

La dación en pago del artículo 99 del Código Civil

ANTONIO MANUEL RODRÍGUEZ RAMOS
Universidad de Córdoba

SUMARIO

I. EL PODER DISPOSITIVO DE LOS CÓNYUGES SOBRE LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FACULTAD SOLUTORIA CONFERIDA A LOS CÓNYUGES POR EL ART. 99 CC.

- A. Semejanzas y diferencias con la comutación del usufructo viudal
- B. La dación en pago

III. REQUISITOS DE LA DACIÓN EN PAGO DEL ART. 99 CC.

1. Acuerdo de las partes
2. Obligación preexistente
 - 2.1. «Fijada judicialmente»
 - 2.2. Imposibilidad de la comutación *ad limine*
 - 2.3. Conclusión
3. «Cierta» equivalencia de valor objetivo entre las prestaciones nueva y sustituida
 - 3.1. Innecesariedad de homologación judicial
 - 3.2. Conclusión
4. Cumplimiento efectivo de la prestación nueva

IV. EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO DEL ART. 99 CC.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. EL PODER DISPOSITIVO DE LOS CÓNYUGES SOBRE LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO¹

La pensión por desequilibrio económico es descrita por CAMPUZANO TOMÉ como «aquella prestación, satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre -debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial- en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida y disfrutada durante el matrimonio, y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal»². En la loable intención de la autora de no dejar escapar matiz alguno relativo a la pensión por desequilibrio económico, en el afán de alcanzar la definición perfecta de la misma, olvidó apuntar si los cónyuges pueden disponer de ella, como si de cualquier derecho patrimonial se tratara, o si por el contrario, han de atenerse a la cuantía y modo de pago prescritos por el Juez, como si fuera una cuestión de fe. Y este olvido no es cues-

¹No pretendo realizar a continuación un análisis exhaustivo del poder dispositivo de los cónyuges, sino tan sólo explicar someramente cuáles son las razones que me asisten para proclamar la indisponibilidad de la «deuda valor» en que consiste el derecho de pensión por desequilibrio económico, si bien pagadera con la modalidad solutoria que los cónyuges separados, ex-cónyuges (si se divorciaron), o el ex-cónyuge acreedor y los herederos del deudor, en su caso, estimen por conveniente. Para ahorrarle al lector la coetilla que describe a los sujetos intervinientes en esta dación en pago, enténdala para lo sucesivo subsumida en el término «cónyuges».

² CAMPUZANO TOMÉ, H. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio (especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento)*, 3ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1994, pp. 25 y 26.

³ Así, aunque el art. 1.814 Cc. proscribire la transacción sobre cuestiones matrimoniales, nada obsta para que el acuerdo transaccional alcance a las secuelas de estricta índole patrimonial que dimanen del consorcio, como pudiera ser la pensión (indemnizatoria) para restablecer el equilibrio padecido por uno de los esposos al cesar la convivencia conyugal. De esta suerte se les legitima para establecer la cuantía inicial de la pensión en virtud de acuerdo, o renunciar al derecho una vez nacido. Pero de entre todos los actos dispositivos sobre la pensión, el más exorbitante consiste en la negación del mismo derecho, en su no establecimiento judicial, simplemente porque los cónyuges no lo solicitaron, por muy palmario que sea el empeoramiento económico irrogado a cualquiera de aquéllos. A este particular dedica sus fundamentos de derecho la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Diciembre de 1987, consagrando el «principio de rogación» respecto del derecho de pensión por desequilibrio, al postular que ésta «no puede acordarse por el Juez de oficio y sí, sólo, en el caso de que el cónyuge que la pida pruebe que la separación o divorcio le ha producido un desequilibrio económico en relación a la posición del otro, que implique un empeoramiento de su situación durante el matrimonio».

⁴ Por esa razón, en los procedimientos consensuales de separación o divorcio (solventables conforme a los cauces prevenidos en la Disp. Ad. 6ª de la Ley de 7 de Julio de 1981), el Convenio regulador que acompaña necesariamente a la demanda habrá de referirse, como uno de sus contenidos mínimos, a «la pensión que conforme al art. 97 corresponde satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges» (art. 90 E. Cc.). En los procesos contenciosos de separación o divorcio (atemperados a los límites de la Disp. Ad. 5ª de la Ley de

7 de Julio de 1981), el derecho de pensión «se fijará» en la resolución judicial (art. 97 Cc.), lógicamente si se demuestra sobradamente la existencia del desequilibrio en cuestión.

⁵ La jurisprudencia de todas las instancias refrenda esta tesis: La sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984 de 10 de Diciembre, alude a los elementos de *ius cogens* que informan a todo proceso matrimonial, añadiendo que «no se puede transitar por él y ampararse en sus peculiaridades para olvidarse de ellas a la hora de los efectos de la sentencia que ponga fin a la relación conyugal, apelando entonces a los principios dispositivo y rogatorio del proceso civil español»; la sentencia de Audiencia Territorial de Barcelona de 2 de Abril de 1987, declaró nulo un acuerdo de los cónyuges por el que renunciaban a la pensión «compensatoria», dado que «en materia de matrimonio y filiación en el que la libertad y autonomía de las partes se restringe con base a otros principios superiores (art. 90. Cc), se permite al Juez modificar los acuerdos de los cónyuges cuando lo estime gravemente perjudicial para uno de ellos»; y últimamente, para la Sentencia de 7 de Octubre de 1981 del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona, no basta con la mera manifestación de la ausencia de desequilibrio para que la pensión no se establezca, sino que hay que demostrar fehacientemente esta circunstancia para que no haya lugar al nacimiento del derecho a pensión. En otras ocasiones, el jurisprudente justifica el carácter indisponible del derecho de pensión fundándose en el estado de necesidad *sui generis*, al modo del deber de alimentos. Sin incurrir en discutible comparación, el carácter irrenunciabile del derecho de pensión también lo recogen sentencias de la mal denominada «jurisprudencia menor»: así, Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona, de 7 de Octubre de 1981 y 20 de Diciembre de 1983, y Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró de 12 de Junio de 1982. NAVARRO FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, C., «La pensión en caso de separación o divorcio (Comentario a la sentencia de la A.T. de Bilbao de 3 de Diciembre de 1985)», *Poder Judicial*, 2ª época, nº. 2, Junio 1986, p. 76.

ción baladí, porque acarrea la incertidumbre acerca de la misma naturaleza jurídica del instituto: Si la consideramos trasunto de indemnización, difícilmente podrá negarse el dilatado margen dispositivo del que pueden gozar los cónyuges; si estimamos su naturaleza asistencial, probablemente aquel margen se estrechará sobremanera.

Tradicionalmente, la generalidad de la jurisprudencia y algún sector doctrinal, han otorgado a la pensión por desequilibrio una cierta naturaleza indemnizatoria o reparatoria, lo que supone la concesión a los cónyuges de amplias prerrogativas dispositivas sobre el derecho de pensión¹. Para quienes abogamos por la naturaleza asistencial de la pensión por desequilibrio, la potestad dispositiva de los cónyuges queda notablemente limitada: el nacimiento de este derecho no se supedita a sus voluntades; ni pueden renunciar a él antes de su fijación judicial; ni condonar la deuda una vez determinada.

1.- La obligación de pagar pensión dimana directamente de la Ley y sólo de ella, de suerte que siempre que exista desequilibrio económico para uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior de convivencia matrimonial, y así se constate durante el curso de los autos de separación o divorcio, la ley constriñe al juzgador para que fije una pensión que la haga desaparecer, y ello aunque las partes se nieguen o callen al respecto⁴.

2.- Siendo la pensión por desequilibrio materia cogente, por provenir de norma imperativa, su renuncia es imposible (arg. ex. art. 6.3 Cc.)⁵. Porque la pensión sólo nace si existe y se demuestra en autos el desequilibrio económico inferido a cualquiera de los cónyuges, y no porque a éstos les interese, la quieran o, para el caso, no la quieran.

3.- Y si quedó clara la prohibición de renuncia *a priori* de la pensión, parecida conclusión deviene predicable para la condonación *a posteriori* de la deuda,

siempre que subsista incólume la coyuntura que dio origen al nacimiento del derecho. El art. 1.187 Cc. remite a las reglas generales de la donación para disciplinar a las condonaciones. Y una de estas reglas, la residenciada en el art. 634 Cc., establece un límite objetivo en beneficio del donante (en este caso, condonante) al permitirle donar todos sus bienes presentes, o parte de ellos, «con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias». Si una vez fijada judicialmente la pensión, con el fin de paliar el empobrecimiento que respecto al otro cónyuge y a la situación que mantuvo constante el matrimonio le produjo el cese de la convivencia conyugal, persistieran estas circunstancias, es voluntad del legislador que ni tan siquiera pueda padecer modificación la cuantía de la pensión por desequilibrio (art. 100 Cc). Por idéntica razón, tampoco puede el cónyuge acreedor dar por zanjada la misma mediante condonación, porque ello supone renunciar al plus económico que le garantiza lo necesario para vivir en un estado acorde con el que mantuvo constante la convivencia matrimonial. En definitiva, «el estado correspondiente a sus circunstancias» al que alude el art. 634 Cc., para el caso que nos ocupa, se corresponde con el que disfrutó el cónyuge acreedor antes de la crisis matrimonial, y el que pretende garantizar el legislador mediante la fijación de una pensión que lo equilibre respecto del cónyuge no perjudicado económicamente con la ruptura de la convivencia familiar en matrimonio. Condonar la obligación de pagar pensión, mientras permanezca el desequilibrio, es tanto como retrotraerse al momento de la disolución vincular o de la separación, y si entonces no se le permitió al cónyuge perjudicado renunciar a la pensión, difícilmente puede admitirse una condonación posterior que coloque al cónyuge acreedor en patente desequilibrio económico respecto del otro cónyuge. Admitir la remisión de esta deuda es tanto como autorizar el fraude de ley, porque no sólo pierde el acreedor la prestación que le permite mantenerse en un estado correspondiente a sus circunstancias, sino que también se le irroga un

grave perjuicio, proscrito con carácter general en el art. 90 Cc.

En consecuencia, la naturaleza asistencial de la pensión por desequilibrio, acarrea su indisponibilidad para los cónyuges mientras subsistan aquellas circunstancias que le dieron origen, de suerte que ni pueden crearla por su mera voluntad, ni impedir que nazca, ni siquiera perdonarla si tal desequilibrio persiste⁶. ¿Ello supone la carencia absoluta de una cierta autonomía de los cónyuges sobre la pensión? A nuestro juicio, no⁷. El dogma de la autonomía de la voluntad puede proclamarse y repetirse sin temor respecto de los cónyuges de la pensión, con la condición de que se subraye que prácticamente es hoy, como lo fue ayer y lo será mañana, sólo un problema de medida. Ciertamente, a los cónyuges les está vedado transigir respecto de la «deuda valor» en que consiste el derecho de pensión⁸, pero nada les impide pactar la modalidad solutoria con la que colmar esa deuda, siempre que ésta no sufra merma. Y esa es precisamente la potestad que se les confiere en el art. 99 Cc., a cuyo tenor «en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una venta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero». Lo ciertamente complicado, es configurar la naturaleza jurídica de esta facultad solutoria.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FACULTAD SOLUTORIA CONFERIDA A LOS CÓNYUGES POR EL ART. 99 CC

Elucidar con nitidez los perfiles jurídicos de este instituto, resolvería la generalidad de los problemas que pudieran derivarse de su interpretación. Pero es la misma naturaleza jurídica de la facultad sustitutoria conferida a los cónyuges, la cuestión más debatida y de más complicada resolución. La riqueza

⁶ A menos que se produzcan alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge (arg. ex. art. 100 Cc.); o para el caso de la muerte del deudor, el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara los derechos en la legítima (arg. ex. art. 101 Cc.); y en ambos supuestos, así lo soliciten al Juez los interesados.

⁷ Sí pueden renunciar a las mensualidades ya vencidas, al modo de los alimentos (arg. ex. art. 151.2 Cc.)

⁸ Valga como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1995, que permite a los cónyuges estipular en capitulaciones una pensión complementaria de futuro, dirigida a mantener el equilibrio económico alcanzado en estos capítulos; «no se trata, por tanto, de corregir un desequilibrio sino de evitar que éste se produzca».

⁹ Aunque pueden establecer su cuantía tanto en el Convenio Regulador (art. 90 E. Cc), como mediante acuerdo simple (art. 97 Cc). Pero en ambos casos, será el Juez quien en última instancia determine la oportunidad de la misma pensión, así como su cuantía, velando por no causar un perjuicio grave para ninguno de los cónyuges.

¹⁰ En rigor jurídico, quien utiliza el término «cónyuge viudo» incurre en una palmaria contradicción, dado que al amparo del art. 85 Cc., «el matrimonio se disuelve, sea cual fuere su forma de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges...», de suerte que muerto uno de los esposos, el otro, ciertamente viudo o viuda, deja de ser cónyuge. A pesar de la obviedad, es de uso corriente por el jurista, y comúnmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia.

¹¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*, coordinados por José Luis Lacruz Berdejo, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 1193.

¹² HAZA DÍAZ, P., *La pensión de separación y divorcio*, (Tesis doctoral), Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho, Córdoba, 1987, pp. 16, 17, 246 ó 250.

¹³ GULLÓN BALLESTEROS, «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», *Anuario de Derecho Civil*, t. XVII, fascículo III, Julio-Septiembre, 1964, p. 616. por citar alguno de los tratadistas hispanos de esta opinión. La doctrina italiana en favor del conyuge divorziato ha cetero *assistenziale* oltre che alimentare, e trova suo fondamento nel vincolo di solidarietà post-conyugale tanto che si estingue con le nuove nozze, perché con esse sorge un nuovo vincolo di solidarietà conyugale», sic. MEZZANOTTE, L., *La successione anomala del conyuge*, pubblicazione della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, núm. 58, Napoli, 1989, pp. 102 y 103.

de opiniones doctrinales al respecto (auspiciada por la escueta dedicación normativa a la pensión por desequilibrio económico), y que todas encuentren cobijo en la imprecisión terminológica del art. 99 Cc, abren el abanico de las soluciones hasta límites insospechados.

Para solventar este escollo inicial, hemos creído conveniente acudir primero a institutos que guarden una estrecha similitud, al menos en su apariencia, con la *dictio legis* del artículo de referencia, y, tras realizar una labor de cotejo axiológico, afirmar o descartar su identidad jurídica. El instituto en cuestión no es otro que el de la *conmutación del usufructo del cónyuge viudo*¹⁰ regulado en los arts. 839 y 840 Cc.

A) Semejanzas y diferencias con la conmutación del usufructo viudal

Art. 839. Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte del usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte del usufructo que corresponda al cónyuge.

Art. 840. Cuando se esté en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 837, el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que recae sobre el viudo o la viuda, o la sucesión de éstos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.

Es indiscutible que entre los citados artículos (especialmente el 839) y el art. 99 Cc., al menos en cuanto a su literalidad, existe un enorme parecido. Otra cosa es aventurar esta identidad respecto de sus finalidades y naturalezas jurídicas. Quizá, como apuntan LASARTE y VALPUESTA, «una vez más ha funcionado el *arrastre legislativo* y, antes de meditar una solución *ad hoc* -la referir para la conmutación solutoria del

derecho de pensión-, se ha preferido reiterar una norma suficientemente conocida y contrastada como el artículo 838 (839 tras la Ley de 24 de Abril de 1958) del Código Civil». «¿La pena es que los supuestos de hecho de ambas normas poco tienen que ver entre sí?»¹¹.

No creemos, sin embargo, que las diferencias sean tan extremas como tan enfáticamente apuntan LASARTE y VALPUESTA. EL parecido entre el estado de viudo y el de divorciado lo sostiene la lógica del artículo 85 del Cc., al que hacen mención distintos autores¹², y la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de Noviembre de 1984, según la cual: «Consecuencia directa de la disolución del matrimonio por divorcio es la existencia de un estado civil de divorciado que... se asemeja al de viudez, por ser éste estado civil igualmente un efecto de las otras causas de disolución del matrimonio como son la muerte y la declaración de fallecimiento».

Asimismo, el carácter asistencial que hemos concedido al derecho de pensión por desequilibrio económico, es igualmente atribuible por varios civilistas para la legítima del cónyuge viudo, criterio que particularmente no comparto. Así se dice que «el usufructo viudal pretende que el viudo no pierda la posición económica que tenía durante el matrimonio»¹³. Sin negar este predicado carácter asistencial para la legítima del viudo, el reconocimiento de esta cuota es un derecho previo y exigible, independiente de las condiciones económicas en que pudiera quedar el viudo (o la viuda) tras el óbito del causante casado; a diferencia de la citada pensión que precisa indefectiblemente para el nacimiento del derecho, de un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio que le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro cónyuge. Por la misma razón, al no tenerse en cuenta el estado en que habrá de quedar el viudo, la cuantía de la citada cuota legitimaria es invariable, y no precisa, en consecuencia, modulación judicial ni de cualquier otra

clase¹⁴. En suma, aunque de parecida naturaleza, ambas instituciones difieren en la medida en que no se exige respecto del usufructo viudal (a diferencia de la pensión) una atemperación de su cuantía a las necesidades que precisaría el viudo para mantener el *status* del que gozaba constante el matrimonio.

De igual suerte, y sosteniendo que existe una notable semejanza entre el derecho de pensión y la cuota viudal, tampoco participan de la misma naturaleza, ni de parecidos fines, las facultades solutorias de los arts. 839 y 99 del Código Civil. Uno y otro dan por hecho el carácter indisponible de las deudas que persiguen extinguir modificando la prestación debida. Prescindiendo ahora del derecho de pensión, la legítima del cónyuge viudo, en cuanto que legítima, es intangible tanto cualitativa como cuantitativamente, a tenor de lo prevenido en el artículo 813 y concordantes del Código Civil. Ello supone que el viudo no puede recibir menos de lo que por Ley le corresponde. Ahora bien: ello no empuja para que los obligados al pago de este «legado legal» del que es titular el viudo, es decir, lo herederos gravados (art. 858 Cc.)¹⁵, conmuten esta *debita pars valoris bonorum*, al socaire de lo prevenido en los arts. 839 y 840 del Cc., de usufructo a renta vitalicia, capital en efectivo, o lote de bienes hereditarios, según con quienes concurra el viudo. Como no puede sufrir merma el valor de la legítima al ser conmutado por otra prestación, el cónyuge viudo siempre podrá solicitar el amparo judicial, si se manifiesta en desacuerdo con la equivalencia que fijaron los herederos. A esto es a lo que se refiere el art. 839 cuando dice de «mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial»¹⁶. Y en esta cuestión, a nuestro juicio, sí que encuentra refrendo el art. 839 en el art. 99 Cc. Al igual que la cuota legitimaria del viudo, la «deuda valor» en que consiste el derecho de pensión, es indisponible para los cónyuges. Ello no obsta para que si lo estiman conveniente, ésta pueda ser pagada con una prestación distinta de la renta periódica fijada por el Juez, siempre

que no sufra daño la citada «deuda valor», esto es, que ambas prestaciones sean equivalentes económicamente. Y para salvaguardar la posición del cónyuge acreedor, al modo de lo dicho para el cónyuge viudo, nada impide que sea el Juez quien fije la cuantía de la nueva prestación, que no la modalidad solutoria que, en todo caso, precisa de previo acuerdo entre los cónyuges.

Pero este parecido funcional, no implica la igualdad ni en los fines ni en la naturaleza de sendos preceptos. Mientras que el art. 839 Cc. persigue «evitar la desmembración del dominio, al ser la legítima del cónyuge viudo un usufructo sobre parte de la herencia»¹⁷, la facultad solutoria del art. 99 Cc. pretende otorgar a los cónyuges, en beneficio de ambos, una alternativa solutoria que ponga término a la deuda derivada del desequilibrio económico. En el primer caso, como los únicos interesados en que desaparezca la carga de su propiedad son los herederos *lato sensu*, sólo a ellos les confiere el legislador la facultad de pagar de otra forma que les sea menos gravosa, la cuota legitimaria del viudo: nos hallamos, en consecuencia, ante una *obligación facultativa*¹⁸, en la medida en que no se precisa del asentimiento del acreedor (cónyuge viudo) para mudar de prestación. En el segundo caso, como se establece en beneficio de los cónyuges, se requiere el consentimiento de ambos para la mutación objetiva, lo que conlleva, necesariamente, o una dación en pago, o una novación (extintiva o modificativa).

En resumidas cuentas, cuota viudal y derecho de pensión guardan en común su carácter indisponible y, en menor medida, su naturaleza asistencial, puesto que la cuantía de la legítima se fija legalmente sin tener en cuenta la situación económica en queda el cónyuge supérstite. Sin embargo, la posibilidad que ambas presentan para ser conmutadas, aunque de enorme similitud terminológica, difieren en su finalidad y naturaleza jurídicas: mientras la conmutación de la legítima del viudo pretende evitar la desmembración dominical en

¹⁴ Para el caso, el usufructo del tercio destinado a la mejora, si concurre a la herencia con hijos o descendientes (art. 834 Cc.); el usufructo de la mitad de la herencia si estos descendientes son adulerinos del finado, o si concurre sólo con ascendientes (art. 837 Cc.); y al fin, el usufructo de los dos tercios de la herencia, si no concurre con ninguno de los citados (art. 838 Cc.).

¹⁵ Esto es, cualesquiera sucesores, forzosos, voluntarios, *abintestato*, legatarios, acreedores y cesionarios sin restricción. Que son éstos los únicos legitimados para escoger la modalidad solutoria con la que colmar la cuota legitimaria del viudo, no ofrece el menor género de dudas, al amparo de la literalidad de los arts. 839 y 840 Cc. Así lo expresan DIEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *Derecho Civil, Familia y Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 719 y 720; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La herencia de los viudos: usufructo universal y legítima de los hijos*, Colección Jurisprudencia práctica nº. 13, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 31 y 32; CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1.993, pp. 74 a 79.

¹⁶ El mutuo acuerdo ha de circunscribirse a las operaciones de valoración del usufructo y del objeto por el que se trueca e incluso, si se quiere, a las garantías de la operación, pero nada más. La autoridad judicial es la que controlará, en su defecto, para que *no haya lesión a los intereses de las partes*. DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Derecho Civil...*, cit., p. 719. *Idem*, CARCABA FERNÁNDEZ, *Los derechos sucesorios...*, cit., p. 81.

¹⁷ DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Derecho civil*, cit., p. 719.

¹⁸ Son obligaciones facultativas aquéllas en que se debe una sola prestación pero teniendo el deudor derecho a liberarse mediante otra sin necesidad de asentimiento alguno del acreedor (STS. 28 de Febrero de 1961). FINEZ distingue la dación de las obligaciones facultativas «si atendemos al régimen de

efectos. En la obligación facultativa, usualmente convenida en favor del deudor, queda a voluntad de éste liberarse ejecutando la prestación *in obligatione* o realizando aquella *in facultate solutionis*. El acreedor sólo podrá accionar por la primera. En la dación en pago, ni el acreedor puede exigir una prestación distinta de la convenida en pago, ni el deudor puede cumplir con la originaria, una vez que se ha llegado al acuerdo de dación en pago». PINEZ, J.M. «La dación en pago». *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVIII, f. IV, octubre-diciembre 1.995, pp. 1481 y 1482.

¹⁹ STS de 13 de abril de 1.956 (Sala 1ª). Así, CAMPUZANO TOMÉ, *La pensión por ...*, cit., p. 161; LOPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El derecho a la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil a la muerte del cónyuge deudor», *Revista General de Derecho*, año LI, 604-605, enero-febrero 1.995, pp 35 y 36.

²⁰ En este apartado sólo esbozaremos el instituto, así como algunas de las características que lo diferencian de la novación. Ahondaremos un poco más en su naturaleza, requisitos y efectos, aprovechando la travesía de la pensión por desequilibrio económico por cada uno de sus rasgos definitorios.

²¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., «La dación en pago y la determinación de la deuda que se paga (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 8 de febrero de 1.996)», *Revista de Derecho Privado*, T. LXXXI, diciembre 1.997, p. 913.

²² LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO Y RIVERO HERNANDEZ «Derechos de familia», *Elmanejo de Derecho Civil*, T. IV, f. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, p. 216

²³ LATOUR BROTONS, J. «Notas sobre la dación en pago», *Revista de Derecho Privado*, T. XXXVII, 436-437, julio-agosto 1.953, pp. 625 y 626.

las propiedades de los herederos, y por esa razón, sólo a éstos se les permite conmutar (obligación facultativa); la facultad solutoria del art. 99 Cc. se otorga para beneficio de ambos cónyuges, y por eso son ellos quienes, mediante acuerdo (de dación en pago o novación, como veremos), pueden sustituir la prestación originaria. Pese a las diferencias citadas, existe un cierto parecido funcional: como veremos más adelante, los criterios tradicionales para el cálculo o capitalización del usufructo viudal son igualmente extrapolables para la conmutación solutoria del derecho de pensión¹⁹; y en ambos casos, se permite al *accipiens* acudir al Juez para que restablezca, en la medida de lo posible, el valor objetivo entre las prestaciones nueva y sustituida.

B) La dación en pago²⁰

El acuerdo efectivamente ejecutado, por el que los cónyuges separados, los ex-cónyuges divorciados, o el ex-cónyuge acreedor y los herederos del ex-cónyuge deudor, conmutan la prestación periódica en que consiste la pensión por desequilibrio económico, por la entrega de un capital en bienes o en dinero, la transmisión de un derecho de renta vitalicia o de usufructo de determinados bienes (arg. ex. art. 99 Cc.), o por cualquier otra prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, siempre que el valor de ésta guarde cierta equivalencia económica objetiva con el fijado judicialmente para la pensión del artículo 97 de Código Civil, es una dación en pago.

Haciendo del pleonismo elocuencia, ALBALADEJO define la dación en pago como «una dación en pago, tal como suena, y por perogrullesco que parezca, es decir, pagar dando o haciendo algo que no es lo que se debía y debe»²¹, claro está, con la anuencia del acreedor²². Silenciada por el legislador español al enumerar los medios de extinción de las obligaciones (artículo 1.156 Cc.), la *datio in solutum* no ha encontrado en el Derecho positivo patrio una regulación sistemática adecuada a su importancia doctrinal y práctica²³: Sólo la regula con cierto deta-

lle la ley 495.1^o del Fuero Nuevo de Navarra; el Código Civil, (siguiendo el modelo latino del Código Civil francés o el italiano de 1.865), apenas la menciona en algunos artículos (1.521, 1.636 y 1849), aunque su admisibilidad se deduce, en general, del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 Cc.), «que permite que, si ambas partes están de acuerdo, la obligación se satisfaga aunque no con su objeto, que allá los interesados sabrán por qué les conviene cambiarlo a los dos»²⁴

La dación en pago produce un verdadero pago, es decir, acarrea la extinción *ipso iure* de la obligación cuya prestación fue sustituida²⁵, con todas sus obligaciones accesorias y garantías²⁶. Con ella, las partes no pretenden modificar la obligación que les vincula, ni extinguir ésta para crear otra; en otras palabras, las partes no actúan con un mero *animus novandi* que les conduzca a cumplir la nueva obligación resultante de la modificación objetiva operada, sino que, por contra, persiguen acabar con la única existente mediante un subrogado en el cumplimiento, la *datio in solutum*, que haría las veces de pago: actúan, en consecuencia, con *animus solutionis*. Mientras que al celebrar una novación se proponen extinguir una obligación y dar vida a otra (si es novación extintiva) o modificar (si es modificativa -o impropia-), dejando subsistente la obligación preexistente; en la *datio in solutum*, al dar y recibir en pago se proponen pura y simplemente *extinguir* la obligación, *mediante pago* (aunque sea un pago diferente del normal)²⁷.

Tradicionalmente, la dación en pago ha sido configurada como una modalidad de pago. Con posterioridad, se asimiló (al menos funcionalmente) al contrato de compra y venta, al paio del apotegma *dare in solutum is vendere*, tomado de ULPIANO, retomado por DOMAT y POTHIER, y seguido por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia²⁸. Pero es regla conocida en Derecho que a mayor consenso, mayor sea la disidencia: la misma jurisprudencia se desdice²⁹; otros la consideraron como un pago particular, otros como un

²⁴ ALBALADEJO, «La dación en pago...», *cit.*, p. 905.

²⁵ Por ello se habla aquí de dación *pro soluto o in solutum*, no *pro solvendo*, que no origina la extinción automática de la obligación originaria, y diferencia la dación en pago del pago por cesión de bienes del art. 1.175 Cc. Como ocurre con la dación en pago, la naturaleza jurídica de la cesión «para pago» es controvertida doctrinal y jurisprudencialmente; mandato, una transmisión de la facultad de disponer o derecho de disposición, como una propiedad fiduciaria o como un patrimonio adscrito a un fin. CAMPOS HERNÁNDEZ, M., «Notas sobre la dación para pago en los convenios extrajudiciales», *Revista General de Derecho*, año X, 118-119, julio-agosto 1.954, p. 366.

²⁶ Ley 495.1 de la Compilación de Derecho Foral de Navarra: «Las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación». Aunque referido a la novación, en el mismo sentido el art. 1.207 Cc.: «Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento». Ya advertía GARCÍA GOYENA que «esto que se dice aquí de la novación, es común a todos los casos de liberación o extinción de la obligación principal: *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur*, ley 43, Título 3, libro 46 del Digesto». La necesidad de la ausencia de los terceros afectos se infiere de los brocardos: *Res inter alios acta aliis non nocet* y *Novatione legitime perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fidejussores liberatos esse non ambiguntur*. Comentario al art. 1.138 del Proyecto Isabelino en GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Reimpresión de la ed. Madrid 1852, al cuidado de la Cátedra Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. 1974, p. 607.

²⁷ La dualidad de consecuencias que implica la novación, extintiva y creadora a la par, la deja bien clara CARBONNIER: «La novation produit deux effets: un effet *extinctif*

(l'obligation ancienne est éteinte de la même manière qu'elle le serait par un paiement réel); un effet *créateur* (une obligation nouvelle est créée de la même manière qu'elle le serait par un contrat indépendant)», sic. CARBONNIER, J., «Les obligations», *Droit Civil*, T. 4, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, p. 547.

²⁸ LATOUR, «Notas sobre la dación en pago», *cit.*, pp. 628 y ss.

²⁹ Para evitar una larga enumeración de sentencias, véase ALBALADEJO, «La dación en pago...», *cit.*, pp. 906 a 912, donde se desglosa y analiza la jurisprudencia que asimila la dación a la venta y, la distingue de la que no lo hace. Para la Dirección General de los Registros y del Notariado, la dación en pago «es un contrato con causa onerosa, traslativo de dominio, mediante el cual una o varias fincas o participaciones de las mismas son transferidas al adjudicatario a título singular, sirviendo de contraprestación a derechos reconocidos con anterioridad y extinguiendo la obligación primitiva por el importe de los bienes adjudicados». LATOUR, «Notas sobre la dación en pago», *cit.*, p. 631.

³⁰ Con la extensión que se merece, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.P. «Naturaleza jurídica de la dación en pago», *Anuario de Derecho Civil*, T. X, f. III, julio-septiembre 1.977, pp. 753 a 798.

³¹ Distinto del que da origen a la obligación que se pretende extinguir. En parecido sentido, MERINO HERNÁNDEZ, J.L. «La dación en pago», *Revista de Derecho Notarial*, año XXIII, 87, enero-marzo 1.975, p. 102.

³² A pesar de las palabras de GEORGI (la dación en pago «no sólo no ha encontrado lugar en los Códigos, sino que le ha faltado hasta un nombre propio en el vocabulario jurídico del día», citado por LATOUR, «Notas sobre la dación en pago», *cit.*, p. 631, quien después enumera los distintos nombres con los que suele aparecer el instituto), lo cierto es que la ley utiliza de ordinario el de «dación en pago». *Idem*, MERINO, «La dación en pago», *cit.*, p. 82.

³³ Así, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, *cit.*, p. 143 a 146. Para LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, *cit.*, p. 218, es «un contrato típico, con tipicidad práctica y jurisprudencial»; JORDANO BAREA, «atípico provisto de cierta tipicidad social», citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Naturaleza jurídica de la dación en pago», *cit.*, p. 787, quien también lo denomina «atípico usual en el tráfico jurídico».

³⁴ «Las declaraciones de voluntad de acreedor y deudor que dan vida a la dación en pago no están sometidas a ninguna forma especial, y, por consiguiente, rige la regla general del artículo 1.278 del C.c., y en su caso, cuando la prestación asumida por el deudor esté comprendida dentro del supuesto de hecho en ellos previsto, actuará el art. 1.280 n.º 6 y párrafo final del citado precepto». SERRANO ALONSO, E. «Consideraciones sobre la dación en pago», *Revista de Derecho Privado*, T. LXII, mayo 1.978, pp. 431 y 432. En el mismo sentido, LATOUR, «Notas sobre la dación en pago», *cit.*, p. 635.

³⁵ A estas últimas, nos referiremos más adelante con la extensión debida.

³⁶ Así, HAZA DÍAZ, quien en numerosos pasajes la llama novación, y en otros la refiere como «sustitución en la forma de pago». *La pensión de separación y divorcio*, *cit.*, p. 237.

³⁷ La novación, por contra, no exige esta equivalencia de valor objetivo entre las prestaciones nueva y novada, ni tampoco que aquélla deba ser entregada como requisito *sine qua non* para la misma perfección de la novación. Para un mayor análisis de los requisitos de la novación, GARCÍA DE MARINA, M., *La novación, modificación y extinción de las obligaciones*, Serlipost, Barcelona, 1993, pp. 29 y ss.

³⁸ En rigor, unos presupuestos, otros requisitos. SERRANO ALONSO añade a los primeros la imposibilidad por parte del deudor de realizar la prestación originaria, entendida aquélla como «todo aquel supuesto en el que el deudor manifiesta a su acreedor no poder realizar la prestación asumida, con independencia de las razones o causas a que obedezca tal no realización, ya que la dación en pago no requiere que se acredite la imposibilidad objetiva de realización de la prestación originaria». «Consideraciones...», *cit.*, pp. 429 y 430. Con idéntico criterio, MARIN GARCÍA DE LEONARDO, T. «Consideraciones sobre la dación en pago», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, 575, julio-agosto 1.986, p. 1011. A mi juicio, si no es necesario que acredite el *telens* la causa que le impide cumplir como debía, puede inventársela sin que de la falsa excusa se derive secuela alguna, lo que es tanto como negar el presupuesto y a la par proclamar la existencia de la dación. Sencillamente, absurdo.

subrogado del cumplimiento, otros como una novación (sobre todo la doctrina francesa a raíz del Code napoleónico), y otros, al fin, como un negocio jurídico de características complejas³⁰.

A nuestro juicio, la dación en pago es un contrato autónomo³¹, nominado³², atípico³³, no solemne³⁴, de naturaleza traslativa y eficacia solutoria³⁵.

Esbozadas las aristas jurídicas del instituto, sólo nos queda comprobar si en su interior encaja la conmutación solutoria que propone el artículo 99 Cc. Advierto que la generalidad de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión (escasa por otro lado), o no se pronuncia sobre el particular, o se contradice palmariamente³⁶, o la califican de mera novación. Como es lógico, estimar la última de las tesis depara unas consecuencias para los cónyuges radicalmente distintas a las propias de la dación en pago. Para una mejor comprensión de las diferencias, realizaremos un examen comparativo de los institutos a lo largo del siguiente capítulo.

III. REQUISITOS DE LA DACIÓN EN PAGO DEL ART. 99 CC

Que medie acuerdo entre las partes, con capacidad suficiente para realizarlo; que la obligación que se pretende extinguir exista; que la prestación nueva sea distinta de la debida, aunque de «cierto» equivalente valor objetivo; y que sea entregada al acreedor como requisito constituyente y perfeccionador del contrato atípico de dación en pago³⁷, son los cuatro requisitos que se precisan para que la mutación solutoria produzca su eficacia extintiva³⁸.

1) Acuerdo de las partes

Aunque de controvertida naturaleza jurídica, sea cual sea la teoría a la que nos acogamos (compraventa, novación, subrogado del cumplimiento, negocio atípico...), la dación en pago siempre precisará para su plena validez del con-

curso de voluntades de acreedor y deudor³⁹. Así se recoge expresamente en el art. 99 Cc., si bien con una fórmula tan abierta e impersonal, «podrá convenirse», que nos obliga a realizar una labor de exégesis para la determinación de los sujetos en cuestión. Acaso se explica tal omisión del legislador, por lo evidente de su respuesta: si son partes del contrato de dación en pago el acreedor y el deudor de la relación obligatoria, para la pensión por desequilibrio económico éstas se traducen en las personas de los ex-cónyuges divorciados, o de los todavía cónyuges, si sólo estuviesen separados. Pero en la medida que también están obligados al pago de la pensión por desequilibrio, los herederos del ex-cónyuge deudor, de morir éste (art. 101.2 Cc.), a ellos les alcanza igualmente la legitimación para, de consuno con el ex-cónyuge acreedor⁴⁰, conmutar la citada renta periódica por otra prestación de naturaleza diversa (*aliud pro alio*), aunque de equivalente valor objetivo, en la medida de lo posible, a la primera fijada judicialmente⁴¹.

Últimamente, creemos que el Juez no goza de competencia para compeler a un ex-cónyuge, a instancia del otro, para que aquél acepte una prestación distinta de la debida a los efectos del pago de la pensión, porque sólo por acuerdo de las partes de la relación obligatoria, es posible sustituir una prestación por otra⁴². De otra suerte, se desnaturalizaría el instituto de referencia⁴³. A lo sumo, como más adelante explicaré, el Juez, si los cónyuges lo estimasen conveniente, fijará el *quantum* de la prestación. Ni tan siquiera homologa o aprueba el convenio de dación.

2) Obligación preexistente

2.1) «Fijada judicialmente»

Para que esta dación en pago sea posible, es requisito *sine qua non* que la obligación que se pretenda extinguir exista y sea válida. Respecto a la cuestión que nos ocupa, sólo es posible pagar la pensión por desequilibrio económico una vez nacida, y eso únicamente

³⁹ Pues, si bien el cumplimiento con prestación distinta de la debida no puede ser impuesto al acreedor (*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, art. 1.166), ni al deudor (*aliud pro alio invito debitore peti non potest*), no hay, sin embargo, obstáculo en admitirlo cuando ambos, *accipiens* y *solvens*, lo consientan.

⁴⁰ Viudo, si el deudor fallecido sólo estaba separado; sólo ex-cónyuge acreedor, aunque por partida doble, si además de fallecido el deudor, estaba divorciado.

⁴¹ «Herederos» *lato sensu*, se entiende, pues si resulta obligado el legatario a quien el testador impuso el pago de la pensión como carga inherente a su legado, será él *prima facie* quien deba satisfacerla. Ahora bien, si el legado no fuera suficiente para suplirla, en modo alguno se reduce o extingue la pensión por desequilibrio, sino que el gravamen impuesto al legatario afectará a las relaciones entre éste y los herederos *stricto sensu*, sin perjuicio del derecho de repetición que asiste a los últimos por las cantidades efectivamente abonadas y con el límite del importe del legado. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. «El derecho a la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil a la muerte del cónyuge deudor», *Revista General del Derecho*, año LI, 604-605, enero-febrero 1.995, p. 34.

⁴² Para LÓPEZ-MUÑOZ, «es indudable que esta sustitución de la pensión fijada judicialmente no pueda imponerse a petición de una sola de las partes, sino que únicamente será admisible si existe convenio entre ambas», en LÓPEZ-MUÑOZ GOSI, M. *La ejecución de sentencias en materia matrimonial (guía práctica)*, Colex, Madrid, 1988, p. 117. En igual sentido, Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 9 de Febrero de 1984: «Esta propuesta necesita del acuerdo del actor para que llegue a ser vinculante para el mismo»; HAZA DÍAZ, *La pensión de separación y de divorcio*, cit., p. 231; CAMPUZANO TOMÉ, *La pensión por...*, cit. p. 182; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «El derecho a la pensión...», cit., pp. 43 y 44.

⁴³ Eso es lo que pasaría si admitiésemos la excepción a la regla anterior propuesta por LÓPEZ BELTRÁN DE HE-

REDIA, quien aboga por la aplicación analógica del artículo 839 Cc., obviando el acuerdo entre *solvens* y *accipiens* e imponiendo judicialmente al ex-cónyuge deudor la conmutación, si ésta la piden los herederos y las circunstancias concurrentes en el caso concreto así lo aconsejen. En todo caso, si que necesita acuerdo la equivalencia entre lo conmutado y lo conmutable. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. «El derecho a la pensión por...», cit., p. 34. En tal caso, no habría puramente dación, sino *adjudicación en pago*. Aunque para muchos son términos sinónimos, para algunos existen sutiles diferencias: «La dación en pago no requiere la solemnidad de la intervención de una autoridad o funcionario; la adjudicación en pago, sí. En la primera, el deudor presta el consentimiento voluntariamente; en la segunda, ese consentimiento se supe por la ley a través del funcionario; en la dación, el valor de estimación se hace de común acuerdo entre acreedor y deudor; en la adjudicación en pago puede no ocurrir así». BAS Y RIVAS, F. «La dación, adjudicación y cesión de bienes, en función de pago de deudas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXI, 208, septiembre 1.945, pp. 589 y 590.

⁴¹ Esta expresión «se concreta en la exigencia de que dicha pensión haya sido recogida en la sentencia de separación o divorcio como prueba, tanto de su existencia como de su cuantía; exigencia, por otra parte, razonable si entendemos que el art. 99 Cc. se refiere a la sustitución en la forma de pago, lo cual implica la existencia de una previa obligación. HAZA DÍAZ, *La pensión de...*, cit., p. 237.

⁴² Si a pesar de ello, se acordara por los sedicentes acreedor y deudor la dación en pago, este contrato sería frito. La STS (Sala 1ª) de 22 de junio de 1.967 calificó el acuerdo dación de «inexistente por ausencia de causa», aunque cuesta admitirlo para el caso en cuestión, cuando el desequilibrio existe, pese a no estar declarado ni cuantificado judicialmente.

Si, además, el sedicente deudor entregase lo que creyera deber al acreedor, nos hallaríamos ante un pago indebido de los previstos en el art. 1.895 y siguientes del Cc., surgiendo para éste último la obligación de restituir lo indebidamente cobrado, a menos que pruebe que la entrega se le hizo a título de liberalidad o por otra causa justa (art. 1.901 Cc.)

⁴⁶ Del lat. *liminaris*, e. «que pertenece al umbral de la puerta». Aplicado al caso, «antes de la fijación judicial de la pensión».

⁴⁷ «Admitir la posibilidad de la dación antes del vencimiento equivaldría confundir la misma con la novación objetiva». SERRANO ALONSO, «Consideraciones...», cit., p. 432. Admitiendo que esta diferencia temporal para el uso efectivo de la dación y de la novación, en uno y otro caso es presupuesto que la obligación haya nacido, circunstancia que no se da respecto de la pensión hasta que el Juez no la fije expresamente en la sentencia de separación o divorcio.

⁴⁸ STS (Sala 1ª) de 16 de Enero de 1.988.

⁴⁹ Es cierto que el Juez lo que realmente establece con la pensión por

desequilibrio económico es una «deuda valor», que puede colmarse para su verdadero cumplimiento con múltiples variantes de pago: una renta, un usufructo, un capital... Pero el preceptor, de entre todas las posibles formas de cumplimiento, escogió sólo y exclusivamente para su fijación inicial a la pensión, es decir, a una prestación de numerario de tracto sucesivo, por entender que era la más apropiada para traducir a metálico el desequilibrio económico que pudiera irrogarse a uno de los cónyuges. Así se manifiesta expresamente en el mismo articulado del Código Civil (arts. 90.1.E, 97.1 y 2, 99, 100 y 101), hasta el punto de denominar a este derecho, cuya naturaleza es, como dijimos, una «deuda valor», como derecho de pensión.

Otro argumento para negar que pueda establecerse *ab initio* otra forma de pago que no sea la citada de prestación periódica, es que el artículo 99 Cc. no contiene más que una prerrogativa «excepcional» que se confiere a los cónyuges para conmutar esa pensión por otra modalidad solutoria, si bien sólo ejercitable para cuando la pensión haya sido establecida previamente por el Juez, y nunca a la inversa. De similar opinión es CAMPUZANO TOMÉ, *La pensión por...*, cit., p. 148.

acaece cuando el Juez, después de comprobar la certeza del supuesto de hecho prevenido en el art. 97 del Cc., o después de homologar la solicitada por ambos cónyuges de común acuerdo en el Convenio regulador (art. 90 E Cc.), la fija en la resolución por la que decreta el divorcio vincular (o separación, en su caso). Por idéntica razón, el art. 99 del Cc. estatuye la posibilidad de alteración solutoria sólo para cuando la pensión haya sido fijada judicialmente⁴⁴, porque entre tanto esto no ocurra la obligación como tal no existe y, en buena lógica, no puede ser objeto de pago⁴⁵.

2.2) Imposibilidad de la commutatio ad limine del derecho de pensión

Si los cónyuges impetran del órgano jurisdiccional en virtud de acuerdo (sea en Convenio Regulador o fuera de él), que la pensión sea establecida *ad limine*⁴⁶ de forma distinta a la prestación periódica habitual, y el juez accediera a dicha petición fijando una renta vitalicia, un usufructo sobre determinados bienes del deudor, un capital en dinero o en bienes, u otra prestación cualquiera, en rigor, no nos hallaríamos ante una dación en pago del art. 99 Cc.; ni tan siquiera ante una novación; y ello porque la obligación que se pretende extinguir o novar aún no ha nacido⁴⁷. Simplemente, el Juez entendió de modo discrecional⁴⁸, aunque tomando en cuenta la decisión de consuno adoptada por los todavía cónyuges, que la mejor forma para paliar el empeoramiento padecido por uno de ellos en la situación anterior en el matrimonio, era la de establecer una obligación cuyo único presupuesto no consistiría, como suele ser normal, en una pensión de pago periódico, sino en cualquiera de las alternativas solutorias residenciadas en el art. 99 Cc., o en otra distinta, de ordinario solicitada por las partes.

Ahora bien, ¿es esto posible al amparo de los artículos 90, 91, 97, 99 y concordantes del Código Civil? Aunque existen serios argumentos para anclarlos en una rotunda negativa⁴⁹, creemos que los todavía cónyuges (antes de la sentencia de separación o de divorcio),

y en virtud de acuerdo, pueden solicitar del órgano judicial que la pensión por desequilibrio sea fijada *ab initio* en modalidad distinta a la renta periódica tradicional. Dicha petición puede invocarse por dos cauces diferenciados: en el Convenio Regulador o en virtud de «los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges» aludidos en el art. 97.1 Cc., circunstancia 1ª. En el primero de los casos, cuando media Convenio Regulador, el Juez vendrá obligado a aprobar la alternativa a la renta, una vez se haya cerciorado de que no se depararán daños para los hijos ni perjuicio grave para alguno de los cónyuges (art. 90.2 Cc.). Distinto es si la pensión, no configurada esta vez como prestación periódica, es solicitada al Juez durante la tramitación de un proceso contencioso de separación o divorcio, de los disciplinados en la Disp. Ad. 5ª de la Ley de 7 de Julio de 1981. En el art. 97 Cc., después de su paso por el Senado, «los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges» aparecen como la primera de las circunstancias que el Juez habrá de tener en cuenta al fijar el derecho de pensión. Es cierto que la ubicación en la norma como la primera, y que sea la primera que uno lee, no quiere decir que sea la primera, la preferente, y mucho menos la única, que deba tenerse en cuenta. Dicho de otro modo, el Juez no se encuentra constreñido a pronunciarse sobre dicha petición, sin que por ello padezca menoscabo alguno el principio de congruencia residenciado en el art. 359 y concordantes de nuestra Ley Rituaria Civil. Pero tampoco el Juez puede utilizar arteramente este argumento para obviar por sistema lo que los cónyuges quieren saldar con el visto bueno judicial, *a fortiori* si, además, el legislador les permite hacerlo con posterioridad a la sentencia y sin el refrendo de su autoridad. La diferencia estriba en que la facultad solutoria del art. 99 Cc. no implica disposición de la deuda, sino un mero pago de la "deuda valor" en que consiste el derecho de pensión, pero con prestación distinta de la debida de «cierto» equivalente valor económico, por lo que, a nuestro juicio, no es precisa la homologación judicial;

mientras que esta petición *ad limine* de fijar la pensión mediante la realización de una prestación distinta a la renta periódica tradicional, acarrea la fijación misma del derecho y de su cuantía, por lo que se hace indeclinable la presencia judicial para mayor defensa de los sujetos intervinientes en el proceso. Por esta razón, si es constatado por el Juez el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges deparará la separación o el divorcio, y ambas partes de mutuo acuerdo hubieran solicitado la satisfacción de su cobertura con una prestación distinta a la pensión, aquél velará para que esta situación no le suponga perjuicio grave al cónyuge acreedor y, a mi juicio, aprobará la alternativa³⁰.

2.3) Conclusión

En resumen, y aunque el art. 99 Cc. diga «en cualquier momento», para que esta dación en pago sea factible es menester que la obligación que se persigue extinguir mediante el pago con una prestación distinta de la debida, exista. Por esta razón, es imposible sustituir la prestación antes de ser fijada judicialmente, porque, en rigor, la obligación como tal no ha nacido. Y además, es deseo del legislador, suficientemente refrendado por la jurisprudencia, que la «deuda valor» que fija el Juez en la resolución de separación o divorcio sea satisfecha con una prestación periódica, a la que llama *pensión*, y no con otra de naturaleza diversa, a menos que así se pronuncien los instantes de común acuerdo (sea en procedimiento consensual en el Convenio Regulador, sea en proceso contencioso en virtud de simple acuerdo) y ello no suponga, a criterio del Juez, un grave perjuicio para ninguno de ellos. Debe quedar claro que, en ningún caso, estas decisiones amparadas en el consenso conyugal suponen una conmutación *ad limine* del derecho de pensión, porque en rigor éste aún no ha nacido, sino que surge con la misma decisión judicial que homologa el acuerdo de los cónyuges, si bien revestido con una vitola jurídica distinta a la habitual. Igualmente, nada empeece para que con ulterioridad y al paio del art. 99 Cc.,

³⁰ A favor de esta tesis, HAZA DÍAZ. *La pensión de separación y de divorcio*, cit., pp. 234 y 235.

⁵¹ Sin el matiz de la certeza, LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, v. I, cit., p. 216.

⁵² Económicamente, se entiende.

⁵³ SASTRE PAPIOL, S. *La dación en pago (su incidencia en los convenios concursales)*, Bosch, Barcelona, 1.990, p. 144.

⁵⁴ Éste es el sentido amplio (y acertado, a mi juicio), de entender la dación en pago («en sentido estricto, que es el más usual y el que mejor se acomoda a la manera de hablar corrientemente de esta institución, entienda-se por dación en pago la prestación de una cosa material», LATOUR, «Notas...», cit., p. 627), y con el que comulgan, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Naturaleza jurídica...», cit., p. 795; ALBALADEJO, «La dación en pago...», cit., p. 905; «PUIG I FENSA, BELTRAN DE HEREDIA, DE DIEGO, SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN, GIORGI, VON THUR, ENNECERUS, DIEZ-PICAZO...», CIL PASCUAL REVISTELL, L. «La dación en pago», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXII, 575, julio-agosto 1.986, p. 115.

⁵⁵ Novación que, en cualquier caso, exigiría del deudor la realización de la nueva prestación, a diferencia de la dación en pago que sólo se da cuando el acreedor, además de novar, recibe. A lo sumo, podría tratarse de una dación en la que el acreedor condona parcialmente la deuda. Sin embargo, y por lo que concierne a la pensión por desequilibrio económico, tal remisión de deuda es impensable mientras subsista el referido límite objetivo del art. 634 Cc., que otorga, junto a otros arts. como el 90.º y 97 CC, y decisiones jurisprudenciales (v. gr. Sent. T. Constitucional 120/84 de 10 de Diciembre), el cariz de indisponible al derecho de pensión.

⁵⁶ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Diccionario de la Lengua Española*, t. I, 21ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 1.992.

⁵⁷ ALBALADEJO, «La dación en pago...», cit., p. 915.

los cónyuges de mutuo acuerdo, y sin precisar homologación alguna de la autoridad judicial, sustituyan esta modalidad solutoria por cualquier otra.

3) «Cierta» equivalencia de valor objetivo entre las prestaciones

Para que la dación en pago desarrolle con plenitud su eficacia extintiva, la nueva prestación, aunque distinta de la originaria, ha de guardar «cierta» equivalencia en cuanto a su valor económico objetivo⁵¹. «Cierta» equivalencia, digo, que no equivalencia «cierta». Es consustancial a la dación en pago que el acreedor, para el caso el cónyuge o ex-cónyuge «desequilibrado»⁵², abrogue de los principios de identidad (art. 1.166 Cc. y STS de 16 de Noviembre de 1924) e integridad (arts. 1.157 y 1.166 Cc.) de la *res debita*⁵³. Y esta nueva y distinta prestación (*aliud pro alio* de los clásicos) puede ser de cualquier naturaleza: una cosa, un derecho real, un derecho de crédito, un hacer o un no hacer⁵⁴. Pero esta renuncia a la identidad y a la integridad encuentra un límite: teóricamente, el *aliud* no debiera ser de menor valor objetivo que la prestación prístina, o teniéndolo nunca guardar una diferencia excesiva o desproporcionada, porque de ser así no se satisfaría por entero el interés del acreedor, quien en pago aceptó otra prestación, pero no otra deuda de menor cuantía. De haber sido así, el acuerdo entre acreedor y deudor no constituyó una dación en pago, que, además, precisa del efectivo cumplimiento, sino una auténtica novación⁵⁵. Por el contrario, en la dación en pago el deudor entrega la cosa, transmite el derecho, hace o no hace, *solvendí animo*. Ni él, ni el acreedor que la acepta, pretenden modificar el valor de lo debido, la deuda en sí, sino la cosa, el derecho, el *facere* o *non facere*, en que se traduce ésta a los solos efectos de su cumplimiento. Por esa razón, sencillamente no disponen de la obligación; no la modifican; sólo la extinguen, pero pagando con otra prestación diferente a la inicialmente estipulada. En otras palabras, las partes no disponen de la deuda, que per-

manece intacta, sino que alteran el bien o el derecho con la que debía satisfacerse a fines solutorios.

Hasta aquí, paz. La controversia se suscita cuando se trata de encontrar esa equivalencia económica entre la prestación que desaparece y la que la sustituye: tarea sólo pretendida, si nos conformamos con alcanzar una «cierta» equivalencia; pretenciosa, si buscamos la equivalencia «cierta». ¡Y si costoso es hallar el equilibrio entre prestaciones ciertas, imaginen cuando de los brazos de la balanza cuelgan deudas aleatorias, como ocurre en la dación en pago del art. 99 Cc.!

Equivalencia es «igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas»⁵⁶. Dilucidar si algo es equivalente a otro algo distinto, requiere la tasación previa y precisa de los algos susceptibles de comparación, en este caso: la pensión de desequilibrio, por un lado; y la renta vitalicia, el usufructo, el capital en bienes o en dinero, o cualesquiera otra prestación que la sustituya, por otro. Veámoslas por separado.

1.- Es presupuesto de la dación en pago, del instituto como tal, la certeza del crédito con el que se intenta acabar al cumplir con la prestación novada. Y es cierto el crédito cuando existe, es válido, y está concretamente determinado, «bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en él establecidos pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes». STS (Sala 1ª) de 8 de febrero de 1.996. Partiendo de esta premisa, es axiomático que la pensión por desequilibrio es cierta por naturaleza, sencillamente porque ya nace determinada: su cuantía es fija y pagadera periódicamente desde que el Juez así lo dispone en la sentencia de separación o de divorcio. Y no deja de ser cierta porque se desconozca su *quantum* global. A juicio de ALBALADEJO, «la aleatoriedad no excluye la determinación», y es perfectamente posible «dar en pago algo por una deuda aleatoria», como ocurre ahora⁵⁷.

Distinto es que deba ser capitalizada la pensión, o supuesto el montante global del crédito, para calcular su equivalente a los efectos del artículo 99 Cc. La tarea es harto compleja tomando la pensión tal y como la configura el Código Civil, esto es, presupuesto su carácter indefinido y a la par condicionado al cese de la causa que la motivó, a que contraiga el acreedor nuevo matrimonio, o conviva *more conyugalis* con otra persona (arg. ex. art. 101.1 Cc.); o muerto el deudor, el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda, o afectara a los derechos de sus herederos en la legítima (arg. ex. art. 101.2 Cc.): aleatoria en suma⁵⁸. Por el contrario, capitalizar *a priori* esta pensión es labor fácil, incluso para un jurista, si ésta se decretó con carácter temporal, a término fijo, bien porque así lo estimó el Juez *motu proprio* al apreciar el desequilibrio en autos, bien teniendo en cuenta la oportuna petición de los cónyuges en el Convenio regulador o en los acuerdos que sirvan admitirse en los procesos contenciosos de separación y divorcio⁵⁹. Afortunada o desafortunadamente, esa es la corriente jurisprudencial del momento⁶⁰.

2.- De lo dicho hasta ahora, se infiere que el problema más arduo consiste no tanto en elegir la modalidad de pago, o incluso en calcular la globalidad del crédito, como en determinar el *quantum* de la prestación elegida, dado que la falta de correspondencia entre el valor de ésta y la «deuda valor» de la pensión, podría acarrear, como veremos más adelante, la nulidad del convenio de dación por quebrantar un derecho indisponible, al no reservarse el *accipiens* «lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias», es decir, a volver a sufrir, sin deberlo ni quererlo, un empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio. Porque si aleatoria era la deuda (salvo que se limitara judicialmente en el tiempo), doblemente aleatorias son las alternativas propuestas por el legislador en el art. 99 Cc., para darla por muerta mudando la cosa o el derecho debido. Si convenimos el

⁵⁸ A pesar de su naturaleza variable, algunos autores toman algunos referentes para la capitalización, por ejemplo, si es que se quiere medir la suficiencia del caudal hereditario para dar cumplida cuenta de la pensión. Así, entre otros criterios, se atienden a la expectativa de vida del acreedor, o síñan como tope máximo el valor del usufructo vitalicio. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «El derecho a la pensión...», *cit.*, p. 36.

⁵⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «El derecho a la pensión...», *cit.*, p. 47.

⁶⁰ Ejerciendo de notaría del foro, CAMPUZANO TOMÉ constata como «los Tribunales han pasado de conceder indiscriminadamente pensiones vitalicias en supuestos en los que deberían ser denegadas, a atribuir pensiones temporales en situaciones en las que nada impediría que, a través de una interpretación adecuada, se concedieran con carácter vitalicio». CAMPUZANO TOMÉ, II, «Revisión jurisprudencial en torno a la figura de la pensión por desequilibrio económico: tendencia a su concesión con carácter temporal», *Actualidad Civil*, 44, p. 899.

⁶¹ Y es que, como apuntan con acierto LASARTE Y VALPUESTA, *Matrimonio y divorcio*, cit. p. 1193, la renta vitalicia «una vez convenida, funcionaría según sus propias reglas (desvinculada de la permanencia o extinción de la pensión), hasta la muerte del cónyuge deudor» (o, matizamos, del acreedor, o de un tercero, a razón de quién haya sido designado *vida módulo* en el contrato de renta vitalicia). En contra de esta supuesta desvinculación, LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULIDA, LUNA SERRANO Y RIVERO HERNÁNDEZ. «Derecho de Familias», *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, f. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, p. 282. Esta forma de pago, a nuestro juicio, puede tener tres orígenes: en una constitución gratuita, esto es, sin entrega de capital por parte del cónyuge acreedor al deudor; en un contrato a favor de tercero (en este caso, el cónyuge acreedor), celebrado entre el cónyuge deudor y, de ordinario, una entidad bancaria o aseguradora (modalidad propia del Derecho galo, sustitutiva del pago en numerario); o en la estipulación del contrato a favor del deudor, para después transmitir éste su derecho de renta vitalicia, en pago de la pensión, en favor del cónyuge acreedor. A pesar de las ventajas que presenta esta alternativa solutoria, especialmente en la evitación de relaciones personales entre las partes, no suele ser utilizada en la práctica, debido a la enorme dificultad que le supone al rentista el reunir el capital necesario, y de otro lado, que aún disponiendo del mismo, le sería notablemente más cómodo entregarlo de una sola vez al cónyuge acreedor.

⁶² La capitalización del usufructo no debiera plantear excesivos problemas. La jurisprudencia clásica (para el *delegado* 838 Cc.) somete a la Ley del impuesto sobre derechos reales o «lo que el juzgado calcule en equidad» (STS 13 de Abril de 1956). CAMPUZANO TOMÉ, aplica igualmente la analogía a este caso en relación a la conmutación del usufructo del viudo, remitiéndose al Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el cual lo capitaliza

teniendo en cuenta la naturaleza temporal o vitalicia del usufructo, edad del usufructuario, y otras de índole semejante. CAMPUZANO TOMÉ. *La pensión por...*, cit., p. 161. Pero aunque se obtenga la más perfecta identidad *ab initio* (imaginando que eso fuera posible), ello no empece para que en el futuro ésta quede en agua de borrajas si, por ejemplo, siendo el usufructo vitalicio (no indefinido, como el derecho de pensión, arg. ex. art. 101 Cc.) el cónyuge acreedor aviene a mejor fortuna. O al contrario, más discutible jurídicamente, que se extinga el usufructo aunque persista el desequilibrio económico. Téngase en cuenta que por mor del principio de la autonomía de la voluntad, nada obsta a los cónyuges acordar que dicho usufructo quede constraído a condición o a término: el silencio del código, remite al libre arbitrio de los cónyuges. Postula una opinión similar, CAMPUZANO, *ibidem*.

⁶³ PARR LASARTE Y VALPUESTA, *Matrimonio y divorcio*, cit., 1.193, es tal la espada de Damocles que pesa sobre la pensión, que muy pocos serán los que se aventuren a sustituirla por la entrega de un capital «que pudiera no recuperarse aun cuando la pensión se extinguiese al año siguiente». Esta es la modalidad de pago principal escogida por el legislador francés, acuñada doctrinalmente por CARBONNIER como «la *maintenance*». Por lo que concierne a la capitalización del derecho de pensión, el juzgador habrá de tener presente el índice de vida probable del cónyuge a cuyo favor deba ser entregado. CAMPUZANO TOMÉ, *La pensión por...*, cit., p. 162. Pero por mucho atino que tenga el Juez, salvo que fuere agorero o visionario, difícilmente podrá adivinar exactamente si lo hecho de momento al acreedor, ni si contraerá nuevas nupcias, ni si se unirá *more conyugalis* con otra persona, ni si obtendrá repentinamente una enorme fortuna. La aleatoriedad está adosada al art. 99 Cc., en cualquiera de sus modalidades solutorias, como al más imprevisible juego de azar.

⁶⁴ No entendemos que sean *numerus clausus* las alternativas solutorias contenidas en el art. 99 Cc., mientras la deuda valor en que se traduce el derecho de pensión no sufra merma. Se deduce esta afirmación del mismo principio de autonomía

cambio de una prestación de pagar cinco pesetas, por otra de dar un caramelo de a duro, la cuestión no plantea mayores problemas. Pero conseguir una perfecta identidad en el valor objetivo de ambas prestaciones, teniendo en cuenta que lo conmutable no es una deuda de cuantía fija, sino una renta periódica que puede extinguirse tan pronto desaparezca el desequilibrio, o contraiga el acreedor nuevo matrimonio, o conviva *more conyugalis* con otra persona (arg. ex. art. 101.1 Cc.); o muerto el deudor, el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda, o afectara a los derechos de sus herederos en la legítima (arg. ex. art. 101.2 Cc.); y sustituir-la por una renta vitalicia (contrato aleatorio por naturaleza)⁶⁵, un usufructo de determinados bienes (que al igual que la renta vitalicia, una vez extinguida la obligación preexistente, no termina por las causas prevenidas en el citado artículo)⁶⁶, por un capital en bienes o dinero⁶⁷, o por cualquier otra prestación⁶⁸, es tanto como aventar utopías⁶⁹.

¿La aleatoriedad de la prestación nueva impide la dación en pago? No, del mismo modo que no lo hacía la aleatoriedad de la deuda. Tan de recibo es dar en pago algo por una deuda aleatoria (que no incierta), que dar por una deuda en dación algo aleatorio⁷⁰. Lo importante es tender a una «cierta» equivalencia entre las prestaciones, con el fin de evitar que se reproduzca de nuevo el desequilibrio económico. Sólo así se cumple con la sola causa de la dación en pago: la *satisfacción*, o la realización completa de cualquier comportamiento capaz de sustituir, en el interés del cónyuge acreedor, el *quod debetur*⁷¹. De otra forma, hablaríamos de dación «simulada», fraudulenta o inútil.

3.- Que el montante «global» de la deuda o del *aliud* quede en el aire, no empece para que la prestación nueva, como objeto del contrato de dación en pago, deba quedar determinada para la validez del mismo (art. 1.261 Cc.). Y respecto de la determinación, puede ocurrir que los cónyuges manifiesten su ausencia sobre el género⁷² y la cantidad,

o bien quedar indeterminada esta última. La indeterminación respecto de la *cuantía* no es óbice para que el contrato de dación sea válido, con arreglo al art. 1.273 Cc., «siempre que sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes». Una de las formas de determinación, sin lugar a dudas la más adecuada, es la del arbitrio judicial. Constando los «requisitos de determinabilidad», deducidos del mismo modo de pago, es el Juez quien obrando en equidad (*arbitrium boni viri*), determina el *quantum* de la nueva prestación determinable⁶⁹. Algo muy similar acontece con la conmutación del usufructo viudal. Es cierto que el viudo/a no tiene facultad de decidir acerca del medio sustitutivo del usufructo viudal, prerrogativa que corresponde exclusivamente a los herederos *lato sensu*. Sin embargo, en lo que se refiere a la valoración del usufructo viudal y a la equivalencia entre el valor de éste y el modo solutorio elegido, sí que es relevante la voluntad del viudo/a, que en caso de desacuerdo puede acudir a los tribunales⁷⁰. Eso es, al menos, lo que se infiere del mismo art. 839 Cc. cuando alude a «mutuo acuerdo» y «en su defecto, por virtud de mandato judicial»⁷¹.

Estimamos que el parecido funcional entre el citado artículo y el 99 Cc. es mucho más que notorio. A los efectos que nos ocupan, la cuota legitimaria del cónyuge viudo resulta (para los herederos obligados a pagarla) tan intangible⁷², como irrenunciable e indisponible (para los cónyuges) la pensión por desequilibrio económico⁷³. Ello no supone, sin embargo, que no exista cierta libertad para pagar esa cuota legitimaria, o esa pensión por desequilibrio, con los bienes o derechos que se quiera, siempre que no se cercenen cuantitativamente los valores objetivos de una u otra. Por eso el legislador permite al viudo/a acudir al Juez en caso de desacuerdo y por idéntica razón, creemos que acreedor y deudor (de la pensión por desequilibrio, se entiende) pueden impetrar el auxilio judicial para la determinación del *quantum* de la prestación que venga a sustituir a la renta periódica. Al ser fija-

de la voluntad (art. 1.255 Cc. y consagrado jurisprudencialmente en STS de 2 de Abril y 30 de Noviembre de 1.964, o de 22 de Noviembre de 1.966, entre otras), que no precisa de fiscalización judicial previa (SAT Barcelona de 31 de Diciembre de 1.985) para la dación en pago del art. 99 Cc. Igual opinión le merece a GULLÓN BALLESTEROS, aunque mantenida sobre la finalidad del precepto en cuestión, así como por aplicación analógica del art. 839 Cc. «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», *Anuario de Derecho Civil*, T. XVII, f. III, julio-septiembre 1.964, pp. 584 y ss. En parecido sentido, HAZA DÍAZ, *La pensión de separación y de divorcio*, cit., pp. 233 y 234.

⁶⁹ Aunque lo permitiera el legislador, esto mismo complica la estimación de la rescisión por lesión. Por más que doctrinalmente se predique en la dación la equivalencia de valor objetivo entre las prestaciones, por tratarse de la conmutada de una renta periódica, de ordinario indefinida (a nuestro juicio es perfectamente posible su sujeción judicial a término), pero claudicante (tan pronto se constaten las circunstancias extintivas del art. 101 Cc.), la ventura interviene con más autoridad que la matemática. Y si la comparación es imposible ¿cómo adivinar *a priori* si resultará lesionado alguno de los cónyuges?

⁷⁰ Así, ALBALADEJO, «La dación en pago...», cit., p. 915, «(porque la entrega puede ser actual de algo inseguro, como, por ejemplo, dar ya en pago los rendimientos de los derechos de autor por cierto tiempo), y siendo incluso condicional la deuda o lo que se da por ella».

⁷¹ A diferencia de la *solutio*, o cumplimiento exacto de la obligación. Para ahondar en las raíces históricas del distinguo, SERRANO ALONSO, «Consideraciones...», cit., pp. 417 y 418.

⁷² Que es tanto como decir en la modalidad solutoria.

⁷³ Acerca de la discrecionalidad judicial para determinar la cuantía de la pensión por desequilibrio, véase STS de 16 de Enero de 1.988. En parecido sentido, para la conmutación de la pensión por capital inmobiliario, la Audiencia Territorial de Barcelona, en sentencia de 9 de

Febrero de 1.984, dijo que «si no se llega a un acuerdo, cosa que no se sabrá hasta ejecutar la sentencia, deben sentarse las bases para que, sin acudir a un nuevo proceso, pueda resolverse ponderadamente la situación planteada».

⁷⁰ STS 20 de Diciembre de 1.911, 24 de Noviembre de 1.964, y 10 de Abril de 1.982.

⁷¹ Porque es doctrina unánime que los herederos puedan imponer la modalidad solutoria al viudo para pago de la cuota usufructuaria, «aunque se acuerdo respecto de la equivalencia entre lo conmutado y lo conmutable». LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «El derecho a la pensión...», cit., p. 44. Para mayor detalle, véase CARCABA FERNÁNDEZ, *Los derechos sucesorios...*, cit., pp. 81 y 109.

⁷² Intangibilidad cualitativa y cuantitativa, al socaire del art. 813 y concordantes del Código Civil.

⁷³ Siempre que se mantengan inalteradas las circunstancias que dieron lugar a su génesis, y sirvieron para determinar su cuantía originaria. La variación sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuge, podría dar lugar a la modificación del *quantum* (arg. ex art. 100 Cc.), cuando no a la extinción del derecho (arg. ex art. 101 Cc., a su ingreso).

⁷⁴HAZA DÍAZ, sostiene la necesaria homologación judicial del convenio a que hace referencia el art. 99 Cc., argumenta para ello las siguientes razones: 1ª) El art. 90 Cc. —norma general en materia de autonomía de las partes— exige la aprobación del Juez de los acuerdos. 2ª) Sería absurdo exigir la fijación de la pensión, y no para modificar la forma de pago. 3ª) El art. 90 Cc. tiene como finalidad evitar que los acuerdos sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, y el peligro de lesión subsiste en el momento del convenio. 4ª) Para modificar la pensión (art. 100 Cc.) también se exige la aprobación judicial. HAZA DÍAZ, *La pensión de separación y de divorcio*, cit., pp. 225 y ss. En parecido sentido se pronuncia CAMPUZANO TOMÉ, *La pensión por desequilibrio...*, pp. 158 y 159. Dicha aprobación judicial si es exigida formalmente en la legislación concordante francesa y belga.

da judicialmente dicha cantidad, se garantiza «formalmente» que ninguno de los cónyuges sufra un grave perjuicio económico (art. 90 Cc.), cuidando por que el acreedor conserve lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (art. 634 Cc.)

En cualquier caso, dado el carácter cuasi-aleatorio de la deuda conmutada, la actuación judicial no aquilata una perfecta identidad entre los valores objetivos de las prestaciones. Con la determinación judicial del *quantum*, la sustitución solutoria se arroga de cierta inimpugnabilidad «formal»: no porque las prestaciones nueva y novada sean absolutamente equivalentes (que podrían serlo), sino porque el juzgador ha procurado, en la medida de sus posibilidades, no irrogar un perjuicio grave para ninguno de los cónyuges, especialmente al acreedor. Y aún siendo así, nadie puede garantizar que el futuro depare una bonanza económica o emocional (en compañía, se entiende) para éste último, siendo entonces el deudor quien padecerá en lo venidero haber convenido el cambio. A pesar de las ventajas que dimanar de la fijación judicial del *quantum*, no es requisito indiscutible (aunque sí aconsejable) para la plena validez y eficacia de la dación en pago, si los cónyuges alcanzaron el acuerdo en la modalidad y en la cuantía del pago.

4.- Si pese a estar fijada la cuantía y haber cumplido fielmente con lo prevenido en el convenio de dación en pago, mediara diferencia económica entre las prestaciones, por ser la última de «considerable» menor valor objetivo que la originaria, en rigor no habría incumplimiento (puesto que se pagó exactamente, en tiempo y forma, con la prestación paccionada), sino una probable acción de rescisión por lesión, según las normas correspondientes de cada ordenamiento.

Resumiendo, y por lo que concierne al derecho de pensión por desequilibrio económico, cuando los cónyuges cumplen en virtud de dación con una prestación distinta a la renta periódica que establece el juez *ab initio*, cuidando de guardar «cier-

ta» equivalencia entre las prestaciones nueva y sustituida, no disponen de la obligación; no transgreden límite ni norma alguna, porque para nada sufre alteración la «deuda valor» que sí que garantiza la igualdad patrimonial entre los cónyuges, una vez rota la convivencia. Distinto sería si los cónyuges, en lugar de dar en pago, novaran la obligación prístina sustituyendo la prestación periódica por otra de diversa naturaleza. En este caso, nada construye a las partes a guardar la inderogable «cierta» equivalencia económica entre las prestaciones nueva y novada que sí se exige por contra en la dación en pago; y del mismo modo, nada les obliga a transmitir con el acuerdo la cosa o derecho en que se traduzca el *aliud pro alio*. Al no operar las partes con ánimo de pagar sino con el de modificar la obligación (o de extinguirla para crear otra con diferente prestación), sí que puede sufrir merma la deuda valor y, por ende, el derecho irrenunciable e intangible a la pensión por desequilibrio (de concurrir el límite objetivo del art. 634 del Cc., con los propios de la pensión residenciados en los arts. 90.2º y 97 Cc.), derecho sobradamente garantizado ya en su origen y ulterior fiscalización judicial, y con el establecimiento de bases para su actualización y de garantías para su efectivo cumplimiento, estatuidas ambas con tintes imperativos en el párrafo segundo del artículo 97 del Código Civil.

Creemos que tal novación no es lo que permite el art. 99 del Cc. Admitirlo, supondría que los cónyuges podrían obviar, en un claro fraude de ley, las garantías judiciales citadas, con la sola fijación de otra prestación notablemente inferior a la pensión por desequilibrio económico. Bajo la excusa de un mero pago, los cónyuges dispondrían de la deuda, pudiendo vulnerar el valladar infranqueable del art. 634 del Cc. Ciertamente es que para orillar tal transgresión y celar por la manida equivalencia económica, bastaría con la exigencia de *aprobación judicial*⁷⁴ del convenio, exigencia que, por otro lado, no aparece en la dicción del citado artículo. Pero eso acarrearía el inconveniente de privar de eficacia al contrato privado de dación, y el añadido de solventar los numero-

esos problemas que conllevaría su posible incumplimiento⁷⁵.

3.1) Inecesidad de homologación judicial para la validez de la dación en pago

A nuestro juicio, no es necesaria la homologación judicial del convenio de dación en pago del art. 99 Cc. Y refrendan esta tesis, amén de la naturaleza jurídica de la dación en pago, la literalidad del art. 90.2º Cc. y algunas decisiones jurisprudenciales.

I.- Es cierto que el art. 90.2º postula como criterio general la fiscalización judicial de la generalidad de los acuerdos de los cónyuges. Pero cuando se acuerda conmutar la pensión por otra prestación de naturaleza diversa, el consenso lo alcanzan cónyuges separados (cónyuges sin convivencia familiar), o divorciados, es decir, ex-cónyuges. Para la disertación, quedémonos por un momento con estos últimos. La homologación judicial de los convenios entre cónyuges cobraba sentido mientras subsistía la comunidad familiar, en aras de orillar los posibles perjuicios que dimanaban de una situación de crisis, como ocurre con el desequilibrio económico que uno de los cónyuges pudiera padecer a raíz de la disolución vincular respecto de la posición del otro. Pero una vez establecido y cuantificado el derecho de pensión, corrector de aquella divergencia, lo que unos particulares cualquiera (que otrora estuvieron casados), quieran hacer o no hacer con el mismo, sólo estará sometido a las reglas generales de los contratos, con las únicas especialidades establecidas en el Código Civil. Y para el caso en cuestión, no media especialidad alguna mientras no se modifique desorbitadamente el *quantum* global de la pensión, aunque sea satisfecha con otra cosa o derecho distinto del predeterminado judicialmente. Valga lo dicho, *mutatis mutandis*, para los cónyuges ya separados.

II.- La propia literatura del artículo 99 Cc. «El Código cuando exige la participación del órgano judicial lo indica ex-

presamente, y, concretamente en el art. 99, nada se dice acerca de la necesidad de que el acuerdo de las partes acogiendo como modalidad de pago alguna distinta a la normal en forma de renta haya de ser homologado judicialmente»⁷⁶

III.- La Resolución de la D.G.R.N. de 10 de noviembre de 1995, a cuyo tenor la *aprobación judicial no se ha de predicar respecto de todos los acuerdos recogidos en el convenio regulador de separación, sino exclusivamente de los que afectan a los hijos o de aquellos que de modo expreso quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad, como el eventual derecho de alimentos*. Respecto a la validez de una escritura de cesión de bienes otorgada como consecuencia de la capitalización de la pensión compensatoria acordada en convenio de separación, la D.G.R.N. arguye lo que sigue: *Si los cónyuges en algunos casos pueden exigir la declaración judicial de determinada situación patrimonial de la que pueda derivar el derecho de la pensión compensatoria (art. 81.1 Cc), no resultará desacertado considerar que pueden aquellos, igualmente, decidir sobre las consecuencias exclusivamente patrimoniales de dicha declaración judicial, y que sólo a ellos incumben; si no puede obligarse al cónyuge a recibir la pensión compensatoria judicialmente acordada contra su voluntad, no se ve razón para excluir esta materia de la autonomía de la voluntad, pudiendo, en consecuencia, otorgar la escritura de cesión de bienes objeto de litigio, en ejecución del convenio regulador de separación, capitalizando así la pensión compensatoria*⁷⁷.

IV.- Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 31 de Diciembre de 1985 concedió «igual valor y eficacia a los acuerdos de los cónyuges no homologados judicialmente siempre que se respeten los límites en que la autonomía de la voluntad puede moverse en este campo», y, ciertamente, sustituir una modalidad solutoria por otra, no supone en ninguna medida alteración en la deuda valor que judicialmente se fija para garantía

⁷⁵ HAZA DIAZ llega incluso a considerar nulo este pacto privado, conculgando casi con las tesis iuspublicistas del Derecho de Familia. A su juicio, el acreedor, si efectivamente cobró (añado, que incluso con su entera aprobación y con la del deudor que no reclama), deberá restituir (art. 1.895 Cc) por cobro de lo indebido, y si no percibió cantidad alguna, carecerá de acción para reclamar el pago pactado privativamente. HAZA DIAZ, *La pensión...*, cit., pp. 227 y 228. Para nosotros, por contra, no es menester la aprobación judicial. El contrato privado será válido y, en consecuencia, de efectos liberatorios para el deudor. Ello no obsta, empero, para que éste pueda incumplirlo, entregando distinto o menos de lo estipulado en el convenio de dación, en cuyo caso sí que estará plenamente legitimado el acreedor para ejercitar la oportuna acción judicial, como si de cualquier otro contrato incumplido se tratase.

⁷⁶ CAMPUZANO TOMÉ, *La pensión...*, cit., p. 183.

⁷⁷ *La Ley*, año XVII, 1996, nº 396, marg. 272.

⁷⁸ Reconozco la dificultad teórica y práctica que conllevan ambas soluciones, teniendo en cuenta la no menos dificultosa tarea de declarar la existencia o no de un descubierto tras la comparación de las prestaciones. En cualquier caso, si se llegara a declarar este desequilibrio, otras soluciones posibles estarían en ejercitar la acción de reclamación por enriquecimiento injusto del deudor, o la impugnación por error en la determinación del *quantum*, además de la citada condonación ilícita de la deuda.

⁷⁹ «Dicha nulidad requiere que el contenido del negocio sea divisible, de tal suerte que una vez separada la parte nula, quede un resto que pueda subsistir como negocio independiente y tenga valor práctico», Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de Marzo de 1974 y 30 de Abril de 1986. *g*

del cónyuge o ex-cónyuge que sufra el desequilibrio económico. Cosa distinta será que la nueva prestación no equivalga ni por asomo a la «deuda valor» en que se cifra la pensión sustituida.

Sin lugar a dudas, el recorte de un crédito indisponible para el acreedor, implicaría «un grave perjuicio» para éste. En tal caso, dos pueden ser las soluciones:

1ª) Solicitar del Juez la rescisión por lesión del convenio de dación en pago. Esta solución no sería en principio dable en nuestro Derecho, dado que el art. 1.290 Cc. sólo admite la rescisión de los contratos válidos «en los casos establecidos en la ley», y éste no es precisamente uno de los supuestos previstos por el legislador.

2ª) Pedir del Juez la declaración de nulidad del convenio, por transgredir el límite objetivo de art. 634 Cc. Aceptar menos de lo que se debe, creyendo que la nueva prestación cubre por entero la «deuda valor» de la pensión, equivale, al menos en cuanto a su fin objetivo, a una condonación parcial de la deuda. Como el art. 1.187 Cc., por ser en esencia acto gratuito la condonación, remite para su régimen jurídico al de las donaciones, es perfectamente aplicable al caso el art. 634 del Cc., en cuya virtud, el donante (condonante en este caso) ha de reservarse «lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias». Dicho estado es el que mantenía el cónyuge constante la convivencia matrimonial, y el que pretende garantizar el legislador con el reconocimiento tácito de una «deuda valor», pagadera con la pensión por desequilibrio económico. Disponer de esta deuda valor, cobrando considerablemente menos de lo debido, es tanto como vulnerar esa reserva legal que prevé, entre otros, el citado art. 634 Cc.⁷⁸.

3.2) Conclusión

Teóricamente, sólo hay dación en pago cuando la prestación sustitutoria equivale económicamente a la sustitui-

da. Sin embargo, este apotegma es difícilmente predicable respecto de la prestación que sustituya a la pensión por desequilibrio, al ser aquélla tan aleatoria e imprevisible como ésta. Ello no es óbice para que deba quedar determinada, o al menos determinable sin necesidad de acudir a un nuevo convenio, para su efectiva realización. El *quantum* de la nueva prestación puede ser fijado bien por las partes, bien por el Juez. Esto último no significa que la dación en pago precise de homologación judicial para su validez o eficacia, sino que la cuantía de la prestación determinada por los cónyuges en cuanto al género, ha sido cuantificada por el arbitrio del Juez. Últimamente, si dicha cantidad (para el caso, determinada por las partes) no equivale *ad limine* a la «deuda valor» originaria, y la diferencia es palmaria o desproporcionada, puede ser impugnada ante el Juez, quien resolverá ateniéndose al perjuicio irrogado para la parte, apreciable cuando ésta «no se reservó lo necesario para vivir en el estado correspondiente a sus circunstancias», es decir, cuando renunció a tanto margen de la deuda que dejó incólume o notablemente revivido el desequilibrio económico que la pensión pretendía tacha. De ser apreciado el detrimento, el Juez declarará la nulidad del acuerdo de dación en pago, por violación de un derecho indisponible. Sin embargo, para evitar la devolución de lo efectivamente cobrado, en lugar de acudir a enrevesados artilugios de alquimia jurídica (como entender que nos hallaríamos ante una obligación natural del art. 1.901 Cc), sería mucho más conveniente declarar una nulidad parcial, al socaire del principio *utile per inutile non vitiatur*⁷⁹, fijando únicamente el montante que supliría la diferencia.

4. Cumplimiento efectivo de la prestación nueva

El pagar con otra prestación, se consigue mediante un contrato (la dación en pago) compuesto no sólo (como los consensuales) por el acuerdo -de cambio de la prestación antigua por la nueva- de acreedor y deudor, sino también

por el cumplimiento de la prestación nueva (a semejanza de los tradicionales contratos reales en los que el acuerdo ha de unirse a la entrega de la cosa), pues si ésta, en vez de realizarse, únicamente se promete (quedándose obligado a realizarla), entonces hay realmente novación (extintiva o modificativa)⁸⁰. Mientras no se cumpla con la prestación acordada en el convenio de dación, en rigor, se está incumpliendo con la prestación originaria⁸¹. Y, a contrario sensu, cuando se realiza la nueva prestación, se extingue la obligación de pagar pensión, sencillamente porque ésta se ha pagado, aunque con una prestación distinta de la debida, *aliud*, ya sea entregando el capital en bienes o en dinero, sea constituyendo el derecho de usufructo o el de renta vitalicia.

Dada la naturaleza traslativa del convenio de dación, sólo se libera el deudor con la consiguiente cancelación de la obligación principal y de todas sus garantías, cuando efectivamente transmite al acreedor el derecho de propiedad que detenta sobre el capital (en bienes o en dinero), cuando constituye los derechos de renta vitalicia o de usufructo, o cuando realiza cualquier otra prestación pactada como *aliud*, y en la cuantía determinada por ellos o por el Juez, actuando como tercero y en equidad. Si entrega cosa o transfiere derecho distinto de los acordados, o en cuantía visiblemente inferior, entonces habría un auténtico incumplimiento del convenio de dación en pago, que generará la oportuna acción judicial, ejercitable dentro de los plazos de prescripción prevenidos en las leyes, establecidos en función de la prestación debida (la nueva, se entiende).

IV. EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO DEL ART. 99 CC

Si se cumple efectivamente con la nueva prestación, acordada en su modalidad por los cónyuges, y determinada en su cuantía por aquéllos o por el Juez, queda liberado el deudor de la

obligación legal (aunque fijada judicialmente) de pagar pensión por desequilibrio, obligación que, como es lógico, ya quedó extinguida con la dación, así como todas sus obligaciones accesorias y garantías.

1.- Entregado el capital (en bienes o en dinero) o constituidos en pago los derechos de renta vitalicia o de usufructo (art. 99 Cc.), o realizada cumplida y completamente cualquier otra prestación que se hubiera estipulado, en cuanto que la obligación queda extinguida, carecen de sentido las garantías fijadas judicialmente para mayor égida del *accipiens* en desequilibrio. Y por idéntica razón, tampoco operan las causas extintivas que prevé el art. 101.1 Cc., en la medida en que la obligación que persigue extinguir, ya terminó con el pago, aunque con prestación distinta de la originariamente debida.

Perdidas las garantías, discute la doctrina cuáles son los derechos del acreedor que recibe una cosa en pago, si ésta presenta vicios ocultos o se pierde por evicción. Concierto, PASCUAL ESTEVILL advierte lo agudo del problema para la dación en pago, instituto de naturaleza trasahumante, y, en consecuencia, necesitado de «remedios que son propios de otras figuras que sí gozan de regulación propia»⁸². Y como «el convenio de *datio in solutum* nada nos dice acerca del carácter oneroso o gratuito de la realización del *aliud*, ya que constituye un simple medio para la consumación del contrato fuente de la obligación inicial, éste será el contrato al que es necesario atender para determinar la onerosidad o gratuidad de la transmisión»⁸³. Y para el pago por dación de la pensión de separación y divorcio, ¿la realización del *aliud solvendi animo* es gratuita u onerosa? Ni es pacífica la respuesta, ni bizantina atendiendo a las dispares consecuencias que depara adherirse a cualquiera de las opciones. Porque pagar, por ejemplo, con una renta vitalicia constituida sobre los propios bienes del cónyuge deudor, es negocio gratuito (arg. ex. art. 1.807 Cc.); y, probablemente, la entrega de un capital en bienes propiedad del *solvendi* al *accipiens*, suponga un acto onero-

⁸⁰ ALBALADREJO, M. «Derecho de obligaciones», *Derecho Civil*, t. II, v. 1^o, Bosch, Barcelona, 1.983., pp. 143 y 144; SASTRE PAPIOL, tras citar sentencias del Tribunal Supremo que avalan la tesis expuesta (11 de Mayo de 1.912, 6 de Junio de 1.935, 9 de Diciembre de 1.943, 7 de Enero de 1.944 y 1 de Marzo de 1.969, entre otras), expone que «al amparo de la institución de referencia se refiere, como es lógico, a la dación en pago», tiene lugar un *negocio traslativo*, del *aliud*, en favor del acreedor y por razón de lo que se debía, y para con la finalidad de que se cancele la *res debita*», SASTRE PAPIOL, *La dación en pago...*, cit., p. 104. Por no ser «real», nada impide disociar el momento en que las partes convienen en la prestación objeto de la dación, del momento en que ésta efectivamente se entrega. Así, PASCUAL ESTEVILL, «La dación en pago», cit., pp. 1.129 y 1.130. Para quienes apuestan por la *consensualidad* de la dación, «el problema es si durante ese período se deben dos prestaciones, con lo que tal vez nos encontraríamos con una relación de alternatividad o tan sólo una, produciéndose una novación por cambio de objeto» MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. «Consideraciones sobre la dación en pago», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, año LXIII, 581, julio-agosto 1.987, p. 978. Pues bien, ni una ni otra: Dación no supone simultaneidad, ni disociación entre la perfección y la consumación; aunque se demore la entrega de la cosa, sólo se perfecciona el contrato (y a la par se consuma) cuando se realice efectivamente su entrega, debiéndose hasta entonces sólo y únicamente la prestación pristina. En contra, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Naturaleza jurídica...», cit., p. 790, para quien «la *datio in solutum* se perfecciona en el instante en que acreedor y deudor convienen que la realización de una prestación distinta de la debida extinguirá la obligación».

⁸¹ «Porque lo que se debía es lo que se sigue debiendo, aunque se pague por otra cosa, ya que antes del pago no ha habido novación que

modifique la deuda ni la extinga y ponga en su lugar la que se va a pagar que sería idéntica con la que se dará en pago». ALBALADEJO, «La dación en pago...», *cit.*, p. 913.

⁸² PASCUAL ESTEVE, «La dación en pago», *cit.*, p. 1.127.

⁸³ «La doctrina actualmente mantiene que no toda transmisión *solvendí causa* tiene carácter oneroso (...) Para determinar el carácter de la transmisión es necesario, según esta doctrina que consideramos aceptable, remontarse al negocio que originó la obligación de realizar el *aliud*. Si bien es indudable que este negocio es el convenio de dación en pago, creemos, sin embargo, que la «causa más profunda» de la transmisión no debe buscarse en este convenio, sino en el contrato fuente de la obligación en pago de la cual se realiza el *aliud* (transmisión), y con vistas a cuya extinción se estableció el convenio de *datio in solutum*». FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Naturaleza jurídica...», *cit.*, p. 796. *idem* FINEZ, «La dación en pago», *cit.*, p. 1.524.

⁸⁴ Argumento utilizado en la STS (Sala 1ª) de 7 de diciembre de 1.983, y reiterado en la STS de 13 de febrero de 1.989, 11 de Mayo de 1991, y otras. ALBALADEJO, «La dación en pago...», *cit.*, p. 904. Para mayor detalle, GARCÍA DE MARINA, *La novación...*, *cit.*, pp. 134, 136 y ss.

⁸⁵ ALBALADEJO, *Derecho Civil*, *cit.*, p. 146. «De *lege data*, sería conveniente simplificar el sistema particular de acciones por responsabilidad contractual y arbitrar a favor del acreedor un cuadro general de medios de tutela frente al incumplimiento. Desde esta perspectiva, me parece aceptable la propuesta realizada de aproximar la acción de saneamiento por evicción a la resolución del contrato». FINEZ, «La dación en pago», *cit.*, p. 1.513.

⁸⁶ «Observando esta distribución del riesgo aparece evidente la falacia de asimilar la dación en pago a la compraventa. La aplicación de los riesgos de la compraventa a la dación

so. La jurisprudencia resuelve el dilema por la vía de la *turpis fuga* y de modo fragmentario: suponiendo que la realización del *aliud* consiste siempre en la entrega de un capital en bienes propiedad del *solvens* al acreedor, «bien se catalogue el negocio jurídico que implica (la dación en pago) como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa al carecer (la dación en pago) de normas específicas»⁸⁴. Cuando eso ocurra, aplíquense las reglas del saneamiento por evicción y vicios ocultos de los arts. 1.474 Cc. y ss. En otro caso, no se piense que queda el acreedor indefenso, incluso ante la mala fe del cónyuge deudor, pues contra éste siempre tendrá el art. 1.902 Cc, haya sido la dación homologada o no judicialmente; sin menoscabo de la posibilidad de impugnar la dación, en su caso, por dolo, error, etc.⁸⁵. Quede claro que, por mera definición, nunca los vicios o la evicción arrastrarán la reviviscencia de las garantías adosadas a la obligación de pagar pensión, dado que aquéllas terminaron con el pago de la obligación principal, aunque lo fuese con una prestación distinta de la debida *ad limine*, que después pierda el cónyuge acreedor por evicción, o presente vicios o gravámenes ocultos.

2.- Si la cosa estipulada se perdiera antes de su entrega al *accipiens* por causas no imputables al *solvens*, como el caso fortuito o la fuerza mayor, éste quedaría exonerado del pago por dación que no de la obligación principal, pudiendo el cónyuge acreedor exigir de nuevo el cumplimiento de la renta periódica. Sencillamente, porque la obligación originaria y única sólo se extingue con la efectiva realización del *aliud*, imposible ahora por la pérdida sobrevenida⁸⁶.

3.- Merced a la naturaleza traslativa de la *datio in solutum*, si no se entrega la cosa o no se transmite el derecho estipulado, en sentido técnico-jurídico, no puede hablarse de «incumplimiento» del convenio de dación, pues, como ha quedado dicho, éste precisa para su existencia de la efectiva realización de la nueva pres-

tación acordada. En tal caso, la única obligación exigible al cónyuge deudor es la de pagar la renta periódica en que consiste el derecho de pensión, permaneciendo incólumes las garantías pergeñadas por la autoridad judicial, así como la amenaza de extinción sobrevenida de acontecer cualesquiera de los hechos circunstanciados en el art. 101.1 Cc⁸⁷.

Por el contrario, si se ofrece o se realiza otra prestación diversa a la estipulada en el convenio de dación, o si efectivamente se entrega cosa o se transfiere derecho, pero en cuantía inferior a la fijada por las partes o por el Juez, sí que existe un auténtico «incumplimiento», que, como tal, genera en beneficio del cónyuge acreedor el derecho a no aceptar el pago por inexacto, o, en su caso, las oportunas acciones judiciales para reclamar la parte incumplida⁸⁸. Si esto ocurriese, la pervivencia de las garantías fijadas judicialmente, bien pudiera mantenerse para evitar el perjuicio que, sin lugar a dudas, se irrogaría al cónyuge con el pago parcial de la «deuda valor» o con el cumplimiento defectuoso⁸⁹.

4.- Por último, siguiendo literalmente a FINEZ, «la dación en pago, como cualquier otro negocio, puede quedar afectada por alguna de las causas que implican la ineficacia contractual (rescisión, revocación, nulidad, acciones impugnatorias de la quiebra, retroacción). En todos estos casos, dejada sin efectos la dación, el acreedor podrá reclamar del deudor la prestación originaria. No se trata propiamente de un restablecimiento o reviviscencia de la prestación inicial (ya que nunca desapareció), sino que, decaída la eficacia obligatoria del convenio, de nuevo deviene exigible»⁹⁰.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El acentuado, y justificado por otra parte, intervencionismo judicial en las secuelas de una crisis matrimonial, así como la derogación de los principios de justicia rogada en este tipo de procedi-

mientos, no es excusa para que la doctrina atribuya una naturaleza jurídica a la facultad concedida en el art. 99 Cc a los cónyuges o ex-cónyuges, y le conceda luego unos efectos jurídicos que se compadecen con instituciones de otro género. Tal vez sea ésta la razón por la que la generalidad de autores prefieren orillar la cuestión, no pronunciarse sobre la naturaleza del instituto, antes de consentirse incongruencias jurídicas. Porque si la llamamos «facultad solutoria» o «alternativa de pago», habremos de pechar con que la obligación prístina, la de pagar pensión, se ha extinguido al modo de otro pago cualquiera. Si no es así, llamémosla novación, y ya está. Asunto zanjado.

En este artículo nos hemos inclinado por la coherencia jurídica, arrojándole la vitola de dación en pago. Muchas son las ventajas que depara esta labor hermenéutica: los cónyuges o ex-cónyuges saldan de una vez la comunidad matrimonial⁹¹, que de otra forma persistiría, como en tiempos de Modestino, para toda la vida, a pesar de la disolución judicial por divorcio. Con mayor razón, incluso, cuando quienes debían pagar la pensión sean los herederos del *vetus solvens*, pongamos para el caso que hijos sólo de éste, pues *ses fácil suponer que a tales personas les resultará penoso (empleando un término*

*«suave») pagar una pensión a un acreedor con quien no tiene vinculación de parentesco y por quien, seguramente, no sienten la menor simpatía*⁹². Y todo ello sin que el Juez tenga que mediar en operación alguna. ¿O es que acaso interfiere en el pago mensual de la pensión periódica? Cuando se paga, nada se discute. Los problemas dimanan en caso de impago, y es entonces cuando la autoridad judicial hace acto de presencia. Para el asunto que nos ocupa, ya dijimos que si no se entrega el *aliud*, en rigor, no se paga, ni hay dación siquiera: la única obligación persistente es la de pagar la prestación periódica que se fijó inicialmente por el Juez. Y si, por contra, se paga con el *aliud* ¿a quién interesa resucitar la situación? Y aunque así fuera, el deudor siempre podrá oponer la excepción de haber pagado con la anuencia del acreedor, de la misma forma que si se le reclamara una mensualidad que ya satisfizo. Por último, si las partes no están de acuerdo en la cuantía del *aliud*, sin duda que pueden acudir al Juez; pero si están de acuerdo ¿por qué cargar a la justicia con el peso de una homologación, que ni siquiera puede garantizar en lo venidero la correspondencia entre las prestaciones?

Teórica y prácticamente, el art. 99 Cc. es una dación en pago.

conduciría justamente a la solución contraria». FINEZ, «La dación en pago», *cit.*, p. 1.509.

⁹¹ En esta lógica, si el cónyuge deudor planteara el convenio de dación como excepción perentoria a la reclamación de pago de pensión, para su estimación deberá probar que entregó la cosa o transirió el derecho.

⁹² Exactamente igual que si el deudor incumpliese parcialmente la obligación de pagar pensión.

⁹³ E incluso, podría ocurrir que «el valor objetivo de la nueva prestación sea superior al de la prestación originaria y perfeccionada la dación ya no es posible acudir a la prestación originaria; de una parte porque la misma ha desaparecido por extinción y de otra porque su valor no es el determinante de la nueva prestación, por lo que me parece dudosa la posibilidad de ejercicio de las acciones revocatorias y rescisión en el caso de dación en pago». SERRANO ALONSO, «Consideraciones...», *cit.*, p. 433.

⁹⁴ FINEZ, «La dación en pago», *cit.*, p. 1.517.

⁹⁵ En lo patrimonial se entiende, pues en lo personal ya quedó rota tras cesar la convivencia conyugal.

⁹⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «El derecho a la pensión...», *cit.*, p. 43.