

RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN EN TESTAMENTO Y RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS

Julia Ammerman Yebra

y

Mónica García Goldar

Investigadoras predoctorales de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

TITLE: *Recognition of a child in a will and maintenance claims*

RESUMEN: El presente trabajo versa sobre el reconocimiento de hijos no matrimoniales en testamento y las consecuencias que de tal reconocimiento se derivan frente a la herencia del causante. De entre ellas nos centraremos en la obligación de proporcionar alimentos que habría tenido en vida el causante con su hijo, postulando que el acreedor de los alimentos o quienes los satisficieron en el lugar del deudor tienen un derecho de crédito frente a la herencia del causante. Para ello analizaremos tanto la institución del reconocimiento en testamento, como la regulación y la reciente jurisprudencia en materia de alimentos debidos a los hijos menores de edad. Todo ello nos llevará a defender, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, la necesidad de un replanteamiento de la cuestión a la luz de las soluciones ofrecidas en el marco del derecho comparado, a fin de establecer la retroactividad del deber de prestar alimentos a menores.

ABSTRACT: *This paper deals with the recognition in a will of out-of-wedlock children and the consequences concerning the inheritance of the testator. Within those consequences, we will focus on the obligation of providing maintenance the testator would have had with his child when he was alive, defending that the creditor or those who had satisfied the debts in place of the debtor, have a credit right against the testator's inheritance. We will analyze the recognition in a will institution, the recent case law related to children's maintenance, and the regulation in comparative law. That will take us to defend, in accordance with the best interests of the child, the need for an urgent review of our laws in order to establish the retroactive effect in the duty of providing maintenance to children.*

PALABRAS CLAVE: reconocimiento, testamento, filiación, alimentos, menores, retroactividad, deudas de la herencia.

KEY WORDS: *recognition, will, filiation, maintenance, minor children, retroactivity, inheritance debts.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO APTO PARA DECLARACIONES DE TODO TIPO. 2. CARACTERÍSTICAS DEL RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN NO MATRIMONIAL EN TESTAMENTO. 3. REQUISITOS PARA LA EFICACIA Y VALIDEZ DEL RECONOCIMIENTO TESTAMENTARIO DE LA FILIACIÓN. 4. PROBLEMAS QUE EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EN TESTAMENTO PUEDE PLANTEAR. 4.1. *La capacidad para testar es sutilmente diferente a la capacidad para reconocer.* 4.2. *La eficacia post mortem del reconocimiento.* 4.3. *La eficacia limitada del reconocimiento testamentario cuando hay filiación contradictoria.* 4.4. *La irretroactividad de ciertos efectos importantes relativos a la filiación.* 5. LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA COMO EFECTO DEL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EN TESTAMENTO. 5.1. *La obligación alimenticia en general.* 5.2. *Alimentos derivados de la filiación: el deber de los padres hacia sus hijos menores.* 5.3. *La controversia entre el artículo 148 CC y el artículo 39.3 CE. La jurisprudencia del TC y del TS respecto del deber de alimentos a los hijos menores.* 5.4. *Posibilidades de*

reclamación del hijo. 5.4.1. Derecho del hijo menor a reclamar los alimentos que le son debidos. 5.4.2. Acción de resarcimiento de daños *ex artículo* 1101 CC. 5.5. *Derechos de terceros que hayan satisfecho la deuda.* 5.5.1. Pago por tercero y *condictio* de regreso. El artículo 1158 CC *in fine*. 5.5.2. Gestión de alimentos. El artículo 1894.I CC. 5.5.3. Acción de daños del artículo 1902 CC. 6. CONFIGURACIÓN HIPOTÉTICA DE LA DEUDA DE ALIMENTOS A CARGO DE LA HERENCIA EN EL CASO DE RECONOCIMIENTO TESTAMENTARIO DE FILIACIÓN. 7. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: EL TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO APTO PARA DECLARACIONES DE TODO TIPO

El testamento es el único instrumento admitido por el Código Civil español¹ para declarar de manera inequívoca cuáles son nuestros deseos o instrucciones para después de la muerte². Sus orígenes se remontan al Derecho romano, donde se definió

¹ JORDANO BAREA (1999), p. 3. En ciertas normativas autonómicas se admiten otros instrumentos, como los pactos sucesorios, los codicilos o las memorias testamentarias. En concreto, en el País Vasco se admiten los pactos sucesorios (artículo 18 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco). En Cataluña son posibles los codicilos y memorias testamentarias (arts. 421 y ss.) y los pactos sucesorios y donaciones mortis causa (arts. 431 y ss. del Libro IV del Código Civil de Cataluña, Ley 10/2008, de 10 de julio). En Galicia se contempla la validez de los pactos sucesorios en los artículos 209 y ss. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil. En Aragón también se admiten los pactos sucesorios en los artículos 377 y ss. del Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho foral. En Navarra, la Ley 1/1973, de 1 de marzo, de compilación del Derecho civil foral prevé la admisibilidad de los codicilos (ley 194), las memorias testamentarias (leyes 196-198), la donación mortis causa (ley 320), y los pactos sucesorios (ley 172 y ss.). Por último, El Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba la compilación de Derecho civil de las Islas Baleares regula el codicilo (art. 17) y los pactos sucesorios (arts. 72 y ss.) En el marco normativo que establece el Código Civil, los pactos sucesorios no están permitidos (vid. ad ex. art. 816) y a la hora de regular un instrumento válido en el que disponer mortis causa, sólo se menciona el testamento, pues el art. 672 CC expresamente señala que «toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados [...], será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo». A este respecto, DE LAMA AYMÁ (2016), pp. 56 y ss., recoge las dos diversas teorías que se han defendido, a saber: la de aquellos que entienden que las memorias testamentarias han sido prohibidas, y la de aquellos que consideran que la remisión al testamento ológrafo se refiere únicamente en cuanto a la forma exigida de forma tal que las memorias seguirían estando permitidas. CAÑIZARES LASO (2014), p. 826, considera que las cédulas o memorias testamentarias sí serán un instrumento sucesorio válido «cuando por sí mismas constituyan un testamento ológrafo», pero maticemos que, tal y como ha exigido el Tribunal Supremo en la STS de 29 de septiembre de 1956, deberán ser protocolizadas. En esta STS se puede leer «el Código Civil no prohíbe en absoluto las memorias y cédulas testamentarias, como hace con el testamento de mancomún y con el testamento por comisario, [...], pero si bien permite la subsistencia de dichas memorias y cédulas, no es con el carácter y efectos que les daba la antigua jurisprudencia, sino como un nuevo testamento, revestido de todas las formalidades del ológrafo [...]. Es indispensable para la eficacia de las cédulas, papeles privados y memorias testamentarias, que éstas se eleven a instrumento público o se protocolicen...».

² Nos referimos aquí a una declaración genérica o disposición relativa a cuestiones familiares o del patrimonio propio, pues *a sensu contrario* sí existen ciertos instrumentos en los que es posible un concreto mandato o contrato *post mortem*; esto es, un mandato o contrato cuya prestación ha de llevarse a efecto una vez acaecida la muerte. El ejemplo clásico de este tipo de mecanismos es el seguro

como «una justa declaración de nuestra voluntad de aquello que una persona quiere que sea hecho después de su muerte»³; si bien, por aquel entonces las exigencias del negocio testamentario eran más rigurosas que hoy día. En efecto, el testamento nació como negocio en el que necesariamente el causante debía incluir la institución de heredero⁴. Y no sólo eso, sino que «en el *Ius civile*, la *heredis institutio* debía encabezar el testamento de tal forma que las disposiciones que precedieran a la institución de heredero se consideraban nulas»⁵. Este rigorismo inicial está completamente superado, de forma que se admite no sólo toda cláusula testamentaria distinta a la institución de heredero, sino también que el testamento no contemple dicha institución en absoluto⁶.

El testamento, instrumento sucesorio por antonomasia, es definido en el artículo 667 CC como «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos». Del tenor literal del artículo podría interpretarse que el testamento ha de tratarse, necesariamente, de un negocio de carácter dispositivo-patrimonial⁷. Mas esto no es así; la jurisprudencia⁸ y la doctrina⁹ han flexibilizado esta definición un tanto castiza de la ley, y han defendido de manera reiterada la validez de

de deceso mediante el cual, a través del pago de una póliza, se contrata una serie de prestaciones a realizar después de la muerte propia, como puede ser la incineración o sepultura.

³ Traducción de DÍEZ PICAZO (1967), p. 183, de la definición de MODESTINO: *voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit* (D. 2, 1, 1, 1).

⁴ TORRES GARCÍA (1977), p. 28, señala que estas definiciones clásicas se tacharon de incompletas, pues no hacían referencia a la necesidad de la institución de heredero.

⁵ CAÑIZARES LASO (1990), p. 19.

⁶ Nos referimos, una vez más, al Código Civil español, pues por ejemplo, el artículo 423-1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, señala que «el testamento debe contener necesariamente institución de heredero».

⁷ En este sentido, CAÑIZARES LASO (1990), pp. 53 y ss., entiende que este artículo 667 CC se puede interpretar de tres formas distintas: 1) el artículo define de forma vinculante el testamento; 2) el artículo es un precepto enunciativo del normal contenido del testamento, y 3) el artículo es una norma vinculante respecto de la disposición de bienes para después de la muerte.

⁸ Destacan dos sentencias del Tribunal Supremo de la época post-Código Civil, de 6 de julio de 1914 y 8 de julio de 1940, en las que se pone de manifiesto la no pérdida de la naturaleza de testamento en aquel que sea meramente revocatorio. En la última de las sentencias citadas se dice «...de otros preceptos del mismo Código resulta que está equiparado al testamento propiamente dicho, el mero acto revocatorio de un testamento anterior que no supone directamente ninguna disposición sobre los bienes aunque implique disposición de modo indirecto al abrir paso a la sucesión legítima, siempre que se hayan observado en aquél las solemnidades necesarias para testar (art. 738) así como se admite también que puedan consignarse en el testamento disposiciones que no tengan relación directa con los bienes...».

⁹ Los primeros comentaristas del Código Civil criticaron ya desde el principio el encuadramiento del testamento como acto dispositivo. En este sentido, VALVERDE Y VALVERDE (1916), p. 56, entendió que «el legislador tiene un concepto estrecho del testamento, puesto que sólo concibe al testamento como un instrumento de disposición de bienes, siendo así que hay algo más que eso en el testamento, y no es raro que el disponer de la fortuna sea una cosa accidental, siendo lo principal, declaraciones que afecten a la conciencia y al deber moral, como revelaciones de paternidad, reconocimiento de deudas, confesiones religiosas, etc., etc.». Sobre el amplio contenido patrimonial o extrapatrimonial que puede tener el testamento, vid. TORRES GARCÍA (1977), pp. 51 y ss.; OSSORIO MORALES, (2001), p. 23; TORRES GARCÍA/GARCÍA RUBIO, (2014), pp. 53 y ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, (2016), p. 392.

las disposiciones testamentarias de carácter no dispositivo¹⁰. Especial mención requiere la STS de 22 de diciembre de 1964¹¹ en la que se desestimó la nulidad del reconocimiento de filiación en testamento que pedía el recurrente, al entender este que el instrumento otorgado no era en realidad testamento, pues no contenía disposición de bienes para después de su muerte, ni ninguna otra *mortis causa*. El Alto Tribunal consideró que «como quiera que la jurisprudencia viene reconociendo como testamentos aquellos en que expresada la voluntad de testar se determine el reconocimiento de un hijo natural o el nombramiento de tutor, etc., aparece evidente que el de referencia debe calificarse como tal con toda la fuerza que le concede el artículo 741 del Código y no puede prosperar el recurso». De todos modos, y aun cuando la doctrina y la jurisprudencia se mostraban plenamente consolidadas en este sentido, la Ley 11/1981¹² vino a confirmar la admisibilidad del testamento de contenido puramente extrapatrimonial al reformar precisamente el artículo 741 CC que trata sobre el reconocimiento testamentario de la filiación¹³.

Una vez superadas, por tanto, las antiguas exigencias que recaían sobre el testamento –inclusión de la institución de heredero y contenido patrimonial de todas o algunas de las disposiciones testamentarias–, podemos afirmar que nos encontramos ante un momento de verdadera libertad testamentaria; no nos referimos aquí a la falta de límites sobre esta libertad, sino a que cualquier persona puede otorgar testamento declarando, con efectos para después de la muerte, lo que desee o considere oportuno. Se pone de manifiesto, así, el marcado carácter del testamento como instrumento válido para declaraciones de todo tipo¹⁴. ROYO MARTÍNEZ ya defendía que el testamento pudiese contener «toda clase de manifestaciones de voluntad unilateral,

¹⁰ Como señala GARCÍA RUBIO (1989), p. 93, el término «disposición testamentaria» no debe confundirse con el de «acto de disposición», pues «mientras este último se define como el acto capaz de producir una modificación jurídica directamente incidente sobre el patrimonio de su autor, aquél alude a una realidad mucho más genérica, refiriéndose a los preceptos destinados a regular la suerte del propio patrimonio en el tiempo posterior a la muerte del testador».

¹¹ RJ 1964/5906.

¹² Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que también modificó ampliamente normas del ámbito sucesorio, como podemos apreciar con la reforma del artículo 741 CC.

¹³ Así lo considera CAÑIZARES LASO (1990), p. 29, al señalar que «conforme a la nueva redacción del artículo 741, se admite expresamente por el Código Civil que el reconocimiento de un hijo puede ser el único contenido del testamento. Así, queda legalmente admitido el testamento cuyo contenido sea exclusivamente extrapatrimonial». En efecto, la redacción original del artículo 741 CC decía «el reconocimiento de un hijo (...) no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo», y con la reforma se añadió «o éste (el testamento) no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere». CAMACHO CLAVIJO (2015), p. 75 señala que es precisamente este artículo 741 CC uno de los preceptos del CC español que expresamente identifican al testamento como «negocio de contenido complejo y heterogéneo, formado por atribuciones patrimoniales y declaraciones no patrimoniales».

¹⁴ Incluido el derecho a testar de modo poco convencional, extraño o irracional, como señalan TORRES GARCÍA/GARCÍA RUBIO, (2014), pp. 89 y ss.; a excepción, claro está, de las declaraciones que sean contrarias a derecho, que se tendrán por no escritas (art. 767 CC).

que resultarán eficaces y amparadas por la forma y autenticidad del documento, p. ej., confesiones de delitos o de responsabilidades, reconocimiento de deudas, etc. Y aunque no sea lo normal, no es infrecuente que así suceda, porque al pensar en la muerte es natural que surja el deseo de reparar faltas celosamente ocultas en vida o de mostrar indulgencia, para merecer así la divina»¹⁵.

A nuestro parecer, la caracterización del testamento como instrumento en el que el testador pueda admitir o reconocer sus culpas, faltas, o pensamientos más íntimos es causa y consecuencia de la progresiva evolución del concepto testamento. De hecho, no ha de parecer extraño que el negocio testamentario se utilice en este sentido, máxime si tenemos en cuenta su idoneidad para la admisión de hechos que, *prima facie*, no van a tener repercusión hasta la muerte propia. Desde una perspectiva funcional es probable que el testamento siga evolucionando en esta línea personal, y es que ¿por qué no se habría de utilizar el testamento para reconocer una infidelidad o falta de la que uno se arrepiente? ¿Por qué no se habrían de expresar unas líneas de disculpa para el familiar o el amigo perdido por tantos años de distanciamiento? O sin llegar a los extremos en los que existan sentimientos de culpa, ¿por qué no habría de utilizarse el testamento para una declaración de amor y agradecimiento al cónyuge superviviente? ¿O por qué no se habrían de incluir consejos para los hijos o los nietos? En definitiva, las opciones que brinda el testamento son cuantiosas y muy valiosas, y nada impide que las personas las realicen, si así lo desean.

2. CARACTERÍSTICAS DEL RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN NO MATRIMONIAL EN TESTAMENTO

Una vez aclarado el carácter expansivo del elenco de declaraciones que podemos realizar en testamento, conviene centrarnos en el tema que aquí nos preocupa, a saber, el reconocimiento de filiación no matrimonial en testamento. La filiación y la sucesión son dos aspectos del derecho civil íntimamente conexos. No en vano la filiación, cuando existe, se configura como la causa de mayor límite a la libertad de testar, pues las normas del Código Civil son claras a la hora de proteger, para algunos con demasiado ahínco, la porción de patrimonio que debe beneficiar a los hijos, en su condición de legitimarios. Además, el artículo 111 CC establece una sanción civil¹⁶ que afecta a ambas instituciones –sucesión y filiación–, al señalar que «quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: 1) cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2) cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición [...]». Este artículo viene a establecer una causa de indignidad

¹⁵ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 73. En la p. 130 añade «la previsión de la muerte no hace pensar únicamente en el destino ulterior de los bienes, sino también [...] en las responsabilidades contraídas, ocultas, tal vez, para los hombres, pero patentes a los ojos de Dios, y por consecuencia en la reparación debida (reconocimiento de hijos, de deudas, de delitos, etc.) en los sufragios y en la necesidad de obtener y otorgar indulgencia».

¹⁶ Así la define RIVERO HERNÁNDEZ (1993), p. 435.

genuina, y no una prohibición absoluta de suceder, pues el mismo artículo 111 CC señala que dicha restricción dejará de producir efecto «por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad»¹⁷. Se ha dicho que la *ratio* de este precepto es de carácter eminentemente protector, para apartar de los hijos a quién no ofrece garantías de brindarles verdadera protección¹⁸. En efecto, esta razón explica perfectamente la exclusión de la patria potestad, pero no la exclusión de la herencia. A nuestro parecer, la exclusión del progenitor de la herencia del hijo o sus descendientes se encuentra en la privación al progenitor de beneficios económicos que provengan de una filiación que se produjo a consecuencia de la perpetuación de un delito sexual, o que ha sido reconocida contra su voluntad, en un acto de presumido desprecio.

Volviendo al reconocimiento de la filiación en testamento, conviene matizar que esta opción se encuentra expresamente prevista en el artículo 741 CC, que señala «el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere». Para acometer su análisis, vayamos por partes. La primera nota a resaltar la encontramos en la primera parte del precepto: una vez realizado este reconocimiento, éste deviene irrevocable¹⁹. Lo que nos viene a decir es que el hecho de que el reconocimiento se haga en testamento no cambia la naturaleza *per se*

¹⁷ Conviene aclarar que esta facultad para dejar dicha exclusión legal sin efecto es la razón por la que hemos considerado que la misma es causa genuina de indignidad y no prohibición. Y es que lo mismo ocurre con las causas genéricas de indignidad establecidas en el artículo 756 CC, que dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento o si habiéndolas sabido después las remitiere en documento público (art. 757 CC). Por el contrario, tal facultad no existe cuando estamos ante una prohibición absoluta de suceder, en cuyo caso ni el testador ni el sometido a prohibición pueden hacer nada para dejar sin efecto la prohibición. La distinción entre indignidad y prohibición no es trivial, pues en el caso de la indignidad, y según afirma GARCÍA RUBIO (2016), p. 618, «el sucesor, aun adquiriendo la herencia, es privado de ella por la ley en castigo de los actos cometidos contra el difunto o contra su libertad de testar [...]. En la mayor parte de los casos, aunque no en todos, los bienes arrebatados al indigno van al Fisco, el cual no los recibe a título de herencia, pues el indigno conserva su cualidad de heredero aunque se vea privado de su contenido patrimonial». La diferencia, pues, estriba en que, mientras en el caso de la prohibición absoluta, el individuo sobre el que recae la prohibición pierde por completo la condición de *successibile*, esto es, pierde la posibilidad o expectativa de convertirse en sucesor; en el caso de la indignidad, el sucesor no sólo conserva su condición de *successibile*, sino que termina siendo, efectivamente, sucesor, aunque se vea privado del contenido patrimonial de la herencia.

¹⁸ MARTÍNEZ CALCERRADA, (1981), p. 21.

¹⁹ El rigor con que se aplica la irrevocabilidad del reconocimiento voluntario se aprecia claramente en la RDGRN de 21 de julio de 2010 (JUR 2011/314288), en la que se desestima el recurso contra un reconocimiento de hijo no matrimonial practicado por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil por pruebas biológicas posteriores que contradecían la paternidad reconocida. La DGRN resolvió que la calificación realizada en su momento se había realizado correctamente y que «una vez realizada la aprobación pertinente no es posible dejar sin efecto el reconocimiento si no es acudiendo a la vía judicial».

irrevocable del reconocimiento de la filiación²⁰. Esta irrevocabilidad general de la filiación se justifica por cuanto, «mientras la razón de la revocabilidad de las disposiciones testamentarias es la soberanía de la voluntad individual, el reconocimiento de la filiación –que no constituye una muestra de soberanía y excede de lo individual– obedece a razones de sentido familiar y aun social. [...] Porque, admitir una paternidad y asumir las consecuencias legales de este reconocimiento de la relación biológica puede depender de la voluntad, pero la subsistencia de un reconocimiento que, del plano biológico ha pasado al jurídico, es, por su propia naturaleza, indisponible»²¹.

La segunda nota a destacar acerca del reconocimiento testamentario de la filiación es el reforzamiento de su eficacia, según podemos apreciar en la parte final del artículo 741 CC, a saber: «el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque [...] sean nulas las demás (disposiciones testamentarias) que contuviere». CAÑIZARES LASO observa oportunamente que en esta última parte del artículo se deja de hacer referencia al testamento como un «todo unitario» y se alude al resto de cláusulas testamentarias individualmente consideradas²². Esto nos lleva a realizar dos consideraciones; de una parte, resulta patente que el reconocimiento permanecerá eficaz aun cuando todas las demás cláusulas testamentarias devengan, individualmente consideradas, ineficaces; de otra parte, nos suscita el interrogante de qué sucedería si el testamento fuese, en conjunto, nulo. En este sentido se han sostenido posturas divergentes, pues mientras un sector de la doctrina entiende que la nulidad del

²⁰ La doctrina se ha mostrado siempre a favor de esta tendencia legislativa, y los argumentos que se esgrimen por los autores son diversos. Así, NAVARRO AMANDI (1890), p. 175, señala «el reconocimiento de un hijo no es expresión de la voluntad del que lo otorga, sino confesión o declaración de un *hecho*. [...] Y una vez probado el *hecho* por declaración del padre, la voluntad de éste es impotente para que lo que ha sido deje de ser». ALBADALEJO (1951), p. 76, expone tres motivos en defensa de la irrevocabilidad del reconocimiento: 1) la seguridad del estado civil de las personas, que no puede quedar a merced de la voluntad del declarante, 2) la presunción de veracidad de la declaración de reconocimiento, y 3) el principio general de que nadie puede ir contra sus propios actos. BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO (1964), en un trabajo realizado a raíz de la citada STS de 22 de diciembre de 1964, p. 184, y tras distinguir entre la naturaleza de negocio del testamento y de acto del reconocimiento, apunta que «la actividad volitiva se limita aquí a dar vida a una declaración de paternidad, pero una vez manifestada, las repercusiones legales tienen lugar de una manera automática con total independencia de la voluntad del que la emite». OSSORIO MORALES (2001), p. 368, señala que el reconocimiento del hijo natural que puede hacerse en testamento constituye una declaración de voluntad o negocio jurídico ocasionalmente unido a un testamento, pero que conserva su autonomía, y que al atribuir al hijo un estado de familia es por naturaleza irrevocable. CAMACHO CLAVIJO (2015), pp. 184 y 186, después de citar la normativa del CC español y del CCCat, que admite la posibilidad de que se reconozca a un hijo también en codicilo, pone de manifiesto que el «reconocimiento de filiación, como declaración de ciencia, es irrevocable e indisponible» en ambas normativas (arts. 741 CC y 422.8.2 CCCat), pues «los efectos del reconocimiento no resultan de la voluntad testamentaria sino de la ley».

²¹ SANCHEZ REBULLIDA (1993), p. 1851. En sentido similar se pronuncia la doctrina italiana pues, entre otros, GALGANO (2009), p. 619, afirma que el reconocimiento de hijo tiene naturaleza de declaración de ciencia, no de voluntad.

²² CAÑIZARES LASO (1990), p. 250.

testamento no ha de afectar necesariamente al reconocimiento²³; otro considera que, sea cual fuere la causa por la cual el testamento, en su conjunto, resultase nulo –falta de forma, falta de capacidad del otorgante o vicio del consentimiento–, dicha nulidad se extenderá también al reconocimiento de la filiación, por cuanto otorgada en testamento²⁴. No obstante existen situaciones en las que el reconocimiento no perderá eficacia por efecto de una conversión *ex lege*, como ocurre en el reconocimiento otorgado en testamento cerrado nulo que puede reputarse testamento ológrafo válido si cumple los requisitos señalados en el artículo 715. 2 CC²⁵.

3. REQUISITOS PARA LA EFICACIA Y VALIDEZ DEL RECONOCIMIENTO TESTAMENTARIO DE LA FILIACIÓN

Si algo se antoja evidente después de analizar la normativa es que el reconocimiento de hijo no matrimonial es un acto jurídico voluntario del reconocedor que requerirá, la mayoría de las veces, de consentimiento de alguna otra parte para que produzca efectos. Y es que una vez realizado el reconocimiento de hijo en testamento, la ley exige diferentes requisitos o consentimientos en atención a la situación del hijo reconocido para que este reconocimiento determine legalmente la filiación. Así, hay que distinguir según si el hijo es menor de edad o incapacitado, mayor de edad o ya ha fallecido.

Respecto del primer supuesto (hijo menor de edad o incapacitado)²⁶, el artículo 124 CC requiere consentimiento expreso del representante legal o aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido²⁷, salvo en el caso

²³ DURÁN RIVACOBIA (1987), pp. 171-172 afirma que se adhiere al criterio manifestado por el Alto Tribunal en la STS de 8 de mayo de 1981 (RJ 1981/1986), en el que se desestimaba la pretensión de nulidad de reconocimiento de filiación realizado en testamento formalmente nulo. Pero la adhesión del autor citado tiene matices, pues considera que si la causa de nulidad del testamento se hallase en la violencia, intimidación o error, cabría pensar que estos vicios afectan también al reconocimiento mismo.

²⁴ SERRANO GARCÍA (1988), p. 751, señala que el reconocimiento realizado en testamento inválido podrá «servir de base para pedir que se declare judicialmente la paternidad». CAÑIZARES LASO (1990), pp. 251 y ss., considera que «si el testamento es ineficaz estructuralmente, el reconocimiento no es eficaz como hecho en testamento, aunque siempre pueda valer como medio de prueba de la filiación». MARSAL GUILLAMET (2016), pp. 686-687, pone de manifiesto que la nulidad del testamento por defecto de forma arrastra la de todas sus disposiciones, incluido el reconocimiento de la filiación; y lo mismo si el testamento caduca, sin perjuicio de que la manifestación del testador pueda valer como prueba de la filiación. Sin embargo, el reconocimiento será eficaz si se declara nulo por preterición errónea de otro legítimo.

²⁵ TORRES GARCÍA (2016), p. 482.

²⁶ BARBER CÁRCAMO (2013), considera que las exigencias del artículo 124 CC se limitan a «quien tiene la condición de menor o incapacitado» cuando se produce el reconocimiento, considerando que yerra la RDGRN de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1055) al considerar que «la eficacia del reconocimiento [...] otorgado por quien siendo al tiempo del reconocimiento mayor de edad tenía doce años en el momento del nacimiento del reconocido, y su subsiguiente inscripción, queda subordinada a la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal».

²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ (1993), p. 472, considera que ambas opciones (consentimiento del representante legal y aprobación judicial) aparecen como alternativas y no excluyentes. Cree el autor que es «incomprensible el subordinar la eficacia del reconocimiento al consentimiento del representante legal

de que el reconocimiento se haya efectuado en testamento. Este trato de favor al reconocimiento testamentario se estudiará con más detenimiento en líneas posteriores.

De otra parte, el artículo 123 CC señala, para el caso del reconocimiento de hijo mayor de edad, que este no producirá efectos sin el consentimiento expreso o tácito del reconocido. Este precepto ha dividido a la doctrina entre aquellos que lo justifican sobre la base de que la concesión de dicha facultad es «lógica consecuencia» de la mayoría de edad²⁸, los que creen que así podrán impedirse los reconocimientos no veraces sin necesidad de tener que impugnarlos, y los que consideran que la filiación es un asunto harto importante como para dejarlo al arbitrio de las conveniencias o intereses del hijo reconocido²⁹.

En última instancia, el artículo 126 CC establece que el reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales. La redacción de este artículo es ciertamente confusa, y parece conducir a la idea de que el reconocimiento del fallecido sin descendientes será en todo caso inválido. Esta conclusión no parece del todo desatinada, toda vez que la determinación de la filiación, una vez muerto el reconocido, ya sólo puede aprovechar a su descendencia, si la tuviese.

4. PROBLEMAS QUE EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EN TESTAMENTO PUEDE PLANTEAR

El reconocimiento de la filiación no matrimonial es un tema de dimensión controvertida. Su configuración como acto libre y voluntario³⁰, sometido a la

del menor o incapacitado, que casi siempre será el otro progenitor, cuya negativa obedecerá las más de las veces a egoísmo propio [...] más que a defensa del verdadero interés del hijo, a quien puede privar de padre». Por ese motivo, el autor considera que, denegado el consentimiento por parte del representante legal, nada impide que pueda recurrirse a la aprobación judicial. Y viceversa. Será posible el ulterior consentimiento del representante legal tras la negativa de la aprobación judicial. En definitiva, afirma RIVERO que la objetividad del juez puede subsanar el peligro que supone una denegación del consentimiento debida a motivaciones poco limpias. Nos parece importante, en este sentido, mencionar que el artículo 250 del *Codice Civile* italiano da un paso más allá en los resquemores puestos de manifiesto por RIVERO y ordena que el consentimiento no pueda ser denegado si el reconocimiento responde al interés del hijo. Además, el progenitor que quiera reconocer al hijo, y cuyo consentimiento del otro progenitor haya sido denegado, podrá recurrir al juez competente.

²⁸ En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO (1965), p. 185 considera que es «lógica consecuencia de la consciente valoración conseguida con la mayoría de edad, para poder sopesar su propio interés con respecto de la obtención de un título de estado, pues conviene no olvidar que en toda esta materia de la filiación, el interés superior familiar necesitado de protección y salvaguarda, gira en torno del menor, incapaz por sí solo de defenderse y actuar jurídicamente».

²⁹ RIVERO HERNÁNDEZ (1993), p. 471.

³⁰ BARBER CÁRCAMO (2013), pp. 189, señala, sobre la voluntariedad del reconocimiento, que «la jurisprudencia del siglo XX experimentó una evolución desde una interpretación estricta propiciada por la redacción de la Base 5ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, que exigía no sólo la manifestación de paternidad, sino también el propósito deliberado de tener al hijo por reconocido, a otra más flexible, asentada ya a mediados del siglo XX que dejó de requerir tal voluntad como requisito para la validez del

aceptación por parte del reconocido o un tercero, y relativo a un ámbito del derecho civil tan importante como el de la filiación plantea no pocos problemas.

4.1. *La capacidad para testar es sutilmente diferente a la capacidad para reconocer*

En efecto, la capacidad general para testar, regulada en los artículos 662 y 663 del CC, es ligeramente diferente a la capacidad para reconocer. En una interpretación a *sensu contrario* del artículo 663 CC (que establece de manera negativa quienes están incapacitados para testar), podemos decir que sí podrán testar los mayores de catorce años³¹; no obstante, el artículo 121 CC establece que «el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no pueden contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal». Nótese que cuando el precepto habla de quienes no pueden contraer matrimonio por razón de edad se está refiriendo a los menores de edad no emancipados (artículo 46.1 CC)³². Esto ha suscitado dudas a la doctrina, que se pregunta si se requerirá aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal para el caso de reconocimiento de filiación de un mayor de catorce años, pero menor de edad, en testamento. En este sentido, las opiniones están divididas entre quienes creen que la aprobación judicial es necesaria en todo caso³³, y quienes creen que al reconocerse en forma testamentaria, esta aprobación judicial no es «exigible»³⁴.

4.2. *La eficacia post mortem del reconocimiento*

De acuerdo con el artículo 120 CC, la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente, entre otras vías³⁵, por el reconocimiento ante el Encargado del Registro

reconocimiento. [...] Adviértase, por tanto, que la voluntad relevante no es la de establecer la relación jurídica de filiación, sino la de declarar el hecho biológico que la sustenta». Además, la autora configura el reconocimiento como acto libre porque tal voluntariedad intrínseca del reconocimiento «es incompatible con su imposición». Otras características que definen al reconocimiento de filiación son, según orden de la autora, el que se trate de un acto jurídico por el cual el reconocedor no puede disponer de los efectos, imprescriptible, unilateral, personalísimo, formal, puro e irrevocable.

³¹ A excepción del testamento ológrafo, que sólo podrán otorgarlo los mayores de edad (art. 688 CC).

³² Este artículo 46 CC se veía matizado hasta no hace mucho por el artículo 48, que regulaba la facultad del juez para autorizar dispensa por razón de edad; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ha suprimido esa dispensa.

³³ Entre otros, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (1984), p. 910; DÍAZ ALABART (1983), p. 532.

³⁴ CAÑIZARES LASO (1990), pp. 138-139, arguye que, siendo la *ratio legis* del artículo 121 CC la protección al menor contra sus propias decisiones, no ve razón alguna en qué protección puede dispensar la ley al sujeto fallecido. De existir protección, esta se trasladaría, en todo caso, hacia sus herederos, motivo por el que considera que la aprobación judicial no es exigible en caso de reconocimiento testamentario de la filiación.

³⁵ Estas otras opciones son: 1) en el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro civil, 2) por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil, 3) por sentencia firme, 4) respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro

Civil, en testamento o en otro documento público. La redacción de este precepto plantea dos debates diferentes: de una parte, la expresión «en testamento o en otro documento público» parece aludir a que únicamente en testamento público se podrá reconocer la filiación. Sobre esta cuestión, y si bien es cierto que existen voces discrepantes, la mayoría de la doctrina entiende que todos los tipos de testamento, incluidos el ológrafo y los especiales, serán aptos para el reconocimiento de un hijo³⁶.

El segundo debate, mucho más complejo, es el que surge cuando se toma conciencia de que el testamento notarial abierto es también un documento público³⁷, cuestión que planteó la controversia acerca de si, en caso de reconocimiento de filiación en testamento abierto los efectos serían inmediatos, como en el caso del reconocimiento en documento público estándar; o, por contra, y por imposición de la naturaleza *mortis causa* del instrumento testamentario, este reconocimiento sólo produciría efectos a partir de la muerte del otorgante³⁸. En este sentido, el debate estuvo servido, pues dejando de lado el movedizo período inmediatamente posterior a la publicación del Código Civil³⁹, la redacción antigua del artículo 254 del Reglamento de la Organización y

Civil. De este elenco se puede concluir, como señala LACRUZ (2010), p. 306, que la determinación de la filiación puede ser judicial y extrajudicial.

³⁶ ALBALADEJO (1951), p. 120; BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO (1965), p. 199, señaló que la inclusión del reconocimiento de hijo «en cualquier otra clase de testamento es perfectamente posible al no estar prohibida de modo directo por la ley». TORRES GARCÍA (1977), p. 60, defiende esta tesis sobre la base de que todo testamento es documento público, pues incluso el ológrafo termina siéndolo, una vez haya sido protocolizado. BARBER CÁRCAMO (2013), p. 206, considera que tanto «el testamento abierto notarial desde su otorgamiento, y los demás (ológrafo, cerrado) desde su protocolización, constituyen instrumentos válidos para un reconocimiento formal de filiación».

³⁷ Es claro el artículo 49.1 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, al ordenar que «cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de quien lo inste o la realización de un acto jurídico que implique prestación de consentimiento, el Notario autorizará una escritura pública». Por lo tanto, es innegable que el testamento abierto sea un documento público.

³⁸ No ha lugar a esta controversia en Italia, pues el artículo 256 del *Codice Civile* italiano establece de forma clara que «el reconocimiento (de hijo no matrimonial) es irrevocable. Cuando está contenido en un testamento tiene efectos desde el día de la muerte del testador, incluso si el testamento fue revocado». Ya BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO (1965), p. 197, citando el trabajo de CICU sobre *Riconoscimento de figlio naturale in testamento*, se hacía eco de cuán exigente era la normativa italiana en este sentido, pues la Corte di Cassazione declaró, en sentencia de 3 de octubre de 1951, nula de pleno derecho cualquier cláusula que obligase al testador a permitir el efecto anticipado del reconocimiento testamentario. Asimismo, PROSPERI (2010), p. 954, señala que en efecto se ha afirmado que no se le puede atribuir eficacia inmediata *inter vivos* al reconocimiento testamentario, siendo por el contrario necesario proceder a renovar el reconocimiento en una forma válida no testamentaria (Cass., 3 agosto 1951, n. 2363). No obstante, también se ha afirmado que el reconocimiento de la filiación en testamento viene a constituir una admisión del hecho procreativo y, como tal, puede ser utilizado como medio de prueba (Cass., 30 maggio 1989, n. 2646).

³⁹ CAÑIZARES LASO (1990), pp. 192 y ss., apunta que la redacción del artículo 61 de la Ley del Registro civil de 1870 ya abría el debate acerca de si el testamento abierto era uno de los documentos otorgados ante notario público que obligaba a estos últimos a ponerlo en conocimiento del Juez municipal en cuyo registro se hallase inscrito el nacimiento del interesado, o de la Dirección General en su caso, para que hiciese la correspondiente anotación marginal. En este sentido, la autora manifiesta que el legislador ha mantenido un «criterio ambulante» al respecto, pues si bien en un primer momento, la Orden Ministerial de 21 de enero de 1889 incluyó los reconocimientos en testamento abierto como actos nominados de

Régimen del Notariado imponía el deber a los Notarios de expedir «testimonio de los reconocimientos de hijos no matrimoniales hechos en testamento para su anotación marginal en el Registro Civil». Por ello, durante muchos años era posible que el reconocimiento de hijo en testamento tuviese eficacia inmediata⁴⁰.

No obstante, en los años 80 se llevaron a cabo ciertas reformas que parecían poner de manifiesto una voluntad de cambio por parte del legislador. En este sentido, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificó el artículo 124 CC, cuya redacción ha permanecido hasta la actualidad y que, como antes se dijo, señala que «la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido. No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. [...]». Este artículo estableció de manera clara un tratamiento privilegiado al reconocimiento de hijo en testamento, exceptuándolo de la necesidad de autorizaciones o consentimientos exigidos. Dicha reforma dio lugar a la Resolución de la DGRN, de 22 de julio de 1985⁴¹, en la que se afirmaba «ahora bien, esa práctica (la de inscribir la filiación otorgada en testamento en vida del testador) debe ser ahora replanteada a la luz de la nueva regulación, especialmente porque su mantenimiento supondría no sólo prescindir de la aprobación judicial, sino también del consentimiento del representante legal del reconocido [...]. El privilegio excepcional ligado al testamento por el artículo 124.2 únicamente se justifica cuando por haber fallecido el testador no puedan aprovecharle los beneficios derivados del reconocimiento. Realmente ésta y no otra es la razón de la excepción del artículo 124 respecto del reconocimiento otorgado en testamento».

Un año más tarde, el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto modificó el artículo 188 del Reglamento del Registro Civil, siendo que desde entonces, «el reconocimiento de un menor o incapaz es inscribible, sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de la aprobación judicial, cuando conste en testamento y se acredite la defunción del autor del reconocimiento [...]». Con esta simple modificación parecía darse carpetazo definitivo al viejo debate acerca de la eficacia inmediata o *post mortem* del reconocimiento de la filiación no matrimonial en testamento abierto, pues la exigencia de la acreditación de la defunción del testador es clara al respecto. Además,

dicho artículo 61 de la LRC; resoluciones posteriores, como las de 8 de abril de 1912, 18 de junio de 1912 y 12 de julio de 1914, prohibieron la anotación en vida del testador. La indecisión del legislador no terminó ahí, pues las Reales Órdenes de 5 de mayo de 1917 y de 12 de agosto de 1919 reafirmaron, de nuevo, que el reconocimiento de hijo en testamento surtía plenos efectos desde el momento realizado y sin necesidad de esperar al fallecimiento del testador.

⁴⁰ TORRES GARCÍA (1977), p. 60, ponía de manifiesto las diferencias inherentes al reconocimiento de filiación cuando este se realizaba en testamento público u ológrafo, pues mientras el primero desplegaba efectos *inter vivos*, el segundo no producía efectos hasta después de la muerte del testador. Por su parte, MARSAL GUILLAMET (2016), p. 687, señalaba que la constancia registral del reconocimiento permitía que este desplegara efectos a partir del momento en que falleciera el testador.

⁴¹ Repertorio Jurisprudencia Aranzadi, 1985, nº 5265, Vol. IV, pp. 4445 y ss.

el artículo 254 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, que recordemos, imponía el deber de expedir testimonio de los reconocimientos de hijos no matrimoniales hechos en testamento, ya no se encuentra actualmente en vigor, pues la reforma introducida por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, lo ha sustituido por otro artículo de temática completamente diferente.

Respecto de todo lo expuesto, cabe preguntarse si esta modificación reglamentaria es apropiada o no. A nuestro juicio, la respuesta no puede ser más que negativa. BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO afirmaba en su momento que tratándose el reconocimiento de la filiación «de un acto peculiar del Derecho de familia parece lógico que sea incompatible con la eficacia *«post mortem»* característica de las disposiciones testamentarias, pues como dijo CÍCU lo contrario supondría tanto supeditar su efectividad a un término o condición suspensivos, cual es la muerte del testador, supuesto que indudablemente no puede concebirse en las relaciones jurídicas familiares»⁴². Y añadía, en un análisis comparativo con la normativa italiana, que desde la perspectiva sucesoria, la norma italiana parecía preferible, pues aun cuando chocaba con el escollo de la irrevocabilidad, el hecho de que el reconocimiento de hijo en testamento sólo desplegara efectos tras la muerte hacía que dicha declaración conservase el carácter distintivo y peculiar del género testamentario. No obstante, el autor consideraba que, desde el punto de vista del reconocimiento de la filiación, era «indiscutible que la solución acertada es la de la legislación española, en cuanto que permite mantener su esencia de acto *inter vivos* no supeditado al término o condición suspensiva del momento de la muerte del que lo otorga»⁴³.

Expuesto el panorama disyuntivo que planteaba BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, nos preguntamos si es acaso más importante conservar la naturaleza *mortis causa* de las disposiciones testamentarias u otorgar efectos de inmediato a una filiación que ya ha sido reconocida. En nuestra opinión, la respuesta a este interrogante no ofrece titubeos: el reconocimiento de la filiación, en todas sus formas, incluida la testamentaria, debe conservar sus rasgos característicos, al igual que ya ocurre con la irrevocabilidad, y no conviene que esté sometida a un plazo incierto, cual es el marcado por la muerte del autor del reconocimiento.

Sea como fuere, y aun cuando de las reformas reglamentarias que hemos mencionado se entrevé el desinterés del legislador por que el reconocimiento de hijo en testamento abierto tenga efectos inmediatos (al menos en lo relativo al menor o incapaz), nada obsta a que el testador que ha reconocido a su hijo –mayor o menor de edad– en

⁴² BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO (1965), p. 195. En párrafos precedentes manifestó que «en principio y en sí mismo considerado, al margen de la forma con que esté rodeado y del acto jurídico en que esté incluido, no parece que el reconocimiento pueda ser considerado como un acto de última voluntad» [...] «Ciertamente que puede (el reconocimiento de filiación) estar incluido en un testamento, porque así lo establece expresamente el artículo 131 del Código civil, pero, como acertadamente observó Barbero, no por esto se convierte en disposición testamentaria».

⁴³ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO (1965), p. 197.

testamento abierto pueda acudir al Registro Civil para que quede legalmente determinada esa filiación, si bien no será tratado como reconocimiento hecho en testamento sino como otorgado en «otro documento público»⁴⁴, y por tanto, carecerá del tratamiento privilegiado que la norma le otorga⁴⁵, siendo entonces necesario el consentimiento del representante legal o aprobación judicial, si es menor o incapacitado, o consentimiento del propio reconocido, si este es mayor de edad⁴⁶. Por su parte, MARSAL GUILLAMET parece entender que sigue siendo posible una eficacia *ante mortem*, al indicar que quien sospeche que el causante pudo reconocerlo en alguno de los testamentos que otorgó a lo largo de su vida, deberá pedir copia de todos ellos y no solo del último, aunque reconoce que el carácter limitado de la legitimación para obtener la misma comporta que sólo obtendrá la del testamento en el que se le reconozca la filiación, en su caso⁴⁷. Esta solución por la eficacia inmediata nos parece la interpretación más plausible, toda vez que, como dijo LACRUZ, «quien reconoce en la forma y con las condiciones legales es porque *quiere* que se produzcan los *efectos* legales correspondientes a la relación paterno-filial»⁴⁸.

4.3. *La eficacia limitada del reconocimiento testamentario cuando hay filiación contradictoria*

El reconocimiento de la filiación en testamento encuentra una importante traba en el artículo 113.2 CC, según el cual «no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria». Se trata aquí de analizar el problema que se plantea cuando existen dos reconocimientos de filiación, uno de complacencia y otro biológico. En este sentido, parece que no existe en la ley ninguna preferencia acerca de la filiación biológica. Más bien todo lo contrario, la ley establece unos plazos bastante reducidos para impugnar la filiación, pasados los cuales, la filiación legalmente determinada deviene no rectificable⁴⁹.

⁴⁴ MIQUEL GONZÁLEZ (1980), pp. 1273-1274; DURÁN RIVACOBIA (1987), p. 165; BARBER CÁRCAMO (2013), p. 207.

⁴⁵ En este sentido se manifiestan las RRDGRN de 22 de julio de 1985 (RJ 1985/5265) y 14 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9856).

⁴⁶ En contra, SERRANO GARCÍA (1988), pp. 760-761, quien argumenta que es precisamente el tinte de excepcionalidad que envuelve al reconocimiento de filiación en testamento el motivo por el cual sólo deben serle exigidos «sus propios requisitos y no otros previstos para otros casos». En definitiva, el reconocimiento testamentario «excluye, mientras no se reforme la materia, la aprobación judicial o el consentimiento del representante legal, quedando únicamente abierta la vía de la suspensión de la inscripción a petición de la madre (expresión poco acertada) que prevé el propio art. 124 CC, o bien la acción de impugnación de la filiación del art. 140 CC».

⁴⁷ MARSAL GUILLAMET, (2016), 687.

⁴⁸ LACRUZ BERDEJO (2010), p. 330.

⁴⁹ Paradigma de esto lo encontramos en la reciente STS 494/2016, de 15 de julio (RJ 2016/3196), en la que el Alto Tribunal sentenció que «la tesis de que el principio de veracidad biológica exigiría la nulidad de los reconocimientos de complacencia quedó ya implícitamente rechazada por la sentencia 793/2004, de 14 de julio (RJ 2004/4676), y desde entonces nunca ha sido acogida por esta sala; que tampoco mantiene desde hace años la doctrina de la nulidad en general de los reconocimientos contrarios a la verdad biológica». La fundamentación de tal criterio se basa en razones de seguridad jurídica, pues el TS

En general, de existir efectivamente una filiación contradictoria, el progenitor no sólo deberá reconocer al hijo no matrimonial, sino también ejercitar la acción de reclamación-impugnación de filiación no matrimonial. Si el reconocimiento de la filiación en testamento no produce efectos hasta después de la muerte del testador, como parece que el legislador desea, cierto es que este reconocimiento puede tener una eficacia muy limitada, pues el ya fallecido no podrá iniciar acción alguna y además, esta acción de reclamación de filiación no matrimonial no es transmisible a sus herederos, quienes sólo podrán continuar la acción que el progenitor hubiera iniciado en vida (art. 133 CC)⁵⁰. Esto es, en caso de que exista un reconocimiento de hijo en testamento y se halle inscrita una filiación contradictoria, el único que puede actuar para impugnar la filiación inveraz es el hijo, de conformidad con el artículo 137 CC, que le concede el plazo de un año para ejercer la acción de impugnación a contar desde que tuviera conocimiento de la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor⁵¹.

En definitiva, tres cuestiones merecen ser destacadas y criticadas acerca de esta regulación: la primera, la limitada utilidad que puede tener el reconocimiento de hijo no matrimonial en testamento en caso de que exista filiación contradictoria, si como parece no surte efectos hasta después de la muerte del testador⁵². La segunda, el reducido plazo que tiene el hijo (o sus descendientes, para el caso de que éste hubiese fallecido o fallezca en el plazo de un año a contar desde que tuviese conocimiento del reconocimiento testamentario) para impugnar la filiación inveraz. La tercera, la ausencia de acción directa para los descendientes del reconocido (nietos del testador)

consideró que «el legislador ha atendido las exigencias del principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad del estado civil determinado mediante el reconocimiento, especialmente en interés del reconocido, estableciendo los respectivos plazos de caducidad de un año (art. 136 CC) y cuatro años (art. 140.II CC), se trate o no de un reconocimiento de complacencia».

⁵⁰ Esta legitimación del progenitor para reclamar la filiación ha sido introducida por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, después de que el Tribunal Constitucional declarase inconstitucional el artículo 133 CC por no reconocer legitimación *nomine proprio* al progenitor, vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de investigación de la paternidad (SSTC 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero). Esta «radicalización del principio de veracidad biológica», en palabras de BARBER CÁRCAMO (2013), pp. 203 y ss., no es una postura satisfactoria, de manera que «ciertamente, el reto al que se enfrenta el Derecho de filiación del siglo XXI es el de articular la nueva postura defendida por los progenitores».

⁵¹ En el *Code civil* francés los plazos son un poco más amplios. Así, el artículo 321 CC señala que «salvo que la ley estipule otro plazo más corto, las acciones relativas a la filiación prescribirán a los diez años [...]». Y el artículo 333.1 CC señala que «cuando la posesión de estado sea conforme al título, sólo podrán actuar judicialmente el hijo, uno de los progenitores o quien pretenda ser el verdadero progenitor. Esta acción prescribirá a los cinco años [...]».

⁵² Se podría afirmar que, al no producir efectos, en principio, hasta después de la muerte, y no poder el testador ya iniciar acción alguna, esta modalidad de reconocimiento contraviene lo manifestado por LACRUZ (2010), p. 325, cuando dice «desde el punto de vista funcional, el reconocimiento no es un medio de prueba, como la confesión, ni un medio de admisión en la familia del reconocido. Su función, pues, es la de determinar la filiación [...]».

que por razones de parentesco podrían tener intereses sucesorios en la herencia del reconocedor que la ley no protege. Esto nos conduce de nuevo a las críticas que algunos autores expresaban, en sede de reconocimiento de hijo mayor de edad, a la hora de dejar al único arbitrio del hijo reconocido la facultad de decidir si ese reconocimiento de la filiación producirá efectos o no. Y es que podría ocurrir que el hijo reconocido, por las razones que fuesen, impidiese (por acción negativa u omisión) que el reconocimiento determinase legalmente su filiación en perjuicio de sus descendientes; situación para la cual nuestro ordenamiento jurídico no prevé ninguna acción a favor de estos, ni ampara de forma alguna su posible menoscabo en términos sucesorios.

4.4. *La irretroactividad de ciertos efectos importantes relativos a la filiación*

El reconocimiento de hijo, en términos generales, trae aparejados una serie de efectos jurídicos. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de los mismos, sí mencionaremos algunos. Así, es indudable que el reconocimiento de hijo en testamento que deriva en una determinación legal de la filiación otorga derechos sucesorios al reconocido en virtud del artículo 807 CC, que designa como herederos forzosos a los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. Una vez reconocido el hijo y determinada legalmente su filiación, el reconocido podría pedir su porción de legítima, aun cuando el testador no se la hubiese asignado; tendrá, en su caso, también derecho a su participación en la sucesión intestada, en la parte del patrimonio que no hubiera sido dispuesta en testamento. Además, el artículo 109 CC señala que la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley. Asimismo, el artículo 110 CC establece el deber del padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, de velar por los hijos menores y prestarles alimentos.

Respecto de todos estos efectos, el artículo 112 CC señala que «la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario». Es decir, los efectos de la filiación serán en general retroactivos, salvo cuando la norma específica diga lo contrario. Esto nos plantea la cuestión en la que vamos a detenernos a continuación acerca de la irretroactividad del derecho de alimentos para el supuesto de reconocimiento de hijo en testamento⁵³; pues el artículo 148 CC, aplicable según la jurisprudencia, por remisión del artículo 153 CC tanto a los alimentos entre parientes *stricto sensu*, como a los alimentos de los menores de edad, señala que «la obligación de dar alimentos será exigible desde que

⁵³ Apuntamos ya, que doctrina no es unánime sobre la irretroactividad de los alimentos; así, por ejemplo, NANCLARES VALLE (2016), p. 617, considera que la regla *in praeteritum non vivitur* operante sobre derecho de alimentos «resulta incompatible con la retroacción de efectos»; en contra, BARBER CÁRCAMO (2016), p. 608, entiende que «si la obligación de alimentos en favor de hijos menores es más amplia y no aparece ligada a la subsistencia, sino a la responsabilidad por la nueva vida engendrada, debería no serle aplicable la irretroactividad establecida en el artículo 148 CC».

los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda».

Sin embargo, esta irretroactividad de los alimentos que menciona el artículo 148.1 nos suscita bastantes dudas, lo que hace que nos planteemos qué posibilidades de reclamación patrimonial tendrán el hijo, la madre o un tercero que los hubiera satisfecho en lugar del progenitor, contra la herencia del difunto reconocedor o sus herederos más allá de las estrictamente sucesorias. El fundamento de la pretensión estará en la obligación de proporcionar alimentos que habría tenido en vida el padre biológico con su hijo ex artículo 39 CE y artículos 110 y 154 CC, pero que nunca llegó a satisfacer. Pasamos a un estudio más pormenorizado de la cuestión.

5. LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA COMO EFECTO DEL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EN TESTAMENTO

5.1. *La obligación alimenticia en general*

Antes de establecer el elenco de acciones que consideramos que deberían ostentar unos y otros, conviene exponer sucintamente las principales características de la obligación legal de alimentos. Esta institución se encuentra regulada con carácter general en los artículos 142 a 153 del Código civil, y se fundamenta en el principio de solidaridad familiar, obligando a los parientes a atender las necesidades vitales que cualquiera de ellos tenga y no pueda satisfacer por sí mismo⁵⁴. Los familiares que quedan sujetos a esta obligación legal son los cónyuges, ascendientes y descendientes en grado más próximo junto con los hermanos (arts. 143 y 144 CC), quienes contribuirán con una cuantía que deberá ser siempre proporcionada al caudal o medios de quien los proporciona y a las necesidades de quien los reciba (arts. 145 a 147 CC). Tradicionalmente se ha constituido como un derecho personalísimo, dado que no es renunciable ni transmisible a un tercero (art. 151 CC), y cuya obligación de suministro cesará, además de por la muerte del alimentista y otras causas establecidas en el artículo 152 CC, con la muerte del obligado (art. 150 CC).

A primera vista, esta última causa de extinción podría suponer un escollo a nuestro estudio, pues si la obligación se extingue con la muerte del alimentante, en este caso el padre biológico, en principio podría parecer que ya no cabría plantearse ninguna acción de alimentos contra el caudal hereditario. Pero no necesariamente tendrá por qué ser así, pues como expondremos a continuación, respecto de los hijos menores la obligación alimenticia tiene particularidades que nos hacen replantearnos tanto las normas del Código civil como el tratamiento otorgado en el TC y en el TS, y con los que ya adelantamos no estar de acuerdo.

⁵⁴ La obligación de alimentos derivada de estos artículos presupone siempre un vínculo de parentesco, por lo que no cabe confundirla con las obligaciones alimenticias que voluntariamente se pacten a favor de cualquier persona, ya sea a través de un negocio *inter vivos* o *mortis causa*.

5.2. Alimentos derivados de la filiación: el deber de los padres hacia sus hijos menores

Aunque la ley impone un deber de alimentos derivado de la simple relación de parentesco y lo configura como una relación autónoma⁵⁵, lo cierto es que respecto de los cónyuges –o relación análoga– y de los hijos encontraremos este deber integrado en un conjunto más amplio de derechos y deberes propios de la institución matrimonial y paterno-filial. De hecho, hoy se puede seguir manteniendo lo que ya en su día constató la doctrina: estos dos tipos de obligaciones alimenticias, tanto la derivada de una situación de convivencia matrimonial o análoga a la misma, como la debida a los hijos, en especial a aquellos concebidos fuera del matrimonio o una vez roto este, son las que prácticamente monopolizan los litigios en la materia⁵⁶.

Por tanto y en lo que aquí nos interesa, respecto de los hijos menores –así como de los hijos mayores de edad con discapacidad que, careciendo de recursos, continúan conviviendo en el domicilio familiar, según reciente doctrina jurisprudencial⁵⁷– habrá unos deberes distintos y más exigentes que el de meros alimentos contenidos en los artículos 142 y siguientes⁵⁸. La filiación, al atribuir la patria potestad sobre los hijos, cuya titularidad y ejercicio es conjunta entre los progenitores, da lugar a un complejo haz de derechos y obligaciones cuyo principal exponente es el deber de los padres que regula el artículo 154 CC de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos,

⁵⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (2002), p. 44.

⁵⁶ GARCÍA RUBIO (1995), p. 18. Entre la jurisprudencia reciente recaída sobre la materia se pueden citar las sentencias del TS 573/2016, de 29 de septiembre (RJ 2016/4457) y 574/2016, de 30 de septiembre (RJ 2016/4844) que se comentarán más adelante, además de la STS 600/2016, de 6 octubre (RJ 2016/4737). También entre las sentencias de las Audiencias Provinciales encontramos ejemplos, véanse las sentencias de la AP de A Coruña, secc. 4ª, 316/2016, de 27 septiembre (JUR 2016/227710); AP de Asturias, secc. 6ª, 266/2016, de 26 de septiembre (JUR 2016/226124); AP de A Coruña, secc. 5ª, 333/2016, de 26 de septiembre (JUR 2016/227401).

⁵⁷ La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mediante STS 372/2014, de 7 de julio (RJ 2014/3540), equiparó, en lo que se refiere a los alimentos derivados de la patria potestad, la situación en la que se encuentran los menores de edad a la del hijo mayor de edad con discapacidad que, careciendo de recursos, continúa conviviendo en el domicilio familiar. El caso de autos trataba la situación de un chico de 27 años, con una discapacidad del 65% por trastorno esquizofrénico, en la que el padre solicitaba la extinción de la pensión alimenticia, pretensión que le fue concedida tanto en primera como en segunda instancia, bajo el razonamiento de que el hijo reunía los requisitos para acceder a una pensión de la seguridad social, y sin perjuicio de recibir alimentos al amparo de lo establecido en los artículos 142 y ss. del CC. El TS resuelve, no obstante, de forma contraria, citando la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, en la que se sustituye el modelo médico de la discapacidad por uno social y de derechos humanos. El alto tribunal no concibe que el caso enjuiciado se pueda reconducir al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y ss. del CC, pues no se está ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado. Por lo tanto, existiendo una discapacidad, el tribunal no considera posible resolver bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado, derechos que «en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores».

⁵⁸ DELGADO ECHEVERRÍA (1993), p. 522.

educarlos y procurarles una formación integral⁵⁹. Incluso aún sin ostentar la patria potestad, en virtud del artículo 110 CC los progenitores están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos⁶⁰. La obligación de mantenimiento de los hijos menores comprende, por tanto, no solo lo «indispensable», sino también lo «superfluo», supuestas las posibilidades del progenitor⁶¹, y no está supeditado a la situación de necesidad del alimentista⁶². A este respecto, GARCÍA RUBIO destaca el diferente tratamiento que debe darse a la obligación de mantenimiento dependiendo de si se trata de mayores o menores de edad, cuando estamos ante situaciones de nulidad, separación y divorcio, o de hijos extramatrimoniales cuyos padres no viven juntos, en cuyo caso el progenitor que no viva con sus hijos quedará obligado al mantenimiento de los menores en los términos previstos en los artículos 110 y 154.1.º CC, mientras que si son mayores de edad o emancipados, solo lo estará si los hijos se hallan en situación de necesidad (cfr. art. 143 CC). Se ha de puntualizar, como reconoce la jurisprudencia, que esa situación de necesidad de los mayores de edad podría derivar de la necesidad de educación e instrucción⁶³.

Este deber para con los menores se encuentra, además, reforzado en nuestra Constitución, que reconoce en su art 39.3 CE el derecho de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, a recibir alimentos de ambos progenitores durante toda su minoría de edad, lo que comporta la obligación de los padres de asistir económicamente a sus hijos durante el mismo período⁶⁴. El Tribunal Supremo ha calificado a la obligación de dar alimentos como una de las obligaciones «de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 CE, siendo además uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, según el artículo 154.1.º CC»⁶⁵. A esto habría que añadir que incluso privados de patria potestad, ex artículo 110 CC, los progenitores

⁵⁹ ÁLVAREZ MERINO (2013), en http://www.elderecho.com/civil/Alimentos_de_los_hijos_menores-articulo_39-3-articulo_148-1-legislacion_tuitiva_de_los_derechos_del_nino_11_588805001.html [Consulta: 26 octubre 2016].

⁶⁰ Ello es consecuencia lógica del carácter de función, y no de derecho subjetivo, que la patria potestad reviste, según BARBER CÁRCAMO (2016), p. 604.

⁶¹ GARCÍA GARCÍA (1984), p. 1004. Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA (2016), p. 787, cuando habla del deber de alimentar previsto en el artículo 154 CC, estima que comprende todos los conceptos que el hijo requiera para su desarrollo y equilibrio mental y emocional, los gastos de defensa jurídica de su persona, etc.

⁶² Tampoco está sujeta la obligación a la posibilidad del alimentante, pues al progenitor le incumbe la obligación con independencia de su situación económica, y solo una situación en la que no sea capaz de atender a sus propias necesidades lo eximirían, temporalmente, de cumplir con la obligación. A este respecto, cuando se trata de progenitores que ingresan en prisión, el TS ha establecido como doctrina que la obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho del ingreso si al tiempo no se acredita la falta de recursos para poder hacerlos efectivos (STS núm. 564/2014, de 14 octubre 2014, RJ 2014/4754).

⁶³ GARCÍA RUBIO (1995), p. 25.

⁶⁴ ÁLVAREZ MERINO (2013), disponible en http://www.elderecho.com/civil/Alimentos_de_los_hijos_menores-articulo_39-3-articulo_148-legislacion_tuitiva_de_los_derechos_del_nino_11_588805001.html [Consulta: 26 octubre 2016].

⁶⁵ STS núm. 564/2014, de 14 octubre 2014 (RJ 2014/4754).

deben velar por los menores y prestarles alimentos. Por lo tanto, no estamos solo ante una obligación legal, sino que para los menores también adquiere el rango de derecho constitucional, lo que sin duda le da un matiz del que carece la genérica obligación alimenticia del artículo 142 CC.

En esta línea, la Sala 2ª del TC ha tenido ocasión de resaltar las diferencias entre el derecho legal de alimentos de los parientes y el derecho constitucional de alimentos de los hijos menores en su sentencia 57/2005, de 14 de marzo de 2005. La cuestión discutida versaba sobre la posible lesión del derecho de igualdad debido a la diferencia de tratamiento fiscal en el IRPF entre las pensiones alimenticias a favor del cónyuge y demás parientes, y las que perciben los hijos. El TC sentencia que la imposibilidad de reducir la base imponible del IRPF en el importe de las anualidades fijadas como pensión por alimentos a favor de los hijos no supone un tratamiento discriminatorio respecto de los contribuyentes que satisfacen pensiones al cónyuge o a otros parientes distintos de los hijos, por lo que no existe una vulneración del derecho a la igualdad ni motivos para la concesión de amparo. La argumentación que utiliza para denegar el amparo es lo que nos interesa destacar aquí: en su fundamento jurídico sexto afirma que mientras que la prestación de alimentos a parientes tiene su razón de ser en una necesidad perentoria o de subsistencia, los alimentos de los hijos tienen su origen exclusivamente en la filiación, y la obligación de satisfacerlos no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad. Además, estos alimentos a los menores «deben acomodarse a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, hasta el punto de financiar no solo los gastos ordinarios de su mantenimiento sino también los de carácter extraordinario (tales como actividades extraescolares, etc.)»⁶⁶. Pero sin duda la apreciación más relevante que realiza en esta sentencia el intérprete de nuestra Constitución es que «los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3), ni precisan de demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos». Se interpreta, por tanto, que el derecho de alimentos de los menores se origina sin necesidad de demanda alguna, pues es el hecho de la filiación el que determina constitucionalmente la obligación.

5.3. La controversia entre el artículo 148 CC y el artículo 39.3 CE. La jurisprudencia del TC y del TS respecto del deber de alimentos a los hijos menores

Es en este punto en donde surge la cuestión controvertida resuelta por el TS en sus más recientes sentencias, continuadoras del criterio establecido por el Pleno del TC en su

⁶⁶ Formulado desde una perspectiva más amplia, dice el TS que «esta asistencia se extiende, estén o no en una situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (art. 10 CE y 154.2 CC) ». STS 742/2013, de 27 de noviembre (RJ 2013/7855). Aunque como veremos, esta sentencia, al igual que el resto de las emanadas del alto tribunal, resuelve a favor de la irretroactividad de la obligación alimenticia.

Auto 301/2014, de 16 de diciembre⁶⁷, en el que se desliga de la apreciación hecha en la mencionada STC 52/2005, aunque la utilice y declare su compatibilidad con ella. Se trata de la determinación del momento de nacimiento de la obligación alimenticia. Pero antes de analizar lo dicho en estas resoluciones veamos qué es lo que establece nuestro Código civil al respecto.

En principio, según se desprende de la primera frase del artículo 148 CC, la obligación de prestar alimentos será exigible «desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos». El problema aparece cuando, a continuación, establece que no se abonarán «sino desde la fecha en que se interponga la demanda». Esta regla parece disociar el momento de nacimiento de la obligación de alimentos de su exigibilidad: solo desde la interposición de la demanda judicial deberá el alimentante abonar la pensión, aunque el alimentista se encuentre desde antes en estado de necesidad, pues la resolución judicial que así lo declare no tendrá carácter retroactivo⁶⁸. Tradicionalmente el fundamento de esta norma radicó en la máxima *in praeteritum non vivitur*, pues pasado el momento en que la prestación es actualmente necesaria y habiendo vivido el alimentista hasta entonces sin los alimentos que pide, el cumplimiento ya no es posible⁶⁹. Pero como puntualiza DELGADO ECHEVERRÍA, la deuda es preexistente a la decisión judicial, y el acto del deudor legal de alimentos que voluntariamente provee a la necesidad del alimentista es un verdadero y propio cumplimiento. Es más, siendo la imposibilidad una consecuencia directa del incumplimiento, ella únicamente puede tener como efecto la liberación del deudor cuando este no sea culpable del incumplimiento, procediendo en caso contrario el resarcimiento de daños⁷⁰. A esto último volveremos más adelante.

⁶⁷ BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2015.

⁶⁸ Incluso no pocas Audiencias Provinciales estaban llevando los efectos a un momento posterior al de la interposición de la demanda: en concreto, a aquel en el que recae la sentencia en primera o segunda instancia (SAP de Pontevedra, secc. 6ª, de 13 de julio de 2015 (JUR 2015/194520); SAP de Cádiz, secc. 5ª, de 9 de julio de 2014 (JUR 2015/197572)). Pero desde las SSTs 162/2014, de 26 de marzo (RJ 2014/2035) y 688/2014, de 19 de noviembre (RJ 2014/6196) –reiterado recientemente en las SSTs 487/2016 de 14 julio (RJ 2016/2970) y 600/2016, de 6 de octubre (RJ 2016/4737)– se ha fijado como doctrina que la pensión alimenticia se debe desde la interposición de la demanda si estamos ante la primera resolución que fija la pensión, mientras que cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación de medidas, la resolución desplegará su eficacia desde que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión la que podrá imponer el pago desde la interposición de la demanda. No obstante podría haber excepciones cuando se acreditase que el obligado al pago ha hecho frente a la pensión durante ese tiempo, lo que, sin alterar esta doctrina, retrotraería los efectos a un tiempo distinto, evitando con ello pagar dos veces.

⁶⁹ DELGADO ECHEVERRÍA (1993), p. 536. También del mismo autor, en su actualización a LACRUZ BERDEJO (2010), p. 25 y ss. Por sí misma no significa sino la necesidad de que las prestaciones de alimentos se hagan a tiempo debido y anticipadamente, y la inutilidad de que se realicen posteriormente. LACRUZ BERDEJO (2010), p. 25, citando a CICU.

⁷⁰ LACRUZ BERDEJO, actualizado por DELGADO ECHEVERRÍA, (2010), pp. 24-25.

No obstante de la regulación anterior del artículo 112.I CC⁷¹ parece inferirse que la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a los hijos menores de edad nace y es exigible desde el nacimiento del hijo, aunque la filiación no esté entonces legalmente determinada⁷². Y si a ello añadimos lo dicho en la sentencia del TC 52/2005 respecto al artículo 39.3 CE sobre el derecho a la percepción de los alimentos por el mero hecho de la filiación, no sería insensato pensar que los alimentos debidos a hijos menores constituirían un régimen aparte del establecido en el artículo 148 CC, siendo factible exigir el cumplimiento de la obligación alimenticia desde un momento anterior a la interposición de la demanda e, incluso, desde el nacimiento del hijo.

Esta discusión fue la que llevó a que se plantease la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1525-2014 sobre la potencial contradicción del artículo 148 CC, párrafo primero, *in fine*, con la obligación de los progenitores de prestar alimentos a los hijos menores, que dimana del artículo 39.3 CE y se extiende a toda su minoría de edad. El órgano proponente sostenía que este supuesto requería una solución especial y no la general prevista en el artículo 148 CC, habida cuenta de las diferencias entre el derecho de alimentos entre parientes y la obligación constitucional de alimentos a los hijos menores, sosteniendo la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 148 *in fine* debido a que se trata de un precepto preconstitucional. Pero el TC, calificando la cuestión como notoriamente infundada, resolvió inadmitiéndola mediante el Auto 301/2014⁷³. Los magistrados razonan que la retroactividad solicitada en los casos de menores no serviría al interés superior del menor, ya que «los alimentos no se orientarían a la asistencia al menor, el fin del artículo 39.3 CE, pues el menor ya fue asistido y sus necesidades de todo orden fueron cubiertas. Y si no lo fueron, los alimentos reclamados retroactivamente no servirían para cubrirlas ya» (FJ 4º). Por lo tanto, entienden que la retroactividad se estaría orientando a resarcir al progenitor cumplidor frente a una deuda generada a su favor por el progenitor incumplidor. Además, concluye que en los supuestos de cumplimiento forzoso, «una delimitación temporal de la exigibilidad de los alimentos parece proporcionada para evitar una situación de pendencia, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)». Disiente sobre esta argumentación el magistrado D. Antonio Xiol Ríos, único miembro del Tribunal que formula un voto particular al Auto mencionado. Su juicio sobre el asunto merecerá que más adelante nos detengamos en él.

⁷¹ El artículo 112.I del Código Civil dispone que «La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la Ley no dispusiere lo contrario».

⁷² Así lo ve BARBER CÁRCAMO (2016), p. 608, al entender que la obligación de alimentos no está en este caso ligada a la subsistencia, sino a la responsabilidad por la nueva vida engendrada, motivo por el cual no debería serle aplicable la irretroactividad derivada de la aplicación del artículo 148 CC.

⁷³ Se lamentan de que la cuestión no llegase a salvar el férreo control previo de admisión, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2015) y AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2015), p. 13.

También el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina mayoritaria de este Auto, declaró en sus recientes sentencias de 29 y 30 de septiembre de 2016⁷⁴ que, determinada judicialmente la filiación paterna de un menor, no pueden reclamarse del padre alimentos con efectos que se retrotraen al tiempo anterior a la interposición de la demanda alimenticia, pues la norma del artículo 148 CC es también de aplicación a la obligación de alimentos a los hijos menores, por mandato propio del artículo 153 CC. El TS señala que la limitación del artículo 148 CC es compatible con el régimen de alimentos a menores, pues «lo que el legislador ha querido con tal disposición es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero (hasta cinco años de pensiones, a tenor del art. 1966.1ª CC), a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe era, deudor de alimentos»⁷⁵. Aunque puntualiza que «el legislador ordinario bien podría haber añadido un nuevo párrafo al artículo 153 CC, que exceptuase la aplicación de lo que ese precepto siempre ha dispuesto a la obligación de prestar alimentos a los hijos menores» concluye que, no habiéndolo hecho así, la Sala debe mantener la doctrina jurisprudencial que se venía aplicando hasta entonces⁷⁶.

Mostramos nuestra disconformidad con tal razonamiento, puesto que estamos ante obligaciones diferentes que consecuentemente necesitan soluciones diferenciadas⁷⁷. Por un lado, tenemos una obligación fundamentada en el principio de solidaridad familiar y en el binomio necesidad/posibilidad, y por otro, un deber constitucional de asistencia a los hijos menores en el que debe primar el interés superior del menor.

Como ya vimos, no es algo nuevo que tanto doctrina⁷⁸ como jurisprudencia⁷⁹ distingan ambas obligaciones, ya que aun cuando en los dos casos se trata de obligaciones

⁷⁴ SSTs 573/2016, de 29 de septiembre (RJ 2016/4457), y 574/2016, de 30 de septiembre (RJ 2016/4844).

⁷⁵ FJ 3º punto 6 de la STS 574/2016, de 30 de septiembre (RJ 2016/4844).

⁷⁶ FJ 3º punto 3 de ambas sentencias. La doctrina jurisprudencial a la que se refiere son las SSTs 918/1993, de 5 de octubre (RJ 1993/7464); 328/1995, de 8 de abril (RJ 1995/2991); 917/2008, de 3 de octubre (RJ 2008/7123); 402/2011, de 14 de junio (RJ 2011/4527); 653/2012, de 30 de octubre (RJ 2012/10129); 742/2013, de 27 de noviembre (RJ 2013/7855); 746/2013, de 4 de diciembre (RJ 2013/7879), y 688/2014, de 19 de noviembre (RJ 2014/6196).

⁷⁷ De hecho y aunque resuelva de manera contraria, el TS llega a afirmar en el FJ 2º, punto 3, de la sentencia 742/2013, de 27 de noviembre (RJ 2013/7855), que a la obligación de alimentos respecto de los hijos, como derivación de la patria potestad, tampoco le son aplicables las limitaciones que se observan en el régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes. También la STS de 5 de octubre de 1993 (RJ/1993/7464), estableció que el derecho de los hijos menores no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes.

⁷⁸ Entre otros, GARCÍA GARCÍA (1984), p. 1004; DELGADO ECHEVERRÍA (1993), p. 522; GARCÍA RUBIO (1995), p. 43; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (2002), p. 49-50, YZQUIERDO TOLSADA (2016), p. 787; BARBER CÁRCAMO (2016), p. 606.

⁷⁹ La STS 918/1993, de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993/7464), en su FJ 2º, ya fue muy clara al respecto: en primer lugar el artículo 39.2 CE distingue entre la asistencia debida a los hijos «durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda». Y además, el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia (así, art. 145.3º) y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial

legales de contenido alimenticio entre personas unidas por una relación de parentesco, ahí acaba toda identidad. Incluso se ha dicho que la diferenciación ya parece justificada *a priori* por su distinta colocación en el CC⁸⁰; el deber de alimentar a los hijos menores se encuentra integrado en un conjunto más amplio de deberes que aparecen vinculados a la patria potestad ex artículo 154 CC, por lo que no es hasta producida la mayoría de edad cuando puede entrar en juego, nunca antes respecto a los padres, la estricta obligación alimenticia de los artículos 142 y ss., que surgirá en caso de necesidad, su cuantía será proporcionada a los medios del alimentante, y solo será exigible desde el momento de dicha necesidad y abonable desde la interposición de la demanda⁸¹. Por lo tanto, solo subsidiariamente se debería de aplicar el régimen general de alimentos entre parientes, como así se deduce de lo dispuesto en el artículo 153 CC, que señala esta subsidiariedad respecto a «lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate»⁸². Más claro resulta aún el CCCat, el que en su artículo 260.2 señala específicamente que «los deberes de asistencia entre cónyuges y entre padres e hijos se regulan por las disposiciones específicas y, subsidiariamente, por las previstas en el presente Código», lo cual supone una clara constatación legal de su independencia respecto de la obligación alimenticia general⁸³. No obstante, el TS⁸⁴ entiende que esta supletoriedad es la que faculta, precisamente, que el artículo 148.1 CC sea aplicable en este caso, algo con lo que no estamos en total acuerdo por varias razones.

Este deber para con los hijos menores, además de encontrarse recogido en el artículo 154 CC, y tener sustento constitucional en el artículo 39.3 CE, es proyección del artículo 18.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, en el que se establece que «Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño». También en el artículo 27 de dicha Convención se reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual y social, incumbiéndoles «a los padres u otras personas encargadas del niño la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño», y

(art. 110 CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados.

⁸⁰ GARCÍA GARCÍA (1984), p. 1004. De todas formas opinamos que esta distinción sistemática es mínima, cuando debería de ser la tónica general en toda la regulación alimenticia a menores.

⁸¹ GARCÍA GARCÍA (1984), p. 1005. De hecho, esta autora señala que «tanto el deber de mantenimiento como la deuda alimenticia estricta se mantienen incólumes cualesquiera que sean las vicisitudes de la relación conyugal», entendiendo que aún en caso de no existir el artículo 92 CC («la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos»), seguiría siendo así.

⁸² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (2002), p. 49.

⁸³ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (2002), p. 50.

⁸⁴ FJ 3º punto 3, de la STS 573/2016, de 29 de septiembre (RJ 2016/4457).

se establece como obligación de los Estados Partes el que tomen «todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres y otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño [...]». Por tanto, que el menor fuese asistido por uno de los progenitores no excluye la obligación que tenía el otro progenitor de contribuir, también, a los alimentos a los que el menor tenía derecho según el caudal respectivo de cada uno. Así lo entiende también el Magistrado D. Antonio Xiol Ríos, que, como ya dijimos, fue el único miembro del tribunal que formuló voto particular al Auto del Pleno del TC 301/2014. En el punto 4 de su argumentación opina que el hecho de que la necesidad de alimentos hubiera sido cubierta por el cónyuge custodio, por otro pariente o por cualquier otro medio, no impide afirmar que la obligación constitucional de asistencia existía con carácter previo a la presentación de la demanda y permanece vigente con independencia de cualquier otra consideración mientras entre el alimentante y alimentista haya una relación de filiación y el alimentista sea hijo menor de edad del alimentante.

Trasladando este razonamiento a nuestro caso, que recordamos se refiere al deber de proporcionar alimentos que habría tenido el causante que reconoce a un hijo en testamento, es obvio que la obligación alimenticia existía con carácter previo a dicho reconocimiento, y que esta obligación no fue cumplida en vida por el causante. Lo que nos llevará, como a continuación veremos, a postular el derecho tanto del hijo como del progenitor o tercero que se haya hecho cargo de la asistencia del menor, a reclamar, con los límites de la prescripción, aquellas cantidades de las que el causante no se hizo cargo.

5.4. Posibilidades de reclamación del hijo

5.4.1. Derecho del hijo menor a reclamar los alimentos que le son debidos⁸⁵

En primer lugar debemos dejar claro que el titular del derecho de alimentos es el hijo menor del testador reconocedor y que, por tanto, a él corresponderá la acción para reclamarlos. No obstante, por su minoría de edad, será su representante legal (normalmente la madre) quien esté legitimada, en nombre del niño, para solicitar la cuota alimenticia debida que, de aprobarse, se consideraría deuda de la herencia.

Y ello porque, al contrario de lo que defiende el TC en su Auto y el TS en las sentencias comentadas, sí vemos argumentos que defiendan la incompatibilidad entre la limitación del artículo 148.1 CC y la reclamación de alimentos por hijos menores, entendiendo que debería de prevalecer el interés superior del menor frente a ella, pues esta limitación libera al progenitor del cumplimiento de un deber constitucional del que

⁸⁵ Dejaremos fuera de análisis –pues no se consideraría deuda de la herencia– el derecho que puede tener el hijo, sea menor o mayor de edad, a reclamar alimentos a las personas a que corresponda según el elenco ordenado del artículo 144 CC, ya que con el establecimiento de la nueva filiación seguramente haya nuevos familiares a los que reclamar un crédito alimenticio.

es beneficiario directo el hijo, por lo menos, durante toda su minoría de edad. De hecho, con base en los artículos 158.1º y 148 párrafo 3º del CC, el Juez puede intervenir, ya sea de oficio o a instancia del hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, para salvaguardar los intereses del menor que no ve cubiertas sus necesidades. Es por ello que, a nuestro entender, en los casos en los que uno de los progenitores no estuviese cumpliendo con su deber alimenticio, el Ministerio Fiscal tendría la obligación de solicitar dicho cumplimiento⁸⁶.

La reclamación de alimentos de hijos menores se ha planteado mayoritariamente en dos escenarios: por un lado, en el marco de procedimientos de divorcio, en donde no será infrecuente que entre la efectiva separación de los cónyuges y la interposición de la demanda medie un período de tiempo más o menos largo que muchas veces acarreará el cuidado de los hijos comunes por uno solo de ellos. Y por otra parte, también será frecuente en procesos de reclamación de filiación. Mientras que en el primer caso el hecho de carecer el pronunciamiento de efectos retroactivos podría llevar en ocasiones a situaciones injustas –dependiendo de si anteriormente se han establecido o no medidas provisionales que prevean alimentos desde la efectiva separación–, en el segundo, la doctrina señala que podría tener más justificación la negación de estos efectos respecto de un periodo en el que el progenitor tal vez ignoraba la relación de filiación, sin existir un flagrante incumplimiento del deber de asistencia a los hijos menores de los que se desconoce la paternidad⁸⁷. No obstante, en estos casos de reclamación de filiación, en nuestra opinión sí deberían de concederse efectos retroactivos –más adelante veremos con qué límites– a la petición de alimentos.

Pero como ya dijimos, no es esta situación la del reconocimiento de un hijo en testamento. Aquí estaríamos ante un tercer escenario, en el que la filiación se ha establecido tardíamente⁸⁸, y en donde además queda patente el conocimiento que tenía el progenitor sobre la existencia de su hijo⁸⁹. Si la justificación del TS a la

⁸⁶ Por eso no estamos de acuerdo con lo dicho por YZQUIERDO TOLSADA (2016), p. 807, cuando considera lícito el caso de la madre que, tras una crisis matrimonial, queda con la custodia de los hijos de corta edad, y por el hecho de contar con una independencia económica «indiscutida», renuncia en el convenio a los alimentos que el hijo pudiera recibir de su padre. Aunque el autor remarca que años después el hijo podrá hacer valer una alteración de las circunstancias para solicitarle alimentos a su padre, entendemos que ya desde un primer momento el juez debe establecer alimentos a favor del menor, pues el hecho de que la madre sea independiente económicamente no significa que el otro progenitor quede eximido de sus obligaciones como padre.

⁸⁷ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2015), p. 13.

⁸⁸ BARBER CÁRCAMO (2016), p. 608, dice que la regla del artículo 148 con respecto a los alimentos debidos a menores «puede tener sentido en la determinación de las pensiones subsiguientes a una crisis matrimonial, pero no parece razonable extenderla también y en todo caso a los supuestos de determinación tardía de la filiación».

⁸⁹ En nuestro caso este conocimiento es evidente, pues se plasma en testamento. Pero cuando, aun sabiéndose padre de una criatura, tal hecho se niega, y es con posterioridad al nacimiento cuando se determina la filiación (normalmente tras un periplo judicial en el que la madre ha solicitado la determinación de la paternidad), el retraso en el cumplimiento de su obligación alimenticia como padre

limitación establecida en el artículo 148 CC pivota sobre la idea de protección de aquella persona que pudiera ignorar que era deudora de alimentos, a *sensu contrario* entendemos que el padre reconocedor carecerá de tal protección, pues el reconocimiento de filiación implica tener consciencia de que, como padre, tenía obligaciones para con su hijo, por lo que el retraso en el cumplimiento de la obligación alimenticia solo a él es imputable. Cuestión diferente será que la madre hubiese podido reclamar antes los alimentos debidos, pero pueden ser muchas las razones que justifiquen una presentación tardía de la demanda⁹⁰, y en todo caso estamos hablando de un derecho constitucional del hijo menor, no de un derecho potestativo de la madre.

Por tanto, entendiendo que el padre reconocedor en testamento no cumplió con su obligación alimenticia, la madre o representante legal del menor, en nombre de este, debería estar legitimada para solicitar la cuota alimenticia debida que, de aprobarse y como ya dijimos, se consideraría deuda de la herencia. Lo contrario sería consentir que el progenitor que no satisfizo en su momento las necesidades del hijo se estuviere enriqueciendo a costa del pagador (en el sentido de no ver extinguidas sus obligaciones a costa de su patrimonio, sino del de otro), sin más justificación que el reconocimiento no se conoció hasta después de su muerte.

Pero debemos plantearnos hasta dónde puede llegar la retroactividad en la petición, es decir, si los alimentos podrán solicitarse desde el nacimiento del menor o bien habrá de establecerse un límite temporal. Si partimos de lo establecido en el artículo 112 CC, en el que la determinación legal de la filiación tiene efectos retroactivos, siempre que sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no disponga lo contrario, y poniéndolo en relación con el artículo 39 CE y 154 CC, una interpretación sería que, siendo el nacimiento del menor el que origina el derecho a ser asistido por ambos progenitores en proporción a sus ingresos, es ese momento desde cuando se podrán solicitar alimentos.

no puede de ninguna manera justificarse. En el caso que da lugar a la STS 674/2003, de 7 de julio (RJ 2003/4330) se declara la paternidad de un individuo sobre su hijo cuando este contaba ya con 17 años. La madre del menor, que desde su nacimiento había estado reclamando extrajudicialmente alimentos a quien era padre de su hijo, aun sin reconocer, finalmente interpone demanda de paternidad a la vez que solicita una pensión alimenticia para el menor. De esta resolución, varios aspectos han de ser destacados: el primero, que pone en evidencia la situación de indefensión de aquellas madres que se ven solas ante el nacimiento del niño, prometiendo el padre que lo reconocerá cuando se pueda hacer cargo de él, situación en la que aquí entendemos que debería de actuar el Ministerio Fiscal como defensor de los intereses del menor, ex artículos 148.III, y 158.1º CC. El segundo, que de seguir a la jurisprudencia mayoritaria, los alimentos se concederán, como pronto, a partir de la interposición de la demanda. Decimos «como pronto» porque el tercer aspecto a destacar es que en esta resolución – al igual que sucedió en muchas otras hasta fechas muy recientes (*vid* nota a pie 60) –, los alimentos se concedieron desde la fecha de firmeza de la resolución, es decir, cuatro años después de la interposición de la demanda, cuando el menor estaba a punto de alcanzar la mayoría de edad.

⁹⁰ Por ejemplo, la promesa del progenitor de hacerse cargo de los alimentos, que más adelante incumple, o las situaciones de malos tratos. Por eso no compartimos la afirmación vertida en el Auto respecto al progenitor custodio, diciendo que «la norma no es excluyente, pues nada le impide formular demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación» (FJ 4º Auto TC 301/2014).

Esta postura es la adoptada por la legislación alemana, que en el § 1613 BGB, bajo el título «alimentos para el pasado» (*Unterhalt für die Vergangenheit*), permite exigir los alimentos debidos en un momento anterior a la presentación de la demanda. En nuestro supuesto de alimentos debidos a un menor que acaba de ser reconocido, resulta aplicable el apartado segundo del precepto. En él se prevé que, habiendo sido imposible la presentación anterior de la solicitud de alimentos por razones jurídicas (*aus rechtlichen Gründen*), y siendo una de estas razones que se haya reconocido por el padre un hijo no matrimonial con posterioridad a su nacimiento, se podrán reclamar los alimentos de manera retroactiva al establecimiento de la paternidad. Y ello porque entienden que la obligación nace con el niño y se debe desde entonces, por lo que es un derecho del menor que pueda pedir, tras la determinación de la filiación paterna, la prestación de alimentos. El plazo para solicitarlos, según el § 195 BGB, será de tres años, comenzando a correr desde el momento en que se dan las circunstancias que fundamentan el derecho y el acreedor de alimentos sabe de la existencia de su pretensión o debería haberlo sabido con una diligencia ordinaria (§ 199 (1) 2 BGB). Pero en el caso de menores este plazo se suspenderá hasta que alcancen la mayoría de edad, momento a partir del cual comenzarán a correr esos tres años⁹¹. No obstante, si bien el ordenamiento alemán permite la reclamación de forma tan amplia⁹², se prevé un llamado «límite de dureza» (*Härteregelung*), que viene a significar que cuando se aprecie una falta de diligencia en la petición, determinándose la paternidad tardíamente, este derecho de alimentos pasados se podrá aplicar de forma menos estricta. El padre podrá plantear una excepción a la aplicación de la norma en toda su extensión, limitando así los alimentos debidos⁹³.

⁹¹ HOPPENZ/HÜLSMANN (2008), p.356.

⁹² Así se infiere de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 17 de abril de 1991, en el caso *Peni c. Hogen*, que consideró que no choca con el orden público una sentencia extranjera (alemana) que establezca el devengo de la obligación alimenticia a favor de un menor a partir de una fecha anterior a la de la demanda judicial de alimentos, concretamente desde la fecha del nacimiento del menor, bajo el presupuesto de que la necesidad del mismo se había iniciado desde tal fecha. En favor de la no intervención del orden público frente a una condena retroactiva a los alimentos, utiliza argumentos relativos a la necesidad de distinguir los supuestos de alimentos respecto de los mayores y de los menores de edad y al contenido puramente patrimonial de la obligación alimenticia. En esta dirección, las sentencias de la *Cour de Cassation* de 13 de octubre de 1992, en el caso *J. L c. Office cantonal de la Jeunesse de Tübingen et Mme Ulrike C* ; de 12 de julio de 1994, en el caso *J.R. c. Ralfs.*, y de 18 de octubre de 1994, en el caso *G.R. c. Office municipal de la Jeunesse de Landau*, relativas a demandas de pensión alimenticia presentadas ante tribunales alemanes sobre la base de una constatación judicial de paternidad de los demandados, domiciliados en Francia, respecto de demandantes domiciliados en Alemania, consideraron que, remontándose los efectos de la declaración judicial de la filiación al nacimiento del hijo, no era manifiestamente incompatible con el orden público francés la decisión condenando al pago de una pensión alimenticia desde la fecha del nacimiento, dictada conforme a la ley alemana aplicable, especialmente en lo concerniente a los métodos de fijación de la pensión alimenticia y a la prescripción. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.; AGUILAR GRIEDER, H., (2012), p. 1755.

⁹³ HOPPENZ/HÜLSMANN (2008), p.356-357.

Volviendo al caso español, y aun entendiendo que es el nacimiento del menor el que determina el nacimiento de la obligación alimenticia, creemos aplicable el artículo 1966 CC respecto de la prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de obligaciones alimenticias⁹⁴, que en nuestro ordenamiento no reconoce excepciones. Es decir, que la reclamación de alimentos pasados se toparía con el límite de los cinco años que prevé este artículo, por lo que cuando el niño ya tuviese cierta edad, como máximo se podrían reclamar los alimentos debidos en los cinco años anteriores a la presentación de la demanda.

Llegados a este punto, y cuando la reclamación se inserte dentro de los primeros cinco años de vida del menor, tendríamos que plantearnos si se abarcarían también los gastos de embarazo y parto de la mujer. Según el artículo 142.3 CC, «entre los alimentos se incluyen los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo». La cuestión es que, ubicando esta previsión en sede de alimentos entre parientes, los obligados en principio serían los previstos en el artículo 143 CC: cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos de la mujer. Así que cuando estuviésemos ante el caso de una mujer encinta soltera o, estando casada, el hijo que espera no fuese del cónyuge, como sería nuestro caso de reconocimiento de un menor en testamento, nada se le podría exigir al padre biológico del niño. Por ello la mejor doctrina ha señalado que, si bien la madre no tendrá derecho propio a exigir el pago al padre del niño, ese derecho sí corresponderá al hijo, matrimonial o no, respecto de sus progenitores, lo que llevaría a reinterpretar el artículo 142.3 CC en el sentido de que estando el padre y la madre obligados a alimentar a los hijos menores de edad una vez que estos nazcan (arts. 110 y 154.1º CC), lo están también a satisfacer los gastos de embarazo y parto que hacen posible ese nacimiento⁹⁵. Estaríamos ante un derecho del hijo frente a ambos progenitores⁹⁶, al que habrían de aplicarse las normas relativas a la obligación de alimentos, pero que como lo normal será que la madre vaya satisfaciendo su participación en los gastos de una manera directa durante el transcurso del embarazo, si el padre no cumple voluntariamente con su parte proporcional, la madre

⁹⁴ El artículo 1966 CC señala que «Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 1ª. La de pagar pensiones alimenticias. [...]».

⁹⁵ GARCÍA RUBIO (1995), pp. 221-223. Señala la autora que este precepto parece haberse inspirado en el Derecho alemán, que en su § 1615. I) BGB establece que «el padre está obligado a reintegrar a la madre los gastos del parto y si como consecuencia del embarazo o del parto fuesen necesarios otras impensas, también los gastos adecuados a ellas. [...]», donde se constata que el derecho a obtener estos gastos corresponde en exclusiva a la madre frente al padre de su hijo y no frente a cualquiera de los alimentistas de aquella, tratándose no de un derecho de naturaleza alimenticia, sino de una acción de carácter indemnizatorio.

⁹⁶ Considerar que el titular de este derecho es el hijo frente a ambos progenitores y no exclusivamente la madre soltera frente al padre tiene la ventaja, a juicio de GARCÍA RUBIO (1995), p. 225, de responsabilizar por igual a ambos padres, correspondiéndose mejor con el papel igualitario que nuestra sociedad y Derecho otorgan al hombre y a la mujer. De hecho, señala que el BGB, al cargar al padre con los gastos del parto, se está alineando con anticuados pensamientos sobre una especial responsabilidad de los hombres por el tráfico sexual sin corresponderse con el papel de la mujer en la sociedad actual, por lo que lo correcto sería una participación igualitaria en los costes del parto.

podría reclamárselos en representación del hijo⁹⁷. En conclusión, tendríamos que la reclamación de alimentos del hijo menor alcanzaría, retroactivamente, no solo los años transcurridos desde su nacimiento, sino también el tiempo de embarazo y parto, en su caso con los límites de la prescripción.

Cabría plantearse el supuesto del padre que fallece durante el embarazo de su hijo. En términos generales, será de aplicación el artículo 964 CC, que declara el derecho de alimentos a favor de la gestante con cargo a los bienes de la herencia a los que tendrá derecho su hijo póstumo. Establecido esto, varios aspectos han de ser señalados. En primer lugar debemos de puntualizar que aunque el precepto se refiere literalmente a «la viuda que quede encinta», consideramos que la interpretación más acorde con nuestro tiempo es la que permite su aplicación analógica a todo supuesto de mujer gestante, estemos ante una realidad matrimonial o no, sin entrar a valorar el carácter de estable o accidental de la relación que produjo el embarazo⁹⁸. En segundo término, y llevando este precepto a nuestro caso, vemos que el reconocimiento que se haga en testamento, obviamente, no podrá ser de un hijo ya nacido, pero sí que podría reconocerse que ese hijo que está por nacer será de él. Por lo tanto podrían reclamarse con cargo a la herencia del póstumo, los alimentos a favor de la gestante. Parece claro que estaríamos ante una deuda alimenticia singular, pues no habiendo nacido el niño, los alimentos serían solo los de la mujer encinta. Tradicionalmente se ha dicho que el sujeto titular de los alimentos no será la viuda encinta, sino el niño que está por nacer, pero configurándose esta relación alimenticia con la mujer embarazada en beneficio del póstumo y el patrimonio de este⁹⁹, gravando ese deber de alimentar la cuota sucesoria que va a corresponder al hijo póstumo o, más bien, al patrimonio sucesorio. Pero hay un último aspecto del artículo 964 CC que merece ser destacado: se refiere al derecho de la encinta «aun cuando sea rica», por lo que no está teniendo en cuenta el estado de necesidad que sí exige el artículo 142.3 CC; por ello alguna doctrina ha señalado que lo más lógico sería una redacción del artículo 964 CC según la cual solo ante la necesidad de la madre gestante se diese el supuesto de nacimiento de la obligación alimenticia, teniendo así el mismo fundamento que el artículo 142 y ss. CC¹⁰⁰. Lo cierto es que esta interpretación plantearía problemas de duplicidad con el

⁹⁷ GARCÍA RUBIO (1995), pp. 224.

⁹⁸ OTERO CRESPO (2010), p. 959. Señala, además, que no debemos olvidarnos del supuesto en que el hijo traiga causa en una procreación artificial, con material genético del esposo de la gestante, compañero sentimental o tercero. Ello nos conduce a la cuestión sobre la determinación de la filiación cuando esta se derive del uso de técnicas de reproducción asistida, entrando en juego el artículo 9 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en especial su apartado tercero, cuando se le da al *varón no unido por vínculo matrimonial* «la posibilidad de prestar su consentimiento en testamento, consentimiento que servirá como título para iniciar el expediente de filiación y sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad».

⁹⁹ Pues tampoco se puede decir que el sujeto obligado sea el póstumo, ya que de ser así y siendo a la vez el sujeto activo, la obligación se extinguiría (GARCÍA RUBIO (1995), p. 188; OTERO CRESPO (2010), p. 1055.

¹⁰⁰ GARCÍA RUBIO (1995), p. 224; OTERO CRESPO (2010), p. 1056.

artículo 142.3, pues los alimentos de la mujer encinta coincidirían entonces con los gastos de embarazo y parto de este artículo.

La situación en la legislación comparada, además de la alemana ya comentada, es con creces más favorable que la española en lo que se refiere a la reclamación de alimentos pasados. En el derecho francés nos encontramos con que el artículo 342 del *Code civil* postula que todo niño cuya filiación paterna no está establecida legalmente puede reclamar alimentos a quien haya tenido relaciones con su madre en el período legal de la concepción, pudiéndose ejercitar la acción durante la minoría de edad, o en los siguientes diez años de su mayoría de edad si no se pidieron durante la minoría. Pero el *Code* va más allá, pues el artículo 342-5 dispone que la carga de los alimentos se transmite a la sucesión del deudor. Esta es la solución que nos posibilitaría, en el caso de reconocimiento de un hijo en testamento, la reclamación de los alimentos debidos por el causante durante la minoría de edad del hijo, siga siendo este menor o no, en este último caso siempre y cuando se encuentre en los primeros diez años de su mayoría de edad¹⁰¹.

Si seguimos analizando el derecho comparado, veremos que no será infrecuente encontrar un régimen específico para la obligación de alimentos a favor de los hijos menores que permita su concesión con carácter retroactivo a la demanda judicial, aunque las legislaciones variarán en cuanto al límite temporal de esa retroactividad. Así, en Suiza se podrán pedir retroactivamente los alimentos debidos desde un año antes de presentar la demanda cuando el hijo sea reconocido con posterioridad. En parecidos términos en Estonia se permite solicitar una indemnización por daños y perjuicios debido al impago de la pensión alimenticia con carácter retroactivo por un máximo de un año. En Bulgaria la obligación de alimentos a favor del hijo puede concederse también por un máximo de tres años antes de la fecha de reclamación judicial. Además, en este país la pensión alimenticia en beneficio de la madre soltera y el reembolso de los gastos asociados al embarazo y al parto también se conceden con carácter retroactivo, hasta dos años a partir del nacimiento del hijo. Y en relación con esto último, la legislación griega prevé un plazo mayor, de tres años a favor de la madre soltera, pudiendo interponerse la acción contra los herederos del padre¹⁰².

Por su parte, el Código civil catalán (CCCat) en su artículo 237-5 permite la reclamación de los alimentos desde una fecha anterior a la de interposición de la demanda, pues si hubiese reclamación extrajudicial, sería ese el momento a tener en cuenta. La doctrina señala que lo importante es que se trate de una verdadera reclamación y no de una

¹⁰¹ Además, la jurisprudencia francesa ya en 1963 estableció en la Sentencia de la Cour d'appel de París de 6 de febrero de 1962, «*Institué allemand de tutelle c. Geoffroy*», que la regla «*Les dettes alimentaires ne s'arrangent pas*» puede considerarse de interés privado y que no es contraria al orden público francés la demanda de pensión con efectos desde el nacimiento del hijo. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.; AGUILAR GRIEDER, H., (2012), pp. 1754-1755.

¹⁰² Datos disponibles en https://e-justice.europa.eu/content_maintenance_claims-47-es.do [Consultado: 27 octubre 2016].

mera notificación o comunicación de la situación de necesidad, pero no se exige que después se interponga demanda, como sí pasa en el Código civil italiano¹⁰³.

Este código da un paso más, estableciendo en el apartado segundo del artículo 237-5 una excepción a la regla general para el supuesto de alimentos debidos a los hijos menores, pudiéndose solicitar los anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, hasta un periodo máximo de un año, si la reclamación no se hizo por una causa imputable a la persona obligada a prestarlos. La razón de esta excepción la encontramos en el preámbulo de la Ley catalana 25/2010¹⁰⁴, que está pensando en los casos de violencia familiar y de violencia de género, supuestos en los que se entiende que los alimentos no se reclamaron antes por causa imputable al obligado a darlos, por lo que se estima necesario dar un tiempo adicional a la víctima para poder reclamarlos. Pero como bien señala la doctrina, podrían darse otros casos de imposibilidad transitoria no culpable, por ejemplo cuando se trate del secuestro internacional de un menor, o la desaparición del obligado¹⁰⁵. Por último, y en lo que aquí interesa, esta norma podría tener aplicación en los casos de reconocimiento de menores, donde el menor reconocido podría reclamar los alimentos, aunque siempre dentro de los límites previstos por la norma¹⁰⁶.

Siguiendo la regulación catalana y volviendo al caso del causante que reconoce a su hijo en testamento, nos encontraríamos con que el hijo sería acreedor de la herencia del padre, pues como ya razonamos, la reclamación no se hizo por causa imputable únicamente al reconocedor, que no hizo nada por cumplir con su deber en vida. Por ello, el representante legal del hijo menor de edad podría reclamar, en nombre del niño, los alimentos debidos en el año anterior a la reclamación judicial o extrajudicial contra la herencia de su padre.

Si bien la solución dada por el CCCat sigue siendo bastante restrictiva, lo cierto es que da un paso adelante con respecto a la regulación del CC, avanzando en la dirección que consideramos correcta y acercándose a las posibilidades de reclamación de alimentos debidos a menores con efectos retroactivos a la interposición de la demanda que, como vimos, permiten muchos de nuestros ordenamientos vecinos.

5.4.2. Acción de resarcimiento de daños *ex* artículo 1101 CC

Aunque en principio y según la máxima «*in praeteritum non vivitur*», será inútil la prestación de alimentos tardía, DELGADO ECHEVERRÍA observa que, cuando la

¹⁰³ RUDA GONZÁLEZ, A. (2014), p. 999. En el Código civil italiano, artículo 445, solo se devengan los alimentos («*costituzione in mora dell'obbligato*») desde la fecha de reclamación extrajudicial cuando en los siguientes seis meses a esta se interpone demanda.

¹⁰⁴ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

¹⁰⁵ RUDA GONZÁLEZ, A. (2014), p. 1001.

¹⁰⁶ RUDA GONZÁLEZ, A. (2014), p. 1002.

imposibilidad de cumplimiento es una consecuencia directa del incumplimiento, siendo el deudor culpable del mismo –que en este caso del reconocimiento de la filiación en testamento ya dijimos que lo era– procederá resarcir los daños causados por el citado incumplimiento. Este autor apunta, no obstante, que el resarcimiento no irá equiparado a la medida de la prestación que falta, ya que bien o mal el alimentista ha vivido, por lo que el daño resarcible se debe contemplar en la diferencia entre el nivel de vida efectivo y aquel a que hubiera tenido derecho mediante la prestación del alimentante: en los sufrimientos, siquiera morales, que ha experimentado, o en el daño patrimonial representado por las deudas contraídas con la finalidad alimentaria¹⁰⁷. Ello podría suceder perfectamente en el caso estudiado: el niño reconocido pudo no haber recibido la misma asistencia que sí recibieron otros hijos del causante, por ejemplo al privársele la asistencia a actividades educativas o lúdicas por razones económicas. Por ello, entendemos perfectamente admisible la acción del artículo 1101 CC, derivada del incumplimiento de la obligación legal de alimentos, solicitando el resarcimiento de los daños efectivamente causados por no haber recibido los alimentos en su día, que podrá ejercitar en nombre del hijo su representante legal.

5.5. *Derechos de terceros que hayan satisfecho la deuda*

Como vimos, el hijo sería acreedor de los alimentos debidos y de la indemnización de los daños causados por el incumplimiento. Si fuese menor, sería su representante legal el legitimado para reclamarlos. Pero llegados a este punto, cabe ahora plantearse las acciones que a su vez podría ostentar la madre pagadora u otros terceros –frecuentemente abuelos o parejas de la madre– que pudieran tener derecho al reintegro de las cantidades satisfechas por el mantenimiento del niño, que el padre reconocedor no cumplió.

5.5.1. Pago por tercero y *condictio* de regreso. El artículo 1158 CC *in fine*

En primer lugar, la madre o representante legal del menor debería poder solicitar el reembolso de las cantidades debidas anteriores a la interposición de la demanda de alimentos, por la vía del declarativo correspondiente en ejercicio de la acción de reembolso de conformidad con el artículo 1158 CC. En él se establece en su último inciso que el que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. Por lo tanto, estaríamos ante un derecho de crédito de un progenitor frente al otro.

Es ilustrativa al respecto la sentencia número 92/2009 dictada por la Sección 5ª de AP Asturias de 18 de marzo de 2009, la cual establece en su FJ 2º que si es un progenitor el que llega a atender en solitario con su patrimonio privativo los gastos derivados del deber alimentario consecuente con la generación y la patria potestad, no se aprecia

¹⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, en su actualización por DELGADO ECHEVERRÍA (2010), p. 25.

razón para negar su derecho de reembolso o reintegro¹⁰⁸. Aunque esta es la solución que consideramos más sensata, no fue este el parecer del TS en las ya citadas sentencias 573/2016 y 574/2016, pues entiende que no cabe ninguna petición de reembolso de cantidades cuyo pago no puede ser exigible, o como remarca, «cuyo pago ya no podría ser exigido». Lo justifica con base en el artículo 148 CC *in fine*, diciendo que esta norma ha querido proteger al deudor de alimentos frente al acreedor de los mismos, denegándole acción para exigir los alimentos correspondientes al período transcurrido entre la fecha en que se produjo el supuesto de hecho generador de la obligación (el nacimiento del hijo, en este caso), y la fecha en que se interpuso la demanda¹⁰⁹.

Pero de nuevo reiteramos que, en nuestra opinión, en el caso de los hijos menores el supuesto requiere una solución especial y no la general dimanante del artículo 148.1 CC. Tanto la regulación dada en nuestro CC, como la interpretación hecha en este tema por el TS sorprenden en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que el interés superior del menor constituye uno de los pilares que en los últimos tiempos ha adquirido mayor solidez, en especial tras la promulgación de la LO 8/2015, que ha modificado el artículo 2 de la LOPJM introduciendo el principio –ya considerado novedosamente como verdadero derecho subjetivo del menor¹¹⁰– y asegurando así el

¹⁰⁸ Respecto de los gastos de embarazo y parto, GARCÍA RUBIO (1995), p. 224, señala que cuando se hayan satisfecho todos los gastos por la madre durante su embarazo y no le haya reclamado nada al padre, cesará el derecho de alimentos del hijo frente al padre pero nacerá en favor de la madre un derecho de regreso frente al otro por la parte que a este correspondería. Sería en tal caso un crédito no alimenticio.

¹⁰⁹ FJ 2º, punto 5, STS 574/20016, de 30 de septiembre (RJ 2016/4844). Más sorprendentes son aún los razonamientos de las sentencias de este caso recaídas en primera instancia y apelación, recogidos en su FJ 1º, punto 8. Sentencian que antes del momento de interposición de la demanda no existía ninguna obligación del padre cuyo pago fuese asumido por la madre, pues esta viene obligada legalmente, en base al artículo 154 CC, a la prestación alimenticia de su hijo menor en toda su extensión, por lo que esa atención por ella dispensada lo ha sido por una obligación propia y no como pago de una deuda ajena. No habiendo ninguna norma que reconozca el derecho de reintegro al obligado que voluntariamente ha prestado alimentos, no procede su reembolso. Aunque este razonamiento al TS le parezca «inexacto», dice que no podría haber prosperado la demanda tampoco en el caso de que la pretensión se hubiese fundado en el artículo 1145.II CC, sobre la base de considerar solidaria la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad, ni tampoco si se hubiese fundado en una aplicación analógica de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 145 CC, sobre la base de considerar mancomunada aquella obligación.

¹¹⁰ Así, VARELA CASTRO, 2016, pp. 20 y ss., defiende que el interés del menor es un derecho subjetivo, lo que implica que se le reconoce a su titular un espacio o esfera de libre actuación y desenvolvimiento, además de su correspondiente protección y defensa. Más específicamente, lo cataloga como derecho de la personalidad, pues estos ofrecen a su titular un espacio de libertad y desarrollo de dicho interés en los distintos ámbitos de su vida. Tomando el ejemplo que pone el autor, y trasladándolo al caso alimenticio, si el art. 154.2 CC prescribe que la patria potestad se ejerce siempre en beneficio de los hijos, y si tal beneficio –interés del menor en recibir los alimentos que le son debidos durante su minoría de edad– es ahora un derecho, se podrá decir que el menor tiene el derecho, su derecho, a exigirle a sus padres, tanto en la esfera privada de su convivencia como ante los tribunales, que ejerzan la patria potestad en su interés y, del mismo modo, podrá exigir a terceros que no perjudiquen el ejercicio de la patria potestad conforme a ese interés.

respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor y su desarrollo integral¹¹¹. Y sorprende aún más si tenemos en cuenta lo establecido en otros ordenamientos mucho más liberales pero que, aun permitiendo holgadamente el pago por tercero sin derecho de reembolso por quien ha pagado voluntariamente, exceptúan de esta regla precisamente la deuda alimenticia, pudiendo reclamar el tercero de quien resulte ser el verdadero deudor alimenticio. Este es el caso del derecho estadounidense. En el tercer *Restatement* en materia de *Law of Restitution* se recoge el principio según el cual «no da lugar a restitución el beneficio impuesto voluntariamente y no solicitado, a menos de que las circunstancias de la transacción justifiquen la intervención del demandante en ausencia de contrato», lo que está sirviendo de advertencia sobre la actitud restrictiva hacia los casos en los que se paga una deuda ajena¹¹². Se parte de la idea de que la intervención sobre la esfera de otro ha de estar justificada por un contrato o una posterior ratificación, y fuera de estos dos casos solo en circunstancias excepcionales se puede justificar esta intervención: cuando peligre la vida, salud (§ 20) o bienes propiedad del demandado (§21), o cuando se trate del cumplimiento de un deber ajeno (§ 22). Centrándonos en este último caso de quien cumple con un deber ajeno, vemos que el § 22 solo justifica su «derecho de restitución» para evitar un enriquecimiento injusto en tres supuestos, siendo uno de ellos, precisamente, el haber proporcionado alimentos (*necessaries*) para evitar un daño inminente de quien los recibe¹¹³.

¹¹¹ La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha definido legalmente lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, habían ido construyendo sobre el concepto de interés superior del menor. La citada ley modifica el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, dotando al interés superior del menor de un contenido triple: en primer lugar, como derecho sustantivo, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra parte, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Y es, además, una norma de procedimiento. En definitiva, el interés superior del menor se proyectará sobre toda situación en la que intervenga un menor, desde aquellas en que se ejerciten potestades de representación legal o judicial del menor (NIETO ALONSO, 2016, pp. 20-21, considera el interés superior del menor como «criterio hermenéutico general» cuando se ejercitan tales potestades), hasta la situación aquí contemplada sobre la obligación alimenticia que, derivada de la patria potestad, tienen los padres hacia sus hijos menores.

¹¹² DEL OLMO GARCÍA (2016), p. 29.

¹¹³ Literalmente, dice el § 22: «*Performance of Another's duty. [...] 2. Unrequested intervention may be justified in the following circumstances: [...] b) the claimant may be justified in performing another's duty to furnish necessities to a third person, to avoid imminent harm to the interests of the third person*».

El comentario (*Restatement*, vol. 1. p. 311) que hacen los redactores del ALI incluso va más allá, cuando dejan claro que el demandado no puede quedar en peor posición que la que tenía respecto del deber que el tercero ha cumplido, a menos de que estemos ante un incumplimiento de un deber de alimentos o de un deber de interés público, en los que el remedio no se determina por el enriquecimiento experimentado por el demandado, sino por lo razonablemente gastado en la ejecución del deber que pesaba sobre el demandado (DEL OLMO GARCÍA, 2016, p. 32, que justifica esta figura aludiendo a la responsabilidad del demandado en el incumplimiento de su deber). De aquí podríamos deducir que la

Queda claro, pues, que para el derecho estadounidense el hecho de haber satisfecho unas cuotas alimenticias no debidas genera un derecho de reembolso a favor del quien efectivamente las ha pagado. En definitiva, un argumento más para sostener que la interpretación más consistente con el Derecho comparado, de las posibles en nuestro ordenamiento sería aquella en que el progenitor que hubiese sufragado todos los gastos alimenticios del hijo tuviese un derecho de reembolso frente al otro, pues los gastos corresponderían a ambos.

5.5.2. Gestión de alimentos. El artículo 1894.I CC

Por otra parte, no será inusual que un tercero (pareja de la madre, abuelos, tíos, etc.) se haya hecho cargo del cuidado del niño durante los años previos al reconocimiento por su padre biológico. Aquí la acción que cabría plantearse sería la de gestión de alimentos del artículo 1894.I CC, referido al supuesto en que un sujeto presta alimentos a otro sin estar obligado a ello, pero existiendo una deuda alimenticia exigible que corresponde a otra persona. El artículo dice literalmente: «cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, este tendrá derecho a reclamarlos de aquel, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamación». Por lo tanto, en nuestro caso la acción la interpondría el tercero contra el caudal hereditario del padre que reconoce al menor.

En opinión de destacada doctrina, la prestación de alimentos por un tercero en los casos del artículo 1894.I CC da derecho a reclamarlos del obligado siempre que concurren los presupuestos para el nacimiento de la obligación, aunque el alimentista no hubiese interpuesto demanda¹¹⁴. El primero de estos presupuestos será que efectivamente exista un deber de alimentos entre parientes. El segundo, que el gestor o tercero no sea el obligado de primer rango a darlos (o de ningún rango, pues el tercero podría no estar entre los parientes del art. 143 CC). Y en tercer lugar, que quien lleve a cabo la gestión carezca de *animus donandi*, es decir, que los entregue sin ánimo de liberalidad. Respecto a este último requisito debe apuntarse que la jurisprudencia suele presumirlo si los alimentos son entregados por parientes¹¹⁵.

El problema, no obstante, podría surgir en cómo se interprete el inciso «sin conocimiento del obligado a prestar alimentos» que algunos entienden como requisito para permitir el reembolso de los gastos del *solvens*, pues según la interpretación tradicional se estaría refiriendo al desconocimiento que el obligado tiene respecto al pago efectuado por un tercero, en cuyo caso esta norma entra en concurrencia con lo

deuda de la herencia vendrá determinada por lo efectivamente gastado por el tercero en alimentar al menor, independientemente de que hubiese sido más de lo que quizá hubiese pagado el padre reconocedor, siempre y cuando lo invertido en alimentos haya sido una cantidad razonable, atendiendo a todas las circunstancias del caso.

¹¹⁴ DELGADO ECHEVERRÍA (1993), p. 535.

¹¹⁵ SÁNCHEZ JORDÁN (2016), p. 1331, citando las SSTs de 7 de marzo de 1932 (RJ 1932/947), y 25 de septiembre de 1968 (RJ 1968/3959).

establecido en el artículo 1158 CC. No obstante, en el artículo 1894 CC se entendería que, dadas las peculiaridades del supuesto y la finalidad tuitiva de la vida que presenta la norma, debe concederse el reembolso al *solvens* incluso contra la formal oposición del obligado, como un caso de gestión válida *prohibente domino* (ex art. 1158-III CC)¹¹⁶. Pero otra interpretación sería que el desconocedor fuese el propio extraño, el *solvens*, quien podría ignorar que había un obligado a prestar los alimentos¹¹⁷, por lo que, conociéndolo *a posteriori*, tendría derecho a reclamar la restitución de las cantidades destinadas a la satisfacción del alimentista¹¹⁸.

Aquí cabe hacer un inciso y considerar el caso de aquel que cría a unos hijos ajenos por ocultación o desconocimiento de la verdadera paternidad biológica¹¹⁹, y que en el momento en el que se entera solicita la devolución con carácter retroactivo de los alimentos entregados al menor. Esta cuestión, aún sin haber sido planteada en términos de reconocimiento de filiación en testamento, ha llegado finalmente al Tribunal Supremo, que ha resuelto por sentencia 202/2015, de 24 de abril, de manera contraria a las peticiones de reembolso de estos terceros por lo pagado en concepto de alimentos mediante el ejercicio de una *condictio indebiti*, rechazada sobre la justificación de que no pueden concederse efectos retroactivos ni a la obligación alimenticia ni a aquello que no sea favorable al menor cuando se determina tardíamente la filiación¹²⁰. La cuestión había sido motivo de discrepancia en las Audiencias Provinciales hasta que fue dictada la anterior sentencia, pues mientras que algunas consideraban que las reclamaciones de los alimentos abonados a quien se creía hijo debían realizarse por el cauce del artículo 1895 CC, otras sostenían que era el artículo 1902 CC el que debía aplicarse; el TS se acoge a una tercera interpretación, que también habían seguido un tercer grupo de Audiencias, entendiendo que en tanto no se declarase que el tercero resultaba no ser el padre, no sería de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces era debido.

No podemos compartir enteramente esta opinión del TS, ni tampoco lo dicho en el voto particular formulado por dos de sus magistrados¹²¹, pues sí entenderíamos recuperables los pagos efectuados (al igual que los autores del voto particular, pero en

¹¹⁶ ANDRÉS SANTOS (2010), p. 2037; SÁNCHEZ JORDÁN (2016), p. 1332.

¹¹⁷ LASARTE ÁLVAREZ (1991), p. 1954.

¹¹⁸ Siguiendo esta segunda interpretación encontramos que en la legislación alemana se prevé expresamente esta acción en materia de alimentos a menores. El § 1607.3º del BGB establece un derecho de reembolso a favor del pariente o tercera persona que ha criado un hijo ajeno, creyéndolo propio, contra el verdadero deudor de alimentos.

¹¹⁹ Para un estudio más detenido sobre la cuestión, *vid.* PÉREZ GALLEGÓ (2015), pp. 141- 175.

¹²⁰ FJ 2º, punto 3 b) y c), de la STS 202/2015, de 24 de abril (RJ 2015/1915).

¹²¹ Los Magistrados D. Antonio Salas Carceller y D. Francisco Javier Orduña Moreno sí entienden que la situación descrita se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 CC, que regula el cuasicontrato de cobro de lo indebido, habiéndose producido un supuesto de *indebitum ex causa*. Añaden que la solución adoptada por la sentencia no solo impide el resarcimiento del daño frente a la madre, sino también frente al verdadero padre, en el caso de que llegara a ser conocido.

contra del parecer mayoritario del TS), pero no frente a la madre del menor¹²² (al contrario que los magistrados discrepantes¹²³), ni tampoco con base en la *condictio indebiti* del artículo 1895 CC (de conformidad con lo dicho por el TS¹²⁴). En nuestra opinión el sujeto que se creyó padre debe dirigir su acción, como ya expusimos, contra el verdadero deudor de la obligación alimenticia que él satisfizo, esto es, el padre biológico. Para ello creemos que la acción será la del artículo 1894.I CC, y no la del 1895 CC, pues esta última tendría que dirigirse contra el acreedor, que sería el niño titular de alimentos (y no la madre), motivo por el cual tal acción no podría prosperar, ya que el interés superior del menor estaría por encima de la pretensión de resarcimiento del que hizo el pago indebido.

Por último, cabe hacer mención al CCCat, en el que encontramos una previsión específica sobre prestación de alimentos por terceros en el artículo 237-11. En virtud de este artículo el tercero que haya prestado alimentos cuando el obligado a ello no lo haya hecho, podrá repetir contra él o sus herederos las pensiones correspondientes al año en curso y al año anterior, más los intereses legales, y subrogarse de pleno derecho, hasta el importe señalado, en los derechos que el alimentante tenga contra la persona obligada a prestarlos, salvo que consten que se dieron desinteresadamente y sin ánimo de reclamarlos. Por lo que de nuevo el CCCat está dando un paso, aunque a nuestro juicio todavía pequeño, en la dirección que creemos correcta, permitiendo reclamar al verdadero obligado las pensiones alimenticias pasadas, aun con el límite de un año.

5.5.3. Acción de daños del artículo 1902 CC

Por último, también entendemos que tendría cabida la acción del artículo 1902 CC, pudiendo solicitar *iure proprio* tanto el progenitor custodio como un tercero que se haya

¹²² Otra cosa será que el que se creía padre pueda pedir resarcimiento de daños morales a la madre, por la ocultación de su no paternidad respecto a los que tenía por sus hijos, cuestión que, como sabemos, tampoco es pacífica en la jurisprudencia. La primera sentencia de la jurisprudencia menor que estimó responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC fue la SAP de Valencia, secc. 7ª, 597/2004, de 2 de noviembre (AC 2004/1994), que concedió al demandante una indemnización por el daño moral sufrido, diciendo que si bien la infidelidad no es indemnizable, sí lo es la procreación con ocultación a su cónyuge. Aunque no se dice explícitamente, parece ser esta la opinión del TS en la citada sentencia 202/2015, pues ese había sido el parecer de la sentencia de primera instancia del caso.

¹²³ Estos llegan a afirmar «la responsabilidad patrimonial de la mujer respecto de una obligación de alimentos que cobró, sin causa para ello, y con incumplimiento de su deber de patria potestad a prestarlos íntegramente». En primer lugar, cabe alegar que los alimentos cobrados no eran para ella, sino para el menor, pues el derecho es de este, y en segundo lugar que en todo caso no tendría la obligación de prestar ella los alimentos «de forma íntegra», pues como ya se ha reiterado es una obligación compartida con el otro progenitor.

¹²⁴ El TS destaca el riesgo que supondría trasladar al ámbito de las relaciones familiares determinadas acciones para fundar un derecho de crédito «al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar» (FJ 2º, punto 3 c) de la STS 202/2015, de 24 de abril (RJ 2015/1915).

hecho cargo del niño, una indemnización de daños tanto patrimoniales como morales por el incumplimiento consciente del obligado que, de aplicarse en caso de reconocimiento testamentario de la filiación, se consideraría deuda de la herencia. Señala la doctrina que incluso se podrían reclamar daños derivados del embarazo y/o parto, por ejemplo de índole moral o de interrupción de su formación profesional, cuando por ejemplo, el embarazo proceda del delito contra la integridad sexual¹²⁵.

6. CONFIGURACIÓN HIPOTÉTICA DE LA DEUDA DE ALIMENTOS A CARGO DE LA HERENCIA EN EL CASO DE RECONOCIMIENTO TESTAMENTARIO DE FILIACIÓN

No podemos concluir este estudio sin referirnos a las consecuencias que tendría el admitir que el hijo reconocido o su representante legal, o incluso el tercero que se hizo cargo de la manutención del reconocido en cuestión, estarían legalmente legitimados para ejercitar sendas acciones y resarcirse una vez acaecida la muerte del testador.

Lo primero que debemos señalar, por obvio que parezca, es que al haber fallecido ya el testador-reconocedor, la cantidad reclamada se configuraría como deuda sucesoria. La categoría «deuda sucesoria» es amplia y genérica, pues engloba a cualquier tipo de deuda relacionada con la sucesión. En este sentido, es mérito esencial de la doctrina italiana el estudio minucioso de esta cuestión, habiendo teorizado CRISCUOLI¹²⁶ sobre los cuatro principales tipos de deudas sucesorias. En primer lugar, este autor distingue las que llama deudas hereditarias, y que son aquellas deudas que ya existían en vida del difunto, y que no se extinguen con su muerte. En segundo lugar se encuentran las cargas de la herencia, que son aquellas que surgen a causa de la muerte del causante y consecuente apertura de la sucesión. Tradicionalmente se han incluido en esta categoría todos aquellos gastos relativos al funeral, los derivados de la administración de la herencia o del beneficio de inventario, o el importe devengado a consecuencia del impuesto de sucesiones. En tercer lugar, las obligaciones testamentarias son aquellas obligaciones, cargas o modos que impone el testador a cargo del heredero o del legatario. Por último, CRISCUOLI menciona una cuarta y última categoría, no existente en nuestro ordenamiento jurídico y por tanto, no recogida por nuestros juristas españoles¹²⁷, que es aquella compuesta por las «obligaciones sucesorias asistenciales». Estas últimas se diferencian de las precedentes –obligaciones hereditarias–, por cuanto a que, mientras las obligaciones testamentarias nacen *ex voluntas testatoris*, las obligaciones sucesorias asistenciales nacen *ex lege*. En multitud de ordenamientos jurídicos vecinos¹²⁸, y no tan vecinos¹²⁹ se prevé la existencia y coercibilidad de estas obligaciones sucesorias asistenciales.

¹²⁵ GARCÍA RUBIO (1995), p. 225.

¹²⁶ CRISCUOLI (1980), pp. 9 y ss.

¹²⁷ GARCÍA RUBIO (1990), pp. 171 y ss; GETE-ALONSO Y CALERA, (2016), 346 ss., reconocen las tres categorías anteriormente mencionadas y omiten las obligaciones sucesorias asistenciales.

¹²⁸ En Italia, CRISCUOLI (1980), pp. 42-49, incluyó dentro de esta subcategoría la asignación vitalicia a favor de los hijos no reconocibles (arts. 279 y 580 CCit), la asignación vitalicia a favor del cónyuge superviviente separado quien ya recibía alimentos del cónyuge antes de su fallecimiento (art. 548. 2 CCit), y

En el marco del derecho común español existe una deuda sucesoria que, por tener fundamento en causa distinta al deber de asistencia y haber nacido ya en vida del causante, consideramos que forma parte de la primera categoría -deudas preexistentes del causante que no se extinguen por su muerte-; se trata del supuesto planteado en el artículo 101 de nuestro CC, precepto que regula la pensión compensatoria y cuyo cometido principal es reajustar el desequilibrio económico en el que puede verse inmerso uno de los cónyuges tras la separación o el divorcio. Dicha pensión, dice el artículo mencionado, no se extinguirá por el solo hecho de la muerte del deudor, por lo que formará parte del pasivo sucesorio. La deuda sucesoria que establece este artículo es un tanto peculiar, pues el artículo 101.2 CC establece que los herederos «podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima»; por lo tanto, la especialidad de la deuda viene dada por la facultad atribuida a los herederos para pedir su reducción o supresión si la herencia es manifiestamente insuficiente para hacer frente a dicha deuda, o si dicha deuda pudiese perjudicar sus derechos legítimos.

Volviendo al tema objeto de este estudio, lo cierto es que de admitirse lo que nosotras venimos proponiendo nos veríamos obligadas a especular acerca de en qué tipo de

la asignación que un juez puede reconocer en favor del ex cónyuge divorciado con cargo a la herencia (art. 9-bis Ley 898/1970 sobre el divorcio).

¹²⁹ SCHWIND (2002), pp. 5-6, lleva a cabo un importante estudio comparado relativo a las obligaciones sucesorias asistenciales que no se extinguen con la muerte del deudor. Así, el autor señala que en Francia, la asistencia pactada en contrato debe ser asumida por la herencia. En Brasil, la obligación de prestar alimentos se transmite a los herederos del deudor (art. 1700 CC Brasil). En Alemania, el padre debe asistir a la madre por el período comprendido entre las seis semanas anteriores y las ocho posteriores al nacimiento del hijo, y esta obligación no cesa ni siquiera si muere antes del nacimiento (§1615n BGB). Además, el deber de asistir al ex cónyuge pasa a los herederos como deuda de la herencia, aunque con límite máximo en la cantidad que, de no haberse disuelto el matrimonio, le habría correspondido conforme a las normas de la sucesión legítima (§1586 BGB). En Austria, el heredero forzoso que ha sido excluido de la herencia por una razón legalmente justificable debe recibir una pensión de asistencia (§795 ABGB), y el cónyuge supérstite, aun cuando no sea heredero forzoso, tiene derecho a una pensión apropiada hasta que contraiga nuevo matrimonio, hasta el límite de lo que le hubiese correspondido conforme a las normas de la sucesión legítima (§796 ABGB). En Estados Unidos, la norma tradicional es que las obligaciones de asistencia se extingan con la muerte del deudor. No obstante, los estatutos de algunos Estados establecen que la pensión alimenticia, a falta de acuerdo, será exigible únicamente hasta la muerte de cualquiera de las partes, lo que ha sido interpretado como una autorización para que en los decretos de divorcio sí se pueda establecer que el pago de la pensión continúe después de la muerte del obligado. Incluso en ausencia de dicha autorización estatutoria, la casuística reciente pone de manifiesto que los tribunales conceden pensiones alimenticias que continúan después de la muerte del obligado si el decreto de divorcio así lo previó específicamente, de forma tal que la pensión alimenticia se convierte así en una deuda sucesoria. Lo mismo ocurre con la pensión alimenticia a favor de los hijos: en principio, se extingue con la muerte del obligado. No obstante, continuará existiendo tras su muerte si el decreto de divorcio así lo estipula. En Inglaterra, las obligaciones asistenciales también cesan con la muerte del obligado. No obstante, un tribunal puede ordenar el pago de una cantidad neta con cargo a la herencia a favor de ciertos miembros de la familia u otras personas dependientes para quienes no se ha provisto ninguna disposición económico-patrimonial a su favor ni en testamento ni bajo las normas de sucesión intestada.

deuda sucesoria cabría subsumir la cantidad adeudada por alimentos no satisfechos en su día al hijo reconocido en testamento¹³⁰. Si tenemos en cuenta que existe cierta prelación entre los tipos de deudas sucesorias –las testamentarias, en principio, están supeditadas a que exista activo sucesorio suficiente para cubrir el resto de deudas sucesorias¹³¹–, parece justificada nuestra cavilación. La respuesta a este interrogante no es sencilla y la única certeza es que no se trata de una carga de la herencia que surge a causa de la apertura de la sucesión.

Se podría argumentar que la cantidad adeudada es una obligación testamentaria, pues lo cierto es que la filiación –que sería el fundamento en que se basase la pretensión de alimentos debidos–, habría sido legalmente determinada por reconocimiento voluntario en testamento. Desde una perspectiva funcional, y siempre suponiendo que la ley reconociese la viabilidad de las pretensiones que nosotras aquí defendemos, se podría equiparar el reconocimiento de la filiación con un reconocimiento tácito de deuda, pues lo uno llevaría aparejado lo otro. Mantener este criterio, no obstante, supondría afirmar que la deuda nace con el reconocimiento y no en el momento del nacimiento del hijo reconocido, lo cual no consideramos correcto.

Por consiguiente y siguiendo la clasificación propuesta más arriba, ya sólo nos quedan dos posibilidades: obligación preexistente del causante u obligación sucesoria asistencial. Si tenemos en cuenta que, de una parte, la característica típica –aunque no esencial–, de las obligaciones sucesorias asistenciales que señalaba CRISCUOLI reside en que se trata de asignaciones o pensiones de carácter periódico y que, de otra parte, nosotras entendemos que la obligación de prestar alimentos nace (y valga la redundancia) en el momento de nacimiento del hijo en cuestión, parece sensato considerar que la cantidad total y fija adeudada se subsumirá en la categoría correspondiente a las deudas preexistentes del causante que no se extinguieron por su muerte.

¹³⁰ Trataremos la cantidad adeudada como deuda sucesoria independientemente de cuál hubiese sido la acción que el ordenamiento jurídico reconociese y fuese ejercitada por el hijo reconocido, su representante legal o un tercero; y también con independencia de los conceptos que justificasen la cantidad final; esto es, con independencia de si tal cantidad incluye o no los gastos de parto y embarazo del artículo 142 CC, o de si la cantidad debida responde al derecho de la mujer gestante a reclamar alimentos cuando el testador que reconoce al *nasciturus* en testamento fallece antes del nacimiento (art. 964 CC).

¹³¹ Esta premisa es clara cuando existe beneficio de inventario, pues las obligaciones testamentarias deben reducirse si el haber hereditario no es suficiente para el pago de deudas sucesorias. Dicha reducción se llevará a cabo de acuerdo con el orden de preferencias establecido en el artículo 887 CC para los legados, que son las obligaciones testamentarias más características. En caso de aceptación pura y simple, la solución variará en atención a si adoptamos el criterio expuesto por los autores disidentes que defienden una separación de patrimonios (PEÑA 2009, LACRUZ 1981, GARCIA RUBIO 1989), o si por el contrario entendemos, como la mayoría de la doctrina, que cuando hay aceptación pura y simple, hay confusión de patrimonios.

Una vez establecido ante qué tipo de deuda sucesoria nos encontramos, la siguiente cuestión sería dilucidar quiénes son los responsables del pago de la misma. En todo caso, los responsables del pago de la deuda serán los coherederos, de manera proporcionada a su cuota hereditaria, y hasta el límite de lo que marque su condición de heredero beneficiario o no, pues la responsabilidad por la deuda será limitada hasta el valor de su cuota –si solicitaron beneficio de inventario–, o no –si aceptaron pura y simplemente–. Es cierto que el testador tiene la facultad de señalar quién o quiénes serán responsables del pago, pudiendo repercutir la deuda a cargo de los coherederos, los legatarios, o todos ellos, o sólo algunos en concreto, pero esta disposición tendrá únicamente efectos internos, y nunca podrá limitar los derechos del acreedor hereditario.

Si el hijo reconocido –y legitimado para pedir la cantidad adeudada– fuese uno de los coherederos, y a pesar de que en ese caso se cumplirían los presupuestos del artículo 1192 CC, pues acreedor y deudor concurrirían en la misma persona, no habría extinción de la obligación por confusión, siendo indiferente que el coheredero reconocido haya pedido beneficio de inventario o no. Y ello debido a que el artículo 1087 CC, en sede de pago de deudas hereditarias, ordena que «el coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero», sin distinguir si ha habido declaración de beneficio de inventario o no. Teniendo en cuenta que el heredero sí debe deducir su parte, estaríamos ante una confusión parcial.

Por último, si el hijo reconocido fuese el único heredero –bien porque así lo ha dispuesto el testador en testamento, o bien porque no habiendo el testador dispuesto sucesor o resultando el resto de las cláusulas testamentarias nulas se abrió sucesión intestada, y el hijo reconocido resultó ser el único–, habrá que distinguir según si este es heredero puro y simple o beneficiario. Si es heredero puro y simple, la deuda se extinguiría por efecto de la confusión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1192.1 CC, según el cual «quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor». Por el contrario, si el heredero es beneficiario, se aplicará el artículo 1192.1 CC, que exceptúa la confusión cuando esta «tenga lugar en virtud de título de herencia, si ésta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario». Esta norma otorga coherencia a la institución del beneficio de inventario, pues de acuerdo con el artículo 1023 CC, uno de los efectos que produce en favor del heredero es que este conservará contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto¹³². Esta separación de patrimonios adquiere especial importancia si, por la cuestión que fuese, el crédito del heredero gozase de preferencia frente a otros acreedores concurrentes.

¹³² GETE-ALONSO Y CALERA, (2016), 385.

7. CONCLUSIONES

El testamento es, hoy en día, el instrumento sucesorio por antonomasia en el cual el testador no está constreñido a limitarse a disponer de sus bienes. Más bien todo lo contrario, el testador podrá hacer en él todas las declaraciones que estime pertinentes, tengan o no, y de manera única o no, contenido patrimonial. Así, el testador puede, si lo desea, reconocer la filiación no matrimonial a través de este instrumento. El hecho de que el reconocimiento se contenga en testamento no modifica la naturaleza *per se* irrevocable de la filiación.

De otra parte, el acto de reconocimiento de la filiación en testamento es de naturaleza declarativa, pues por sí misma no genera efectos. Los artículos 123 a 126 del Código Civil establecen los requisitos que deben cumplirse para que el reconocimiento de la filiación en testamento determine legalmente la filiación reconocida. Estos requisitos varían en función del reconocido, pues serán diferentes atendiendo a su capacidad legal –minoría de edad, mayoría de edad, o posible incapacidad–, y también a su persona –si hubiese ya fallecido–.

Además, el régimen de esta institución –reconocimiento testamentario de filiación–, genera ciertos problemas que la doctrina o el legislador han tenido que ir resolviendo a marchas forzadas. Nos estamos refiriendo, en primer lugar, a la diferente capacidad exigida para testar y para reconocer; así como la eficacia limitada del reconocimiento testamentario cuando hay filiación contradictoria. No queremos desaprovechar la ocasión para reiterar nuestro profundo desagrado por las reformas que, con desconocida intención, ha llevado a cabo el legislador y que parecen demorar la eficacia del reconocimiento testamentario a la fecha de la muerte del testador.

Como tuvimos ocasión de analizar, la obligación alimenticia respecto de los hijos menores tiene un contenido más exigente que el de meros alimentos contenidos en los artículos 142 y siguientes, constitucionalmente reforzado en el artículo 39.3 CE. Mientras que la prestación de alimentos a parientes tiene su fundamento en una necesidad perentoria de subsistencia, los alimentos de los hijos tienen su origen exclusivamente en la filiación, y la obligación de satisfacerlos no se reduce a la mera subsistencia, sino que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad. Así, entendemos que los alimentos debidos a hijos menores constituyen un régimen aparte del establecido en el artículo 148 CC, siendo factible exigir el cumplimiento de la obligación alimenticia desde un momento anterior a la interposición de la demanda e incluso desde el nacimiento.

Por ello no podemos más que mostrar nuestra disconformidad con los pronunciamientos del TC y del TS reseñados, que quieren hacer primar el principio de seguridad jurídica y de protección del deudor de alimentos – que en la mayoría de los casos será el padre del menor reconocido – al interés superior del menor. Que el

menor reciba alimentos de solo uno de los progenitores o de un tercero genera una clara desventaja a cuando pueda percibirlos de los dos.

A nuestro parecer, la solución más sensata, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, sería que el representante legal del menor, o los terceros que se hubiesen hecho cargo de él, pudiesen solicitar los alimentos o el reembolso de los satisfechos en lugar del deudor desde momentos anteriores a la exigencia judicial de los mismos, opción que se da con distinto alcance, como vimos, en la mayoría de los ordenamientos vecinos. Esto significaría que en la mayor parte de los reconocimientos testamentarios que solo producen efectos tras la muerte del testador, que tanto el acreedor de los alimentos como quienes los satisficieron en el lugar del deudor tienen un derecho de crédito frente a la herencia del causante, como obligación preexistente a la apertura de la sucesión, con todo lo que ello implica en el proceso de liquidación hereditaria.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.; AGUILAR GRIEDER, H., «Alimentos y orden público», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2012, pp. 1747-1765.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *El reconocimiento de la filiación natural*, Bosch, Barcelona, 1951.

ÁLVAREZ MERINO, J., «Los alimentos de los hijos menores: artículo 39.3 CE versus artículo 148.1 CC», en *Revista de Derecho de Familia*, septiembre 2013. Disponible en http://www.elderecho.com/civil/Alimentos_de_los_hijos_menores-articulo_39-3-articulo_148-1-legislacion_tuitiva_de_los_derechos_del_nino_11_588805001.html [Consultado: 27 octubre 2016].

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 CC (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)», *Derecho privado y constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 11-45.

ANDRÉS SANTOS, F.J., *Comentarios al Código Civil* (arts. 1887-894), Lex Nova, 2010, pp. 2023-2038.

CARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: Una visión crítica*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2013.

BARBER CÁRCAMO, R., *Código civil comentado* (arts. 108-111), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 590-615.

BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J., «El reconocimiento de hijo natural en testamento», *Revista de Derecho privado*, 1965, pp. 183-202.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Un voto particular interesante en materia de alimentos», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2015, parte Comentario (BIB 2015/718).

CAMACHO CLAVIJO, S., *El testamento revocatorio*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

CAÑIZARES LASO, A., *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Montecorvo, Madrid, 1990.

CAÑIZARES LASO, A., «Sucesión y testamento», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, Cizur Menor, Navarra, 2014, pp. 807-829.

CAÑIZARES LASO, M^a P., *Código Civil Comentado* (arts. 756-757), Civitas, Barcelona, 2016, pp. 617-634.

CRISCUOLI, G., *Le obbligazioni testamentarie*, Giuffrè, Milano, 1980.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios al Código Civil* (arts. 142-154), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 522-544.

DEL OLMO GARCÍA, P., «Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del common law: PICC, PECL, DCFR, CESL», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. I, 2016, pp. 5-98.

DÍAZ ALABART, S., «La edad mínima para reconocer hijos», *Revista de Derecho privado*, 1983, pp. 531-540.

DÍEZ-PICAZO, L., *Lecciones de Derecho civil, IV. Derecho de Sucesiones*, Universidad de Valencia, Valencia, 1967.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, tomo I, Derecho de familia, Tecnos, 2012, Madrid.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «El testamento», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, 2^a ed., M.C. Gete-Alonso y Calera (dir.), J. Solé y Resina (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016.

DURÁN RIVACOBÁ, R., «La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz», *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 139-197.

GALGANO, F., *Trattato di diritto civile*, Cedam, Milano, 2009.

GARCÍA GARCÍA, M^a A., «Los alimentos de los hijos menores en los procesos matrimoniales», *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 1001-1023.

GARCÍA RUBIO, M^a P., *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Madrid, 1989.

GARCÍA RUBIO, M^a P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C. «Responsabilidad hereditaria», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, 2^a ed., M.C. Gete-Alonso y Calera (dir.), J. Solé y Resina (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016.

HOPPENZ, R.; HÜLSMANN, B., *Der reformierte Unterhalt*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2008.

JORDANO BAREA, J. B., *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil. Tomo IV. Familia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

LAMA AYMÁ, A. de, *Libertad de testar y memorias testamentarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Comentarios al Código Civil* (arts. 1892-1894), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1949-1955.

MARSAL GUILLAMET, J., «Ineficacia y revocación del testamento», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, 2^a ed., M.C. Gete-Alonso y Calera (dir.), J. Solé y Resina (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *El Nuevo Derecho de familia*, Gráficas Espejo, Madrid, 1981.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002.

MÍQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a las reformas del derecho de familia* (artículo 741), vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.

NANCLARES VALLE, J., *Código civil comentado* (arts. 112-126), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 615-692.

NAVARRO AMANDI, M., *Cuestionario al Código Civil reformado*, tomo III, Madrid, 1890.

NIETO ALONSO, A., «Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3 (julio-septiembre, 2016), pp. 1-47.

OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Reedición de la obra de 1957, Granada, Comares, 2001.

OTERO CRESPO, M., *Comentarios al Código Civil* (arts. 959 a 968), Lex Nova, 2010, pp. 1048- 1058.

PÉREZ GALLEG0, R., «Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3 (julio-septiembre 2015), pp. 141- 175.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 1984.

PROSPERI, F., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di PERLINGIERI), (artículo 256), Edizione Scientifiche Italiane, Napoles, 2010, pp. 953-954.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario del Código Civil* (arts. 112-141), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 437-522.

ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Edelce, Sevilla, 1951.

RUDA GONZÁLEZ, A., *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya* (arts. 237-1 a 237-8), Atelier, 2014, pp. 974-1010.

SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., *Código civil comentado* (arts. 1887-1894), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 1304-1333.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil*, tomo VI, vol. I, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Comentario del Código Civil* (artículo 741), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1850-1853.

SCHWIND, M. A., «Liability for obligations of the inheritance», *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 5, Ch. 8, Tübingen: Mohr, 2002.

SERRANO SARCÍA, F.J., «El reconocimiento testamentario de la filiación no matrimonial no exige la aprobación judicial», *Actualidad Civil*, núm. 13, 1988.

TORRES GARCÍA, T.F., *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977.

TORRES GARCÍA, T.F./GARCÍA RUBIO, M.P., *La libertad de testar. El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

TORRES GARCÍA, T.F./SOLÉ RESINA, J., «Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código Civil y en el Código Civil de Cataluña», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, 2ª ed., M.C. Gete-Alonso y Calera (dir.), J. Solé y Resina (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016.

VARELA CASTRO, I., «El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor», *Boletín del Ministerio de Justicia*—www.mjusticia.es/bmj—, núm. 2188, mayo 2016, pp. 3-61.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, Cuesta, Valladolid, 1916.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Código civil comentado* (arts. 154-161), 2016, pp. 784-810.

Fecha de recepción: 20.12.2016

Fecha de aceptación: 22.03.2017