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN LA COSA ARRENDADA: EJERCICIO DE INDUSTRIA INDEPENDIENTE EN EL LOCAL ARRENDADO POR EL HERMANO DEL ARRENDATARIO: *Considerando que si en el local arrendado, un hermano del arrendatario, ejerce, con carácter de trabajador por cuenta propia, una industria de herraje de solípedos, de la que es considerado a todos los efectos como dueño, tal hecho entraña una causa resolutoria. [S. de 4 febrero de 1971; no ha lugar.]*

38. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR SUBARRIENDO O TRASPASO: PRUEBA DE PRESUNIONES: *En los procesos sobre resolución por subarriendo o traspaso suelen ser las presunciones "hominis" las más idóneas entre las pruebas utilizables.* [S. de 16 de febrero de 1971; no ha lugar.]

39. RESOLUCIÓN POR SUPUESTO TRASPASO ILÍCITO DE LOCAL DE NEGOCIO: CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD POR LOS ARRENDATARIOS INDIVIDUALES: *Si en el contrato de arrendamiento no se hubiera escrito, antes de la firma de los arrendatarios, la razón social del ente colectivo que se constituyó un mes y tres días después de otorgarse el contrato de arriendo, es indudable que tal constitución implicaría la constitución de una sociedad, o sea, la introducción de un tercero en la cosa arrendada; pero tal mención pone de relieve que nada más lejos de la voluntad de los arrendatarios que ocultar la constitución de la sociedad que se constituyó después, sin que en la fecha de la celebración del arriendo tuviera personalidad para actuar como único arrendatario.* [S. de 1 de diciembre de 1970; no ha lugar.]

NOTA: Las dos sentencias de instancia y la Sala I del Tribunal Supremo desestimaron la demanda resolutoria por traspaso ilegal por entender que no existía traspaso ilícito.

40. INEXISTENCIA, SEGÚN EL T. S., DE CONSENTIMIENTO TÁCITO DEL TRASPASO: CONOCIMIENTO NO EQUIVALE A CONSENTIMIENTO: *Infringe la norma del Código Civil sobre presunciones la sentencia de instancia que del hecho del conocimiento por el arrendador de la existencia, al frente del negocio, de un hermano del arrendatario y de que el primero autorizara la realización de obras en el local, deduce el consentimiento de la cesión, ya que no basta el acto inteligible del conocimiento para vincular, sino que es preciso, para que el consentimiento exista, una manifestación adecuada de voluntad.* [S. de 19 de diciembre de 1970; ha lugar.]

NOTA: Según los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, el arriendo se había celebrado el año 1951, desde el 1952 el hermano estaba al frente del negocio instalado en el local, en 1954 se dio la autorización para realizar obras y el año 1955 se produjo el cambio de titularidad fiscal; la sentencia de primera instancia se dictó el año 1969.

41. SUSTITUCIÓN DEL ARRENDATARIO POR UN TERCERO: *Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que determina la resolución del contrato de arrendamiento, en cuanto a la causa 2.ª del artículo 114 de la LAU, en relación con la 5.ª, es la sustitución del arrendatario por un tercero, sea éste persona física o jurídica, en el goce o uso del local arrendado, sin haber dado cumplimiento a los requisitos que la Ley previene para su validez y sin que, al respecto, sea necesario precisar si tal sustitución constituye una cesión, traspaso o subarriendo, ya que la demostración de los elementos que constituyen cada una de las esas figuras contractuales no sería posible en la mayoría de los casos para el arrendador, dado el interés que tienen los que lo celebran en ocultarlos, obrando en la clandestinidad, doctrina que también se refleja en el aspecto probatorio, dada la notoria dificultad*

y corrientemente la imposibilidad de aportar una prueba directa sobre una contratación irregular, frecuentemente encubierta bajo simples apariencias legales. [S. de 6 de marzo de 1971; no ha lugar.]

42. REALIZACIÓN DE OBRAS: AUTORIZACIÓN AMPLIA EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *No pueden suponer causa de resolución del contrato de arrendamiento la realización de ciertas obras que modifican la configuración (como abrir una puerta y perforar el muro para instalar un extractor), cuando en el contrato suscrito se contiene una cláusula en la que se afirma que mientras subsista el arrendamiento, podrá el arrendatario efectuar obras en el local arrendado, siempre que no afecten a la fábrica fundamental del edificio y no debiliten su resistencia y la de los materiales empleados en ella, cuya cláusula supone una amplia autorización que no tiene limitación en el tiempo, y en cuanto al espacio, local u objeto arrendado, solamente en la afección a la fábrica fundamental, se refiere la resistencia de los materiales; aspecto temporal no sobrepasado y aspecto espacial y físico éste, que de la prueba practicada no se desprende que tampoco lo haya sido, pues de la misma se deduce que la comunicación autorizada no afecta a la estructura fundamental de la fábrica, que permanece inalterada, ni debilita la resistencia de los materiales del edificio.* (En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de Segunda Instancia.) [S. de 25 de febrero de 1971; no ha lugar.]

43. AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR OBRAS: NATURALEZA: *Por regla general, la autorización del arrendador para que pueda realizar obras el arrendatario, no se puede calificar de contrato, ya que sólo contiene una declaración unilateral de voluntad.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *El artículo 1.281 del C. c. y los demás del mismo Capítulo, se refieren a la interpretación de los contratos, y por ello, la finalidad de los mismos es la de determinar la verdadera intención de las partes contratantes.*

ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTOS: *Los documentos tendentes a justificar el error han de revelarlo por sí mismos, sin necesidad de interpretaciones y por la simple lectura de ellos —Sentencias de 13 de febrero de 1960 y 17 de enero de 1964, entre otras—. [S. de 27 noviembre de 1970; no ha lugar.]*

44. CESIÓN PROVISIONAL DE UN LOCAL AL ARRENDATARIO POR OBRAS GENERALES DE REPARACIÓN: CONSENTIMIENTO IMPLÍCITO DE OBRAS: *En el presente caso, por conveniencia del arrendador, el arrendatario le cedió una parte de la cosa arrendada, compensándose con otra, de nueva extensión, mientras durasen las obras, y para arreglar la cosa con ánimo de que sirviese para su destino hizo obras, tanto en la parte cedida como en la anteriormente arrendada, obras contra las que el arrendador ejerció la acción resolutoria del contrato; si se parte de que se va a habilitar un local mientras duren las obras, es lógico que esa autorización facilite el desarrollo normal del negocio,*

con el mismo carácter provisional, para lo que ha de suponer el consentimiento implícito del arrendador, lo que imposibilita a éste para ejercitar la acción resolutoria del contrato. [S. de 22 de febrero de 1971; ha lugar.]

45. OBRAS: AUTORIZACIÓN DEL ANTERIOR PROPIETARIO: *Mediando la autorización expresa, y no derogada, del anterior propietario, para realizar las obras que se efectuaron, no tenía por qué aplicarse la indicada causa de resolución contractual.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *Siendo claro el contenido de un pacto contractual, la labor del intérprete ha de limitarse a aplicarlo, sin necesidad de utilizar el mecanismo de la interpretación, puesto que "in claris non fit interpretatio". [S. de 3 de mayo de 1971; no ha lugar.]*

46. OBRAS DE ADAPTACIÓN: PRESUNCIÓN: *Cuando se arrienda una finca, contigua a otra anteriormente arrendada, y siendo el destino o el propósito (según la sentencia recurrida) la ampliación del negocio que ya venía funcionando, parece lógica la autorización de las obras tendentes al servicio de esta finalidad unitaria.*

AUTORIZACIÓN DE OBRAS: MANDATO VERBAL: FACULTADES DEL ADMINISTRADOR DE LA FINCA: *Como recordaba el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de octubre de 1965, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la vigente LAU, "el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la misma se acomodarán a las reglas de la buena fe; y esta última hace presumir, particularmente en materia arrendaticia y según costumbre generalizada que quien ostentando una representación del propietario concierne un negocio jurídico tan fundamental como el propio contrato de arrendamiento, está expresamente facultado para concretar todo su contenido obligacional cuando en el mismo no se establecen limitaciones, y esto sin exigirle al mandatario en cada caso la justificación documental, porque conforme al artículo 1710 del C. c., el mandato expreso para aquellas cosas que lo requieran puede haberse concedido de palabra".*

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO: OBRAS QUE DEBILITAN LA CONSTRUCCIÓN: *Cuando el motivo se funda en que las obras realizadas debilitan la naturaleza y resistencia de los materiales, se está ante una cuestión de hecho que ha de discutirse, no por la causa 3.ª, sino por la 4.ª del artículo 136 de la LAU y utilizando los medios exigidos por la misma. [S. de 6 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

47. OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACION: AUTORIZACION DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL DE LA HERENCIA: *Es causa de resolución del contrato de arrendamiento, por efectuar obras in consentidas, cuando queda acreditado que el arrendatario conocía que el Administrador-arrendador carecía de facultades para autorizar la realización de las obras efectuadas.*

CONGRUENCIA: *La congruencia implica adecuación entre el fallo y la demanda, pretensiones oportunamente deducidas en el pleito y no en los Considerandos.*

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO: ACUMULACIÓN DE INFRACCIONES: *Acumular en un sólo motivo varias infracciones, basadas en conceptos diversos, origina el confusioñismo consiguiente, opuesto a la claridad que requiere la técnica del recurso de injusticia notoria, lo que constituye causa de inadmisión y en éste trámite de desestimación. [S. de 29 de enero de 1971; no ha lugar.]*

48. **OBRAS DE ADAPTACIÓN:** *La adaptación sólo es aplicable al comienzo del contrato, para la puesta en marcha del negocio.*

MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: CONSTRUCCIÓN DE UN LAVABO: *Siendo la variación de la configuración todo en la forma del espacio o recinto comprendido dentro de los límites del local, según reiterada doctrina, no puede negarse que la construcción de un lavabo de dos metros cuadrados, con sus desagües y demás elementos, supone cambio en la forma del local arrendado. [S. 15 de marzo de 1971; no ha lugar.]*

49. **OBRAS DE ADAPTACIÓN: CONCEPTO:** *Las obras de adaptación sólo son las realizadas al comienzo del contrato, a la puesta en marcha del negocio, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo.*

OBRAS INCONSENTIDAS: MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: AMPLIACIÓN DE UN ESCAPARATE: *La ampliación de un escaparate, sin autorización del propietario, determina la resolución del contrato de arrendamiento, pues varía la configuración del local por el mayor espacio ocupado respecto al que existía. [S. de 4 de diciembre de 1970; ha lugar.]*

50. **OBRAS INCONSENTIDAS: APERTURA DE UNA PUERTA:** *Es causa de resolución del contrato, por modificar la configuración del local, la apertura de una puerta que comunica el local arrendado con otro propiedad del arrendatario.*

AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR OBRAS: PRUEBA: *A la parte demandada le corresponde probar, conforme al artículo 1.214 del C. c., la certeza de la autorización verbal que opone a la demanda.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: INADMISIÓN: *Cuando el recurrente no cita el concepto de la infracción del artículo 1.253 del C. c. en que se basa, que había de serlo por alguno de los establecidos en el núm. 1.º del artículo 1.692 de la LEC, se incurre en la infracción del artículo 1.720 de la Ley procesal civil, en relación con el núm. 4.º del artículo 1.729 de dicho texto legal, lo que conforme a la doctrina de esta Sala constituye causa de inadmisión, que en trance decisorio se convierte en causa de desestimación. [S. de 26 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

51. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: OBRAS INCONSENTIDAS: CONSTRUCCIÓN DE UNA CABINA SIN CIMIENTOS: *La obra que consiste en la construcción de una cabina (de unos tres metros cuadrados de superficie), construída en el patio interior de los locales arrendados, estando hecha de tabicón de ladrillo con mortero de cemento, cubierta de teja plana y cierres de carpintería de madera y vidrio, según dictamen pericial, es una construcción que no es susceptible de ser retirada y trasladada sin destruirla por estar adherida al suelo y a las paredes laterales "en forma definitiva e inamovible", aunque carezca de cimentación, todo lo que viene a implicar una variación de la forma y estructura del local, que no puede menos de afectar a su configuración con ese aditamento, tratándose, sin duda, de un cambio visible y ostensible que no puede calificarse, dadas las características de la obra, su adherencia y los materiales con que está hecha, apriorísticamente, de meramente accidental o de simple detalle, afirmación que tampoco es un hecho en sí misma, sino una calificación o juicio que hace el Juzgador y que debe establecerse teniendo presente la naturaleza y condiciones de la edificación referida y también la finalidad de esa obra que no aparece consentida, ni estipulada, sin que pueda reputarse factor decisivo el que no sea de gran entidad, en relación con el conjunto arrendado, la edificación expresada.*

OBRAS INCONSENTIDAS: FALTA DE VOLUNTAD DEL DUEÑO: *Cuando se realizan unas obras sin contar con la autorización del arrendador se incide en un motivo de resolución contractual, máxime si se tiene presente el 2.º párrafo de la causa 7.ª del artículo 114 de la LAU vigente (coincidente con el mismo párrafo de la Ley anterior), así como el párrafo 3.º añadido por la Ley actual, cuyo texto entró en vigor el 1 de enero de 1965, y ello en el caso de que se tratara de unas obras de escasas cuantía económica, o para mejora de instalaciones o servicios, adaptándolos a las necesidades del negocio; mas lo que no es admisible, por no permitirlo la Ley, es la ilícita voluntad constructiva en cosa ajena, sin contar con la voluntad del dueño e infringiendo un precepto prohibitivo. [S. de 3 febrero de 1971; ha lugar.]*

52. OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN TABIQUES: *Para que pueda existir resolución del contrato de arrendamiento es necesario que se produzca el derribo de un tabique de mampostería y no de una mampara sin sujeción. es decir, no incorporada de modo inseparable al edificio.*

ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DEMOSTRACIÓN: *El actor (recurrente) es el obligado a probar suficientemente los hechos constitutivos de su acción, y no puede en este momento procesal (recurso de injusticia notoria) fundar su recurso más que demostrando por los medios autorizados en el núm. 4 del artículo 136 de la LAU, el error en la apreciación de la prueba, señalando documentos o pericias de los que el error resulte evidente. [S. de 4 de marzo de 1971; no ha lugar.]*

53. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: CESACIÓN DE ACTIVIDAD PROPIA DE AGENTE COMERCIAL Y DEDICACIÓN EXCLUSIVA A VIVIENDA: *Es obvio que al cesar en el local el arrendatario en el ejercicio de la actividad de Agente Comercial y seguir*

ocupando el local arrendado con destino exclusivo a vivienda, se ha verificado una transformación de la cosa arrendada (sic), convirtiendo el uso accesorio de ésta, cual era el de vivienda, en destino único.

DERECHO INTERTEMPORAL DE LA LAU: RETROACTIVIDAD MÍNIMA DE LA 1.ª: *La doctrina de esta Sala—1.ª del T. S.—viene declarando con reiteración que la forma de retroactividad querida por el legislador en la disposición transitoria 1.ª de la LAU es la de grado mínimo o atenuada, de tal modo que solamente los efectos producidos por los contratos—cualquiera que sea su fecha con posterioridad, habrán de regirse por sus preceptos. [S. de 30 de enero de 1971; no ha lugar.]*

54. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR ACTIVIDADES INMORALES: INTRASCENDENCIA DE UN HECHO AISLADO: *Si bien es cierto que la aplicación de la causa resolutoria por actividades inmorales, no requiere la habitualidad en los actos cometidos, también lo es que el precepto legal no enjuicio un hecho determinado y concreto, sino que contempla las actividades que tengan lugar en el interior de la vivienda o local de negocio que impliquen alguna mayor o menor continuidad o permanencia en la realización de los actos singulares propios de tales actividades, lo que no ocurre cuando se trata de un hecho aislado o esporádico como es el de autos, consistente en la comisión, en el interior del local arrendado—un bar—de una estafa por un camarero del mismo—yerno del arrendatario—, de acuerdo con una camarera y con un cliente del establecimiento.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: FALTA DE CLARIDAD EN EL RECURSO: *Es defectuoso el recurso en que se citan global e indiscriminadamente varios preceptos legales reguladores de supuestos distintos e incluso incompatibles entre sí. [S. de 22 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

55. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR ACTIVIDADES INMORALES: EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN: *Declarado probado que en el local arrendado, cuyo destino había de ser el de pensión o casa de huéspedes, tres mujeres alojadas en la misma se venían dedicando a la prostitución, recibiendo en la pensión a los hombres con los que tenían trato carnal con el consentimiento del encargado de la industria, lo que causó entre las demás personas ocupantes y en la propia vecindad la natural reprobación, procede la aplicación de la causa resolutoria 8.ª del artículo 114 de la LAU.*

ABUSO DE DERECHO: EJERCICIO DE DERECHO RECONOCIDO EN LA LEY: *Es reiteradísima la doctrina de la Sala I, en el sentido de que el ejercicio de una acción con base a un precepto legal, a través del procedimiento señalado por la Ley para la efectividad de un derecho, cuando media un interés perfectamente lícito y se encamina al logro de una pretensión verdaderamente normal, no implica abuso de derecho.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *Es causa de inadmisión y desestimación la falta de concreción del concepto de la infracción. [S. de 13 abril de 1971; no ha lugar.]*

56. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CAUSA DE NECESIDAD SOCIAL: *Si el local objeto del juicio destinado inicialmente a hogar familiar, que tanto quiere decir como morada, casa habitación u hogar doméstico, se ha dedicado luego, de modo exclusivo, a local de negocio, ello es causa de desahucio con arreglo a la disposición adicional primera de la LAU.*

INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *La impugnación de la apreciación del material probatorio realizada por el Tribunal "a quo" sólo puede realizarse por la vía del error de derecho. [S. de 26 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

V. Derecho de familia.

1. RECONOCIMIENTO FORZOSO DE FILIACIÓN NATURAL: ESCRITO INDUBITADO: *La doctrina de esta Sala viene estableciendo reiteradamente que es suficiente el reconocimiento expreso por escrito indubitado del padre, sin que sea preciso aquel aditamento que señala el recurrente en relación con la exigencia de que sea hecho con el deliberado propósito o finalidad directa de tener por hijo al reconocido.*

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: *No existe, aunque en un pleito anterior se declaró la filiación natural paterna de otro hijo, por no concurrir las entidades procesales que la ley exige, al no resultar los mismos demandantes ni demandados, ni existir entre los hermanos de vínculo paterno, verdadera solidaridad. [S. de 27 de enero de 1971; no ha lugar.]*

NOTA: Esta sentencia se alinea en las que abandonando el anterior rigorismo del T. S. interpretan en forma declarativa el requisito del escrito indubitado a los efectos del artículo 135, 1.º, del C. E. (SS. de 30 de abril y 16 de mayo de 1963; 24 de febrero de 1966; 14 de junio de 1967, etc.).

Es decir, que utilizando la terminología que empleamos en nuestro estudio (El reconocimiento incidental de la paternidad natural. ADC. 1968, página 551)—y que en cierto modo recoge esta Sentencia—no es necesario que el escrito indubitado del padre contenga un reconocimiento directo o un reconocimiento-admisión: basta el reconocimiento-confesión aunque sea incidental (J. D. del C.)

2. RECONOCIMIENTO FORZOSO DE FILIACIÓN NATURAL: ESCRITO INDUBITADO: *Es doctrina reiterada que ya no cabe dar al artículo 135 del C. c., núm. 1.º, un sentido riguroso y restrictivo, sino que, abandonando la llamada doctrina de la voluntariedad, debe imperar una interpretación declarativa del antes mentado artículo, por ser ésta la que más se acomoda al propio texto legal.*

RECONOCIMIENTO POR ESCRITO INDUBITADO: *El artículo 135 no prescribe taxativamente la fórmula o modo en que haya de expresarse la paternidad biológica, por lo que es el Tribunal a quo quien tiene la facultad de valorar e interpretar en principio la documentación presentada, a fin de estimar si existió o no confesión de paternidad, y sus apreciaciones sólo pueden ser combatidas por los cauces procesales oportunos.*

RECONOCIMIENTO POR ESCRITO INDUBITADO: CUESTIÓN DE HECHO: *La Sala admite que el demandado se ha reconocido como "culpable del embarazo" de la mujer y "responsable" del mismo, estimándose autor "del daño" causado, cuya "solución" tenía él, afirmando "su participación" en el nacimiento del hijo, debiendo, pues, ser respetadas todas estas apreciaciones concernientes a la demostrada paternidad del demandado. [S. de 11 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: De una forma terminante y decidida, el T. S. se acoge a la llamada teoría declarativa en orden a la interpretación del artículo 135, núm. 1.º, del C. c. (véase también la S. de 27 de enero de 1971, antes extractada).

Especialmente tiene interés esta sentencia porque las cartas del padre, de las que se infería el reconocimiento, sólo abarcaban el tiempo del embarazo de la madre, puesto que el declarado padre natural, en cuanto nació el niño se desentendió por completo de él. Aunque por razones procesales no tenga esta Sentencia necesidad de desarrollar todas las implicaciones de este hecho, resulta clara la tendencia favorable del T. S. para admitir el reconocimiento del *concebido*, que la doctrina general, con alguna discrepancia, acoge en base de los artículos 29 y 644 del C. c. (Vid. Albaladejo: "El reconocimiento de la filiación natural". Bosch, 1954, pág. 154) (J. D del c).

3. RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN NATURAL: SUS MODALIDADES: *En Principio, cual se sostiene en la sentencia de este Tribunal de 14 de junio de 1967, el reconocimiento lo mismo puede inferirse de ciertos actos que han de servir de base a la acción de declaración judicial de esa paternidad, "reconocimiento tácito", que manifiestase a través de la palabra oral o escrita "reconocimiento expreso".*

POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO NATURAL: SUS ELEMENTOS: *Pueden resumirse estos elementos según la doctrina clásica, en los conceptos "nomen, tractatus y fama o reputatio", aunque en el orden probatorio tengan más preponderancia y relieve los dos últimos, ya que se refieren a los requisitos de continuidad y publicidad, si bien en lo que concierne a la fama, lógicamente no cabe exigir que los actos demostrativos de la paternidad natural sean tan ostensibles como en la legítima.*

POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO NATURAL: CUESTIÓN DE HECHO: *Constituye tal posesión de estado una cuestión de hecho sometida a la apreciación judicial, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial, de modo que las afirmaciones "da facto" de la Sala de Instancia deben ser íntegramente respetadas, pues el recurrente no ha combatido la apreciación de tales hechos valiéndose al efecto del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la L. E. C. [S. de 8 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

4. INCONGRUENCIA: DEFECTO DEL RECURSO: *No basta alegar la infracción del artículo 359 de la L. E. C., si no se expresa el concepto en que se estima infringido tal artículo, dado lo dispuesto en el artículo 1.720 de la propia Ley.*

INCONGRUENCIA: *No puede haberla, aun cuando la sentencia no resuelva expresamente una petición, si el fallo es absolutorio, pues la constante jurisprudencia de esta Sala ha declarado que las sentencias absolutorias resuelven todos los problemas planteados.*

ALIMENTOS ENTRE PARIENTES: *Sin perjuicio de la obligación moral que exista, para que surja la obligación legal de alimentos es preciso que en el procedimiento adecuado se determine la necesidad del alimentista, las posibilidades de los obligados a prestarlos y las limitaciones establecidas en el párrafo último del artículo 143 citado.*

ALIMENTOS ENTRE PARIENTES: *No cabe dictar condena sobre su pago anterior a la fecha de la presentación de la demanda, al carecer de efecto retroactivo la obligación de prestar alimentos, conforme a lo dispuesto en el artículo 148 del C. c. [S. de 14 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

VI. Sucesiones.

1. **ALBACEAZGO Y ADMINISTRACIÓN DE LA HERENCIA INDIVISA:** *No puede alegarse la falta de legitimación activa de la actora por extinción del plazo del albaceazgo, cuando la sentencia recurrida afirma aquella legitimación como administradora de los bienes de la estamentaría, en la que aún no se ha procedido a su división y adjudicación.*

HERENCIA INDIVISA: *Supone una suspensión de la titularidad primitiva sobre la masa de bienes y pendiente del paso de ellos a otros sujetos, por lo que en esta situación el patrimonio subsiste como objeto de relaciones jurídicas, y quien ejerza su administración podrá ejecutar las acciones derivadas de la herencia. [S. de 14 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

2. **PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR:** *No existe partición testamentaria realizada por el causante, desde el momento en que éste encargó de realizarla mancomunadamente a tres contadores partidores, si bien con sujeción a ciertas adjudicaciones hechas por él mismo.*

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: *La particular interpretación del recurrente de que el testamento contenía una partición válida no puede prosperar, cuando esta Sala ha reiterado hasta la saciedad que la interpretación es en principio facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación salvo cuando se evidencia que tal interpretación infringe notoriamente alguna de las normas legales de hermenéutica. [S. de 30 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

3. **DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD HEREDITARIA Y CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD COLECTIVA:** *La participación no es la única causa extintiva del estado de proindivisión hereditaria, pues también puede extinguirse al aportarse todos los bienes a una sociedad con personalidad jurídica, y, por tanto, no hay infracción del artículo 1.068 del C. c.*

NATURALEZA DE LA APORTACIÓN SOCIAL: *Aun cuando es discutida en la literatura científica la naturaleza jurídica de la aportación social, lo cierto es que la reiterada doctrina jurisprudencial la concibe como verdadero negocio jurídico transmisivo. [S. de 11 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE VIUDO POR DEUDAS DE LA HERENCIA: *Es doctrina sustentada por esta Sala que, aun cuando el cónyuge viudo ostente la condición de heredero forzoso de su consorte, no por ello responde ultra vires del pago de las deudas existentes contra la herencia, por no disfrutar más que del simple goce temporal de una porción hereditaria.*

INCONGRUENCIA: *Aunque puede darse por falta de concordancia entre los elementos fácticos oportunamente aducidos por los litigantes y los acogidos por los Tribunales, no existe este vicio cuando el Juzgado ha apreciado la realidad y existencia de los hechos invocados.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Carece de virtualidad, a estos efectos, la misma escritura que ha sido objeto de discusión en el pleito y de exégesis en la sentencia que se impugna.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *El Juzgador de instancia no está obligado a utilizarlas para formar su criterio, cuando para ello estima suficiente el examen y valoración de las pruebas aportadas al juicio. [S. de 28 de octubre de 1970; ha lugar.]*

DERECHO PROCESAL.

1. **COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA TERRITORIAL:** *Constando en la correspondiente factura, expedida por el vendedor, que la mercancía fue remitida al comprador, domiciliado en Madrid, en un furgón de aquella empresa, cuyos gastos de transporte fueron naturalmente satisfechos por la misma, y de los que no se reintegró del comprador, ya que no figuran cargados a éste, debe estimarse que la entrega de la cosa vendida tuvo lugar en Madrid y, por tanto, debe decidirse la cuestión a favor del Juzgado de esta capital, en atención a lo dispuesto en la regla 1.ª del artículo 62 de la LEC, en relación con el 1.500 del C. c. y 50 del de Comercio. [S. de 25 de febrero de 1971.]*

2. **CULPA EXTRACONTRACTUAL: COMPETENCIA TERRITORIAL: DOCTRINA GENERAL:** *Normalmente en los casos de acciones fundadas en el artículo 1.902 C. c. rige el fuero del lugar en que se realizaron los hechos.*

COMPETENCIA TERRITORIAL POR RAZON DEL ORGANISMO OBLIGADO AL PAGO: ACCIÓN CONTRA EL FONDO DE GARANTÍA: *La condición del organismo obligado al pago puede influir en la determinación del lugar de la competencia jurisdiccional, y tratándose de una acción fundada en el artículo 15 del Decreto de 21 marzo 1968, teniendo en cuenta que el artículo 9.1 del Decreto-Ley de 3 octubre 1964 dispone que el régimen procesal del Fondo de Garantía de Riesgos de la Circulación, queda equiparado al dispuesto para los Organismos Autónomos, es llano que al establecer el artículo 10 del Decreto-Ley citado que la representación y defensa del Fondo de Garantía, corresponde a los Abogados del*

Estado, igual que tratándose de la Administración Central, nunca podrá entablarse acción contra tal organismo en ciudad en que no exista Abogacía del Estado; y en el presente caso, no existiendo ésta en Cabra, ha de estimarse la competencia del Juzgado de Madrid. [S. de 27 de junio de 1970; competencia.]

3. FORMALIDADES ESENCIALES DEL JUICIO: *Para la viabilidad del recurso por quebrantamiento de las formalidades esenciales de juicio es necesario, según doctrina de esta Sala, que el vicio alegado sea de tal naturaleza que altere el equilibrio que debe existir entre las partes en el proceso, para la resolución imparcial del mismo.*

INEXISTENCIA E INSUFICIENCIA DEL PODER: *Son distintos los efectos de la insuficiencia y de la inexistencia del poder, pues aquélla es causa de inadmisión del escrito con el cual debió ser presentado, mientras que la otra es defecto subsanable en el proceso. [S. de 9 de marzo de 1971; no ha lugar.]*

4. PRUEBA: ACTOS DE PRUEBA PARA MEJOR PROVEER: *La facultad que el artículo 340 de la LEC concede a los Tribunales en materia de pruebas para mejor proveer es tan absoluta, que ni las partes la pueden discutir, ni contra las resoluciones que las acuerdan cabe recurso alguno. [S. de 15 de marzo de 1971; no ha lugar.]*

5. CASACIÓN: COMPETENCIA TERRITORIAL: *Conforme a reiterada jurisprudencia la incompetencia territorial sólo puede dar lugar al recurso por quebrantamiento de forma que autoriza el núm. 6 del artículo 1.693 de la LEC.*

CASACIÓN: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, documentos auténticos, a efectos de casación, son aquellos que por sí mismos hacen prueba de su contenido, sin necesidad de deducciones, analogías, interpretaciones o hipótesis, contradiciendo textual y claramente lo afirmado por la Sala sentenciadora. No tiene el carácter de documento auténtico el "Considerando" de una sentencia dictada en otro pleito, ni un informe de un Secretario técnico de la Delegación Providencial de Abastecimientos que se tuvo en cuenta en la sentencia recurrida.*

CASACIÓN: PRUEBA TESTIFICAL: *La apreciación de la prueba testifical es de la incumbencia exclusiva del Tribunal de instancia y no puede constituir documento auténtico a efectos de casación. [S. de 1 de abril de 1971; no ha lugar.]*

6. RECURSO DE CASACIÓN: RESPETO A LOS HECHOS FIJADOS POR EL ORGANO DE INSTANCIA: *No cabe en casación que el recurrente haga supuesto de la cuestión y pretenda que su personal e interesado criterio prevalezca sobre el ponderado y objetivo del Juzgador en cuanto a los fundamentos de hecho. [S. de 16 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

7. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: LA RELACIÓN ARRENDATICIA Y LOS SUBARRENDATARIOS: *Según reiterada doctrina del T. S. (Sentencias de 23 de febrero de 1963, 4 de marzo de 1968 y 23 de febrero de 1970, entre otras), la obligación, de carácter estrictamente procesal, establecida en el artículo 148, número 2.º de la LAU, para el inquilino o arrentario, se transmite al subarrendatario, cesionario o cualquier tercero que intervenga en el proceso y ejercite alguna defensa tendente a mantener la vigencia del contrato de arrendamiento o la permanencia en la ocupación de la vivienda o local de negocio de que se trata.*

EL RECURSO DE SÚPLICA Y EL RECURSO DE CASACIÓN: *Conforme a lo prevenido en los artículos 402 y 404 de la LEC, de aplicación a tenor de lo dispuesto en el artículo 151 de la LAU, se da el recurso de casación o, en su caso, el de injusticia notoria, contra el Auto que resuelva el recurso de súplica, cuando tenga el carácter de sentencia definitiva, pero no contra el Auto que fue o debió ser suplicado, y como el (presente) recurso de injusticia notoria se ha interpuesto contra el Auto dictado por una Audiencia Territorial, resolutorio del incidente promovido durante la segunda instancia, Auto contra el que no se ha utilizado el oportuno recurso de súplica, es llano que el de injusticia notoria está incurso en la causa de inadmisión prevista en el núm. 3.º del artículo 1.729 de la LEC, que en esta fase decisoria se convierte en causa de desestimación. [S. de 22 de marzo de 1971; no ha lugar.]*

8. DESAHUCIO: CONGRUENCIA: *Pedido en la demanda el desahucio de la finca con maquinaria y aperos, es incongruente la sentencia que incluye en el objeto del desahucio los animales o semovientes, ya que los mismos no pueden ser confundidos con la maquinaria.*

CASACIÓN: DEFECTO FORMAL POR MEZCLA DE MOTIVOS: *Es causa de inadmisión y en su caso de desestimación el englobar distintos conceptos de infracción respecto a los mismos preceptos legales. [S. de 20 de marzo de 1971; ha lugar.]*

9. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO: ACUMULACIÓN DE INFRACCIONES: *La cita global e indiscriminada de preceptos legales, reguladores de supuestos diferentes, sin que en el desarrollo del motivo se argumenten con la debida separación sobre cómo y por qué han sido infringidos cada uno de ellos, le imprime una falta de precisión y claridad que le hace incurrir en la causa de inadmisión prevista en el número 4.º del artículo 1.729, en relación con el 1.720, ambos de la Ley procesal civil, de aplicación conforme a lo dispuesto en el artículo 150 de la LAU, que en esta fase del recurso (de injusticia notoria) se convierte en causa de desestimación. [S. de 8 de marzo de 1971; no ha lugar.]*

10. INJUSTICIA NOTORIA: INDEBIDA ACUMULACIÓN DE CAUSAS HETEROGÉNEAS: *Es inviable la mezcla de alegaciones sobre cuestiones de hecho y error en la apreciación de la prueba —que debieron plantearse por la causa 4.ª del*

artículo 136 LAU— con cuestiones jurídicas aducibles por la causa elegida —error de derecho—. [S. de 5 de febrero de 1971; no ha lugar.]

11. INJUSTICIA NOTORIA: RECURSO POR INFRACCIÓN DE NORMA, EN QUE SE MEZCLAN CUESTIONES DE DERECHO: *No procede involucrar, en un recurso fundado en la causa 3.ª —error de derecho— cuestiones relativas a la prueba.* [S. de 3 de diciembre de 1970; no ha lugar.]

12. INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA CONTRACTUAL: *Debe desestimarse el recurso interpuesto al amparo de la causa 4.ª —error de hecho— si lo que en el mismo se atacan no son los hechos afirmados por la sentencia recurrida, sino la interpretación que el órgano “a quo” ha dado al contrato de arrendamiento.* [S. de 16 de diciembre de 1970; no ha lugar.]

13. INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe debatir en el recurso una cuestión no suscitada en la instancia.*

INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS EN CASACION: *Conforme reiterada doctrina de la Sala I, la interpretación de los negocios jurídicos es, en principio, privativa del Tribunal de instancia, cuyo criterio debe prevalecer, salvo cuando se evidencia que infringe notoriamente alguna de las normas de hermenéutica, o se demuestra el error del Juzgador al fijar los hechos en que la interpretación se apoya, y por ello siempre que la interpretación sea racional, ha de respetarse en casación, aunque cupiera alguna duda sobre su absoluta exactitud.* [S. de 2 de febrero de 1971; no ha lugar.]

14. LAU: RESOLUCIÓN: APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: *Cuando el juzgador llega a fijar formalmente un hecho en virtud de la apreciación conjunta de todas las pruebas practicadas en el proceso, no cabe desarticularlo ante este Supremo Tribunal tratando de oponer a ella el resultado que ofrece una parte de aquellas pruebas, según la valoración interesada y subjetiva de quien recurre.* [S. de 1 de marzo de 1971; no ha lugar.]

15. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN: PRUEBA PERICIAL: *La Ley de enjuiciamiento civil no contiene norma valorativa de la prueba pericial, cuya apreciación es facultad discrecional del tribuna “a quo”, pues aunque deben tenerse presentes reglas de sana crítica, ni pueden determinarse con carácter absoluto, ni se hallan fijadas concretamente en la Ley o doctrina legal, lo que impide pueda ser objeto de recurso.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA POR MANIFIESTO ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Es doctrina reiterada que, para que pueda prevalecer un recurso al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 LAU, se hace preciso: a) que se determine con la concreción indispensable en qué consiste el error de hecho que se atribuye a la sentencia, es decir, cuál es la afirmación o negación*

contradicha por los documentos invocados o prueba pericial obrante en autos, y b) que esos documentos o prueba pericial revelen de modo manifiesto aquel error, de tal modo que de su simple lectura o informe aparezca sin necesidad de interpretaciones y lejos de todo particular significado, patente y claro lo contrario a la afirmación o negación de la que el juzgador concluyó su fallo. [S. de 11 de mayo 1971; no ha lugar.]

16. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: VALORACIÓN DE LA PRUEBA: TESTIMONIOS: *Los documentos que no tienen más que un simple valor testimonial, no pueden sobreponerse al de los restantes medios de prueba. [S. de 11 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

Suscripción anual: España, 600,— pesetas
Extranjero, 750,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas