



UNIVERSIDAD DE MURCIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

**Las Pensiones Alimenticias Treinta Años
Después de la Modificación del
Código Civil por la Ley 11/1981, de 13
de Mayo**

D^a. Carmen Florit Fernández

2014

UNIVERSIDAD DE MURCIA

Facultad de Derecho

**LAS PENSIONES ALIMENTICIAS TREINTA
AÑOS DESPUÉS DE LA MODIFICACIÓN DEL
CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 11/1981, DE 13
DE MAYO**

Tesis doctoral presentada por Carmen Florit Fernández

Director de Tesis: Dr. José Antonio Cobacho Gómez, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Murcia.

Murcia, 2013

ÍNDICE

	Páginas
AGRADECIMIENTOS	10
INTRODUCCIÓN	11
Capítulo 1. INTRODUCCIÓN. BREVE ESTUDIO DEL DERECHO DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL DEL AÑO 1981	12
1. Alimentos entre parientes	15
1.1.Fundamento del derecho de alimentos entre parientes	15
1.2.Alimentos de origen legal y alimentos voluntarios: justificación de su estudio unitario en este trabajo	22
1.3.Caracteres del derecho de alimentos entre parientes	24
a) Reciprocidad	24
b) Imprescriptibilidad	25
c) Carácter gratuito	25
d) Carácter personal	26
e) Indisponibilidad	28
f) Condicionado y variable	29
g) Carácter mancomunado y divisible	30
1.4.Sujetos de la relación	31
1.5.Presupuestos y nacimiento de la obligación	32
1.6.Contenido y cuantía	32
1.7.Modificación y extinción	33
2. Análisis de la reforma del Código Civil en el año 1981 por las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio	34
3. Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de alimentos	41
4. Los efectos de la actual crisis económica en el derecho de alimentos	44
PRIMERA PARTE: ALIMENTOS DE ORIGEN LEGAL	47
Capítulo 2. ALIMENTOS DEBIDOS A LOS HIJOS	48
1. Alimentos debidos a los hijos menores de edad	48

2.	Alimentos debidos a los hijos mayores de edad	59
2.1.	Planteamiento general	59
2.2.	Cuestiones controvertidas	61
a)	Carácter dispositivo del artículo 93.2 CC	61
b)	Alcance del requisito del estado de necesidad	62
c)	Requisito de la convivencia del hijo en el hogar familiar	64
d)	Aplicación del artículo 93.2 CC a los hijos no Matrimoniales	65
e)	La llamada <i>lucha generacional</i>	67
f)	Legitimación del progenitor en cuya compañía queda el hijo mayor de edad en lo relativo a sus alimentos en el proceso matrimonial	70
i.	Planteamiento general	70
ii.	Estado de la cuestión antes de la STS de 24 de abril de 2000	74
1º.	Tesis alimentista	76
2º.	Tesis del levantamiento de cargas	78
3º.	Tesis de la legitimación por sustitución	83
iii.	Estado de la cuestión después de la STS de 24 de abril de 2000	88
1º.	Teoría de las cargas del matrimonio	91
2º.	Excepcionalidad del artículo 10 de la LEC	93
3º.	Teoría de la transmisión del crédito	93
4º.	Teoría del mandato tácito	97
5º.	Teoría del derecho de reembolso	98
iv.	Conclusión sobre el problema de la legitimación del progenitor conviviente	113
g)	El límite temporal de la pensión de alimentos de los hijos	115
i.	Planteamiento general	115
ii.	Límite temporal de la pensión compensatoria	118
1º.	Planteamiento general	118
2º.	Reforma del Código Civil por la Ley 15/2005	123
3º.	Naturaleza y fin de la pensión Compensatoria	137
4º.	Concepto de desequilibrio	145
iii.	Límite temporal de la pensión de alimentos a favor de los hijos y comparación con la situación del límite temporal de la pensión compensatoria	147
iv.	Conclusión acerca del límite temporal de los Alimentos	154
3.	Modificación de las pensiones de alimentos fijadas a los hijos	155
Capítulo 3. ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES Y UNIONES ESTABLES DE PAREJA		166
1.	Alimentos entre cónyuges	166
1.1.	Planteamiento general	166

1.2. Influencia de la introducción por la Ley 30/1981, de 7 de julio, de la pensión por desequilibrio	170
1.3. Distintas situaciones en que pueden darse	172
a) Constante matrimonio y en situación de Convivencia	172
b) Separación de hecho: evolución jurisprudencial e influencia de la Ley de 13 de mayo de 1981	174
c) Separación judicial	176
d) Divorcio	180
e) Nulidad	181
2. Alimentos en uniones estables de pareja	182
2.1. Planteamiento general: crítica a las uniones de hecho; su justificación ya superada en la unión homosexual y en la imposibilidad de divorcio	182
2.2. Pensión o indemnización por desequilibrio en las uniones estables de pareja	200
2.3. Derecho de alimentos y regulación autonómica sobre Los alimentos en las uniones estables de pareja. Breve análisis de la validez de los pactos entre los miembros de las uniones de hecho	207
2.4. Conclusión sobre los alimentos en las uniones estables de pareja	218
Capítulo 4. ALIMENTOS LEGALES DEBIDOS EN OTRAS FIGURAS JURÍDICAS	220
1. Derecho de alimentos en el concurso de acreedores	220
1.1. Alimentos cuyo deudor es el concursado	220
1.2. Alimentos al concursado	222
2. Alimentos en la Tutela y el Acogimiento	234
a) Alimentos en la tutela	234
b) Alimentos en el acogimiento	238
3. Alimentos en la declaración de ausencia	238
4. Alimentos a la viuda encinta	239
5. Alimentos del donante	241
6. Alimentos del cónyuge y los hijos durante la liquidación de la sociedad de gananciales	243
SEGUNDA PARTE: ALIMENTOS DE ORIGEN VOLUNTARIO	245
Capítulo 5. EL CONTRATO DE ALIMENTOS	246
1. Introducción: La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad	246
2. Concepto y caracteres	252
2.1. Concepto	252
2.2. Caracteres	253
a) Carácter consensual	253

b) Carácter bilateral	255
c) Carácter oneroso	256
d) Carácter aleatorio	257
e) Carácter personal	259
f) Carácter vitalicio	260
3. Elemento subjetivo	262
3.1. El alimentista	262
3.2. El alimentante	263
3.3. Pluralidad de alimentistas	264
3.4. Pluralidad de alimentantes	266
3.5. Contrato a favor de tercero	267
3.6. El alimentante persona jurídica	269
4. Elemento objetivo: contenido del contrato	269
4.1. La prestación del alimentista y del cedente	269
4.2. La prestación del alimentante	270
4.3. Incumplimiento de la prestación del alimentante	273
4.4. Modificación del contrato: la pensión sustitutiva	279
5. Distinción de otras figuras similares en Derecho Común	284
5.1. La obligación legal de alimentos	284
5.2. La renta vitalicia	286
5.3. La donación modal	288
5.4. La donación remuneratoria	289
6. Distinción de otras figuras similares en Derecho Foral	290
6.1. El contrato de vitalicio gallego	290
6.2. El pacto de acogida catalán	291
6.3. La dación personal en Aragón	292
6.4. El acogimiento en La Casa de Navarra	293
7. Derecho comparado	293
7.1. El <i>bail à nourriture</i> francés	293
7.2. El <i>vitalizio alimentae</i> italiano	294
7.3. El <i>Verpfründungsvertrag</i> suizo	295
7.4. Derecho alemán	296
8. Cuestiones controvertidas	296
8.1. La no exigencia de forma	296
8.2. La simulación	298
8.3. La convivencia de las partes	300
Capítulo 6. LEGADO DE ALIMENTOS	302
TERCERA PARTE: ÁMBITO INTERNACIONAL EN MATERIA DE ALIMENTOS	305
Capítulo 7. COBRO INTERNACIONAL DE ALIMENTOS	306
1. La proliferación normativa de Derecho Internacional en materia de alimentos	306
2. El Reglamento número 4/2009 (CE) del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley	

aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos	310
2.1.Ámbito material de aplicación: significado de la exigencia del carácter internacional y concreción de los términos derecho de alimentos y relación familiar, de parentesco, matrimonial o de afinidad	312
2.2.Ley aplicable	315
2.3.Eficacia extraterritorial de las resoluciones	316
2.4.Cooperación: Autoridades Centrales	318
2.5.Competencia judicial	318
3. el Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre el cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia	319
CONCLUSIONES	323
1. Sobre los alimentos debidos a los hijos	324
2. Sobre los alimentos en el matrimonio y en las uniones estables de pareja	325
3. Sobre los demás alimentos legales	326
4. Sobre el contrato de alimentos	328
5. Sobre el legado de alimentos	329
6. Sobre el cobro internacional de alimentos	329
JURISPRUDENCIA	331
1. Sobre el fundamento de la obligación de alimentos	332
2. Sobre la imprescriptibilidad del derecho	332
3. Sobre su carácter personal	332
4. Sobre los efectos de la crisis económica sobre el derecho de alimentos	332
5. Sobre la suspensión del derecho de alimentos de los hijos Menores	332
6. Sobre la preferencia de los alimentos debidos a los hijos menores de edad	332
7. Sobre el distinto tratamiento jurídico de los alimentos debidos a los hijos menores respecto de los de los hijos mayores	332
8. Sobre el carácter dispositivo de los alimentos de los hijos mayores de edad	333
9. Sobre el carácter no dispositivo de los alimentos de los hijos mayores de edad	333
10. Sobre el arbitrio del Juez a la hora de establecer la cuantía	333
11. Sobre el requisito de la convivencia del hijo mayor de edad	333
12. Sobre la aplicación del art. 93.2 del CC a los hijos no Matrimoniales	334
13. Sobre la <i>lucha generacional</i>	334
14. Sobre la legitimación del progenitor conviviente con el hijo mayor de edad para reclamar sus alimentos	334
15. Sobre las críticas a la reforma del art. 93.2 CC	334

16. Sobre la tesis alimentista de la legitimación del progenitor Conviviente	334
17. Sobre la tesis del levantamiento de las cargas de la legitimación del progenitor conviviente	335
18. Sobre de la legitimación por sustitución de la legitimación del progenitor conviviente	335
19. Sobre la legitimación para solicitar alimentos en la reclamación de la paternidad	335
20. Sobre la titularidad del crédito de alimentos del hijo mayor de edad	335
21. Sobre la falta de legitimación del hijo mayor de edad	336
22. Sobre la teoría del mandato tácito de la legitimación del progenitor conviviente	336
23. Sobre la teoría del derecho de reembolso de la legitimación del progenitor conviviente	336
24. Sobre la no necesidad de demandar a ambos progenitores	336
25. Sobre la necesidad de demandar a ambos progenitores	336
26. Sobre la teoría del interés legítimo de la legitimación del progenitor conviviente	336
27. Sobre la legitimación pasiva del progenitor conviviente	336
28. Sobre la pensión compensatoria	336
29. Sobre el límite temporal de la pensión compensatoria	337
30. Sobre el límite temporal de la pensión de alimentos	337
31. Sobre la modificación de la pensión de alimentos	338
32. Sobre los alimentos de los cónyuges en la separación Matrimonial	342
33. Sobre los alimentos en el divorcio	342
34. Sobre el desplazamiento de los alimentos a favor de la pensión compensatoria	342
35. Sobre los alimentos en las uniones estables de pareja	342
36. Sobre la comunidad de bienes en la uniones estables	342
37. Sobre la validez de los pactos entre los miembros de parejas de hecho	344
38. Sobre los alimentos en el concurso de acreedores	344
39. Sobre los alimentos en el acogimiento	344
40. Sobre el vitalicio y el contrato de alimentos	344
41. Sobre el carácter bilateral y sinalagmático del contrato de alimentos y el vitalicio	345
42. Sobre el carácter unilateral del contrato de alimentos y el Vitalicio	345
43. Sobre el carácter oneroso del contrato de alimentos y el Vitalicio	345
44. Sobre el carácter aleatorio del contrato de alimentos y el Vitalicio	346
45. Sobre el carácter personal del contrato de alimentos y el Vitalicio	346
46. Sobre la pluralidad de alimentistas en el contrato de alimentos y el vitalicio	346
47. Sobre la pluralidad de alimentantes en el contrato de alimentos y el vitalicio	346

48. Sobre el pacto de la solidaridad en el contrato de alimentos y el vitalicio	346
49. Sobre la divisibilidad de la deuda en el contrato de alimentos y el vitalicio	346
50. Sobre el contenido del contrato de alimentos y el vitalicio	347
51. Sobre la calidad de la prestación en el contrato de alimentos y el vitalicio	347
52. Sobre el lugar de cumplimiento del contrato de alimentos y el vitalicio	347
53. Sobre la resolución en caso de incumplimiento del contrato de alimentos y el vitalicio	347
54. Sobre la dificultad de prueba del incumplimiento en contrato de alimentos y el vitalicio	347
55. Sobre la conducta obstativa del alimentista en el contrato de alimentos y el vitalicio	348
56. Sobre que el contrato de alimentos o vitalicio sea una variedad de renta vitalicia	348
57. Sobre que la facultad de solicitar la modificación del contrato de alimentos o el vitalicio es irrenunciable	348
58. Sobre la determinación de la cuantía de la pensión sustitutiva en el contrato de alimentos y el vitalicio	349
59. Sobre el contrato de alimentos o el vitalicio entre parientes obligados por los alimentos legales	349
60. Sobre la distinción del contrato de alimentos o el vitalicio del contrato de renta vitalicia	349
61. Sobre la distinción del contrato de alimentos o el vitalicio de la donación	349
62. Sobre la simulación en el contrato de alimentos y el vitalicio	350
63. Sobre la convivencia de las partes en el contrato de alimentos y el vitalicio	350
64. Sobre la interpretación autónoma del concepto de obligación de alimentos en el ámbito del RAL	351
BIBLIOGRAFÍA	352
1. Derecho de alimentos en general	353
2. Alimentos debidos a los hijos	357
3. Alimentos entre cónyuges y en uniones estables de pareja	365
4. Alimentos legales debidos en otras figuras jurídicas: concurso, tutela y acogimiento, ausencia, viuda encinta, donante, liquidación de gananciales	372
5. Contrato de alimentos	374
6. Cobro internacional de alimentos	381

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer la ayuda y los sabios consejos de mi maestro y director de tesis, José Antonio Cobacho, que ya sólo con el simple ofrecimiento a dirigir este trabajo habría supuesto una incalculable ayuda. Deseo, además, felicitarle por sus años al mando de esta institución, la Universidad de Murcia, y por su coraje, sobre todo, en estos últimos tiempos que nos ha tocado vivir, de incertidumbre ante la profunda crisis que atravesamos. Quiero desearle lo mejor de aquí en adelante y manifestarle mi agradecimiento sinceramente.

Deseo también agradecer la ayuda prestada a los empleados de la biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, que han atendido solícitamente mis incansables búsquedas de bibliografía y jurisprudencia.

Por último, quiero agradecer también las enseñanzas recibidas a mi padre, José Florit Durán, gran y tenaz jurista, durante y después de los años trabajando con él en su despacho profesional. Gracias papá.

INTRODUCCIÓN

Capítulo 1

INTRODUCCIÓN. BREVE ESTUDIO DEL DERECHO DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL DEL AÑO 1981

Cuando decidí abordar para la realización de este trabajo la figura del derecho de alimentos tuve muy presentes dos cosas. La primera de ellas, el sabio consejo de mi maestro, José Antonio Cobacho que, siendo gran experto en la figura, ya en el año 1990 publicó la obra *La deuda alimenticia*, citada por todos los autores que han escrito sobre el tema. El trabajo suponía, y supone, una completa guía sobre el derecho objeto de estudio de este, mi análisis, y escrutaba, entre otras cosas, lo que hasta la fecha habían supuesto las modificaciones obradas en la materia en el Código Civil por las Leyes 11/1981 y 30/1981, de 13 de mayo y 7 de julio respectivamente.

De este modo, cuando presenté el proyecto del presente trabajo, habían transcurrido aproximadamente treinta años desde al año 1981, los treinta años que yo tenía. Por ello, empujada por una visión si se quiere romántica, y porque la institución del derecho de alimentos siempre me ha parecido interesante, me decidí por este tema. Suponía una revisión de lo acontecido en esta figura desde que nací hasta la elaboración de mi tesis doctoral, y suponía, además, un sentido homenaje a la labor de mi maestro, uno de los mayores expertos en la materia que, casi en los comienzos de su carrera académica, publicó la citada obra. Por si esto fuera poco, la finalización de este trabajo va a coincidir en el tiempo con el fin del mandato de Don José Antonio Cobacho como Rector de la Universidad de Murcia, posición desde la que ha realizado una impresionante labor de gestión de la institución, con lo que este homenaje se torna, si se quiere, aún más necesario y sentido.

Además de lo anterior, me movió una visión, quizás más práctica, como la que me dio el haber ejercido la abogacía durante seis años al lado de mi padre, José Florit Durán. A su lado tuve la oportunidad de adentrarme en el mundo de la práctica jurídica, en la que, más intensamente, conocí la figura de los alimentos en los procesos matrimoniales en los que participé, y que me dieron la pista de lo que podría ser más conflictivo y falto de una solución satisfactoria por parte del legislador. Además, tras el

ejercicio, entré a colaborar como profesora asociada en el Universidad Europea de Madrid, donde se me encomendó la enseñanza del Derecho Civil de Familia, continuando con mi línea de especialización. Desde aquellos años de trabajo en el despacho vengo *rumiando* algunas de las cuestiones que planteo en este trabajo, y a las que he querido aportar mi visión, mezcla de estudio teórico y aplicación práctica. El presente trabajo no es un estudio pormenorizado del derecho de alimentos entre parientes, sino un análisis de determinados aspectos acerca de los alimentos que creo carecen actualmente de una solución satisfactoria.

Desde la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo las “pensiones de alimentos” entendiéndolo por tales ya no las debidas como expresión de la obligación alimenticia entre parientes, sino como las específicas derivadas del divorcio y la separación conyugal, a favor de los hijos, y desde la modificación en materia de alimentos por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, han transcurrido treinta y dos años. Desde entonces, han acontecido distintas reformas del Código Civil, como las llevadas a cabo por la Ley 11/1990, 15 octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, ambas de gran importancia en lo que a este trabajo nos atañe, como explicaré.

En el año 1981, las pensiones de alimentos a favor de los hijos, así como la pensión compensatoria, fue concebida en el marco de una realidad social muy distinta a la actual, en la que los jóvenes, por de pronto, se emancipaban a una edad más temprana que actualmente, y en la que la mujer no estaba integrada del mismo modo que ahora, en el año 2013, al mercado laboral. Además, desde entonces, la esperanza de vida ha aumentado, y los ancianos se ven en multitud de ocasiones solos y teniendo que hacer frente a sus gastos y a su asistencia a través de personas contratadas, cosa que antes se asumía por la familia, contando para ello con una exigua pensión. Esta situación se ha abordado con la regulación del contrato de alimentos, por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

Por otro lado, la *internacionalización* de la familia, debido a la llegada masiva de población inmigrante que en muchos casos se ha integrado en familias españolas,

que han tenido hijos aquí, que son españoles en muchos casos, y que siguen manteniendo relaciones familiares con personas en su país de origen, además de la integración de España en la Unión Europea y asumiendo, por tanto, su normativa en materia de alimentos, ha complicado el panorama legislativo enormemente.

En cuanto a los alimentos debidos a los hijos, cuando éstos alcanzan la mayoría de edad, a menudo en los procesos matrimoniales de sus padres, no establece el Código Civil que deban establecerse sometidos a una limitación temporal, aunque actualmente la jurisprudencia, poco a poco, cada vez lo introduce en un mayor número de ocasiones. Como explicaré, creo que siempre, salvo en determinados casos, debería imponerse un límite, para lo que propongo una reforma del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil.

En segundo lugar, por lo que se refiere a los alimentos entre los miembros de las uniones estables de pareja, estudio que se acomete en este trabajo junto con el de los alimentos debidos en el matrimonio al cónyuge con la intención de comparar ambas cosas, planteo también la posibilidad de que en este sentido vengan a equipararse con los del matrimonio, y ello por los motivos que expreso en la parte correspondiente de este trabajo. Baste adelantar aquí que, si bien se realiza una crítica a la existencia de las uniones de hecho que reclaman equiparación en derechos con el matrimonio, dado que pueden actualmente y sin ninguna traba contraer matrimonio, y dado que se equiparan en derechos y obligaciones en muchos otros aspectos, debería equiparárseles en todo.

Además, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha regulado los alimentos debidos al concursado con cargo a la masa, así como los que deben abonarse por ser debidos por el concursado.

Después de analizar someramente otras figuras relacionadas al derecho de alimentos, en las que no se profundiza en exceso dado que la polémica en torno a ellas es muy limitada, me adentro en el análisis del contrato de alimentos, y en el estudio de determinados aspectos sobre el mismo que parecen actualmente sin resolver satisfactoriamente. El estudio conjunto en este trabajo de alimentos legales y voluntarios es tratado igualmente más adelante.

Termina el trabajo con una visión del Derecho Internacional en lo que se refiere a la reclamación de alimentos. Dicho análisis es de especial importancia si se tiene en cuenta la internacionalización actual de la familia, como ya he expresado.

1. Alimentos entre parientes

Aunque en este trabajo no se pretende elaborar un análisis del derecho de alimentos como tal sino sólo de determinados aspectos, se vuelve imprescindible plasmar aquí, aunque sea someramente, las principales cuestiones acerca del mismo.

1.1.Fundamento del derecho de alimentos entre parientes¹

El Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión. Así, la Sentencia de 17 de febrero de 1925 dice que en todas las legislaciones aparece fundada la obligación de alimentos en principios inmutables, el derecho a la vida en relación a la vida y la certidumbre del parentesco, los cuales inspiran el contenido del título 6.º del libro primero del Código Civil².

Tradicionalmente se ha planteado la cuestión del fundamento del derecho de alimentos confrontando dos *deberes* distintos: por un lado, el de los parientes, que tienen el deber moral de amparar a las personas a quienes les unen vínculos de sangre en situación de necesidad, y el del Estado por otro, que debe velar por los ciudadanos desamparados³ cuando se trata de lo que se ha venido llamando Estado social⁴. La

¹ Dejando para más adelante la justificación del estudio conjunto en este trabajo de los alimentos tanto de origen legal como voluntario, a continuación se plasma la tradicional discusión acerca del fundamento de los alimentos entre parientes.

² *Cfr.* COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda alimenticia*, Montecorvo, Madrid, 1990, p. 15. El autor también cita otras Sentencias del Tribunal Supremo, como: STS de 14 de junio de 1929, STS de 7 de octubre de 1970.

³ Este es el tema que trata RIBOT IGUALADA, JORDI en su trabajo monográfico *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA dicen que las diversas opiniones al respecto pueden agruparse en dos polos: el interés por la vida de quien tiene derecho a los alimentos (interés que, por su naturaleza, trasciende de la pura esfera individual y se inserta en la colectividad), y el interés superior de la sociedad y el Estado por la vida de los ciudadanos. *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA,

primacía de uno y otro es el centro de la discusión reiteradamente. En este sentido, dice BO que las concepciones existentes respecto del fundamento del deber de alimentos pueden resumirse en dos. Para la primera de ellas, tradicional en la doctrina francesa e italiana, el fundamento son algunas relaciones como las existentes entre cónyuges, parientes, adoptados, etc., que el ordenamiento jurídico toma en consideración para tutelar los intereses de los sujetos de estas relaciones, así que, en sustancia, tal deber se basa en la tutela del interés del sujeto de la relación⁵. La segunda concepción, sostenida por algunos escritores austríacos, la fundamentación es un deber jurídico general del Estado⁶ de procurar que todos sus ciudadanos estén previstos de medios indispensables para la satisfacción de las necesidades de la existencia⁷. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN dicen al respecto que “El problema estriba en establecer las líneas de enlace entre uno y otro tipo de obligaciones y el orden de prioridades. A nuestro juicio, el reverso de las tendencias socializadoras tiene que ser inexorablemente la decadencia de las obligaciones estrictamente familiares y por ende de nuestra institución, hasta el punto de que hoy puede considerarse la obligación de alimentos entre parientes del Código civil como una institución subsidiaria. Si el presupuesto estricto de la obligación legal de alimentos radica en la situación de necesidad, es posible entender que esta situación sólo existe cuando las instituciones sociales de protección no cumplen las funciones que tienen encomendadas. Esta regla sólo quedará invertida en aquellos casos en que por precepto expreso las prestaciones sociales sólo puedan recibirse a falta de prestaciones

FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, fascículo primero, conforme a las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981*, Librería Bosch, Barcelona, 1982, p. 72.

⁴ Dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que “el Estado y otros entes públicos organizaban medios para atender a los menesterosos o a las personas necesitadas, pero según la tradición jurídica cumplían una función que se llama <<beneficencia>>. Con la Constitución de 1978 las cosas parecen cambiar. Cuando el Estado se ocupa de los ciudadanos en situación de necesidad no hace beneficencia, sino que cumple rigurosas obligaciones, porque no en vano se define como un Estado social”. DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 47. Para saber más acerca de la evolución del papel público frente a la necesidad vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos entre parientes*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, Madrid, 2002, p. 87 y ss.

⁵ Cfr. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., p. 72.

⁶ Un *officium publicum*, como señalan LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., p. 72.

⁷ Cfr. BO, *Il Diritto degli Alimenti*, 1935, p. 41. Citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, op. cit., p. 16.

familiares”⁸. Sin embargo, no siempre es esto así, pues en multitud de ocasiones la estimación de una ayuda pública viene condicionada a los medios de que disponga el entorno familiar con quien convive la persona necesitada, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las pensiones no contributivas o las becas de estudio. En estos casos, primero se tiene en cuenta la ayuda familiar y después, y dependiendo de ésta, el amparo público. En este sentido, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ rechaza que las obligaciones públicas puedan desplazar o sustituir a las familiares pues la solidaridad familiar sigue conservando un papel fundamental en la superación del estado de necesidad y no como una institución arcaica y puramente teórica sino plenamente vigente y con una repercusión práctica importantísima⁹. La autora apunta las razones, entre otras: la protección pública no ha logrado superar el estado de necesidad y la insuficiencia de recursos públicos¹⁰. Por su parte, GITRAMA opina igualmente que la Seguridad Social no puede reemplazar a la deuda alimenticia entre parientes por las siguientes razones, muy parecidas a las esgrimidas por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ: porque el sistema español de Seguridad Social no protege a la totalidad de la población, porque tampoco cubre la totalidad de los riesgos, porque sus prestaciones no son siempre suficientes y porque en ciertos casos tales prestaciones no logran efectividad¹¹.

SÁNCHEZ ROMÁN dice que en la doctrina española el fundamento objetivo de los alimentos, y por tanto de la deuda alimenticia, es de carácter económico y expresivo de medios materiales de inmediata aplicación a la vida física y de extensión de aquella a la vida psicológica. En esta consideración es como se concibe que las aplicaciones de la doctrina de los alimentos en las leyes, comprendan, no sólo las necesidades de la vida

⁸ DÍEZ PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de familia...*, op. cit., p. 48.

⁹ Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, op. cit., p. 128.

¹⁰ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, op. cit., p. 129 y ss. En cuanto a la insuficiencia de los medios públicos para atender a la necesidad de las personas, dicho motivo se torna actualmente en principal. Como más adelante apunto, el efecto de la crisis económica es, en el año 2013 en que nos encontramos, si puede expresarse así, *menos devastador* del que debiera, y ello única y exclusivamente gracias a la ayuda que se prestan mutuamente, tanto económica como asistencial, los miembros de las familias, que están descargando considerablemente el peso de los efectos de la situación económica actual al resto de la sociedad. ROGEL VIDE menciona la estadística publicada en el Diario *La Región* de Orense de 6 de agosto de 2011, en la que se pone de manifiesto que el 80 % de los gallegos de entre 18 y 29 años es económicamente dependiente. ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Reus, Madrid, 2012, p. 9.

¹¹ Cfr. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., p. 72.

física de alimentación propiamente tal, de vestido, de hogar, de medicina y cuanto sirva a procurar la normalidad fisiológica de la vida física, sino también los fines instructivos educativos y sociales de la vida psicológica¹². Dice PUIG BRUTAU que la obligación de alimentos legal de alimentos se funda en la relación de próximo parentesco que ha de existir entre alimentista y obligado. Si entre todos los miembros de la sociedad la obligación de asistencia no pasa de ser un deber moral, en el marco de una relación familiar íntima la obligación ha de tener carácter jurídico¹³. ROYO MARTÍNEZ dice que el fundamento de los alimentos es la solidaridad familiar¹⁴. Por su parte, COBACHO afirma que “la solidaridad social influye, pero no excluye necesariamente la solidaridad familiar traducida en el deber de alimentos”¹⁵.

Dice MARTÍNEZ RODRÍGUEZ que “El constante desarrollo de un sistema de Seguridad Social..., y los nuevos planteamientos constitucionales que configuran el Estado como un Estado Social..., en el que los poderes públicos asumen una importantísima función asistencial, hacen que la prestación de los medios precisos para satisfacer las necesidades del individuo sea, cada vez en mayor medida, una tarea pública que el Estado garantiza. Circunstancias que inevitablemente repercuten en el papel asumido por la familia y que obliga a replantearse la utilidad de las prestaciones alimenticias familiares. La solidaridad familiar tiende a ser sustituida por una solidaridad social; la obligación de los miembros del grupo familiar, por una serie de obligaciones asistenciales que recaen sobre el Estado, en su calidad de Estado Social, lo que inevitablemente lleva a cuestionar el papel de la institución alimenticia y, por ende,

¹² Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho Civil*, v. 2, 1912, p. 1226. Citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 17.

¹³ Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, IV, 1985, p. 281. Citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴ Cfr. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, 1949, p. 316. Citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁵ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 23.

Señalan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, que sitúan a SÁNCHEZ ROMÁN pero también BELTRÁN DE HEREDIA como ejemplo, que “En la doctrina española se acepta habitualmente, con razón, el fundamento privatístico...: la familia (el parentesco y el matrimonio) manifiesta la inmanencia de sus vínculos naturales mediante este deber específico. En los casos de filiación ilegítima en sentido estricto, en los cuales más habitualmente se entiende que no puede hablarse de parentesco, también se coloca el fundamento en la *caritas sanguinis*”, LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia...*, *op. cit.*, p. 72.

la conveniencia o no de su continuidad en el ordenamiento jurídico”¹⁶. La autora establece como fundamento *mediato* de la obligación de alimentos entre parientes el derecho a la vida y al desarrollo de la personalidad del necesitado y como fundamento *inmediato*, la solidaridad familiar.

Así, el artículo 41 CE dice que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres; el art. 49 CE, que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos; el art. 50 CE que los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. Además, hay que tener en cuenta el art. 27 CE, que establece el derecho a la educación y el art. 39 CE que establece el deber de alimentos de los padres para con los hijos así como le protección de los poderes públicos de la familia. El art. 50 mencionado es el único que hace mención al deber de los familiares.

Ante la lectura de estos artículos, surge la duda de si los ciudadanos que carecen de recursos económicos poseen alguna pretensión contra el Estado para idéntico fin y en iguales o análogas circunstancias a las que determinan el nacimiento de las obligaciones de los parientes¹⁷. Para RIBOT IGUALADA, el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, no excluye que el Estado organice la prestación de asistencia o servicios públicos de manera subsidiaria, responsabilizando definitivamente a los familiares del pago de los costes que provoca la atención de las necesidades de los particulares. Sin embargo, en el plano interpretativo, la premisa debe ser que las

¹⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁷ *Cfr.* RIBOT IGUALADA, JORDI, *Alimentos entre parientes y subsidiariedad...*, *op. cit.*, p. 19.

prestaciones a que se compromete la Administración se prestan sin consideración a las obligaciones que eventualmente incumben a los familiares¹⁸.

Dice GARCÍA RUBIO que “preceptos como los contenidos en los artículos 41, 49 y 50 de la Ley fundamental, respectivamente referidos a las obligaciones de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social, de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos y garantizar la suficiencia económica de los ciudadanos de la tercera edad, cuestionan profundamente el papel de la obligación de recíproca asistencia entre los miembros del grupo familiar y obligan a plantearse la nada sencilla tarea de dilucidar las relaciones entre esta obligación jurídico-privada que se mantiene con sus tintes más clásicos en el CC, y la obligación pública que compete a las instituciones sociales de protección”¹⁹.

Como ya he apuntado, en este principio de solidaridad familiar es donde se basa la mayoría de la doctrina para fundamentar el derecho de alimentos entre parientes. Así, afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que el fundamento se halla en el principio de solidaridad familiar, que obliga a atender las necesidades vitales que cualquiera de ellos tenga o no pueda satisfacer por sí²⁰. Para MARTÍNEZ RODRÍGUEZ la imposición del deber a los familiares se justifica en que es en el grupo familiar donde el valor moral de la solidaridad posee una mayor intensidad, lo que explica que el legislador, desde siempre, en todos los ordenamientos, y con independencia de las prestaciones públicas, ha sancionado los alimentos, no como un deber de todos frente a todos, sino como una concreta obligación recíproca entre personas que pertenecen a un mismo grupo familiar²¹. Para PADIAL ALBÁS, el parentesco, bajo el criterio de la consanguinidad, es el único presupuesto subjetivo a que atiende el Código civil para el establecimiento

¹⁸ Cfr. RIBOT IGUALADA, JORDI, *Alimentos entre parientes y subsidiariedad...*, op. cit., p. 47.

¹⁹ GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, 1ª ed., Civitas, 1995, p. 17-18.

²⁰ Cfr. DÍEZ PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de familia...*, op. cit., p. 47.

²¹ Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, op. cit., p. 83. La autora cita a TEDESCHI cuando afirma que “la obligación presupone que exista entre alimentista y alimentado, un vínculo que socialmente sea considerado tan fuerte como para poder justificar adecuadamente su imposición”, y añade que “Tal vínculo subsiste especialmente entre los miembros de la familia, a los que la solidaridad familiar impone socorrerse mutuamente ante la urgente necesidad”. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, op. cit., p. 83.

de la relación jurídica alimenticia²², convirtiendo a la consanguinidad en un vínculo social, en un hecho al que el Ordenamiento jurídico concede relevancia jurídica y fuente de derechos y obligaciones. Este vínculo familiar, el parentesco, constituye el presupuesto subjetivo que origina el nacimiento de la deuda alimenticia desde el inicio de la regulación de esta institución, que, aunque apunta en la tardía edad clásica, es fruto de la regulación justiniana, en la que la obligación recíproca de alimentos entre ascendientes y descendientes aflora como consecuencia de la *caritas sanguinis*²³. Dice GARCÍA RIVAS que el verdadero fundamento del derecho a alimentos se subsume en un deber más moral que jurídico derivado de la solidaridad de sangre de los miembros del grupo familiar, llegando incluso a ser calificado como “deber humanitario familiar” por nuestro Tribunal Supremo (STS de 8 de mayo de 1981)²⁴.

Dado que la regulación de los alimentos entre parientes de los artículos 142 y siguientes del Código Civil es subsidiaria a la del resto, tanto de origen legal como voluntario, en esta parte del trabajo se van a desarrollar los caracteres, objeto, sujetos, etc., de la figura, dejando a salvo las matizaciones y distinciones que haya que hacer en las figuras similares, y que se harán al llegar a ellas.

²² No sólo el parentesco, pues también vienen obligados a prestarse alimentos los cónyuges.

²³ PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos entre parientes*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 14-15. ROGEL VIDE opone a esto que “La *caritas*, raigambre cristiana, ha de ser entendida como virtud general... que no se funda tanto en la solidaridad humana, cuanto en la Gracia, que es un don de Dios, signo de la misericordia que abro los ojos a las necesidades de quienes viven en la pobreza y en la marginación... que debe paliar mediante la realización de obras de misericordia precisamente... Se trata, en todo caso, de deberes, cuando no de simples indicaciones morales. La obligación contemplada en los artículos 142 y siguientes del Código civil, empero, es jurídica, constrañendo incluso a quienes no quieren cumplirla espontáneamente y, por mucho que el Tribunal Supremo haya señalado que la misma está basada en lazos de solidaridad familiar (STS 23.10.00. *Sierra*), destacando su contenido ético (STS 5.10.93. *Ortega*), ha destacado, también en esta última sentencia y en relación con los alimentos debidos a los hijos por los padres, que la obligación de prestarlos <<alcanza rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española>>. La diferencia dicha ya había quedado perfectamente descrita por Alonso Martínez, que, antes incluso de ver la luz su Código civil, decía, allá por 1873, lo siguiente: <<La *asistencia*, que es un deber moral respecto de la humanidad entera, no puede menos de ser una *obligación legal exigible* de origen, por el vínculo de los afectos y por necesidades recíprocas que solo pueden satisfacerse por su mutuo auxilio>>”. ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 13-14.

²⁴ GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores sobre el derecho de alimentos”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 33 (octubre-diciembre de 2006), p. 82.

1.2. Alimentos de origen legal y alimentos voluntarios: justificación de su estudio unitario en este trabajo

Lo que se conoce por deuda alimenticia o alimentos entre parientes es una figura jurídica de origen legal, esto es, impuesta por ley a los cónyuges y a determinados parientes, susceptible de ser reclamada judicialmente y con un contenido tasado por el Código Civil²⁵. A estas características responden los alimentos regulados por los arts. 142 y siguientes del Código Civil. Otros *derechos* de alimentos, son también de origen legal pero ya no los conocidos como alimentos entre parientes, sino con justificación en otros principios distintos. Me refiero a los del art. 47 de la Ley Concursal, los establecidos a favor de la viuda encinta (art. 964 CC), a favor del tutelado (art. 269 CC), y acogido (art. 173 CC), los del donatario (art. 648 CC) y los del cónyuge e hijos durante la liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1408 CC).

Por el contrario, los alimentos de origen voluntario son aquellos que surgen como consecuencia de pacto o por testamento. Así, surge obligación de prestar alimentos, en un sentido distinto aunque desde luego muy similar, del llamado contrato de alimentos –lo que antes se llamaba *vitalicio* –, de la llamada renta vitalicia, y del legado de alimentos.

Pues bien, en los siguientes capítulos voy a desarrollar los aspectos más destacables, desde las reformas del año 1981 del Código Civil, de los alimentos entre parientes, haciendo especial referencia a los alimentos debidos a los hijos y al cónyuge, por cuanto se refiere a los legales, y también a los de origen voluntario, centrándome en el contrato de alimentos, relativamente recientemente regulado.

El estudio conjunto de alimentos legales y voluntarios se justifica por su mismo objetivo, dado que ambas obligaciones, voluntarias y legales, persiguen una misma finalidad inmediata: el aseguramiento de la subsistencia del acreedor, y también comparten un elemento común: el interés por la vida del que tiene derecho a los

²⁵ Cito aquí la definición dada por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ: “Aquella relación jurídica obligatoria entre dos sujetos, unidos por vínculos conyugales o de parentesco, en virtud de la cual, uno de ellos, en situación de necesidad, tiene derecho a exigir del otro, con posibilidad económica, los medios que precisa para su subsistencia”, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 213.

alimentos²⁶. Soy plenamente consciente de que el estudio conjunto de los alimentos de origen legal y voluntario choca directamente con la doctrina mayoritaria, pues existen entre ambos insalvables diferencias que impiden reunirlos en una sola categoría dogmática, pues aun respondiendo a un mismo fin, es distinta su naturaleza y su disciplina jurídica²⁷, pero creo que las novedades acontecidas en ambas orillas lo justifica sobradamente, pues queda claro en el trabajo el fundamento distinto de ambas cosas, pero no puede desconocerse que a fin de cuentas el contrato de alimentos regulado desde el año 2003 responde a un fin alimenticio y asistencial que mucho tiene que ver con el contenido del derecho de alimentos entre parientes, por no mencionar el hecho, evidente, de que en la inmensa mayoría de los casos el contrato se celebra precisamente entre *parientes*.

En este sentido, dice PADIAL ALBÁS que se puede afirmar que las obligaciones alimenticias familiares son el tipo más importante de obligaciones alimenticias, pero no son más que una especie dentro del género. Las distintas obligaciones de alimentos tienen en común un mismo objeto, la prestación periódica de alimentos y una misma finalidad, cual es facilitar el mantenimiento del alimentista, pero difieren en la fuente que las origina y, por tanto, en su peculiar regulación²⁸.

²⁶ Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 36.

²⁷ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 36. Añade la autora que “Esta distinción, en la actualidad exenta de toda duda, no ha sido siempre compartida por los autores, destacando al respecto un minoritario sector representado fundamentalmente por la doctrina austríaca que, a principios de siglo, defendió una concepción unitaria de los alimentos al considerar que, con independencia de su origen, constituyen en el fondo, un *unum et ídem*, una única categoría jurídica, puesto que la esencia de la relación jurídica se determina en base a su concreta función económica y el fin de todas las figuras de derecho alimenticio es hacer posible la existencia del titular del crédito”.

²⁸ Cfr. PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 21-22.

1.3. Caracteres del derecho de alimentos entre parientes²⁹

a) Reciprocidad

El artículo 143 establece los sujetos que están *recíprocamente* obligados a prestarse alimentos, y que son los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos. Dicha reciprocidad significa que tanto acreedor como deudor pueden ocupar tanto una posición como otra según sus medios de fortuna. Esta reciprocidad se fundamenta en ser también recíproco el parentesco³⁰. Así, el padre puede lo mismo ser acreedor de alimentos respecto de su hijo si se encuentra en estado de necesidad, como deudor cuando sea el hijo quien se encuentre en tal situación, pero nunca al mismo tiempo, dado que las circunstancias que se requieren para ser acreedor de los alimentos descartan de plano el poder ser deudor de los mismos.

En cualquier caso, como señala MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, dicha reciprocidad nada tiene que ver con la que se predica de las obligaciones sinalagmáticas dado que ni ambas partes son acreedoras y deudoras al mismo tiempo ni la obligación de una de las partes tiene su origen en la que contrae la otra a su favor³¹. Además, no se trata de una reciprocidad en cuanto a la identidad de contenido porque éste dependerá de las necesidades del alimentista y de las posibilidades del alimentante³².

²⁹ Además de las que se detallan, PADIAL ALBÁS añade los caracteres de periodicidad y alternatividad. PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 182-193.

³⁰ Así lo expresan LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, p. 77. Por demás, ver también PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 127-132.

³¹ *Cfr.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 149. La autora señala las excepciones a esta reciprocidad (*op. cit.*, p. 152-155): cuando, siendo hermanos acreedor y deudor, la necesidad del primero se debe a una causa que le sea imputable (art. 143.2 CC); cuando el acreedor sea descendiente del deudor y la necesidad de aquél provenga de su mala conducta o falta de aplicación en el trabajo (art. 152.5); cuando el acreedor, sea o no heredero forzoso, haya cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación (art. 152.4 CC); si la obligación surge entre padre e hijo y aquél ha sido *excluido* (art. 111 CC) de la patria potestad o *privado* de la misma (art. 170 CC); en el caso de los cónyuges separados, cuando exista *incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales* (arts. 152.4 y 855.1 CC).

³² *Cfr.* COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 26.

b) Imprescriptibilidad

El derecho de alimentos no prescribe nunca, por mucho tiempo que transcurra desde que el alimentista pueda reclamarlos³³ –desde que surge la necesidad (art. 148 CC) – hasta que decida hacerlo. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ señala que el fundamento de esta imprescriptibilidad puede hallarse en el carácter indisponible de los alimentos en cuanto institución familiar de orden público³⁴. La duración indefinida del derecho no sólo es consecuencia de su entronque con la personalidad, es decir, con el derecho a la vida, sino también de que su ejercicio constituye una mera facultad³⁵.

Dicha imprescriptibilidad es aplicable sólo al derecho a reclamar los alimentos pero no a la acción para reclamar el pago de los ya devengados, pues ésta sí prescribe a los cinco años, desde el momento en que los alimentos deben ser prestados y no son abonados por el deudor, como establece el art. 1966.1 del Código Civil.

c) Carácter gratuito

Dice BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS que siendo el estado de necesidad el presupuesto esencial para que quien se encuentra en tal estado tenga derecho a la prestación de alimentos, se sigue como consecuencia inevitable que para obtener esta

³³ STS de 20 de octubre de 1924 y STS de 7 de octubre de 1970.

³⁴ *Cfr.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 183. La autora señala también que “en esencia, la especial naturaleza de los alimentos es la que impide que el derecho del alimentista pueda prescribir. Aunque éste se abstenga de reclamar los alimentos a quien está en condiciones de procurárselos y esa abstención se prolongue durante mucho tiempo, no por ello pierde su derecho a hacerlo en un determinado momento, si su necesidad persiste. Quizá no se trate tanto de que un concreto derecho no se extinga por su falta de ejercicio, sino simplemente de que persiste y se renueva constantemente, en tanto persiste y se renueva la situación de necesidad... El hecho de que no los haya reclamado en un momento pretérito no es obstáculo para que pueda hacerlo cuando desee, siempre y cuando se mantengan los presupuestos necesarios para la pervivencia de la obligación alimenticia”.

³⁵ *Cfr.* COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 30. En este sentido también LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, p. 77. Ver también PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 132-135.

prestación no haya que realizar ninguna contraprestación³⁶. Dado el carácter gratuito, no pueden repetirse contra el alimentista las cantidades recibidas una vez mejore su fortuna o incluso si deviene rico. Ni tampoco, por este motivo, las cantidades recibidas en concepto de alimentos son colacionables. Algunos autores, no obstante, creen que puede existir una obligación natural del alimentista de reembolsar el valor de las prestaciones alimenticias al pariente que por ley se vio obligado a prestárselas³⁷.

d) Carácter personal

La naturaleza del derecho de alimentos es eminentemente personal³⁸ por cuanto depende para su existencia de la condición de concreto pariente o cónyuge tanto en el lado activo como pasivo de la relación, además de la circunstancia de la necesidad del acreedor y la posibilidad material del deudor de atenderla.

Ello lleva a considerar que tanto el derecho como el deber son intransmisibles. En cuanto a la intransmisibilidad del derecho, me refiero a ello más adelante al tratar la teoría de la cesión del crédito como justificación teórica de la legitimación procesal del progenitor conviviente con el hijo mayor de edad³⁹, y allí me remito ahora a este respecto. Aunque se hace preciso señalar, ya que en dicho apartado no se hace, que las pensiones atrasadas sí son transmisibles, y ello porque ya no se necesitan. Las pensiones en las que se concreta el derecho ostentan una naturaleza puramente patrimonial desde que no han sido puntualmente satisfechas, pues, *a priori*, no resultan ya necesarias para la vida⁴⁰.

³⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, III-2, 2ª ed., 1982, p. 18.

³⁷ Así, SECCO y REBUTTATI, como refiere COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 33.

³⁸ Reiteradamente manifestado por la jurisprudencia: STS de 6 de julio de 1895, STS de 26 de mayo de 1906, STS de 20 de octubre de 1924, STS de 2 de marzo de 1967. Ver PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 162-182.

³⁹ *Vid. Infra*, Capítulo 4, apartado 2, f), iii, 3º.

⁴⁰ *Cfr.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 164.

En cuanto a la posición del deudor, la STS de 6 de julio de 1895 ya dijo que “la obligación de prestar alimentos... es personalísima, no se trasmite a tercera persona ni constituye carga o gravamen a que estén afectos los bienes del que deba darlos”⁴¹. El deber recae sobre una persona teniendo en cuenta sus concretas circunstancias por lo que no puede transmitirse ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa*.

El carácter personalísimo del derecho lleva también a considerarlo inembargable, en tanto la ley trata de favorecer, a costa del pariente obligado, exclusivamente al alimentista y no a sus acreedores⁴². Esta inembargabilidad, sin embargo y por el contrario con lo que ocurre con la posibilidad de disposición, también abarca los alimentos atrasados. Al respecto, dice MARTÍNEZ RODRÍGUEZ que “Razones de equidad impiden que la pensión, en principio inatacable, pueda llegar a ser susceptible de embargo y verse privado de ella el alimentista por una causa completamente ajena a su voluntad. El incumplimiento del alimentante es el que determina que los alimentos se conviertan en una cuota devengada y, en su caso, puedan ser embargados. El alimentista, que no tiene culpa del retraso, además de sufrirlo quedaría expuesto a una posibilidad de embargo que no se daría si la prestación se cumpliera puntualmente. El que la pensión pueda o no ser embargada quedaría, en última instancia, en manos del alimentante que incluso puede retrasar el pago deliberadamente”⁴³.

Dice COSSÍO, que nos encontramos ante un derecho de naturaleza estrictamente personal, en el sentido de que nadie, como no sea su legal representante, puede reclamar alimentos para otro, y de que, fallecido el alimentista, su derecho no se transfiere a sus herederos, salvo en el caso excepcional del artículo 148⁴⁴.

El veto genérico a la renuncia o transmisión incluye todas las operaciones equivalentes: no se trata sólo de impedir que el alimentista se despoje de su derecho sin obtener una compensación, sino cualquier operación que sustituya en su patrimonio el crédito alimentario legal por otro objeto, como si el alimentista se compromete a no

⁴¹ Citada por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 161.

⁴² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ citando a DELGADO ECHEVARRÍA, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 179.

⁴³ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 182.

⁴⁴ COSSÍO, ALFONSO DE, *Instituciones de Derecho Civil, II*, p. 725.

reclamar en el porvenir alimentos a su deudor, mediante el pago inmediato de un capital; acepta una pensión fija: una cantidad inmutable, cualesquiera que sean las modificaciones aportadas a la situación del acreedor o del deudor; o consiente, a cambio de una pensión más elevada, una limitación en el tiempo de su pago. En todas las hipótesis el acto es nulo⁴⁵.

e) Indisponibilidad

El reconocimiento del derecho al alimentista responde a la necesidad apremiante del alimentista que no puede por sí mismo proporcionarse los medios para vivir, lo que lleva a que el derecho no puede ser transmisible. El acreedor no puede disponer de su derecho de alimentos dado que la prestación debida es vital para la persona del acreedor, le es indispensable para seguir viviendo y precisamente por este carácter vital responde a un interés general, consistente en que el acreedor tenga lo necesario para vivir con dignidad⁴⁶.

Por ello también el derecho es irrenunciable y no puede compensarse, como enuncia el art. 151 del Código Civil: “No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos”. Las pensiones atrasadas sí pueden ser transmitidas, renunciadas y compensadas.

Además, no puede ser objeto de transacción ni sometida a arbitraje. Dice COBACHO GÓMEZ que en lo concerniente a la transacción no es susceptible de ella porque implica una renuncia parcial hecha para dirimir un litigio actual o futuro. Si la transacción recae sobre la obligación misma y ésta se excluye, nos hallamos ante una renuncia. Si recae sobre las modalidades de la prestación, por ejemplo, sobre el tiempo o cuantía, nos hallamos frente a un acto nulo de disposición cuando por efecto de la

⁴⁵ Cfr. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., p. 75.

⁴⁶ Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, op. cit., p. 166. Vid. también *Infra*, Capítulo 4, apartado 2, f), iii, 3°.

transacción se fije una cuantía de alimentos insuficientes o se pongan modalidades que hagan la obligación inadecuada para el fin que persigue⁴⁷.

f) Condicionado y variable

La existencia del crédito y la deuda de alimentos entre parientes depende de la existencia de la necesidad del acreedor y las posibilidades del deudor de atenderlas, respectivamente, de manera que si no se dan estas circunstancias no puede nacer el derecho del primero a reclamarlos o la obligación del segundo a abonarlos.

El carácter condicional no puede entenderse en el sentido de que sea una obligación condicional en sentido estricto puesto que la necesidad y posibilidad de las partes no constituyen un hecho futuro e incierto del que se haga depender la eficacia de una obligación preexistente. La obligación no preexiste como condicional hasta que se produzcan los presupuestos⁴⁸.

Por lo que se refiere al carácter variable, el art. 147 CC establece que los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos. La prestación alimenticia debe ser alterada ante el cambio de las circunstancias en las que se fijó. No es sólo una posibilidad sino una consecuencia directa de su propia naturaleza⁴⁹.

COBACHO GÓMEZ explica los dos caracteres de forma conjunta: “Como la obligación no subsiste, sino en tanto subsiste la necesidad en una persona y la posibilidad de satisfacer ésta en la otra, y como esta última tiene su límite en la

⁴⁷ Cfr. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, op. cit., p. 28.

⁴⁸ Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, op. cit., p. 186. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA hablan de *relatividad* pues consideran que el término condicional no es exacto. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., p. 78. Ver también PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, op. cit., p. 156-162.

⁴⁹ Algunos supuestos concretos de modificación de la pensión de alimentos se tratan en lo referente a los alimentos debidos a los hijos y fijados en un juicio de alimentos o en un pleito matrimonial. *Vid. Infra*. Capítulo 2, apartado 3.

capacidad patrimonial del deudor, es por ello por lo que tiene esta obligación una naturaleza condicional y variable”⁵⁰.

g) Carácter mancomunado y divisible

El artículo 145 del Código Civil, establece que cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo. Así, cuando coinciden en la posición de alimentante varios parientes de igual grado, se reparte entre ellos, proporcionalmente a los medios de que dispongan, el pago de los alimentos debidos, de manera que el alimentista no puede reclamar a uno solo de ellos el total de la deuda⁵¹. Esta norma tiene una excepción que expresa el Código Civil en el mismo art. 145, si bien como solución provisional, por lo que no varía el carácter mancomunado de la obligación, cuando dice que, sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda. En este sentido, apunta COBACHO GÓMEZ que a pesar de esta frase, no cabe hablar propiamente de solidaridad, porque el alimentista sólo puede dirigirse contra el alimentante designado por el juez, y si hubiera solidaridad podría dirigirse contra el deudor que quisiera⁵².

⁵⁰ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 25. El autor añade a esto que estos caracteres no se dan o se dan muy raramente en los alimentos debidos por efecto de un contrato o por testamento, en los que el derecho del acreedor es independiente de la necesidad y la medida o cuantía de la prestación es fija e inmutable.

⁵¹ Esto, además, conlleva la necesidad de tener que demandar a todos los alimentantes, con la excepción del caso en que uno o varios de ellos ya estén cumpliendo la deuda voluntariamente. No obstante, la jurisprudencia no es unánime y en ocasiones se ha contemplado el litisconsorcio pasivo necesario. En la guía de jurisprudencia añadida al final de este trabajo se refieren varias sentencias en uno y otro sentido.

Debe señalarse que esto no siempre ha sido así. Dice COBACHO GÓMEZ que según POTHIER, la deuda alimenticia se configuró como solidaria y cuando había varios deudores obligados, por hallarse en un mismo plano de escala legal, a dar alimentos a un tercero, éste podría accionar contra cualquiera de ellos, por el total de la prestación, sin perjuicio de que el *solvens* pudiera después repetir contra los demás obligados por la parte que les correspondiera. A fines del siglo XIX, sin embargo, la doctrina se inclina por la no solidaridad y empieza a configurarse la prestación de alimentos como deuda simple perdiendo entonces la nota de solidaridad. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 31.

⁵² COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 32. En este sentido también LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, p. 78, donde se cita la STS de 2 de marzo de 1967.

Como dice también COBACHO GÓMEZ, cuando recae sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se resuelve por el Código mediante una regla general y una excepción. La regla general consiste en negar a la obligación alimenticia el carácter de solidaridad y afirmar el de mancomunada simple o a prorrata, con un tipo especial de proporción porque se repartirá entre los obligados el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo; de donde resulta que, generalmente, la deuda alimenticia no es para el Código ni solidaria ni indivisible, sino por el contrario mancomunada y divisible⁵³.

El carácter mancomunado de la obligación llega irremisiblemente al carácter divisible de la misma, que es divisible en cuanto obligación de dar, susceptible de cumplimiento parcial, y cuando la prestación es una actividad o conducta, la divisibilidad de la misma se constata a través de su realización o ejecución: la prestación es divisible si la conducta en que consiste puede ser realizada por partes. Esta posibilidad de cumplimiento parcial se mide por la indiferencia del acreedor ante la eventualidad de cobrar su crédito dividido en partes y parece evidente que esa indiferencia puede proclamarse respecto al alimentista, cuyo interés puede ser satisfecho, tanto a través de una prestación única como de una pluralidad de prestaciones⁵⁴.

1.4. Sujetos de la relación

Los artículos 143 y 144 del Código Civil establecen que están obligados recíprocamente a prestarse alimentos, y por este orden, en primer lugar, los cónyuges, en segundo lugar, los descendientes de grado más próximo, en tercer lugar, los ascendientes de grado más próximo y en última instancia, los hermanos, y dentro de ellos, primero los de doble vínculo. Los hermanos, además, vienen obligados sólo a lo que se conoce como alimentos restringidos.

Por lo que se refiere a los alimentos debidos entre cónyuges, trato el tema en el Capítulo 3 de este trabajo, por lo que allí me remito.

⁵³ Cfr. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, op. cit., p. 103. El tema se desarrolla más a propósito de la teoría del derecho de reembolso para justificar la legitimación del progenitor conviviente con el hijo mayor de edad, vid. *Infra*. Capítulo 2, apartado 2, 2.2, f), iii, 5º.

⁵⁴ Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, op. cit., p. 193. Ver también en este sentido PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, op. cit., p. 135-156.

En lo que se refiere a los alimentos debidos a los hijos, tanto cuando éstos son menores de edad como cuando son mayores, también se abarca ampliamente en el Capítulo 2, por lo que de igual modo me remito a esa parte del trabajo.

Baste decir aquí, que el Código Civil distingue en estos artículos mencionados entre los alimentos debidos entre cónyuges, descendientes y ascendientes, y los debidos a los hermanos, que consisten únicamente en los auxilios necesarios para la vida. Así, los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no le sea imputable al alimentista, y se extienden en su caso a los que precisen para su educación. En cualquier caso, y haciendo las salvedades que se hacen en lo relativo a los hijos y el cónyuge más adelante, en los capítulos venideros, el alimentista debe de encontrarse en un estado de necesidad tal que haga necesario el subsidio del pariente y que éste, el alimentante, tenga los medios suficientes para poder atenderla sin desatender a las necesidades de aquellos a los que precedan al pariente en orden de prelación para recibir los dichos alimentos.

1.5.Presupuestos y nacimiento de la obligación

Para que surja la obligación de alimentos es necesario que existiendo la relación de parentesco que exigen los artículos que acabo de mencionar, se encuentre el supuesto alimentista en un estado de necesidad que no le permita subsistir y que el supuesto alimentante tenga los medios necesarios para proporcionarle el sustento necesario a aquél. Como establece el art. 148 CC la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha de interposición de la demanda⁵⁵.

1.6.Contenido y cuantía de la obligación

⁵⁵ Para saber más, entre otros muchos, *vid.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 213-286; COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 141-154.

Como afirma MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, el art. 142 del Código Civil da un concepto de los alimentos puramente descriptivo al señalar el conjunto de prestaciones que integran el contenido de los mismos, o quizá es más exacto decir, las distintas necesidades a cuya cobertura han de ir dirigidos⁵⁶: sustento, vestido, habitación, asistencia médica, gastos de embarazo y parto y educación e instrucción. Deben añadirse a esta lista, por lo preceptuado por el art. 1894 del Código Civil, los gastos funerarios⁵⁷.

Según MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, la enumeración del art. 142 opera como límite mínimo pero también como límite máximo del contenido de la obligación⁵⁸.

Por lo que se refiere a la cuantía, ésta debe ser proporcionada a las necesidades del alimentista y a los medios de que disponga el alimentante⁵⁹.

1.7.Modificación y extinción de la obligación

El artículo 147 del Código Civil establece que los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos. Lógicamente, el problema estribará en la prueba de la modificación de las circunstancias en la que surgió la obligación. Dado que más adelante, y en referencia a los alimentos debidos a los hijos, se trata el tema de la modificación de la pensión, allí me remito ahora⁶⁰.

La obligación de suministrar alimentos se extingue, según establecen los artículos 150 y 152, por la muerte del obligado o del acreedor, cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin

⁵⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 425.

⁵⁷ El citado art. Establece que los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentare.

⁵⁸ Para saber más, *vid.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 425-469.

⁵⁹ Para saber más, *vid.* COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 109-140.

⁶⁰ *Vid. Infra.* Capítulo 2, apartado 3.

desatender sus propias necesidades y las de su familia, cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia, cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación y cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

2. Análisis de la reforma del Código Civil en el año 1981 por las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio

Aunque en el título de este trabajo se hace referencia sólo a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, dado que es la que reforma los artículos del Código Civil sobre alimentos entre parientes, es indudable también la importancia de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que fue llamada “ley del divorcio” precisamente por introducir la disolución matrimonial por esta causa⁶¹.

Así, y por lo que se refiere a la Ley 11/1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio⁶², disponía, en los primeros párrafos de su artículo cuarto que:

⁶¹ SAURA la calificaba en su momento de *best-seller*; SAURA MARTÍNEZ, LUIS FERNANDO, “Entorno a las normas procesales de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Dudas e incertidumbres”, Boletín Oficial del Ilte. Colegio de Abogados de Madrid, núm. 4 (octubre-diciembre de 1981), p. 29.

⁶² Valoraba PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS la Ley diciendo que “La nueva Ley que <<por la época en que se produce se caracteriza por su evidente retraso, es, en cambio –como se dijo autorizadamente –, en cuanto a la consecuencia de las soluciones con los principios, una de las más avanzadas de Europa>>. La

“Los artículos del Código Civil que se insertan a continuación quedan redactados en la forma que se expresa.

Artículo 142. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

Art. 143. Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

- 1.º Los cónyuges.
- 2.º Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

Art. 144. La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos se hará por el orden siguiente:

- 1.º Al cónyuge.
- 2.º A los descendientes de grado más próximo.

adopción de los nuevos principios (la equiparación de los hijos, la investigación de la verdad biológica) no serán recibidos sin discrepancias... El nuevo régimen español de la filiación producirá, además, inevitables desarmonías, al injertarse en un sistema jurídico total que está pensado para otra concepción de la sociedad y de la familia, para la sociedad y familia autoritaria y patriarcal... Con todo yo creo que el nuevo régimen supondrá un avance en nuestro sistema. Su mayor aportación será que organiza la familia al servicio de todos los hijos... Las Leyes nuevas no son, en general, bien acogidas por los contemporáneos... esta reacción contraria tiene siempre un fondo de razón: los juristas recelan de las Leyes nuevas pues por oficio saben que las leyes sólo son buenas cuando se hacen viejas, cuando a ellas se incorpora la sabiduría de la doctrina, de la jurisprudencia y de la experiencia”, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, “Comentarios sobre el título del Código Civil dedicado a la paternidad y filiación y sobre las siete primeras disposiciones transitorias de la Ley 11/1981, de 13 de mayo”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, v. 3, 2009, p. 1954-1956.

3.º A los ascendientes, también de grado más próximo.

4.º A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos.

Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos.

Art. 146. La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”.

Y el artículo quinto, que dispone:

“Se modifican en los párrafos que se precisan los artículos que se indican a continuación:

Art. 148. Se agrega un párrafo más a este artículo, que dice así:

«El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará, con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades.»”

La Ley de 13 de mayo de 1981 se limitó en este punto a una pequeña reforma, que consistió en dar nueva redacción a los artículos 142, 143, 144 y 146 y a agregar un párrafo más al artículo 148⁶³. Así, fijó el concepto del derecho de alimentos entre parientes y e introdujo los gastos de embarazo y parto. Dice COBACHO GÓMEZ que los precedentes remotos del art. 142 se encuentran en las Partidas y que ni el Código Civil francés, ni el italiano de 1865 ni el de 1942, ni el B.G.B. alemán contienen una descripción por entonces de lo que se entienda por alimentos, y que sólo el Código Civil portugués de 1867, en su art. 171 hace una descripción, aunque excluye la asistencia médica, al igual que el Código también portugués de 1966 en su art. 2003⁶⁴.

⁶³ Cfr. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, op. cit., p. 9.

⁶⁴ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, op. cit., p. 36.

Una novedad importante de la reforma fue la supresión de la referencia a la posición social de la familia, que era como una especie de medida para calcular la cuantía de las prestaciones⁶⁵.

En cualquier caso, la mayor importancia de la Ley la tiene la reforma relativa a la filiación, que repercute directamente, además, en la obligación de alimentos entre ascendientes y descendientes y en el deber de sostenimiento de los hijos por parte de ambos progenitores. En primer lugar, la motivación fundamental es el desarrollo del principio constitucional de igualdad entre los hijos⁶⁶, sea cual fuera su filiación. Para ello, utiliza una nueva terminología, dejando a un lado la clasificación entre hijos legítimos, ilegítimos, naturales y no naturales, sustituyéndola por la actual, que distingue, aunque sin ningún efecto en lo que a las relaciones paterno-filiales, entre hijo matrimoniales y no matrimoniales. Se establece el principio de igualdad de efectos entre las dos clases de filiación. Además, se permite la libre investigación de la paternidad, se aspira a fundamentar la filiación en la verdad biológica, y el bien del hijo preside la regulación de la filiación⁶⁷.

Por otro lado, debe destacarse también, de la misma Ley, la redacción dada a los artículos 110 y 111 del Código Civil, como establece su art. primero:

Art. 110: “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”⁶⁸.

⁶⁵ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁶ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 5, *Derecho de Familia*, vol. 2, *Relaciones paterno-filiales y tutelares*, 9ª ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, GABRIEL y CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA, Reus, Madrid, 1985, p. 62.

⁶⁷ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 5, *Derecho de Familia...*, *op. cit.*, p. 63-66.

⁶⁸ Dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que “es necesario destacar la especial naturaleza de la obligación de prestar alimentos cuando los hijos son menores, pues entonces estamos ante una obligación de alimentos de régimen especial y a la que, por tanto, son aplicables las reglas comunes de la obligación de alimentos en cuanto sean conciliables con este especial régimen... Este deber, que incumbe a los padres, de prestar alimentos a los hijos menores tiene, en principio, el mismo rigor, cuando ejercen y cuando no ejercen la patria potestad. Pues no es lógico que el deber del padre quede atenuado cuando, como sanción, quede excluido de la patria potestad”, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, “Comentarios sobre el título del Código Civil dedicado a la paternidad y filiación...”, *op. cit.*, p. 1994.

Art. 111: “Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:

1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”.

Desde 1981 lo relativo a estos artículos no ha sido modificado, aunque otras reformas sí han influido en el derecho de alimentos. Así, la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que en su art. tercero dispone que “Al artículo 93 del Código Civil se le añade un segundo párrafo, en los siguientes términos:

«Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.»”.

La extensión de los alimentos a la educación del alimentista aún después de la mayoría de edad cuando no ha terminado su formación por una causa que no le sea imputable es objeto de estudio en este trabajo, junto con la reforma referida del año 1990 del art. 93.2 del Código Civil. Si bien es cierto que la mayoría de edad civil y la real, en el sentido de independencia económica, no coinciden ni coincidían ya en el año 1981, también lo es que en aquel entonces los jóvenes se emancipaban más tempranamente que ahora. Por ello, aun valorando positivamente tanto la reforma en este punto del año 1981, como la de 1990, se propone una modificación legislativa para paliar el exceso de litigiosidad y de celo por la formación de los hijos. Para ello,

propongo que se establezca un límite temporal a las pensiones de alimentos, como más adelante explico.

Por lo que respecta a la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, la misma modificaba, entre otros, y en lo que nos interesa, los arts. 90, 93 y 97 del Código Civil. Así, introducía el Capítulo IX, “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, y en los arts. referidos determinaba:

“Artículo 90:

El convenio regulador a que se refieren los Artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

- A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.
- B) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- C) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- E) La pensión que conforme al Artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio”.

“Artículo 93:

El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.

“Artículo 97:

El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- 1.^a Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
- 2.^a La edad y estado de salud.
- 3.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.^a La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.^a El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

Por lo que se refiere al matrimonio, es de destacar la importante reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en especial por lo que respecta, en lo que nos interesa, a la introducción en el art. 97 del Código Civil de la

posibilidad de limitar en el tiempo la pensión compensatoria, y por la introducción del llamado *matrimonio homosexual*. Por lo que respecta a lo primero, en este trabajo se esgrime la existencia de esta posibilidad como uno de los argumentos para defender también el límite temporal en el caso de las pensiones de alimentos. Por lo que respecta al segundo aspecto, ya de por sí de singular e histórica importancia, por la repercusión en el modo de contemplar jurídicamente las llamadas *parejas de hecho*. Este último asunto, es tratado en el Capítulo 3 de este trabajo.

Otra reforma posterior al año 1981 es la de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, que ha introducido el llamado *contrato de alimentos*, regulando el llamado *vitalicio* atípico. Este contrato es tratado en el presente trabajo por su importante función asistencial, y alimenticia en parte, y porque no ha sido regulado hasta el año 2003, a pesar de su uso habitual como figura atípica. Ya he justificado el por qué del estudio conjunto de alimentos legales y voluntarios en este trabajo.

Para finalizar, debo destacar que el fin de este trabajo es el estudio de las distintas vicisitudes del derecho de alimentos desde las importantes reformas de 1981, algunas de las cuales a mi entender han quedado obsoletas, y valorando otras con la perspectiva que da el tiempo y la práctica. No es, por tanto, el objeto de este estudio el derecho de alimentos en sí, sino distintos aspectos relacionados con él.

3. Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos

Con la regulación del Fondo de Garantía del Pago de Pensiones, se avanza en la protección integral de la familia y de los menores, dando cumplimiento al deber impuesto los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, recogida en el artículo 39 de la Constitución Española. La regulación del Fondo permite asegurar unos mínimos en el cobro de las pensiones alimenticias de los hijos, acordadas en resolución judicial, cuando éstas no son abonadas por el obligado a dicho pago, habiendo dotado al Fondo en un principio de un mínimo de diez millones de euros, para

hacer frente a los casos en que, en parejas separadas, divorciadas, procedimientos de filiación o alimentos, uno de los progenitores incumple su obligación de entregar una pensión alimenticia al progenitor que tiene otorgada la guarda y custodia de los menores para su manutención.

El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, creado por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, y regulado por el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, es un fondo carente de personalidad jurídica, cuya finalidad es garantizar a los hijos menores de edad el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio regulador judicialmente aprobado o en resolución judicial en procesos de separación, divorcio, declaración de nulidad matrimonial, filiación y alimentos, por medio del abono de una cantidad en concepto de anticipo, siendo imprescindible para acceder a los anticipos del Fondo que la resolución en la que se reconozcan los alimentos haya sido dictada por un Tribunal español.

Los beneficiarios de los anticipos del Fondo son los menores de edad (y mayores con un grado de discapacidad igual o superior al 65%) españoles o nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea residentes en España, titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado y los menores de edad extranjeros no nacionales de la Unión Europea que, siendo titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado, cumplan los siguientes requisitos: residir legalmente en España durante al menos cinco años, de los que dos deben ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del anticipo⁶⁹; y ser nacionales de otro Estado que, de acuerdo con lo que se disponga en los tratados, acuerdos o convenios internacionales o en virtud de reciprocidad tácita o expresa, reconozca anticipos análogos a los españoles en su territorio.

Para tener derecho a los anticipos, los recursos económicos de la unidad familiar en la que se integra el menor no podrán superar el límite de ingresos resultante de multiplicar la cuantía anual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples

⁶⁹ Para los menores de cinco años estos periodos de residencia se exigirán a quien ejerza su guarda y custodia. No obstante, si el titular de la guarda y custodia fuera español bastará con que el menor resida legalmente en España cuando se solicite el anticipo, sin necesidad de acreditar ningún periodo previo de residencia.

(IPREM), vigente en el momento de la solicitud del anticipo, por el coeficiente que corresponda en función del número de hijos menores que integren la unidad familiar⁷⁰.

A efectos de estos anticipos, se entiende por unidad familiar exclusivamente la formada por el padre o la madre y aquellos hijos menores de edad, titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado, que se encuentren a su cargo y la formada por los menores y la persona física, distinta de los padres, que los tenga a su cargo por tener atribuida su guarda y custodia.

El plazo máximo de percepción son 18 meses, ya sea de forma continuada o discontinua; tiene efectos desde el primer día del mes siguiente a la solicitud.

El anticipo lo solicita y percibe quien tenga la guarda y custodia del menor, salvo que se tratase de un mayor con discapacidad pero no incapacitado judicialmente, en cuyo caso lo solicitará y percibirá el mismo.

La percepción del anticipo es incompatible con la de otras prestaciones o ayudas de la misma naturaleza y finalidad reconocidas por las distintas Administraciones Públicas. El titular de la guarda y custodia del menor beneficiario deberá optar por una de ellas.

El perceptor del anticipo está obligado a comunicar, en plazo de 30 días, cuantas circunstancias puedan tener incidencia en la conservación del derecho al anticipo o en

⁷⁰ Dicho coeficiente será 1,5 si sólo hubiera un hijo, y se incrementará en 0,25 por cada hijo, de la siguiente forma: 1 hijo, 1,5 x IPREM (vigente en el momento de la solicitud del anticipo); 2 hijos, 1,75 x IPREM; 3 hijos, 2 x IPREM; 4 hijos, 2,25 x IPREM, y así sucesivamente. Se computarán como rentas e ingresos de la unidad familiar: los rendimientos de trabajo de todos los miembros de la unidad familiar; es decir, las retribuciones dinerarias o en especie derivadas del trabajo, las prestaciones reconocidas por los regímenes de previsión social -ya se financien con cargo a recursos públicos o privados- y los demás rendimientos calificados como del trabajo por la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF); los rendimientos del capital, en dinero o en especie, que provengan de bienes o derechos cuya titularidad corresponda a alguno de los miembros de la unidad familiar y no se hallen afectos al ejercicio de actividades económicas; los rendimientos derivados de actividades económicas, computados en la forma prevista por la Ley del IRPF; el saldo neto de las ganancias y pérdidas patrimoniales de los miembros de la unidad familiar. Para el cómputo anual de los ingresos de la unidad familiar se tendrán en cuenta aquellos de que disponga o se prevea que va a disponer en el año natural en el que se solicita el anticipo, siempre por su importe íntegro. El límite de recursos económicos se entenderá acreditado mediante la declaración de rentas de la unidad familiar que realice el solicitante, sin perjuicio de las comprobaciones que se realicen por el órgano competente.

su cuantía. Asimismo, debe someterse a las actuaciones de comprobación que se determinen para verificar las condiciones por las que se reconoció el anticipo.

El anticipo se extingue por cumplimiento de la mayoría de edad del beneficiario; percepción de las 18 mensualidades; cumplimiento voluntario o forzoso del pago de alimentos por el obligado a los mismos; fallecimiento del beneficiario o del obligado al pago; superación del límite de recursos económicos por la alteración de los ingresos de la unidad familiar; resolución judicial que así lo determine.

Los anticipos percibidos indebidamente habrán de ser reintegrados por quien los haya percibido, según el procedimiento establecido en el Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. La Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas efectuará la liquidación de la cantidad percibida indebidamente a reintegrar, comunicando la cuantía de la misma e iniciando, con la notificación, el periodo voluntario de recaudación.

El Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el importe total de los anticipos satisfechos al interesado, en los derechos que asisten al mismo frente al obligado al pago de alimentos. Esta subrogación transforma la naturaleza de la obligación, que pasa a ser de naturaleza pública, y su cobro por el Estado se efectuará en la forma prevista en la Ley General Presupuestaria. Por ello, se informará al obligado de la existencia de resolución que reconozca el anticipo y, posteriormente, se practicará y notificará liquidación de las cantidades que adeuda al Estado, que deberá ingresar en el Tesoro Público y, en su defecto, serán exigidas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria en periodo ejecutivo, mediante el procedimiento administrativo de apremio.

4. Los efectos de la actual crisis económica en el derecho de alimentos

La crisis económica en la que actualmente, en el año 2013, y desde aproximadamente el año 2007, venimos sumergidos, tiene sin duda alguna un efecto

devastador en la economía y por tanto también en la esfera profesional, económica, familiar y personal de los ciudadanos. Repercute también, por tanto, en las pensiones de alimentos. La familia ha recuperado su protagonismo de la solidaridad familiar⁷¹.

La tragedia del paro juvenil hace recaer aún más si cabe que en los años anteriores a la crisis el peso de su sostenimiento sobre los padres de esos jóvenes, estando a su vez también los padres en muchos casos en una situación tan ajustada que compromete su propio sustento. Es un hecho notorio que la crisis económica que sufrimos está provocando que los jóvenes accedan mucho más tarde a un empleo estable y que continúen conviviendo en el domicilio familiar hasta edades muy tardías, a diferencia de la generación de sus progenitores, que con menos de veinticinco años ya se habían emancipado del hogar familiar⁷². Si a ello le sumamos los recortes en gasto social, seguramente necesarios, quién sabe, la escena es dantesca. Con el retraso, sea voluntario, sea forzado debido a la crisis, de la entrada en el mercado laboral de los jóvenes, se están dando con demasiada frecuencia casos en los que los padres, ya jubilados y cobrando una exigua pensión, en los mejores casos, y en paro, en otros peores, deben hacerse cargo de la prole en edad de estar trabajando y aportando al hogar el producto de su trabajo. En otros casos, y en multitud de ocasiones, las personas de la tercera edad de la familia son los que están sosteniendo a las familias de sus hijos en paro con su pensión, habiendo pasado de ser destinatarios de las ayudas económicas de los hijos a *pedras angulares de muchos hogares*⁷³.

En el caso de los menores, incluso, se ha llegado a hablar de desnutrición infantil⁷⁴.

⁷¹ Cfr: ROGEL VIDE, CARLOS, “Crisis económica y solidaridad familiar. Los alimentos entre parientes”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 4, 2012, p. 581.

⁷² Cfr: PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, y PÉREZ RUFÍAN, LAURA, “La crisis económica y la pensión alimenticia”, Revista de Derecho de Familia, núm. 57, 2012, p. 45.

⁷³ Así lo afirma ROGEL VIDE, que hace referencia además a varias noticias aparecidas en diarios, entre ellos, el *20 minutos* de Madrid del día 1 de junio de 2012, que recoge el dato de que el 43,8 % de las personas mayores de 65 años de esta Comunidad participan de un modo u otro en el sustento de sus descendientes y familiares más cercanos azotados por el paro. ROGEL VIDE, CARLOS, ROGEL VIDE, CARLOS, “Crisis económica y solidaridad familiar...”, *op. cit.*, p. 583.

⁷⁴ En “El hambre se cuela en el colegio” se asegura que emergen casos de niños con alimentación deficiente. Diario El País digital, Sociedad, 15 de junio de 2013, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/15/actualidad/1371321305_388456.html

La crisis ha propiciado un aumento de la interposición de modificaciones de medidas y un aumento de los delitos por impago de pensiones⁷⁵. Pero, como explico más adelante⁷⁶ la modificación de medidas sólo puede prosperar cuando cumple unos requisitos, entre ellos, que la modificación de las circunstancias sea sustancial. Por ello, “la alegación de una situación de crisis económica no basta porque estamos hablando de las necesidades de los hijos... Hay supuestos en los que se ha solicitado indebidamente a reducción de la pensión nada más producirse un despido, a pesar de haberse cobrado una indemnización importante o cuando pese a la disminución de ingresos hay signos externos que indican la posibilidad de pagar la pensión”⁷⁷.

Aunque, desde luego, el menor poder adquisitivo de los progenitores va a motivar que no pueda mantenerse el mismo nivel de vida⁷⁸. Así, destaca la SAP de Vizcaya de 24 de mayo de 2011 que “El menor no puede mantener determinados lujos por el sencillo motivo de que sus progenitores no pueden pagárselos y existen alternativas perfectamente válidas para sus estudios que no sea acudir a un centro privado de enseñanza, lo que supone una drástica reducción de sus necesidades y la adecuación de la pensión alimenticia a las mismas y a las posibilidades de sus progenitores”. Por su parte, la SAP de La Coruña de 16 de febrero de 2007: “El deseo de la recurrente, de mantener el tren de vida anterior, con los mismos gastos, es inviable en la situación económica expuesta. Tendrá que plantearse que o bien reducen los gastos ordinarios, o bien los extraordinarios. O incluso ambos. No es anómalo tener que cambiar a los hijos de colegios, sacándolos de los concertados y llevándolos a la enseñanza pública. O eliminar toda una serie de actividades extraescolares que profusamente se imparten a los hijos”⁷⁹.

⁷⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “Derecho de familia, crisis económica y mediación”, en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: cuestiones de actualidad*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, p. 211.

⁷⁶ *Vid. Infra*. Capítulo 2, apartado 3.

⁷⁷ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “Derecho de familia, crisis económica...”, *op. cit.*, p. 212.

⁷⁸ *Cf.*: PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, y PÉREZ RUFÍAN, LAURA, “La crisis económica y la pensión...”, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁹ En este sentido *vid.* también: SAP de Córdoba de 12 de mayo de 2009, SAP de Madrid de 14 de marzo de 2005, SAP de Málaga de 2 de marzo de 2005.

PRIMARA PARTE: ALIMENTOS DE ORIGEN LEGAL

Capítulo 2

ALIMENTOS DEBIDOS A LOS HIJOS

1. Alimentos debidos a los hijos menores de edad

Sabido es que el fundamento de los alimentos debidos a los hijos menores de edad no emancipados (a partir de aquí me referiré a ellos sólo como *menores*), o incapacitados, no se encuadra en el llamado principio de solidaridad familiar que informa el derecho de alimentos entre parientes, sino en el hecho mismo de la filiación, como determinan los arts. 110 y 111 del Código Civil⁸⁰. El deber de alimentar a los hijos menores rige aun cuando el hijo tenga medios suficientes para sustentarse por sí mismo, pudiendo en este caso suspenderse⁸¹, pero nunca extinguirse⁸². Tienen, además,

⁸⁰ El art. 110 CC establece que “el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”. No enuncia en absoluto el Código el estado de necesidad en el que debe encontrarse el alimentista cuando se trata de alimentos entre parientes. Por su parte, el art. 111 CC dice que “quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”, aunque al progenitor le haya sido retirada la patria potestad por los motivos que enumera el artículo.

⁸¹ En este sentido, la STS, Sección 1ª, de 24 de octubre de 2008 (Ponente: AUGER LIÑÁN), que alude a las STS de 5 de octubre de 1993 (Ponente: ORTEGA TORRES) y de 16 de julio de 2002 (Ponente: CORBAL FERNÁNDEZ), de marcada importancia, establece para el caso en que a una hija menor había sido concedida una beca de la Federación Española de Gimnasia que le daba derecho a la suma de 851,43 euros mensuales para atender sus gastos personales y además, corriendo por cuenta de dicho organismo los gastos de alojamiento, manutención y derivados de la práctica deportiva: “La obligación de dar sustento a los hijos menores es un deber incardinado en la patria potestad, derivado de la relación paterno-filial (artículo 110 del Código Civil), resultando de ello que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos mayores de edad o emancipados. La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicional aun en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios.... Pero,... cuando el menor, como es el caso, tiene ingresos propios, estimamos, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí *suspenderse en su percepción*”. La SAP de Murcia de 29 de septiembre de 2011, que deniega la suspensión de la pensión dado que la solicitud se basaba, no en la existencia de medios propios del menor, sino en la imposibilidad del deudor por carecer de empleo, dice que “Idéntica suerte desestimatoria cabe atribuir asimismo al siguiente motivo de apelación relativo a la cuantía de la pensión de alimentos. Se alega por el recurrente, como fundamento de su pretensión, que se encuentra en situación de desempleo, por lo que solicita la suspensión de tal medida o en su caso su fijación en 100 euros mensuales”.

los hijos menores preferencia en relación con los demás parientes acreedores del derecho de alimentos⁸³.

Así, como dice COBACHO GÓMEZ, “mientras los hijos son menores no hay derecho autónomo de alimentos, sino un genérico y más amplio deber de asistencia paterna”⁸⁴.

El deber de alimentos viene comprendido, por tanto, y en lo que se refiere a los hijos menores, entre otros referidos a la patria potestad, como determina el art. 154 del Código Civil, que establece que los padres deben velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral así como representarles y administrar sus bienes, encuadrándose más que en la prestación de alimentos *stricto sensu*, en el deber más amplio de mantenimiento que deben los progenitores a sus hijos. De igual modo, el art. 39.3 de la Constitución de 1978 establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio⁸⁵, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Como afirma MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “Sobre los padres recae el deber de alimentar a sus hijos, integrado en el conjunto más amplio de deberes que aparecen

⁸² Como dice MARÍN GARCÍA DE LEONARDO refiriéndose a esto: “Se trata por tanto de una obligación que nace con independencia de la situación de necesidad de los menores, si bien éste influirá en el cálculo de la cuantía”. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *Régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores de edad (estudio del art. 93.2 del Cc)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 69.

⁸³ El art. 145.3 del Código Civil establece que “cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, *a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél*”. En este sentido, ver la SAP de Barcelona de 18 de enero de 1988 citada por SERRANO CASTRO, FRANCISCO DE ASÍS, en “Aspectos procesales de la reclamación de los alimentos de los hijos mayores de edad dentro del procedimiento matrimonial. Especial referencia a la nueva LEC y a la STS de 24 de abril de 2000”, revista de Derecho de familia, núm. 9 (octubre de 2000), p. 54.

⁸⁴ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda alimenticia*, Montecorvo, 1990, Madrid, p. 73.

⁸⁵ Esto no siempre fue así, pues a lo largo de la historia de la institución del derecho de alimentos los obligados y el contenido eran distintos según fuese la filiación legítima, natural, ilegítima o adoptiva. Aunque no es este el objeto de nuestro estudio, conviene recordar que es a partir de la CE de 1978, y de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, que modifica el CC en aplicación de la Constitución, cuando se equipara totalmente la situación jurídica en todos los sentidos, y por supuesto en materia de alimentos, de todos los hijos, sean matrimoniales o no.

vinculados a la patria potestad (art. 154 CC), pero que derivan directamente de la filiación, pues son igualmente exigibles aunque los padres no ostenten aquella”⁸⁶. Para la autora, por tanto, no cabe hablar de alimentos propiamente dichos, pues se trata de un deber que pertenece a otro más amplio de asistencia paterna, y que no tiene las limitaciones propias del derecho de alimentos *stricto sensu* ni es necesario el estado de necesidad del alimentista para haber lugar al derecho. Expresa la autora las diferencias entre uno y otro diciendo que “la que podríamos denominar obligación de mantenimiento es debida desde el nacimiento del hijo, pues nace por el hecho de la generación; dura hasta su mayoría de edad y prescinde absolutamente de la situación de necesidad del menor, mientras que la alimenticia, se basa en un estado de necesidad, sólo surge si se produce tal estado y dura únicamente mientras éste se mantenga. Además, el contenido de la primera es más amplio y es siempre unidireccional, el titular es únicamente el hijo, frente a los estrictos alimentos que se deben recíprocamente (art. 143 CC)”⁸⁷. En este sentido afirma también SERRANO CASTRO que “más que de obligación de alimentos cabe hablar de obligación de mantenimiento o sostenimiento, vinculada al concepto de cargas familiares”⁸⁸.

El deber de alimentos respecto de los hijos menores no se deja de existir por el hecho de que el progenitor no tenga si quiera medios suficientes para sustentarse a él mismo. Así, dice la SAP de Murcia de 28 de febrero de 2012: “Constituye doctrina señalada de forma reiterada por esta Audiencia que la cuantía establecida en concepto de mínimo vital- la cual es aproximadamente la fijada en la sentencia que la parte apelante solicita se modifique- se viene fijando en aquellos casos en los que no se acreditan los ingresos del obligado a prestar alimentos ni cuáles son sus posibilidades económicas”⁸⁹.

⁸⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2002, p. 48.

⁸⁷ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 48-49.

⁸⁸ SERRANO CASTRO, FRANCISCO DE ASÍS, “Aspectos procesales de la reclamación de los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁹ Otras sentencias tratan la misma cuestión. Así, de entre las que señala la misma SAP de Murcia de 28 de febrero de 2012: la SAP de Murcia de 18 de octubre de 2011 establece que “De todas formas 120 euros mensuales es una cantidad que se ha considerado por esta Audiencia en reiteradas sentencias como el mínimo vital en los casos de pocos o nulos ingresos”; la SAP de Murcia de 24 de enero de 2012 dice que “pensión prácticamente dentro de los mínimos indispensables para garantizar la subsistencia de los hijos menores de edad, del "mínimo vital" o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia de los

Es por ello que se puede afirmar que el deber de alimentos respecto de los hijos menores de edad sometidos a la patria potestad *va mucho más allá* del deber de alimentos entre parientes, como afirma CASTÁN: “el deber de alimentar a los hijos menores es proclamado por la Moral y exigido por las legislaciones positivas”⁹⁰.

Debe recordarse, sin ánimo de ser exhaustivos, que esta diferenciación entre los alimentos debidos a los hijos mayores y a los menores no ha estado vigente en nuestro Derecho Civil desde siempre⁹¹. De hecho, en Derecho Romano era impensable la institución del derecho de alimentos entre parientes tal como se encuentra ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, como se sabe; si bien, no le era totalmente desconocido y podemos afirmar que existía en época tardía⁹² aunque configurado de

menores en condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizar, al menos, y en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional al que deben coadyuvar sus progenitores por razón de las obligaciones asumidas por los mismos por su condición de tales, que no precisa de justificación y *cuya cuantía sólo es testimonio de la persistencia de un deber que se mantiene como un efecto inherente a la procreación que persiste en toda su extensión y que incluso se viene fijando en aquellos casos en los que no se acreditan los ingresos del obligado a prestar alimentos ni cuáles son sus posibilidades económicas*”; la SAP de Murcia de 22 de diciembre de 2011 estableció que “la cantidad establecida tiene el carácter de mínimo vital (unos 165 euros por hijo), no existe razón alguna para fijar en menor cantidad las necesidades de sus hijos, siendo preferente el interés de éstos, que, como se ha dicho, no pueden valerse por sí mismos”, refiriéndose la sentencia de 28 de diciembre de 2011 al mínimo vital como “indispensable ‘mínimo vital’, sólo predicable en aquellas situaciones de acreditada penuria económica o estados extremos”; y la SAP de Murcia de 29 de septiembre de 2011 dice que “Idéntica suerte desestimatoria cabe atribuir asimismo al siguiente motivo de apelación relativo a la cuantía de la pensión de alimentos. Se alega por el recurrente, como fundamento de su pretensión, que se encuentra en situación de desempleo, por lo que solicita la suspensión de tal medida o en su caso su fijación en 100 euros mensuales”.

⁹⁰ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. V, *Derecho de Familia*, vol. II, *Relaciones paterno-filiales y tutelares*, ed. 10ª, revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, GABRIEL y por CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA, Reus, Madrid, 1995, p. 303. Cita aquí el proemio del Título XIX de la partida IV que expresa que los padres deben “criar sus hijos, dándoles et faciéndoles lo que les es meester segunt su poderío, et esto se deben mover á facer por debdo de natura; ca si las bestias que non han razonable entendimiento aman naturalmiente criar sus hijos, mucho mas lo deben facer los homes que han entendimiento et sentido sobre todas las cosas”.

⁹¹ MORENO MOZO cree, y así lo expresa, citando a LAVAGGI, que dado que históricamente no había existido esta distinción, aflora con frecuencia “cubierta por la sombra de la historia, lo que justifica sobremanera un análisis”. MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008, p. 10.

⁹² Desde el siglo II d. C. como afirma GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO, “Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos”, publicado en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. XVI-2004, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 150. El autor halla en varios puntos del *Digesto* previsiones referidas a la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos, siendo la vía de la *cognitio extra ordinem* la elegida para la defensa del derecho, dada la urgencia de la necesidad, dejando el camino abierto a la impugnación de la filiación en cualquier caso en un proceso posterior.

manera distinta a la actual. Y era impensable dada la configuración que, al menos, en una primera época, tenía en Roma la figura del *pater familias*, bajo cuya potestad se encontraban todos los miembros de la familia a él sometidos⁹³.

La *patria potestas* era distinta de cómo la conocemos hoy día, pues se refería más al poder que sobre los demás miembros de la familia tenía el *pater familias*⁹⁴ que a los deberes que éste tuviera respecto de aquéllos. Como dicen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, citando a BIONDI, “la obligación de alimentos es extraña al *Ius civile*; conforme a la estructura de la familia romana resulta inconcedible imponer tal obligación al *filius familias* cuando nada podía tener propio y cualquier atribución iba automáticamente al *pater familias*; más absurdo era imponer a éste, que tenía sobre sus *fili* poder de exposición y de muerte”⁹⁵.

Pasando por alto el complicado trayecto que transcurre desde la vigencia del Derecho Romano y a lo largo de la Alta Edad Media en la que en la Península, tras múltiples invasiones, ahora bárbaras, ahora árabes, beréberes y sirias, luchan por implantar su vigencia muy distintos ordenamientos y costumbres de los diversos pueblos invasores (por no hablar de los distintos Derechos locales surgidos a la par del avance de la reconquista de los territorios por los cristianos), llegamos a la obra de Alfonso X, las *Partidas*, de espíritu marcadamente codificador⁹⁶, donde sí vienen regulados los alimentos recíprocos entre ascendientes y descendientes⁹⁷, siguiendo

⁹³ Los poderes del *pater familiar* pueden sintetizarse en tres: *manus* en sentido estricto (en sentido amplio se iguala a *potestas* o “conjunto de facultades y poderes que sobre su familia desplegaba el pater”, como afirma GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO, “Evolución histórica...”, *op. cit.*, p. 145) o poder marital, *patria potestas* o poder sobre los descendientes y *dominica potestas* o poder sobre los esclavos de su propiedad. Cfr: DÍAZ BAUTISTA, ANTONIO, *Manual de Derecho Romano*, vol. II, 1ª ed., Diego Marín, Murcia, 1996, p. 473. Para conocer más sobre las atribuciones del *pater familias*, *vid.* de este manual los capítulos 40 y siguientes. GUTIÉRREZ BERLINCHES añade a estos en la obra aludida la *mancipium* o poder que sobre las personas compradas por el padre a través de la *mancipium*.

⁹⁴ Teniendo incluso la potestad de decidir sobre la vida de los miembros de la familia, potestad que fue suprimida una vez superada la etapa arcaica del Derecho Romano.

⁹⁵ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 71.

⁹⁶ No fue el primer intento, ahí están el *Fuero Juzgo* de Fernando III y el *Fuero Real* del propio Alfonso X.

⁹⁷ La Partida IV, Tít. XIX es donde viene regulada la institución de alimentos entre ascendientes y descendientes. Así la Ley II, que se refiere a la obligación recíproca de alimentos entre padres e hijos,

modelos del Derecho Romano justinianeo, pero sin distinguir igualmente la figura de los alimentos entre parientes de la específica del deber de criar a los hijos menores, participando ambas de la misma naturaleza y contenido pues eran ambas pertenecientes a la misma figura de alimentos recíprocos. Tampoco distingue el texto alfosino los alimentos que se le deban al hijo menor de los del mayor, no habiendo edad marcada para la extinción. Sólo se especifica como causa de supresión de la obligación, además de la afrenta hecha al que provee los alimentos, cuando el alimentista tenga suficiente para vivir sin necesidad del subsidio del otro⁹⁸.

Más adelante, ya en el siglo XIX, hallamos la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870. MORENO MOZO, que realiza una dura crítica de la valoración de PADIAL ALBÁS acerca del papel que jugó en el tema que nos ocupa la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870⁹⁹, cree que la citada Ley no supone tampoco un avance en lo relativo a la distinción entre ambas figuras (los alimentos recíprocos entre parientes y los debidos, como integrantes del deber de crianza de los padres, a los hijos menores de edad), a pesar de que la Ley sí distingue en la rúbrica de su articulado el deber de crianza de los padres de los alimentos entre parientes. Si bien, al entrar a analizar el contenido, no distingue ambas figuras. Así, en su art. 63, relativo a la patria

establece: “Et la manera en que deben criar los padres á sus fijos, et darles lo que les fuere meester, maguer non quieran, es esta: que les deben dar que coman, et que beban, et que vistan, et que calcen, et logar do moren, et todas las otras cosas que les fueren meester, sin las cuales los homes non pueden vevir, et esto debe cada uno facer segunt la riqueza et el poder que hobiere, catando todavia la persona de aquel que lo debe rescebir, en qué manera le deben esto facer. Et si alguno contra esto ficiere, el judgador de quel logar le debe apremiar prendándolo ó dotra guisa, de manera que lo cumpla asi como sobredicho es. Empero decimos que demientra que el padre proveyese et criare su fijo, si faciere el fijo alguna debda que non meta en pro del padre ó que la saque sin su mandato, que non es el padre tenuto de la pagar. *Otrosi decimos que los fijos deben ayudar et proveer á sus padres si meester les fuere, podiéndolo ellos facer, bien asi como los padres son tenudos á los fijos*”. Texto extraído de la edición de 1807, Tomo III, de la Real Academia de la Historia. Por su parte, la Ley IV se refiere a los alimentos recíprocos entre el resto de ascendientes y descendientes.

⁹⁸ Partida, IV, Tít. XIX, Ley VI: “Otrosi quando el fijo hobiese de lo suyo en que podiese vevir ó hobiese tal meester por que podiese guarescer usando dél sin malestanz de sí, entonce non es tenuto el padre de pensar dél: eso mesmo decimos del fijo que debe facer contra su padre”. Texto extraído de la edición de 1807, Tomo III, de la Real Academia de la Historia.

⁹⁹ El autor realiza una dura crítica a la valoración de PADIAL ALBÁS (*La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 32) acerca de la citada Ley, que considera que ésta fue “el primer intento de deslindar ambas instituciones, en cuanto que regula en dos partes distintas los alimentos derivados de la patria potestad y la obligación de dar alimentos” y que “constituye el primer texto legal que concede una regulación propia a la obligación de alimentos”. MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 20-22.

potestad, tanto se refiere al deber de criar a los hijos como a los demás descendientes¹⁰⁰. Del mismo modo, a pesar de que la Parte Tercera de la citada Ley se dedica a regular los alimentos propiamente dichos, no sirve igualmente para conceder a la Ley el decisivo papel que en la materia le atribuye la autora, pues en realidad “se limita a establecer la reciprocidad de los alimentos (art. 72) y la obligación de alimentos entre hermanos legítimos (art. 77). Y es en la segunda parte (relativa a la patria potestad) donde se establece la obligación de alimentos respecto de todos los descendientes”.¹⁰¹

Así pues, y llegando ya a nuestro actual Código Civil ya sí se separan tanto las rúbricas como en el contenido ambas figuras, regulando en el Título VI los alimentos entre parientes (arts. 142 y siguientes) y en el Título VII los comprendidos dentro de la patria potestad (art. 154 originariamente, hoy art. 155)¹⁰².

De este modo, y en lo que se refiere a la actualidad, podemos advertir que tanto el contenido como el fundamento que informa el derecho de alimentos respecto de los hijos menores de edad es distinto del que opera en el ámbito del derecho de alimentos entre parientes, pudiendo distinguir respecto de los hijos dos tipos o clases de alimentos: El derecho de alimentos de los hijos menores es de carácter preferente y sin las limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes; el derecho de alimentos de los hijos mayores o emancipados tiene su fundamento en la relación de parentesco, es de carácter excepcional y se extiende a lo indispensable¹⁰³. El debido a los hijos menores de edad es, además, incondicional¹⁰⁴, y el que debe prestarse a los

¹⁰⁰ “Los cónyuges están obligados a criar, educar, según su fortuna, y alimentar a sus hijos y demás descendientes, cuando estos no tuvieren padres u otros ascendientes en grado más próximo, o estos no pudieren cumplir las expresadas obligaciones”. El artículo se encuentra comprendido, siendo además el primero, en la parte segunda rubricada *de la patria potestad*.

¹⁰¹ Dicha regulación conjunta, marcó además la manera de enfocar el estudio del derecho de alimentos de la doctrina coetánea, así ESCRICHE, J., Voz “Alimentos”, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. I, p. 435-438, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, t. I, p. 619-625 y 647-649, FERNÁNDEZ ELÍAS, C., *Novísimo Tratado Histórico Filosófico del Derecho civil español*, 2ª ed., Madrid, 1880, p. 503-505. Todos ellos citados por MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰² Para saber más: MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 10-33.

¹⁰³ *Cfr.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, “¿Hasta cuándo los padres tienen que alimentar a sus hijos?” *Economist and Jurist*, núm. 131, junio de 2009, p. 36-37.

¹⁰⁴ ROGEL VIDE califica a los alimentos debidos por sus progenitores a un menor de edad como de *mayor vigor* respecto de los del art. 142 CC. *Cfr.* ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Colección Claves de Jurisprudencia, Editorial Reus, 1ª ed., 2012, Madrid.

hijos mayores de edad¹⁰⁵ debemos encuadrarlo en la figura de los alimentos entre parientes propiamente dicha, aunque con algunas características propias, como explico más adelante.

En este sentido dice MARÍN GARCÍA DE LEONARDO refiriéndose a los alimentos debidos a los hijos mayores de edad: “Se trata, por tanto, de una obligación legal que no es incondicional, como sucede con los hijos menores de edad y que por su propia índole presenta un contexto distinto de la obligación alimenticia que se tiene respecto de éstos, aunque ambas derivan del deber de asistencia del art. 39.3 de la Constitución. La deuda de alimentos que se tiene con los hijos menores de edad, además de tener la extensión que señala el art. 142 CC, está fundamentada en la paternidad ya que el art. 110 CC establece la obligación del padre y de la madre de prestarles alimentos, aunque no ostenten la patria potestad. Se trata de una obligación indispensable, establecida incluso en la Constitución (art. 39.3) porque durante la minoría de edad es necesaria la asistencia de los padres”¹⁰⁶.

Igualmente, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, también distinguen la obligación de alimentos entre parientes, que sería en la que vendría comprendido el hijo mayor de edad, del deber más amplio de mantenimiento respecto de los hijos bajo patria potestad y el cónyuge: “La opinión dominante opta por la distinción entre la obligación de mantenimiento del cónyuge o los hijos menores y la, más estricta, de alimentos. En particular, el deber de los padres de cuidar y educar al hijo sería esencialmente diverso del deber alimentario común”¹⁰⁷.

En lo que se refiere al contenido, el derecho de los hijos menores es, además, de mayor extensión, como afirma SERRANO CASTRO: “va más allá de la mera obligación de alimentos, aun entendida en sentido amplio o civil, y comprende todas las

¹⁰⁵ *Cfr.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, “¿Hasta cuándo...”, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁶ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “La temporalidad de los alimentos de los hijos mayores de edad”, *Familia*, núm. 21, abr. 2003, p.19.

¹⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 73.

atenciones de precisión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia (artículos 93.1 y 1362.1º)¹⁰⁸.

Reflejo de todo lo anterior es, entre otras cosas, el hecho de que en los procesos matrimoniales el Juez, *en todo caso*¹⁰⁹, debe determinar las medidas en cuanto a los hijos menores, entre ellas la pensión alimenticia que uno de los cónyuges deba aportar al progenitor en cuya compañía queden los menores. Sin embargo, en cuanto a los alimentos para los hijos mayores de edad, les otorga el CC carácter dispositivo, por lo que requieren para su establecimiento petición expresa, además de cumplir el hijo una serie de condiciones que marca el código¹¹⁰. Para MONTERO AROCA, la expresión *en todo caso* manifiesta que “los alimentos a que se refiere no son los que se deben entre parientes, esto es, los regulados en los artículos 142 a 153 del C.C., sino aquellos que se derivan de la relación paterno-filial y que se contemplan en el artículo 154, II, 1º”¹¹¹.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO señala en este punto dos características propias del derecho de alimentos de los menores frente a sus progenitores en el ámbito del proceso de nulidad, separación o divorcio¹¹²: la titularidad del crédito es del menor y el Juez debe actuar de oficio para asegurar las medidas necesarias. En cuanto al primer punto, es importante su aclaración por cuanto en el ámbito del proceso matrimonial es el cónyuge en cuya compañía quedan los hijos menores¹¹³ el que recibe en realidad la pensión que se establezca para colaborar con ello a sufragar los gastos del menor. Por lo

¹⁰⁸ SERRANO CASTRO, FRANCISCO DE ASÍS, “Aspectos procesales de la reclamación...”, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁹ Expresión utilizada en el art. 93 del CC.

¹¹⁰ Art. 93 CC: “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

¹¹¹ A lo afirmado por MONTERO AROCA se refiere MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, en *Régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores...*, *op. cit.*, p. 65.

¹¹² *Cfr.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *Régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores...*, *op. cit.*, p. 66-67.

¹¹³ También en el caso de los hijos mayores de edad, como explicaré más adelante.

que respecta al segundo aspecto, tampoco carece de importancia¹¹⁴ dado el carácter dispositivo de los alimentos cuando se trata de hijos mayores de edad cuyo derecho se discute en un proceso matrimonial. En el caso de los hijos menores, además y por tanto, el Juez decidirá guiado por el *favor filii*, sin tener que aprobar los acuerdos a que hayan podido llegar los cónyuges a este respecto si a su juicio pueden resultar perjudiciales para los menores y deberá pronunciarse acerca de las medidas para con ellos ineludiblemente aunque no hayan manifestado nada al respecto los cónyuges, sea de mutuo acuerdo, sea en un proceso contencioso matrimonial, sin incurrir por este motivo en incongruencia alguna¹¹⁵.

El diferente tratamiento jurídico de los alimentos debidos a los hijos menores y mayores de edad lo explicó la STS de 5 de octubre de 1993 (Ponente: ORTEGA TORRES), a la que se refieren otras sentencias posteriores¹¹⁶ que la califican de paradigmática por este motivo, cuando afirma en el Fundamento de Derecho Segundo: “Estas tesis de la Audiencia son correctas -en líneas generales, aunque precisen alguna salvedad- y no infringen lo dispuesto en el art. 152,2º, dado que: a) La norma constitucional (art. 39-2) distingue entre la asistencia debida a los hijos *durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*; b) Aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro Primero del Código civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad (art. 154-1º), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia -así, art. 145.3º- y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del C.c.), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados; c) En este sentido ha

¹¹⁴ Es conocida la STS de 2 de diciembre de 1987 (Ponente: FERNÁNDEZ-CID DE TEMES), que establece que “a nada de lo cual se opone que en el proceso matrimonial convivan con este elemento dispositivo otros de *ius cogens* derivados de la especial naturaleza del derecho de familia”.

¹¹⁵ En este sentido, *vid.* la SAP de Cáceres de 17 de febrero de 1996.

¹¹⁶ Entre otras: STS de 16 de julio de 2002 (Ponente: CORBAL FARNÉNDEZ), STS de 3 de octubre de 2008 (Ponente: AUGER LIÑÁN) y STS de 24 de octubre de 2008 (Ponente: AUGER LIÑÁN). Otras sentencias que tratan sobre el distinto tratamiento jurídico de los alimentos debidos a los hijos menores respecto de los mayores, más recientes, son: la SAP de Murcia de 23 de julio de 2013, las SSAP de Madrid de 4 y de 8 de julio de 2013.

de entenderse el art. 152-2º que el recurrente dice haberse infringido, cuya alusión a las necesidades de la familia del alimentante denota una diferencia sólo comprensible si se admite una familia más próxima con derecho en todo caso preferente; d) Lo realmente pretendido por el recurrente, en lo que ahora interesa, es que se declare la cesación de su obligación alimentaria respecto a su hijo menor de edad porque carece de ingresos, mas ello ha de rechazarse en atención a que no es admisible que quien tuvo un puesto de trabajo y posteriormente dedica su tiempo a la propia mejora de su formación profesional, disponiendo de medios para cubrir sus gastos de toda clase, sea relevado de su obligación de alimentar a un hijo menor de edad, cuanto más cuando, como consta en la sentencia, *era propietario de un vehículo... y de una parcela de terreno valorados respectivamente en las cantidades de 475.000 pesetas el vehículo Opel Corsa y 5.634.000 pesetas el inmueble. Tales bienes los enajenó a su madre el 6 de Abril y el 18 de Mayo de 1988 en una operación a todas luces simulada y tendente a generar una apariencia de insolvencia donde amparar la pretensión que nos ocupa. Debe tenerse presente como en el ejercicio fiscal de 1987 declaró como rendimientos de actividades empresariales la suma de 2.247.185 pesetas, es de suponer brutas, y pequeños rendimientos de capital mobiliario, hechos cuya certeza ha de prevalecer en casación;* y e) Por tanto, ha de decaer el motivo estudiado sin que ello signifique que en los casos en que realmente el obligado a prestar alimentos al hijo menor de edad carezca de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, no pueda ser relevado, por causa de imposibilidad, del cumplimiento de esta obligación, lo que aquí no acontece”.

En cuanto a la cuantía de los alimentos, y dado el argumento anteriormente expuesto, también aclara la citada sentencia que no deben operar de manera estricta los arts. 146 y 147 referentes a la determinación del montante de los alimentos¹¹⁷, procediendo la superación de las pautas ordinarias¹¹⁸.

¹¹⁷ El art. 146 CC establece que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe; por su parte, el art. 147 CC determina que los alimentos, en los casos a que se refiere el anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

¹¹⁸ En este sentido, aclara en el Fundamento de Derecho Tercero: “Ya en principio, ha de advertirse que, con carácter general, la determinación de la cuantía de los alimentos corresponde al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente con el suyo propio y personal, al efecto de impugnar aquél en casación, mientras no se demuestre infracción legal (Ss. de 2 de Diciembre de 1970, 24 de Marzo de 1976 y 16 de Noviembre de 1978) que, en este caso, el recurrente

LACRUZ BERDEJO llega a afirmar, citando las SSTs de 10 de mayo de 1907 y de 12 de febrero de 1982, que la acción de alimentos contra el padre es distinta de la determinada en el art. 155 (hoy art. 154 tras la reforma de 1981), siendo ésta y no aquélla la que debe ejercitar la madre en representación de sus hijos menores para reclamarlos¹¹⁹.

Cuestión controvertida es (como se tratará más adelante al hablar de la limitación temporal de los alimentos debidos a los hijos menores y en cuanto a la legitimación de los hijos para reclamar sus alimentos cuando existe un proceso matrimonial), si el derecho de alimentos muta al pasar de la minoría a la mayoría de edad. Entiendo que así es, como lo hacen algunos autores¹²⁰.

2. Alimentos debidos a los hijos mayores de edad

2.1. Planteamiento general

Como ya he dicho, los alimentos que se deben por parte de sus progenitores al hijo mayor de edad responden tanto en su fundamento como en su contenido a la figura

alega respecto a preceptos que rigen los alimentos entre parientes, desconociendo las peculiaridades de los debidos a los hijos menores de edad, que han quedado expuestas, por lo que sólo habrá de insistirse en la mayor amplitud de éstos, que conduce a afirmar que resulta procedente la superación incluso de las pautas ordinarias de determinación de la pensión alimentaria, concediendo a los Tribunales un cierto arbitrio para su fijación, que valorará todas las circunstancias concurrentes, que es lo hecho acertadamente por la Sala de instancia. No se aprecia, por tanto, infracción de los preceptos invocados, pues ha de señalarse también que: a) Lo dispuesto en los arts. 146 y 147 sólo es aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (art. 154-1º) con carácter indicativo y con las matizaciones que derivan de cuanto se lleva dicho; b) Lo propio acontece respecto al art. 145, dado que ha de estarse a lo dispuesto en los arts. 154 (*Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre*) y 156, sobre ejercicio conjunto de la patria potestad, de donde se sigue que la madre también habrá de coadyuvar a la alimentación, educación y formación integral de los hijos, lo cual en este caso se cumple por Dª María Rosa con quien convive el hijo menor de edad, sin que sea convincente el argumento del Sr. Luis Francisco en el sentido de que la suma fijada para la pensión es excesiva atendiendo a que parte de los gastos debieran ser satisfechos por la madre, pues es indudable que así acontece y, no obstante, es necesaria la aportación paterna en la cuantía fijada; y c) El transcurso del tiempo, lejos de disminuir los gastos necesarios para dar cumplimiento al deber impuesto a los padres en el art. 154-1º, debe naturalmente aumentarlos, por lo que el mantenimiento de la cifra fijada en la sentencia de 1987 -el hijo había nacido en 1984- resulta del todo razonable; no debe prosperar, por todo ello, el motivo examinado”.

¹¹⁹ Cfr. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, ed. 4ª, revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, JOAQUÍN, Dykinson, Madrid, 2010, p. 20.

¹²⁰ Por ejemplo ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, entre otros.

de los alimentos entre parientes de los arts. 142 y siguientes del CC, ya no como parte de los deberes inherentes a la patria potestad, pues llegada la mayoría de edad aquélla se extingue¹²¹. De este modo, cuando un hijo mayor de edad se encuentra en un estado de necesidad tal que le haga posible ser beneficiario del derecho de alimentos, no teniendo descendientes que puedan proporcionarle sustento, podrá reclamar alimentos a sus progenitores, con los requisitos tanto sustantivos como procesales que establece el ordenamiento para los alimentos entre parientes.

Así, como dice MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “este deber de mantenimiento, vinculado a la minoría de edad de los hijos, sólo subsiste hasta que la misma finalice. Ello no supone que el hijo mayor pierda su derecho a ser alimentado por los progenitores, sino únicamente que, a partir de entonces, ese derecho tiene un fundamento jurídico diferente, configurándose como un derecho a recibir alimentos en sentido estricto. Por ello, la emancipación no implica la extinción de la obligación de los progenitores respecto a sus hijos, sino simplemente una *transformación* de la misma”¹²².

Si bien, en cuanto a los hijos matrimoniales cuyos alimentos se discuten en el ámbito del proceso matrimonial, muchas polémicas se han suscitado, tanto antes como después de la modificación del Código Civil en el año 1990. Las discusiones más sonadas se han centrado en la legitimación del progenitor conviviente para reclamar los alimentos del hijo mayor en el ámbito del proceso matrimonial (y en todo lo relativo a las circunstancias que lo atañen en ámbito de modificación de medidas) tras la inclusión del segundo párrafo del artículo 93 del Código Civil que establece que “si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

¹²¹ Dejando a salvo la posibilidad tanto de rehabilitación como de prórroga de la patria potestad en los casos que contempla el CC en el art. 171.

¹²² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 385.

Este párrafo del artículo 93 ha sido criticado por la doctrina¹²³ desde casi todos los puntos de vista. Más adelante tengo ocasión de tratar alguna de estas críticas, baste decir aquí que ya la misma inclusión de la reforma en la ley que lo lleva a cabo es criticable.

2.2. Cuestiones controvertidas

a) Carácter dispositivo del artículo 93.2 CC

A pesar de la literalidad del texto del artículo 93.2 CC (“el Juez *fijará* los alimentos”), que nos podría hacer pensar que el Juez puede de oficio entrar a resolver acerca de los alimentos debidos a un hijo mayor de edad que se encuentre en las circunstancias que establece el precepto, su carácter dispositivo¹²⁴, y la necesidad de reclamarse explícitamente por tanto, no ha sido discutida mayoritariamente¹²⁵.

En este sentido, son interesantes la SAP de Jaén de 24 de abril de 1992, la SAP de Madrid de 22 de septiembre de 2000, la SAP de Madrid de 28 de junio de 2001 y la SAP de Pontevedra de 19 de octubre de 2006, que establece que “a diferencia de lo que acontece en materia de menores, donde es sabido que no rige el principio dispositivo, dado que prevalece el interés del menor y por ello quedaría en libertad el juez para otorgar lo que considerara más adecuado para una mejor protección del mismo, cuando, como es el caso, se trata de mayores, el principio de rogación exige que la petición se haga de forma expresa”.

¹²³ Por ver alguna, se sugiere MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 391, que habla, además, de las críticas que otros autores han hecho a la Ley por el mismo motivo.

¹²⁴ Excluyéndose de la aplicación del art. 751 de la LEC, que establece la indisponibilidad del objeto de los procesos regulados por el Título I del Libro IV de la LEC, “De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”.

¹²⁵ *Cfr.* MORENO-TORRES HERRERA, M.^a LUISA, “Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, UNED, p. 289.

Este carácter dispositivo viene recogido en abundante jurisprudencia y fue reconocido por la Fiscalía General del Estado en el Informe de la Consulta núm. 1/1992, de 13 de febrero.

No obstante, también se ha defendido la tesis contraria, basándose en una interpretación literal del precepto. Es el caso de FERRER SAMA y CALVO ANTÓN y de algunas Audiencias Provinciales, como son la de Valencia, en sentencia de 15 de noviembre de 1991, la de Badajoz, en sentencia de 17 de febrero de 1992 y de Alicante de 20 de julio de 1993¹²⁶. Si bien, como dice ÁLVAREZ SÁNCHEZ, “aunque en ocasiones se hiciera como un argumento a mayor abundamiento u *obiter dicta* tanto para justificar la legitimación del progenitor ante la oposición del cónyuge demandado a pagar alimentos a sus hijos mayores por estar ausentes del proceso como ante la reclamación de estos”¹²⁷.

b) Alcance del requisito del estado de necesidad

Como afirman MORENO-TORRES HERRERA¹²⁸ y MARTÍNEZ RODRÍGUEZ¹²⁹ el concepto de estado de necesidad exigido (en realidad, el art. 93.2 sólo habla de falta de *ingresos propios*) para la reclamación de alimentos es relativo y debe ser interpretado a la luz de las circunstancias particulares del alimentista.

De este modo, y dadas las condiciones económicas de la familia, un hijo mayor de edad puede tener capacidad económica con trabajos, por ejemplo esporádicos, para proporcionarse lo indispensable para la vida, pero no para continuar con sus estudios.

¹²⁶ Sentencias citadas por ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales de sus progenitores”, Familia, núm. 10 (abril de 2000), p. 22.

¹²⁷ ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos...”, *op. cit.*, p. 22.

¹²⁸ *Cfr.* MORENO-TORRES HERRERA, M.^a LUISA, “Los presupuestos del derecho de alimentos...”, *op. cit.*, p. 293.

¹²⁹ *Cfr.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 222 y sig., donde afirma: “Si bien es cierto que existen una serie de necesidades inexcusables para la vida..., existen otras propias de cada individuo condicionadas por su estado y circunstancias que deben ser apreciadas desde su situación personal”.

GUILARTE GUTIÉRREZ¹³⁰ niega directamente la naturaleza alimenticia a la obligación del art. 93.2 afirmando que no se trata de situaciones de estado de necesidad.

Como dice MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “La necesidad, tal y como se ha señalado, es un concepto sumamente elástico y variable en relación a un cúmulo de circunstancias de las que forman parte las condiciones de edad y de salud del individuo, el ambiente material en el que ha vivido, su nivel cultural e, incluso, sus propias aptitudes y aspiraciones en la vida”¹³¹. En referencia a esto dice REVERTE NAVARRO: “sólo desde el plano de la propia necesidad es posible determinar el concepto de la misma”¹³².

La interpretación laxa del estado de necesidad del hijo mayor de edad sólo puede entenderse desde la perspectiva del especial parentesco que une al padre y al hijo, que lo hacen aproximarse en su derecho más al hijo menor de edad que al resto de parientes, y por el hecho de que se está hablando de un hijo mayor de edad pero joven, al que se le supone todavía una necesidad de formación y una imposibilidad de sostenimiento por sí mismo aun habiendo alcanzado la mayoría de edad, como una especie de zona entre dos aguas, entre la minoría de edad y la emancipación real, efectiva, económica si se quiere.

No estaríamos planteando la misma cuestión de contar el hijo por ejemplo con 45 años, y que tras sostenerse por sí mismo como es lo habitual, cae en estado de necesidad, para lo que habría de ajustarse a los parámetros establecidos con carácter general para los alimentos entre parientes por la ley. Esta interpretación flexible ha sido defendida por gran parte de la doctrina¹³³ y de la jurisprudencia¹³⁴, llegando a negar

¹³⁰ Para GUILARTE GUTIÉRREZ no se trata de un derecho de alimentos *strictu sensu* y afirma que en realidad la obligación alimenticia para con los hijos mayores se refiere a la más generosa obligación derivada de la filiación y establecida en el art. 39 de la Constitución. *Cfr.* GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE, “A vueltas con los alimentos de los hijos mayores”, *Aranzadi Civil*, vol. III, Pamplona, 1997, p. 177-190.

¹³¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 222.

¹³² Citado por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 221.

¹³³ Así, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 397.

¹³⁴ *Vid.* SAP de Tarragona de 6 de octubre de 1995, SAP de Palma de Mallorca de 7 de octubre de 1991, SAP de Barcelona de 18 de mayo de 1992, SAP de Lérida de 29 de enero de 1993 y SAP de Valencia de 9 de abril de 1996.

incluso por parte de algún autor, su carácter de alimentos *stricto sensu*, como GUILARTE GUTIÉRREZ¹³⁵, que considera los alimentos de los hijos mayores de edad en estas circunstancias más como provenientes del deber más amplio de mantenimiento que deben los padres a los hijos mayores de edad, que a alimentos propiamente dichos.

c) Requisito de la convivencia del hijo en el hogar familiar

La doctrina, en su mayoría¹³⁶, ha optado por una interpretación laxa, al igual que en el caso del estado de necesidad o de la carencia de ingresos propios, de este requisito. Así, afirma MARTÍNEZ RODRÍGUEZ: “Lo verdaderamente determinante es la convivencia y no tanto en el lugar de la misma y esa convivencia puede tener lugar tanto en el domicilio conyugal propiamente dicho como en una vivienda distinta, sin que este hecho deba condicionar la aplicación del art. 93.2 y, en consecuencia, la posibilidad de fijar los alimentos en el procedimiento matrimonial”¹³⁷.

Sin embargo, SERRANO CASTRO afirma que cuando el hijo mayor vive fuera del domicilio familiar por motivo de su formación, no puede aplicarse el segundo párrafo del art. 93, debiendo el hijo instar el correspondiente proceso de alimentos, siempre que tal situación existiera ya antes de la separación o el divorcio de sus progenitores, dado que ninguno de los cónyuges tendría derecho a recibir del otro una contribución para la manutención del hijo; el autor, para afirmar esto, distingue dos casos: cuando el hijo viviera fuera del hogar antes de la separación o el divorcio, ya expuesto, y el caso en que el hijo salga del hogar por motivo de sus estudios después de

¹³⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE, “A vueltas con los alimentos...”, *op. cit.*, p. 177-190.

¹³⁶ También gran parte de la jurisprudencia. En este sentido es interesante la SAP de Cáceres de 12 de mayo de 1997. También en referencia a esto, y en lo que se refiere la opinión dominante en la doctrina, el trabajo de RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO DE ASÍS, “Comentarios a los artículos 92 a 94 del CC”, en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*. Coordinado por LACRUZ BERDEJO, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 991-1129, p. 953 y “Comentarios a los artículos 92 a 94 del CC”, en *Comentarios al Código Civil*, Coordinados por RAMS ALBESA y MORENO FLÓREZ, t. II, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 2000, p. 915-1006.

¹³⁷ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 398-399.

la separación o el divorcio (debe entenderse después de la sentencia de separación o divorcio)¹³⁸.

d) Aplicación del artículo 93.2 CC a los hijos no matrimoniales

Dejando a un lado la polémica acerca de la legitimación del progenitor conviviente para solicitar los alimentos del hijo mayor de edad en el proceso matrimonial que abordo más adelante, y dando por válida de antemano dicha legitimación¹³⁹ (sea cual sea su justificación jurídica), surge la duda de si el párrafo 2º del art. 93 del Código Civil pueda ser también aplicado a los casos en que, dándose exactamente las mismas circunstancias del artículo, no exista matrimonio entre los progenitores. Es decir, si puede un progenitor solicitar alimentos al otro siendo el hijo mayor de edad no matrimonial.

En un principio se debería negar dicha legitimación ya que el caso que contempla el art. 93 se refiere a hijos matrimoniales, pues el artículo se encuentra sistemáticamente ubicado entre los que regulan los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio¹⁴⁰.

Negar la legitimación procesal al progenitor en este caso podría parecer a primera vista inocuo, ya que el hijo siempre puede reclamar él en un proceso de alimentos. Pero el hecho de que su progenitor pueda reclamarlos implica determinados beneficios, tanto para el hijo (como la posible falta de recursos del hijo para reclamar en su nombre) como para el progenitor que convive con él (como la posible dejadez del hijo que no entabla el pleito reclamando sus alimentos, resultando así que el progenitor conviviente se hace cargo en solitario de su manutención), y que han servido para justificar la legitimación del progenitor en los pleitos matrimoniales, resultando así que de haber

¹³⁸ SERRANO CASTRO, FRANCISCO DE ASÍS, “Aspectos procesales de la reclamación de los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 59.

¹³⁹ Aunque quizás, si no se está familiarizado con el tema, sería aconsejable leer previamente la parte del trabajo correspondiente.

¹⁴⁰ Concretamente, en el Capítulo IX, “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, del Título IV, “Del matrimonio”, del Código Civil.

distinción en este punto entre hijos matrimoniales y no matrimoniales supondría contravenir lo dispuesto en la Constitución¹⁴¹.

Las posibles dudas acerca de esta cuestión han sido solventadas por el Tribunal Supremo, que en la Sentencia de 30 de diciembre de 2000 (Ponente: VILLAGÓMEZ RODIL) dejó clara la aplicación por analogía del párrafo segundo del art. 93 en los casos también de hijos no matrimoniales y concediendo por tanto también legitimación al progenitor, equiparándolo al caso de los alimentos reclamados en el ámbito de un proceso matrimonial. De este modo estableció que *“Se plantea en primer lugar la legitimación procesal activa de dichos hijos en el ámbito de este procedimiento, para lo que hay que tener en cuenta que el Juez de la instancia, a medio de providencia, dispuso que los dos hijos mayores efectuasen comparecencia en los autos a fin de otorgar representación a favor de uno de los progenitores, lo que cumplieron concediéndosela a la madre, por lo que no se trata de legitimación activa fundada en representación voluntaria ni por sustitución, sino que más bien la ratificación procesal de los hijos mayores es determinante de su coadyuvancia procesal delegante en proyección suficiente de su legitimación activa para demandar a través de su madre los alimentos que esta postuló en la reconvención implícita que planteó y de los que los hijos son los efectivos titulares. Refuerza la legitimación de la progenitora el interés legítimo que le asiste frente al otro progenitor no conviviente con los hijos interesados que alcanzaron mayoría de edad. Por lo expuesto, y en atención al artículo 93-2 no se hace necesario acudir a otro proceso declarativo, en lo que se equivoca la sentencia recurrida, ya que dicho precepto cabe ser aplicado a los hijos nacidos de uniones de hecho, en cumplimiento del mandato del artículo 39-3 de la Constitución, en relación al 108 del Código Civil. El deber de los padres de alimentarlos no lo evita las relaciones más o menos deterioradas o en situación de ruptura que puedan mantener los mismos. (...) Recientemente esta Sala ha dictado la sentencia de 24 de abril del año en curso, en la que declara, que del artículo 93-2 del Código Civil emerge un indudable interés del progenitor con el que conviven los hijos matrimoniales mayores de edad necesitados de*

¹⁴¹ La CE de 1978, y de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, que modifica el CC en aplicación de la Constitución, equiparó totalmente la situación jurídica en todos los sentidos, y por supuesto en materia de alimentos, de todos los hijos, sean matrimoniales o no. Así, el art. 39 CE establece que “los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, *iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación* y de la madre, cualquiera que sea su estado civil” y que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

alimentos, pero por analogía justificada cabe aplicar al supuesto que nos ocupa, toda vez que el cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo segundo del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores."

El anterior argumento me sirve también, adelantándome, para negar la justificación jurídica de la legitimación del progenitor en la calificación de los alimentos reclamados para el hijo como cargas del matrimonio, dado que dicha legitimación también se concede no existiendo matrimonio.

e) La llamada *lucha generacional*

Se ha discutido también, en relación con el requisito de convivencia para la obtención de alimentos de art. 93 por parte del hijo mayor de edad y su estado de necesidad, si el hijo debe vivir con los padres cuando no se trata de que deba vivir fuera del domicilio familiar por motivos de estudio. Es decir, ¿qué pasa con un hijo mayor de edad que necesita alimentos pero que no quiere vivir con los padres o someterse a sus normas de vivir con ellos?

En este sentido, dice MARTÍNEZ RODRÍGUEZ: "Incluso la salida del hijo mayor del domicilio familiar como consecuencia de lo que sociológicamente se viene denominando *lucha generacional*, puede suponer la cesación de la obligación, como se desprende de la Sentencia de 23 de febrero de 2000, en la que el Tribunal Supremo deniega los alimentos a la hija mayor de edad que ha optado por llevar a cabo un modo de vida propio, fuera del hogar familiar, pues *no puede pretender realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta, que atacan y contradicen a los de su entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que rechaza*. Dice también la sentencia que *ha surgido una cuestión que, sociológicamente, está comúnmente denominada lucha generacional; dicha situación se deriva, en el presente caso y en primer lugar, de la posición de unos*

padres que tratan de fijar una norma de vida –horarios, salidas y otros aspectos similares –para una convivencia común y familiar en el hogar y, en segundo lugar, el desacuerdo con la misma de una hija que pretende realizar su vida con arreglo a unas normas que ella cree imprescindibles para desarrollar su personalidad... Las dos partes tienen toda la razón y todo el derecho a actuar como han actuado y, sobre todo, la hija ha ejercitado, al salir del hogar paterno –no consta que fuera expulsada conminatoriamente del mismo –, uno de los mayores, por no decir el mayor, de los bienes o valores que tiene el ser humano, como es el ejercicio de la libertad. Ahora bien..., dicha hija no puede olvidar que, muchas veces, la libertad, como valor social particular, exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades... Y lo que no puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta que atacan y contradicen los de un entorno familiar y social y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza. La hija podrá ejercitar su libertad, saliendo del hogar familiar, pero el coste de tal libertad debe soportarlo ella misma y no los padres, a los que se les reconoce el derecho a fijar una norma de vida que los hijos deben respetar”¹⁴².

Refiriéndose también a esta sentencia dice MARÍN GARCÍA DE LEONARDO que “si por las circunstancias, cada vez más frecuentes, el hijo sigue conviviendo con los padres y no tiene independencia económica deberá ser consciente de que la convivencia familiar es en el más estricto sentido del término, con lo que la misma supone entre las personas que la integran, término cuyo contenido es distinto del simple hecho de morar en una vivienda”¹⁴³.

No está de acuerdo con esta opinión, y lo manifiesta rotundamente, ROGEL VIDE, para quien la decisión del TS es excesivamente estricta y no acorde a Derecho ni a los tiempos actuales, y se expresa en estos términos: “En mi modesta, pero sentida opinión, las afirmaciones de la Sentencia dicha son contradictorias en ocasiones, desafortunadas casi siempre y contrarias, en todo caso, al sentir común de la jurisprudencia en estos pagos. Lo que viene a decirse, lisa y llanamente, es que, aun

¹⁴² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, op. cit., p. 389.

¹⁴³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “El favor progenitoris en relación con los hijos mayores de edad”, en Aranzadi civil, t. 10, v. 1 (2001), p. 2005.

siendo igualmente respetables las razones de padres e hija –que pueden tener puntos de vista, convicciones e incluso creencias dispares -, si ésta no atiende al modelo de vida de aquellos y abandona el domicilio paterno, se queda sin derecho a alimentos de ningún género, aunque se encuentre en estado de necesidad y sobre la única base de no haber probado una incapacidad para trabajar, cuando la única prueba, mínima, que se requiere para recibir alimentos es la de la necesidad del alimentista, necesidad que llega a inducirse de la propia presentación de la demanda. La Sentencia contradice el común sentir de la jurisprudencia, de conformidad con el cual la opción no es posible si el ejercicio de la misma puede perjudicar al alimentista, siendo lo normal que, salvo en los supuestos de alimentantes y alimentistas bien avenidos, los alimentos sean satisfechos mediante el pago de una pensión periódica”¹⁴⁴.

Sin poder estar de acuerdo con lo que manifiesta el autor, es cierto que el caso viene contemplado en el Código Civil y que lo que establece para el mismo es taxativo. Así, es por todos sabido que el art. 149 establece que *el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos y que esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad*. De esta modo, existiendo justa causa para que el alimentante no pueda elegir prestar los alimentos en su domicilio, como puede ser la convivencia conflictiva o incluso insoportable entre ambos, el deudor estará obligado al pago de la pensión en vez de poder elegir traer a vivir consigo al deudor. Lo que está manifestando la sentencia es que, aun existiendo la previsión del art. 149 del CC, el hijo debe siempre respetar al padre y procurar hacer posible la convivencia, no pudiendo justificar en ningún caso el pago de la pensión en una incompatibilidad de caracteres que es habitual entre generaciones distintas. Idea que subyace y con la que estoy totalmente de acuerdo.

Dice MARÍN GARCÍA DE LEONARDO tratando el tema de la diferencia entre la mayoría de edad y la independencia efectiva por los medios económicos que esto “plantea problemas de convivencia, ya que los padres se ven impotentes para conseguir

¹⁴⁴ ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios...*, op. cit., p. 93.

el respeto a sus normas de vida, mientras continúan teniendo que hacer efectiva su obligación de prestar alimentos a los hijos. En situaciones más extremas se puede apreciar incluso un maltrato de los hijos a los padres”¹⁴⁵.

El art. 155.1 del CC dice que los hijos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre, no siendo por tanto exclusivo de los hijos menores, sino que es deber de los mayores también el respeto debido a los padres. El art. 154.1 anterior a la reforma de 1981 decía que los hijos debían *tributarles respeto y reverencia siempre* a los padres.

Me parece adecuado en este punto, ya no por su valor como doctrina técnica jurídica sino por la clarividencia con que lo explica, citar aquí a ALBALADEJO por lo que dice respecto al respeto debido a los padres por los hijos: “tengo la seguridad que los padres de ahora, como posiblemente la mayor parte de los de antes, se dan por satisfechos con que, aunque no sea ni en todo ni siempre, sus hijos les obedezcan más o menos y más o menos no les falten demasiado al respeto, un respeto entendido, como debe ser, como deferencia solícita y afectuosa, y no como temeroso acatamiento. Es decir, que creo que con el sabio legislador, los padres cambiarían gustosos el *tributo* y la *reverencia* LITERALES por un *mínimum de obediencia y respeto EFECTIVOS*”¹⁴⁶.

f) Legitimación del progenitor en cuya compañía queda el hijo mayor de edad en lo relativo a sus alimentos en el proceso matrimonial

i. Planteamiento general

La legitimación del progenitor que en el proceso matrimonial reclama alimentos a favor del hijo que convive con él¹⁴⁷ es donde se ha suscitado la mayor polémica tanto

¹⁴⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “El *favor progenitoris*...”, *op. cit.*, p. 1999.

¹⁴⁶ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, ed. 11ª, Edisofer, Madrid, 2008, p. 283-284.

¹⁴⁷ Me refiero no sólo a esto sino a todos los casos en que es el progenitor el legitimado en lo relativo a los alimentos a los hijos, sea en un pleito de separación, nulidad o divorcio, sea en uno de modificación

en la Jurisprudencia como en la doctrina. Polémica que aún no ha sido resuelta satisfactoriamente, no tanto en lo que se refiere a la legitimación procesal en sí del progenitor, que quedó resuelta por la STS de 24 de abril de 2000, como a la argumentación jurídica en la que debe apoyarse.

Anteriormente a la reforma del Código Civil operada por la ley 11/1990 de 15 de octubre, que introdujo el segundo párrafo del artículo 93, los alimentos del hijo mayor de edad, aun cuando fuera dependiente económicamente, no tenían cabida en el proceso matrimonial, teniendo el hijo que reclamar los alimentos a que tuviera derecho en un proceso propio para ello, e incluso cuando hubieran sido fijados los alimentos al hijo al ser menor de edad en el momento de la separación o el divorcio, dado que al llegar a la mayoría de edad los alimentos fijados se extinguía y debían volverse a reclamar, siendo todo ello claramente contrario a la economía procesal, debiendo, además, demandar a ambos progenitores, aun cuando conviviera con uno de ellos¹⁴⁸.

Antes de la citada reforma, la Ley 30/1981 de 7 de julio modificó el Código Civil en lo relativo a la regulación del matrimonio y las causas de nulidad, separación y divorcio, siendo muy escrupulosa con lo ya regulado en el Código Civil, motivo por el cual no entró a contemplar qué ocurría con los hijos que aun siendo mayores de edad y teniendo plena capacidad, no contaban con medios suficientes para procurar su sustento y su educación, que a la edad de los 18 años¹⁴⁹, y ya en el año 1981, era la circunstancia más común.

Si bien, la reforma de la Ley 11/1990 introdujo los alimentos de los hijos mayores en el proceso matrimonial, dando respuesta a una necesidad social acuciante, como era la de proteger al hijo que aun siendo mayor de edad no era independiente económicamente, dejó en el aire la manera en que debiera articularse su aplicación, generando, hasta la STS de 24 de abril de 2000, cuantiosos problemas prácticos, acaloradas discusiones doctrinales y la existencia de sentencias totalmente

de medidas, ya sea demandante o demandado.

¹⁴⁸ Como ejemplo de ello pueden consultarse las Sentencias del TS de 12 de abril de 1994 y de 5 de noviembre de 1996, entre otras.

¹⁴⁹ El art. 315 CC establece que “la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”, como también preceptúa el art. 12 de la Constitución; el art. 314 establece que la emancipación se produce, entre otras causas, por la mayoría de edad; el art. 322 establece que la mayoría de edad otorga a plena capacidad.

contradictorias, exigiendo unas la concurrencia del hijo en el proceso matrimonial, otorgando otras legitimación al progenitor para reclamar los alimentos del hijo pero siendo necesaria la autorización expresa de éste, y en fin, entendiendo otras que el hijo en nada podía intervenir en el proceso matrimonial. Por citar a alguno de los muchos autores que critican duramente la falta de concreción del segundo párrafo del artículo 93 CC, cito a ÁLVAREZ SÁNCHEZ, que indica al respecto lo siguiente: “La redacción de este segundo párrafo del precepto no ha podido ser más desafortunada, ya que en una materia que hasta entonces no presentaba problemas de índole jurídico, en tanto que los alimentos de los hijos menores de edad se establecían en el proceso matrimonial y los de los mayores en otro distinto, se sucedieron diversas interpretaciones, con soluciones muy dispares incluso en el territorio de la misma Audiencia Provincial, con merma de la seguridad jurídica. No es aventurado concluir, por tanto, que la reforma originó muchos más problemas que los que pretendía resolver, sin que la Sentencia del T.S. De 24 de abril de 2000 haya contribuido, en mi opinión, a despejar todas las dudas, si bien permite clarificar algunas cuestiones que antes eran discutibles”¹⁵⁰. No puedo estar de acuerdo con esta opinión del autor en lo relativo a la segunda parte de lo citado, pues la STS de 24 de abril de 2000 deja claramente zanjada la cuestión de la exclusiva legitimación del progenitor conviviente en lo que se refiere a los alimentos del hijo mayor de edad; si bien, deja en el aire cuál es el fundamento jurídico de esa legitimación, pasando la discusión a un plano ya sólo teórico y no práctico, aun cuando opino también que sí da la Sentencia claras pistas sobre el asunto, como más adelante expongo.

El art. 93.2 del Código Civil establece que “si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

En base a este artículo el progenitor en cuya compañía queda el hijo mayor de edad tiene legitimación procesal para reclamar los alimentos a que el hijo mayor tenga derecho, siempre que cumpla los requisitos establecidos por el precepto. En realidad,

¹⁵⁰ ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 21-22.

esta es la interpretación del párrafo segundo que ha parecido triunfar desde la STS de 24 de abril de 2000, pero desde luego cabe preguntarse si es efectivamente eso lo que el artículo pretende, pues del tenor literal del mismo no se infiere ninguna legitimación extraordinaria al progenitor, que no es titular del derecho de alimentos¹⁵¹. En este sentido, afirma MARTÍNEZ RODRÍGUEZ¹⁵² que “esta norma, en realidad, lo que hace es señalar un nuevo cauce procesal para reclamar el derecho de alimentos de los hijos mayores pero en ningún caso reconoce *ex novo* tal derecho, que es evidente que existe en virtud del art. 143 del CC... por lo que realmente la reforma operada es de naturaleza procesal y no sustantiva, lo que ha acarreado feroces críticas al art. 93.2”¹⁵³.

Los requisitos establecidos por el art. 93.2 son: que los hijos mayores carezcan de ingresos propios, interpretado por doctrina y jurisprudencia no como una falta total de los mismos sino como insuficientes, y que el hijo mayor conviva en el domicilio familiar, que también hay que interpretar de manera amplia¹⁵⁴.

En otros ordenamientos de nuestro entorno también se ha concedido legitimación al progenitor conviviente con el hijo mayor de edad para solicitar la contribución del otro en el sostenimiento del hijo. Así, la reforma de 11 de junio de 1975 introdujo el nuevo art. 295 del *Code* francés, y el art. 155 del Código Civil italiano¹⁵⁵.

¹⁵¹ Efectivamente es así, y es la opinión de muchos autores, entre otros POVEDA BERNAL, MARGARITA ISABEL, “Alimentos a los hijos mayores de edad. Cuestiones civiles y procesales a la luz de la nueva realidad familiar. Especial examen de la jurisprudencia”, revista jurídica del Notariado, núm. 68 (octubre-diciembre de 2008), p. 249.

¹⁵² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “Legitimación para reclamar alimentos a favor de hijos mayores”, en Actualidad civil, revista quincenal técnico-jurídica de derecho privado, t. 1 (2008), p. 592.

¹⁵³ La SAP de Valencia de 21 de junio de 2006, que es una de las estudiadas por el referido trabajo de la autora citada añade del art. 93.2 su *nula técnica legislativa al incardinar en su seno un precepto procesal dentro de uno sustantivo o material; en efecto, es obvio, desde un punto sustantivo, que los padres pueden ser condenados a pagar una pensión alimenticia a favor de los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, sin embargo desde un punto de vista procesal plantea el problema de que la fijación de esa pensión alimenticia a favor del hijo mayor pueda hacerse en el procedimiento matrimonial de separación, divorcio o nulidad de los progenitores.*

¹⁵⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “Legitimación para reclamar...”, *op. cit.*, p. 592-593. Sin embargo, SERRANO CASTRO afirma que cuando el hijo mayor vive fuera del domicilio familiar por motivo de su formación, no puede aplicarse el segundo párrafo del art. 93, como antes he explicado. SERRANO CASTRO, FRANCISCO DE ASÍS, “Aspectos procesales de la reclamación de los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 59.

¹⁵⁵ Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 395.

Por otro lado quisiera apuntar, y aunque este no sea un trabajo incardinado en el ámbito del Derecho Procesal, que desde luego cabe preguntarse si quiera someramente por las consecuencias de carácter procesal del hecho de conceder legitimación al padre para reclamar los alimentos que corresponden al hijo en el proceso matrimonial. En este sentido, POVEDA BERNAL¹⁵⁶ afirma que es delicado plantear la cuestión desde el punto de vista procesal, dado que habiéndose establecido la pensión de alimentos del hijo en un proceso matrimonial en el que sólo los cónyuges pueden ser parte, el alimentista no puede plantear una modificación de medidas, ni tampoco podría el hijo intentar una modificación de la pensión acudiendo a un proceso puramente de alimentos puesto que se estaría duplicando la pretensión. Añado que, en este último supuesto, podríamos estar además en el caso de un *recurso prohibido encubierto*, si se me permite esta original y nada ortodoxa expresión, dado que por esta vía podría contravenirse el efecto de cosa juzgada de no haber dado tiempo en el plano práctico a que cambiaran sustancialmente las circunstancias para la modificación de la pensión. Y cabría decir lo mismo en el caso de que fuera el progenitor deudor de la pensión quien planteara el declarativo de alimentos. Sólo podría, entiendo, plantearse el declarativo de alimentos que implicaría únicamente a alimentista y alimentante cuando la pensión fijada en el proceso matrimonial hubiera sido declarada ya extinguida¹⁵⁷.

ii. Estado de la cuestión antes de la STS de 24 de abril de 2000

En lo que se refiere a la legitimación, que es el punto caliente o controversia que ha suscitado mayor polémica, muchas páginas se han escrito, y muchas resoluciones contradictorias se han dictado, como antes he apuntado ya, conllevando en la práctica graves problemas de inseguridad jurídica, pues tantos tipos de sentencias apreciando la falta de legitimación se han dictado como combinaciones posibles existen. Así, algunas

¹⁵⁶ Cfr. POVEDA BERNAL, MARGARITA ISABEL, “Alimentos a los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 247 y siguientes.

¹⁵⁷ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO afirma que sólo cabe acudir a la modificación de medidas y FERRER SAMA cree que el hijo puede acudir al juicio verbal de alimentos, como indica ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 21-34.

sentencias estimaban que existía litisconsorcio para solicitar los alimentos en el proceso matrimonial, debiendo actuar tanto el progenitor conviviente como el propio hijo, otras en que sólo se otorgaba legitimación al cónyuge, y en fin, las mismas dos posibilidades en el sentido contrario, en cuanto a la legitimación pasiva, no siendo pocos los casos en los que se ha contemplado falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber demandado en sede de modificación de medidas no sólo al ex cónyuge sino también el hijo mayor de edad destinatario de los alimentos¹⁵⁸.

De este modo, podemos sintetizar las distintas teorías que han tratado de interpretar el párrafo segundo del art. 93 del Código Civil. Debe advertirse que la división ha de hacerse en dos sentidos: en primer lugar, trataré las distintas tesis que tratan de interpretar el párrafo segundo del art. 93 que, antes de la STS de 24 de abril de 2000, defendían la legitimación procesal del hijo, del progenitor o incluso de ambos; en segundo lugar, y una vez superada la polémica por la STS de 24 de abril de 2000, deben tratarse las distintas tesis que tratan de hallar un fundamento jurídico a la doctrina fijada por el TS en la citada sentencia. No debe extrañar, por tanto, que se repitan algunas de estas tesis en un punto y en otro, pues algunas de ellas tanto sirven para el primer objeto como para el segundo.

Así, en primer lugar, podemos dividir las distintas teorías que trataban de esclarecer, a la luz del segundo párrafo del art. 93, quién tenía legitimación para actuar en defensa de los alimentos del hijo mayor de edad en el proceso matrimonial en tres¹⁵⁹: la llamada tesis alimentista, la tesis del levantamiento de cargas y la teoría de la legitimación por sustitución.

¹⁵⁸ Para hacer un seguimiento de las distintas doctrinas acerca de esta cuestión es interesante examinar el trabajo de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “Legitimación para reclamar alimentos...”, *op. cit.*, p. 590-600. En él, la autora examina las distintas corrientes jurisprudenciales referentes al asunto que nos ocupa tomando como base diecisiete sentencias de Audiencias Provinciales.

¹⁵⁹ Para esta división se ha tomado como ejemplo la del trabajo de ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 22-29. Existen otras divisiones distintas, como aquellas en que se distingue también la del derecho de reembolso, que yo incluyo sólo al hablar de las teorías posteriores a la STS de 24 de abril de 2000.

1º. Tesis alimentista

Según esta corriente¹⁶⁰, que fue la defendida por la Fiscalía General del Estado en Consulta de 13 de febrero de 1992¹⁶¹ y por numerosas sentencias¹⁶², defiende que, en palabras de BELO GONZÁLEZ, “si el hijo mayor de edad se cree con derecho a alimentos (art. 142 del C.C.) podrá reclamarlos de sus ascendientes (art. 143 del C.C.) pero actuando en su propio nombre y representación. Y sin que jamás se le pueda fijar una pensión alimenticia a su favor si él previamente no la ha pedido. No pudiendo admitirse, como excepción a esta regla general, la petición de una pensión alimenticia para el hijo mayor de edad realizada por su padre o por su madre, ya que en este supuesto la fijación de esa pensión alimenticia tropezaría con dos escollos procesales insalvables: por una parte, el padre o la madre carecerían de legitimación activa para reclamar una pensión a favor de su hijo mayor de edad que no se encuentra incapacitado; y, por otra parte, se produciría un litis consorcio necesario, por no haber sido traído a la litis, como parte, la persona a quien va a afectar la resolución judicial”¹⁶³.

Esta última idea fue seguida mayoritariamente por los Tribunales, considerando que la obligación de alimentos no se extinguía por llegar a la mayoría de edad los hijos pero sí cambiaba su fundamento legal, y por tanto la legitimación para accionar y el procedimiento correspondiente a seguir.

¹⁶⁰ Es la defendida por BELO GONZÁLEZ, ROCA TRÍAS, RIVERO HERNÁNDEZ, VEIGA NICOLE, SANZ ACOSTA, MARTÍNEZ-HOMBRE GUILLÉN y ÁLVAREZ SÁNCHEZ.

¹⁶¹ Pero “las Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que gozan de indudable prestigio, están dirigidas a la actuación de los Fiscales (por el sistema de dependencia orgánica), pero no vinculan a los Jueces y Tribunales, y en este caso, en los procesos matrimoniales, la que se indica, aún menos, pues la defensa de aquéllos se refiere a los hijos menores (arts. 74, 75, 125, 129, 299 bis, etc. del Código Civil), no a los mayores de edad. (F. 3.º) (SAP Navarra de 15 de septiembre 1994 (AC 1994, 1423)”. GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍADEL CARMEN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las Audiencias”, Aranzadi civil, t. 1, v. 2 (1998), p. 28.

¹⁶² SAP de Sevilla de 24 de enero de 1992, SAP de Soria de 27 de mayo de 1992, SAP de La Coruña de 15 de mayo de 1993, SAP de Valencia de 14 de septiembre de 1993, SAP de Palma de Mallorca de 16 noviembre de 1993, SAP de Oviedo de 9 de diciembre de 1993, SAP de Barcelona de 17 de mayo de 1996, SAP de Cantabria de 24 de septiembre de 1996, SAP de Cádiz de 17 de abril de 1998, de 27 de abril de 1994 y de 29 de junio de 1999, SAP de Castellón de 4 de mayo 1999, SAP de Málaga de 8 de junio de 1999 y SAP de Granada de 8 de febrero de 2000 y de 31 de octubre de 2000.

¹⁶³ BELO GONZÁLEZ, RAMÓN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores”, Actualidad Civil, núm. 2 (enero), 1991.

De esta forma, y según esta tesis, se puede dar cabida a la legitimación del hijo mayor para actuar en el proceso matrimonial de sus progenitores, si bien sólo en lo relativo a sus alimentos. ÁLVAREZ SÁNCHEZ señala lo que para él son las ventajas y los inconvenientes¹⁶⁴ de esta teoría¹⁶⁵: Como ventajas, que califica como *evidentes*, dice que se concede al hijo una doble vía, pudiendo actuar en defensa de su derecho de alimentos tanto en el proceso matrimonial como en el declarativo de alimentos, siendo ello, señala, respetuoso con el ordenamiento, pues “se acomoda al principio de economía procesal y evita la proliferación de incidentes en los supuestos de que el hijo pase a residir con el progenitor que abona la pensión, al sustituirse esta por la pretensión in natura contemplada en el art. 149 del Código Civil, es decir, manteniéndolo en su propia casa”; como inconvenientes y objeciones a esta teoría, el autor señala las que han defendido GONZÁLEZ CARRASCO, GUILARTE GUTIÉRREZ y MARTÍN NÁJERA, oponiéndose a ellas. Así, señala GONZÁLEZ CARRASCO que “*la dificultad de la tesis alimenticia pura* estriba, en primer lugar, en la escasa eficacia que permite a la reforma legal, ya que, al estimar que el artículo 93.II CC establece una mera opción en favor del hijo, quien puede acumular su acción a la puramente matrimonial del progenitor con quien convive, no le evita la carga procesal de demandar al obligado, dando al traste con la intención de la reforma. No se entiende cómo puede ser considerada procesalmente económica una norma que exige la intervención del hijo mayor de edad como parte procesal, cuando éste ya puede seguir acudiendo al procedimiento especial de alimentos provisionales de los artículos 1609 y ss. LECiv, más rápido que el previsto por las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981 (RCL 1981, 1700 y ApNDL 2355), o cuando puede optar por el proceso ordinario de alimentos, en el que tendría acceso a la vía casacional. Pero, sobre todo, no supera un test de mínima coherencia legislativa, que habría impuesto una reforma procesal tendente a introducir al hijo mayor de edad como parte legítima en los procesos matrimoniales. Por otra parte, esta cuestión acerca de las partes legitimadas para disponer del objeto procesal no queda resuelta aun cuando la intervención del hijo se considere justificada a través de un apoderamiento *ad litem* en favor del progenitor

¹⁶⁴ Si bien, no se trata de inconvenientes que el autor oponga a la tesis que defiende, sino que se refiere a los señalados por otros autores para salvarlos con su argumento.

¹⁶⁵ *Cfr.* ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 23-24.

conviviente, porque la figura del representante sólo resuelve un problema de legitimación *ad processum*, permaneciendo como parte legítima el representado. El representante, a diferencia del sustituto procesal, no es parte”¹⁶⁶.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ afirma que no existe obstáculo procesal para ejercitar acumuladamente la acción de alimentos al proceso matrimonial dado que, como señala RIVERO HERNÁNDEZ es precisamente lo que hace posible el párrafo segundo del art. 93, para salvar con ello la prohibición del art. 154.3 de la LEC de 1881 y que la nueva LEC en su art. 73.3 posibilita la acumulación cuando lo disponga una ley.

Critica también en este punto el autor a GUILARTE GUTIÉRREZ cuando afirma que el proceso matrimonial está limitado a los esposos, y objeta a esta opinión que el alcance de la reforma del art. 93 es “precisamente que el proceso pase de tener una dimensión matrimonial a tenerla familiar”¹⁶⁷.

2º. Tesis del levantamiento de cargas¹⁶⁸:

Es la que defienden, entre otros, RUBIO TORRANO, GUILARTE GUTIÉRREZ y SEIJAS QUINTANA y numerosas sentencias¹⁶⁹.

Se ha discutido ampliamente si el derecho de los hijos mayores de edad es como resultas de la obligación de contribución a las cargas del matrimonio ya que no se trata de un derecho de alimentos *stricto sensu*, pues es potestad del progenitor que convive

¹⁶⁶ GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁷ ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 24.

¹⁶⁸ Para un conocimiento a fondo de la distinción entre alimentos *stricto sensu* y cargas del matrimonio, es interesante la obra de MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, más en concreto en las páginas 90 a 160.

¹⁶⁹ *Vid.* SAP de Pontevedra de 12 de abril de 1996, SAP de Navarra de 28 de enero de 1999, SAP de Barcelona de 3 de mayo de 2000, SAP de Barcelona de 29 de junio de 2000, SAP de Oviedo de 13 de noviembre de 2000, SAP de Zaragoza de 4 de diciembre de 2000, SAP de Badajoz de 15 de enero de 2001, SAP de Cádiz de 8 de febrero de 2001, SAP de Almería de 14 de marzo de 2001.

con los hijos mayores de edad, o si es un derecho de alimentos del artículo 142, cuyo titular es el hijo, plenamente capaz de obrar, y que sería quien debería actuar.

Esta corriente, que considera que se trata de una contribución a las cargas del matrimonio¹⁷⁰, parte de considerar que el derecho del hijo mayor de edad se dilucida en un procedimiento del que no es parte ya que se trata de establecer medidas referentes a un proceso de separación, nulidad o divorcio en el que evidentemente no puede ser parte¹⁷¹. Esta línea empezó a surgir en algunos tribunales¹⁷² esgrimiendo argumentos como la existencia de un proyecto de ley de reforma del artículo 93 que incorporaba los alimentos de los hijos mayores de edad al proceso matrimonial, el principio *favor filii*¹⁷³, cuestiones de economía procesal, la diferencia entre la mayoría de edad legal y la edad en que se suele alcanzar la independencia económica y el aumento de procesos entre padres e hijos en base al artículo 142 tras la extinción de las pensiones de alimentos fijadas en procesos matrimoniales al alcanzar la mayoría de edad.

La consecuencia principal de dar por buena esta idea es dar legitimación al progenitor en cuya compañía queda el hijo en todo lo relativo a los alimentos y mantenimiento de la pensión alimenticia tras alcanzar la mayoría de edad mientras

¹⁷⁰ El modelo francés refuerza este argumento: el artículo 295 del *Code* reconduce la pensión a las cargas del matrimonio cuando establece que “el progenitor que asume a título principal la carga de los hijos mayores que no pueden subvenir por sí mismos a sus necesidades puede demandar de su cónyuge que le entregue una contribución para su mantenimiento y educación”.

¹⁷¹ A juicio de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, sin embargo, “esta solución no era más que una vía para dar cabida a los alimentos de los hijos mayores de edad dentro del proceso matrimonial, dado que con el artículo 93 del C.C., según la anterior redacción, no había base jurídica para imponer al progenitor alimentante la continuación de su contribución a los alimentos dentro del proceso matrimonial”. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa, *Régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores de edad...*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁷² La cuestión fue zanjada por la STS de 24 de abril de 2000, estableciendo que aunque los hijos mayores de edad tengan capacidad procesal, en realidad el progenitor que solicita los alimentos para el hijo lo que hace es ejercitar un derecho propio a exigir del otro progenitor la contribución que le corresponde en orden al sostenimiento del hijo. Según MARTÍNEZ RODRÍGUEZ ello protege al progenitor en cuya compañía queda el hijo mayor porque, de ser el hijo el legitimado procesalmente para reclamar los alimentos el cónyuge conviviente quedaría indefenso ante la pasividad del hijo, además de liberar al hijo de la ingrata de demandar a su progenitor. *Cfr.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “Legitimación para reclamar alimentos...”, *op. cit.*, p. 590 y siguientes.

¹⁷³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO habla por el contrario del *favor progenitoris* para atacar la excesiva protección de los hijos aun siendo mayores de edad, sirviendo incluso de título a uno de sus trabajos. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “El *favor progenitoris*...”, *op. cit.*, p. 1997-2011.

subsistan las circunstancias de dependencia y hasta que se dé alguna de las causas de extinción de los artículos 150 y 152 del Código Civil.

Pero, no podemos pasar por alto que la consecuencia de ello es que, aun siendo mayor de edad, no es parte en un proceso en el que se discute su derecho de alimentos¹⁷⁴, y más aún, se discute su legitimación en un proceso de modificación de medidas¹⁷⁵; ello genera, además, serios problemas dado su carácter dispositivo¹⁷⁶; esto viene íntimamente ligado a la cuestión de la calificación jurídica de dichos alimentos, esto es, si se trata en puridad de alimentos o de una carga del matrimonio.

La doctrina que considera los alimentos que se establecen en un proceso de divorcio como cargas del matrimonio obvia que el matrimonio en estos casos está ya disuelto¹⁷⁷, por lo que no pueden existir ya cargas del mismo. En los casos de separación, así como en las medidas provisionales previas al proceso de divorcio, sí podríamos hablar tal vez de cargas del matrimonio¹⁷⁸ (artículo 103.3º del Código Civil). Y ello a pesar de la muy loable intención de limitar la litigiosidad.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO afirma, al preguntarse por las mismas cuestiones que “a la vista de los inconvenientes señalados, el planteamiento que hemos

¹⁷⁴ Antes, al contrario que en la actualidad, se seguían dos procesos distintos: uno en el que se dilucidaba la causa matrimonial, y otro en el que se conocía sobre los alimentos a los hijos; en cualquier caso la cuestión de la legitimidad se sigue discutiendo, existiendo, por un lado teorías que reafirman la legitimación única del hijo para reclamar sus alimentos, teorías que otorgan legitimación para ello al cónyuge conviviente con el hijo, y hasta teorías que reconocen una legitimación compartida.

¹⁷⁵ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de mayo de 1997 afirma que “tratándose de un procedimiento de divorcio, las partes litigantes han de ser exclusivamente ambos cónyuges. Cosa distinta ocurriría, si nos halláramos ante una modificación de medidas que consistiera en la supresión o disminución de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad, que hubiese sido concedida con anterioridad en una sentencia de separación o de divorcio, ya que en ese caso sí sería precisa la llamada a juicio del hijo de cuya pensión se trata pues su ausencia podría dar lugar a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario”.

¹⁷⁶ Este carácter dispositivo, del que ya he hablado, viene recogido en abundante jurisprudencia (vid. como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 18 de abril de 1997) y fue reconocido por la Fiscalía General del Estado en el Informe de la Consulta núm. 1/1992, de 13 de febrero. Cfr: MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “Nuevos conflictos del Derecho de familia”, La Ley, Madrid, 2009, p. 609.

¹⁷⁷ Hay que hacer notar la desafortunada redacción de los artículos 90 y 91 del CC que, tratando de nulidad, separación y divorcio, continúa hablando también de *cargas del matrimonio*.

¹⁷⁸ Cfr: MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *Régimen jurídico de los alimentos...*, op. cit., p. 82.

de hacer es averiguar qué quiso establecer el legislador cuando introdujo el art. 93.2 del C.C. y de qué forma podemos incardinar la solución sin conculcar los principios de nuestro sistema jurídico; por el contrario, aquélla deberá inspirarse precisamente en estos principios y no resultar perjudicial para ninguna de las partes implicadas”¹⁷⁹.

Para RUBIO TORRANO, el art. 93.2 CC se refiere a la obligación del levantamiento de las cargas, y no a una obligación de alimentos *stricto sensu* dada la ubicación sistemática del precepto en los efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio, por su efectividad en el ámbito del pleito matrimonial y por la posibilidad que se deja abierta al hijo de acudir al juicio verbal en reclamación de sus alimentos. Como dice ÁLVAREZ SÁNCHEZ: “Se está afirmando, en definitiva, que el cónyuge no interviene en el proceso para defender un derecho de su hijo sino postulando un derecho propio que nace del hecho de mantenerle en su domicilio y satisfacer sus necesidades. Es decir, que si la alimentación de los hijos –incluidos los mayores de edad – constituye una obligación de sus padres y sólo uno de ellos está atendiendo a estas necesidades este tiene derecho a reclamar al otro padre su parte proporcional de los gastos que los hijos generan”¹⁸⁰.

GUILARTE GUTIÉRREZ defiende esta tesis también, afirmando que las cargas del matrimonio continúan más allá de la crisis de éste.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ critica esta postura, en el trabajo ya citado del autor, dando en primer lugar la razón a GONZÁLEZ CARRASCO cuando afirma que “no puede hablarse de un derecho de reembolso cuando el padre que vive con su hijo está cumpliendo con una obligación propia”¹⁸¹.

Añade el autor que, citando a PADIAL ALBÁS que “sólo es posible entender la existencia de un régimen matrimonial en cuanto exista un matrimonio; del mismo modo

¹⁷⁹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *Régimen jurídico de los alimentos...*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸⁰ ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 24.

¹⁸¹ ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 24. De todas maneras, en lo que se refiere al derecho de reembolso, como más adelante explico, ha habido cierta confusión.

que desde el punto de vista matrimonial el matrimonio determina la existencia de unas cargas”¹⁸².

Es cierto que el concepto de cargas trasciende al matrimonio, existiendo matrimonio, dado que, entre otras cosas, los hijos también deben ser tenidos en cuenta para el levantamiento de las cargas *familiares*. Así lo establece el CC en el art. 155.2 cuando establece que los hijos deben contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella. No estoy de acuerdo en este punto con ALBALADEJO cuando dice que el precepto se refiere obviamente “a los hijos bajo patria potestad, pues en otro caso, lo que corresponde hacer es lo que tengan acordado los padres con el hijo que, estando ya emancipado, puede vivir con ellos o no y emplear sus medios en mantenerse en la forma que estime oportuna”¹⁸³, dado que el CC ya aclara que es así mientras los hijos *convivan* con la familia. Así lo afirma también LACRUZ BERDEJO, que señala que si bien es cierto que el CC no habla del concepto de carga familiar sino de carga del matrimonio, también lo es que establece un deber de contribución del hijo, y no sólo del menor sino también del mayor de edad según el art. 155 CC, cesando la obligación cuando deja de vivir en el domicilio familiar¹⁸⁴. Así lo expresan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: “no se limita a los hijos menores de edad, sino a los convivientes”¹⁸⁵. Dicho deber de contribución fue incorporado por la reforma de 1981 por propuesta formulada en la Comisión General de Codificación por DÍEZ-PICAZO, y según parte de la doctrina viene a compensar la supresión del usufructo paterno sobre los bienes de los hijos¹⁸⁶.

¹⁸² ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 24.

¹⁸³ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia...*, *op. cit.*, p. 287.

¹⁸⁴ *Cfr.* LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil IV. Familia...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁵ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia conforme a...*, *op. cit.*, p. 114.

¹⁸⁶ *Cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. V, Derecho de Familia, vol. II, Relaciones paterno-filiales y tutelares..., *op. cit.*, p. 314.

Dicho esto, quisiera hacer notar lo estéril de la discusión, dado que los alimentos, sean *stricto sensu*, sean procedentes del deber de mantenimiento comprendido en la patria potestad, son alimentos, sean o no carga del matrimonio, por lo que encajarlos en una subespecie de entre las distintas cargas del matrimonio que vienen determinadas en el art. 1362 del Código Civil no modifica la naturaleza de los alimentos, que son tales, sean o no una carga del matrimonio. Otra cosa es que el considerarlos cargas del matrimonio o carga familiar, como algún autor dice para hacer notar que existe familia, y con cargas (como antes he explicado) exista o no matrimonio, sea determinante para otorgar o no legitimación al progenitor en lo referente a los alimentos. Creo que todo lo explicado debe apartarse en este asunto, y que lo que realmente justifica la legitimación paterna es otra figura, que más adelante explico.

En cualquier caso, y en lo relativo a las cargas del matrimonio, me remito a lo que explico sobre las mismas y su relación con esta cuestión, más adelante, al referirme a las corrientes existentes después de la STS de 24 de abril de 2000.

3º. Tesis de la legitimación por sustitución¹⁸⁷

Es la propuesta tímidamente por POVEDA BERNAL¹⁸⁸ basándose en el art. 10 de la LEC, que establece que “serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso” y que “se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta de su titular”.

Esta teoría es defendida por varios autores y también por parte de la jurisprudencia, si bien algunas sentencias con coherencia relativa, así, la SAP de Pontevedra de 12 de abril de 1991, SAP de Bilbao de 19 de diciembre de 1991, SAP de

¹⁸⁷ Defendida por MARTÍN NÁJERA, GONZÁLEZ CARRASCO y POVEDA BERNAL.

¹⁸⁸ En efecto, la autora se expresa en los siguientes términos: “La cuestión es sin duda problemática, ya que no puede defenderse que el artículo 93.2 CC establezca una representación legal de un mayor de edad, aunque tal vez pudiera considerarse un supuesto excepcional de legitimación procesal por quien no es titular del derecho, pudiendo tener un forzado encaje legal en el artículo 10 LEC”. POVEDA BERNAL, MARGARITA ISABEL, “Alimentos a los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 249.

Oviedo de 25 de julio de 1992, SAP de Córdoba de 5 de octubre de 1995, SAP de Cádiz de 4 de julio de 2000, SAP de Jaén de 11 de octubre de 2000, SAP de Almería de 14 de marzo de 2001, SAP de Zaragoza de 4 de diciembre de 2000, SAP de Badajoz de 17 de febrero de 1992, SAP de Málaga de 6 de marzo de 1991, SAP de Málaga de 15 de julio de 1999, SAP de Zamora de 17 de marzo de 2000 y SAP de Córdoba de 24 de noviembre de 2000.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ, que critica esta tesis, cita como ejemplos de la legitimación excepcional por sustitución el art. 11 de la LEC (legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios)¹⁸⁹. Además, la legitimación la poseen no sólo quienes alberguen un derecho propio sino también los que tengan un interés legítimo¹⁹⁰, así, como cita también el autor, el caso de la reclamación de paternidad por parte del otro progenitor¹⁹¹.

Esta tesis, que GONZÁLEZ CARRASCO califica de intermedia entre la tesis alimenticia y la tesis del levantamiento de las cargas¹⁹², fundamenta la legitimación del progenitor en cuya compañía queda el hijo mayor de edad para reclamar los alimentos a que éste tiene derecho en la figura de la sustitución procesal, que define como una especial autorización legal por la que “una persona (el sustituto) puede deducir en el proceso derechos ajenos (del sustituido), accionando, no en nombre del titular de los derechos que se dilucidan, sino en su propio nombre”¹⁹³.

La jurisprudencia ha venido a llamar a esto en algunos pronunciamientos *especial legitimación por sustitución*, como hace la sentencia de la Audiencia Provincial

¹⁸⁹ Cfr: ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁹⁰ Cfr: ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁹¹ Vid. STS de 5 de noviembre de 1987, STS de 10 de marzo de 1988, STS de 23 de febrero de 1990, STS de 22 de marzo de 1999.

¹⁹² Cfr: GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 29.

¹⁹³ GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 30.

de Valencia de 14 de noviembre de 1997¹⁹⁴. Esta sentencia establece que “sea cual fuere la ruptura con los criterios tradicionales de legitimación activa, es evidente que el párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil, introducido por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que hace referencia a una resolución judicial dictada en proceso matrimonial, está admitiendo que la fijación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad pueda ser instada dentro de ese proceso por uno de los progenitores, instaurando por vía excepcional una suerte de *especial legitimación por sustitución*¹⁹⁵ en tanto se mantengan aquellas circunstancias que definen la excepcionalidad; sin perjuicio de que el hijo mayor de edad pueda, fuera de este ámbito procesal¹⁹⁶, reclamar su derecho a percibir alimentos de su progenitor”.

La SAP de Zaragoza de 7 de julio de 1993 se expresa en los siguientes términos: “Esta interpretación no rompe la regulación de los alimentos entre parientes en nuestro Derecho, ni afecta a los derechos a percibir alimentos los hijos de sus padres cuando aquéllos sean mayores de edad y estén en situación de necesidad. Lo que ocurre es que en el caso contemplado por el párr. 2.º del citado art. 93, uno de los padres está cumpliendo ya, voluntariamente, la obligación legal, a favor de su hijo, establecida en los arts. 142 y siguientes del Código Civil, pero no mediante el pago de una pensión, sino como permite el art. 149 del Código <<recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos>>. Y en este supuesto es justo que el progenitor que así cumple con su obligación de prestar alimentos a un hijo, se vea compensado por el otro, también obligado, mediante el pago de una cantidad que fijen los Tribunales”¹⁹⁷.

De esta manera existiría, según esta teoría, una facultad procesal del progenitor conviviente para exigir los alimentos del hijo, que es el titular del derecho, y todo ello

¹⁹⁴ Citada por POVEDA BERNAL, MAGARITA ISABEL, “Alimentos a los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 242. También en este sentido: SAP de Valencia de 14 de septiembre de 1993, SAP de Navarra de 15 de marzo de 1996 y SAP de Zaragoza de 7 de julio de 1993, que cita GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 30.

¹⁹⁵ La cursiva es mía.

¹⁹⁶ Ya he expresado sobradamente lo peligroso que creo que resulta que existan dos vías para reclamar los alimentos, pues si se dilucidan en un proceso matrimonial no deberían poderse reclamar o modificar de nuevo en el ámbito del declarativo de alimentos, ya que daría pie a la existencia de un *extraordinario recurso encubierto* y a la conculcación del principio de cosa juzgada.

¹⁹⁷ GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 31.

para evitar un perjuicio en su patrimonio¹⁹⁸. GONZÁLEZ CARRASCO señala como ventajas de esta tesis: no altera la cualidad de parte en el proceso matrimonial, no pone en duda la titularidad del derecho de alimentos y, “lo que es más importante: la existencia de un sustituto en la acción procesal derivada de un derecho ajeno no obsta para entender que ante la pretensión de supresión o modificación de tal derecho, existirá litisconsorcio pasivo necesario entre el progenitor demandante y el hijo titular”¹⁹⁹.

Pero, como advierte GONZÁLEZ CARRASCO, y como dispone taxativamente el art. 10 LEC mencionado, la sustitución debe ser contemplada por la ley, no pudiendo hacerse de manera voluntaria, aunque cabe preguntarse si esa previsión debe hacerse expresamente o si cabe ser inferida, y en este segundo caso, cabe también preguntarse si debiera hacerse un apoderamiento expreso o si cabe la existencia de un mandato tácito por parte del titular del derecho.

GONZÁLEZ CARRASCO afirma en defensa de esta teoría que “aunque cada deudor tenga que contribuir en la medida de sus posibilidades, el Juez puede establecer la obligación de satisfacer los alimentos necesarios a cargo de uno solo de los deudores, en cuyo caso *el elegido tendrá una acción propia frente a los demás por las sumas que no le correspondan de forma proporcional a las posibilidades de cada uno*²⁰⁰. La causa sustitutoria queda aún más clara en nuestro artículo 145.II²⁰¹, si tenemos en cuenta que en caso de urgente necesidad (¿no lo son siempre los que dan lugar a la aplicación de las reglas de alimentos entre parientes?), y por circunstancias especiales (¿no lo es la circunstancia de ser ambos coobligados progenitores del alimentista?) el órgano jurisdiccional puede llegar incluso a obligar a uno de ellos a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponde. Siendo así, no parece descabellado entender, como entiende cierto sector de la doctrina que dada la necesidad de prestación completa, incumpliendo

¹⁹⁸ Cfr: GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 31.

¹⁹⁹ GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 31.

²⁰⁰ La cursiva es mía.

²⁰¹ Sorprendentemente, la autora no hace referencia en este punto al art. 1894 del Código Civil, artículo que parecen obviar casi todos los autores, como más adelante explico.

alguno de los coobligados, los demás deudores deberán suplir en la relación externa la falta de su codeudor hasta alcanzar la contribución total”²⁰².

Esta teoría debe ser rechazada dado que el art. 93.2 no está concediendo ninguna legitimación excepcional, sólo establece que el Juez disponga lo que deba en relación a los alimentos de los hijos mayores de edad que carezcan de ingresos propios y que vivan en el hogar familiar. El art. 10 de la LEC, como he explicado más arriba, es claro al establecer que la legitimación excepcional debe ser una posibilidad establecida por ley, no pudiendo inferirse del contenido del art. 93.2 tal cosa.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ critica con las siguientes palabras esta tesis: “De lo hasta aquí razonado se colige que no cabe entender que el precepto que comentamos establezca una norma de carácter procesal que posibilite a un progenitor el ejercicio, en su propio nombre, de derechos que corresponden a sus hijos. La exigencia en estos supuestos de una norma expresa que así lo autorice con carácter extraordinario no es baladí pues, como señala con acierto Sanz Acosta, el ejercicio por los padres del derecho del hijo, sin apoderamiento de éste, *supondría el establecimiento arbitrario de una limitación de capacidad... que no puede resultar implícita, sino categórica, expresa y claramente establecida en la Ley*, debiendo partirse de la plena capacidad recogida en el art. 322 del C.C.²⁰³ que sólo tiene como excepción los supuestos expresamente establecidos en casos especiales. Supone, en definitiva, limitar injustificadamente los derechos del hijo a quien nadie le pregunta si está conforme con las sumas que se reclaman para él”²⁰⁴.

²⁰² GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 32.

²⁰³ “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

²⁰⁴ ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 28.

iii. Estado de la cuestión después de la STS de 24 de abril de 2000

La controversia, acerca de quién tiene legitimación en lo relativo a los alimentos del hijo mayor de edad en el proceso matrimonial, parecía zanjada con la STS de 24 de abril de 2000²⁰⁵, que estableció que “la sentencia recurrida funda su pronunciamiento en una interpretación apegada al texto literal del art. 93, párrafo 2º del Código Civil, en su remisión a los arts. 142 y siguientes del mismo Código, unido a los efectos extintivos que respecto de la representación legal de los hijos por sus padres, tiene la llegada de los primeros a la mayoría de edad. Como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de interposición del recurso, que la remisión a los arts.142 y siguientes (remisión excesivamente amplia si se entiende hecha a todos ellos, pues resulta clara la inaplicación de muchos de esos artículos al caso de que ahora se trata) ha de entenderse hecha a los preceptos que regulan el contenido de la prestación alimenticia, por cuanto los supuestos en que procede acordar e imponer esa obligación en la sentencia que recaiga en los procesos matrimoniales, se establecen en el propio art. 9.3, párrafo 2º (convivencia, mayoría de edad y carencia de ingresos propios), sin que, por otra parte en este precepto se establezca norma alguna que modifique la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad de matrimonio que se reconoce únicamente a los cónyuges (a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de nulidad), únicos que pueden promover esta clase de procesos ejercitando aquellas acciones principales así como las accesorias relativas a los llamados "efectos civiles", entre las cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien éstos conviven frente al otro en quien no se da esa situación de convivencia. El art. 24.1 de la Constitución establece que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión" y en similares términos se manifiesta el art.7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluyendo entre los "intereses legítimos", tanto los individuales como los colectivos. Resulta evidente que el texto constitucional posibilita el acceso a la jurisdicción no solo para demandar la tutela de los derechos de que es titular el

²⁰⁵ Para un análisis a fondo de la STS es interesante consultar el trabajo de SERRANO CASTRO, FRANCISCO DE ASÍS, “Aspectos procesales de la reclamación de los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 53-68.

demandante de tutela judicial sino también a quien acude a los órganos jurisdiccionales invocando intereses legítimos. Del art. 93.2 del Código Civil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93, párrafo 2º del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquéllos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores. Al no entenderlo así la sentencia recurrida ha infringido los preceptos invocados por el Ministerio Fiscal en su recurso que, en consecuencia, ha de ser estimado”.

La sentencia deja claro quién tiene legitimación, posicionándose a favor de la legitimación del progenitor que convive con el hijo mayor, pero por cierta parte de la doctrina se discute si el TS ha hecho bien. Así, ÁLVAREZ SÁNCHEZ sigue siendo partidario de que el hijo pueda intervenir en el proceso matrimonial en ejercicio sólo de lo que atañe a sus alimentos.

Si bien la sentencia citada aclara quién tiene y quién no tiene legitimación, no *se moja* en fundamentar el por qué, o no de una manera clara al menos. No ha quedado, por ello, libre de críticas. Reflejo a continuación la que realiza ÁLVAREZ SÁNCHEZ: “No cabe duda de que la resolución precitada no considera adecuadas las tesis alimenticia y de determinación de oficio, basándose en una mezcla de las demás sin llegar a asumir ninguna por completo pues no concede al progenitor una legitimación por derecho propio sino sobre la base de su interés legítimo... Al hablar de *contribución del progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos* o de *demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores* parece defender más bien la tesis del derecho de reembolso o la de contribución a cargas, y al referirse a la legitimación con base en el interés legítimo parece reconocer que el derecho es de los hijos y lo ejercita su padre que es lo que defienden los partidarios de la legitimación por sustitución. Debe destacarse, sin embargo, que el T.S. No ha sido plenamente coherente con la tesis que abandera, pues, como ya he señalado, si se entiende que el cónyuge tiene derecho a reclamar del otro su parte en la contribución a la satisfacción de las necesidades de sus hijos, la legitimación vendría atribuida sobre el ejercicio de un derecho propio y no en consideración al mero interés legítimo. Sería un supuesto de legitimación ordinaria y no de extraordinaria. Al no haberlo entendido así nos encontramos con un manifiesto contrasentido pues resulta que se funda la legitimación del progenitor en un mero interés y se niega a quien es titular el derecho”²⁰⁶.

Creo que el autor tiene razón en lo que dice, pero también creo que se le da, en la mayoría de los casos, excesiva importancia a los argumentos del TS en el plano teórico; el TS ofrece soluciones a casos concretos y, a veces, argumenta sin haber realizado previamente un estudio serio de la doctrina existente, y dice cosas criticables en el más puro plano teórico. Cuando el TS está enunciando el interés legítimo, no está teniendo en cuenta para nada que ello es contradictorio con el posible derecho de reembolso que enuncia y con el hecho de que el verdadero titular del derecho de alimentos no pueda ser parte en el pleito. Está única y llanamente diciendo que el progenitor tiene interés legítimo, en un sentido vulgar del término, en la contribución

²⁰⁶ ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 29.

del otro progenitor, sin ir más allá ni entrar en las consecuencias lógico-jurídicas de su afirmación. Y está, en mi opinión, enunciando claramente el derecho de reembolso, que es el único que, además, no entra en colisión con ningún otro principio del ordenamiento, salvo por el escollo de ser, si se quiere, un derecho de reembolso distinto, como explico más adelante²⁰⁷.

SERRANO CASTRO, por el contrario, sí cree que el TS zanja la cuestión, pero en cuanto a la fundamentación, considera que opta claramente por la tesis del levantamiento de cargas: “En definitiva y concluyendo, el Tribunal Supremo con su Sentencia no hace sino confirmar que dicha pensión constituye una carga que persiste tras la crisis matrimonial, equiparando su naturaleza a la pensión alimenticia que es debida en relación a los hijos menores de edad”²⁰⁸.

Podemos resumir las corrientes tanto jurisprudenciales como doctrinales que buscan una justificación a la legitimación en cinco tesis: las que se basan de nuevo en las cargas del matrimonio, las que lo hacen en la excepcionalidad de la legitimación del art. 10 de la LEC, las que afirman que hay una transmisión del crédito alimenticio, las que defienden la existencia de un mandato tácito y, por último, las que creen que existe un derecho de reembolso del progenitor conviviente.

1º. Teoría de las cargas del matrimonio

Como antes he explicado, es en el concepto de cargas del matrimonio donde se ha apoyado mayoritariamente tanto la doctrina como la jurisprudencia para justificar jurídicamente la legitimación dada al progenitor conviviente para reclamar en un proceso matrimonial alimentos a favor del hijo, siendo el hijo mayor de edad.

²⁰⁷ Soy consciente de que la afirmación que acabo de hacer acerca de algunas resoluciones del TS es cuanto menos atrevida, pero la mantengo, porque también soy consciente de que los motivos que el TS esgrime para tomar a veces determinadas decisiones distan mucho de ser correctos, jurídicamente hablando, encauzándose más en el interés de encontrar una solución justa unas veces, políticamente correcta otras, que en la correcta argumentación jurídica.

²⁰⁸ SERRANO CASTRO, FRANCISCO DE ASÍS, “Aspectos procesales de la reclamación de los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 67.

Es preciso determinar qué son cargas del matrimonio. Pero el Código Civil no nos ofrece una definición genérica de *cargas del matrimonio*, sólo enumera cuáles son cuando entra a regular la sociedad de gananciales. Sin embargo no hay sólo cargas del matrimonio cuando el régimen económico matrimonial sea el de gananciales, por lo que debe entenderse de aplicación al matrimonio sea cual sea su régimen económico matrimonial.

Así en el art. 1362, el Código Civil establece que son cargas del matrimonio²⁰⁹ el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia.

Según ALBALADEJO, “en el sentido económico que la locución *cargas del matrimonio* tiene en tema de régimen económico matrimonial, significa *gastos de sostenimiento de la familia*”²¹⁰.

En contra del fundamento de la legitimación paterna en la calificación de los alimentos del hijo como cargas del matrimonio hay que argüir lo que ya he apuntado anteriormente, esto es, que también se concede legitimación al progenitor cuando se dan las condiciones del art. 93.2 en los casos de hijos no matrimoniales y que no podemos hablar de cargas del matrimonio cuando no existe ya matrimonio, por lo que hay que excluir del todo, teniendo en cuenta todo lo dicho en el trabajo a propósito de la misma teoría antes de la STS de 24 de abril de 2000, la fundamentación jurídica basada en la teoría de las cargas del matrimonio.

Para terminar con esta tesis, cabe decir por último que la consideración de carga matrimonial o familiar lo es en cuanto existe un matrimonio, dentro de los que se incluyen los alimentos a los hijos, sean mayores o menores, cuando el matrimonio se extingue las personas concretas de esa familia lógicamente siguen existiendo, y las concretas obligaciones que respecto de ellas mismas tienen, pero no ya como

²⁰⁹ A las que deben contribuir ambos cónyuges como establece el art. 1318.1 CC, y además de manera proporcional a los medios de que disponga cada uno, por aplicación del art. 1438 CC.

²¹⁰ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia...*, op. cit., p. 142.

consideración a su condición de familia sino en lo relativo a las relaciones de parentesco, que nada tienen que ver con la existencia o no de un matrimonio.

2º. Excepcionalidad del artículo 10 de la LEC²¹¹

En lo relativo a esta tesis, de igual modo me remito a lo ya dicho acerca de ella, sirviéndome todo lo aclarado para rechazarla.

3º. Teoría de la transmisión del crédito

MORENO-TORRES HERRERA cree que la justificación jurídica de la legitimación es la existencia de una transmisión del crédito de alimentos desde el hijo, que es el titular del derecho, al progenitor conviviente, que es quien se hará cargo de su manutención y se convierte así en acreedor del otro deudor mancomunado.

Creo que el argumento, tal como lo plantea la autora, merece ser citado literalmente: “No podemos contentarnos con encontrar un fundamento jurídico a la norma; también es preciso identificar el fenómeno jurídico en virtud del cual un sujeto distinto al titular del derecho tiene atribuidas el ejercicio de las facultades y acciones que de él derivan. Partimos de la idea de que el titular de los alimentos es el hijo mayor de edad (STS de 30 de diciembre de 2000, Ponente Villagómez Rodil, y Auto de la AP de Valencia, ec. 6.ª, de 14 de febrero de 2000), y nada más que el hijo. La relación jurídica de naturaleza alimenticia se entable entre éste y el progenitor no conviviente; es en ellos en quienes han de concurrir los requisitos legales. Excepcionalmente, y por razones en las que no es necesario insistir, la ley concede legitimación para exigir que la deuda alimenticia se cuantifique en el proceso matrimonial, al padre conviviente, el cual actúa en virtud de un derecho propio y no como representante del hijo (STS de 24 de abril de 2000, Ponente: González Poveda). *Fijada judicialmente la cuantía que en*

²¹¹ GONZÁLEZ CARRASCO la llama *tesis sustitutoria*.

*concepto de pensión alimenticia habrá de satisfacer mensualmente el padre no conviviente, la madre se convierte en acreedora de esa cantidad concreta*²¹², y puede reclamar su cumplimiento al deudor una vez que, tras su vencimiento, haya devenido exigible. El hijo no tiene, en cambio, la facultad de exigir el cumplimiento (SAP de Barcelona, sec. 12., de 25 de enero de 1999; SAP de Madrid de 19 de octubre de 1999, Ponente: Hijas Fernández; Auto AP de Barcelona, sección 12.^a, de 7 de febrero de 2000, Ponente: Salvá Cortés) ni tampoco de disponer del crédito. En particular, no puede renunciar, en perjuicio de la madre, no ya a percibir en el futuro la pensión (lo que en ningún caso le sería posible debido a la naturaleza irrenunciable de los alimentos), sino tampoco al cobro de las pensiones alimenticias atrasadas (Auto de la AP Barcelona de 17 de enero de 1998 y Auto de la AP Valencia, sec. 6.^a, de 14 de febrero de 2000), todo lo cual conduce a la conclusión de que no es el acreedor. Es la madre a la que en su condición de acreedora le corresponden las facultades de exigir el cumplimiento y realizar actos de disposición del crédito. Negar al hijo la condición de acreedor no implica, sin embargo, negarle la titularidad del derecho de alimentos, que como derecho abstracto siempre le pertenece, pues es personal e intransmisible. De ahí que se reconozca en todo momento la legitimación del hijo, aun dándose los presupuestos del art. 93, 2.º Cc, para entablar cualquier procedimiento judicial relativo a su derecho (SAP de Granada, sec. 3.^a, de 4 de diciembre de 2001, Ponente: Mascaró Lazcanol, y SAP de Madrid, sec. 22, de 13 de junio de 2003, Ponente: Galán Cáceres). El particular régimen jurídico instaurado por el art. 93.^a Cc, tal y como viene siendo interpretado por la jurisprudencia, encuentra su justificación dogmática, en buena medida, en los rasgos característicos de la obligación de alimentos entre parientes, tal y como está contemplada en los arts. 142 a 153 Cc. El titular del derecho de alimentos es, en todo caso, el pariente que se encuentra en situación de necesidad, pero nada impide que, *una vez fijada judicial o convencionalmente su cuantía, el crédito se transmita*²¹³. Distinto es que las leyes, para evitar que se vulnere la finalidad de la deuda alimenticia, que es la de subvenir a las necesidades del alimentista, prohíban la transmisión del crédito alimenticio. En el caso que nos ocupa no hay, sin embargo, razón alguna para excluir la cesión del crédito, por cuanto que, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, *no hay riesgo alguno de que se frustre el objetivo de la deuda alimenticia*. Además, no se

²¹² La cursiva es mía.

²¹³ La cursiva es mía.

trata de una cesión convencional del crédito, sino de una cesión operada por disposición de la ley cuando se dan determinados presupuestos, y ordenada con el objetivo de proteger el interés del progenitor conviviente. La transmisión de la deuda alimenticia a este último aparece así como el instrumento técnico mediante el cual se le proporciona esa protección, sin perjudicar al hijo, el cual, como titular del derecho de alimentos, conserva siempre la posibilidad de hacer valer una pretensión frente a sus padres, por el cauce del procedimiento correspondiente, de conformidad con lo establecido en los arts. 142 y ss Cc²¹⁴.

A este razonamiento creo que deben oponerse varios puntos de crítica. En primer lugar, y de manera principal, la autora plantea en todo momento una explicación que se refiere a un momento posterior al pleito, por lo que sigue dejando en el aire cuál es el fundamento jurídico de la legitimación procesal del progenitor. En efecto, ella misma dice que “fijada judicialmente la cuantía que en concepto de pensión alimenticia habrá de satisfacer mensualmente el padre no conviviente, la madre se convierte en acreedora de esa cantidad concreta” y que “una vez fijada judicial o convencionalmente su cuantía, el crédito se transmite”. Por lo tanto, si se refiere en todo caso a una transmisión del crédito posterior al momento en que ha tenido que existir una justificación para reclamar su efectividad, en el momento en que se reclamaba, y según ella, el acreedor seguía siendo el hijo, y no la madre, cuya legitimación sigue por tanto la autora sin justificar. En segundo lugar, ya de carácter secundario cabe contradecir que cuando dice que, “no hay riesgo alguno de que se frustre el objetivo de la deuda alimenticia” para contravenir la disposición legal que prohíbe la transmisión del crédito alimenticio está pasando por alto muchas circunstancias que en la práctica pueden darse y afectar al derecho de crédito del hijo si se considera que ha habido transmisión. Dar por hecho que la transmisión a la madre del crédito sólo puede traer consecuencias positivas al derecho del hijo es mucho suponer. Creo por tanto que no existe tal transmisión del crédito y que el único acreedor del derecho de alimentos sigue siendo el hijo, que es el titular del derecho y el que tiene siempre la posibilidad de entablar un pleito de alimentos fuera del proceso matrimonial.

²¹⁴ MORENO-TORRES HERRERA, M.^a LUISA, “Los presupuestos del derecho de alimentos...”, *op. cit.*, p. 294-296.

Además de lo anterior, como argumento principal a esta tesis debe oponerse el carácter de derecho personalísimo del crédito alimentario, que no puede obviarse ni matizarse en defensa de la funcionalidad de la teoría expuesta. El crédito alimenticio es intransmisible, y no puede infringirse dicho carácter, sencillamente.

Afirma MARTÍNEZ RODRÍGUEZ que “la naturaleza esencialmente personal es evidente desde el lado activo y pasivo de la relación pues tanto la obligación de proporcionar alimentos como el correlativo derecho a reclamarlos son inherentes a la persona del deudor y acreedor respectivamente, al ser sus particulares circunstancias personales, y no otras, las que determinan la existencia de la relación obligatoria”²¹⁵, y que “el derecho a recibir alimentos corresponde a una determinada persona en consideración a su vínculo familiar y su personal necesidad y, en este sentido, está indisolublemente conexo a la persona de su titular”²¹⁶.

Como dice COBACHO GÓMEZ, “La deuda y el crédito son estrictamente personales e intransmisibles, ya que la relación obligatoria es personal por cuanto se basa en el vínculo familiar que une al deudor con el acreedor” y que “no es susceptible de ceder o transmitir porque dicho crédito no se puede separar de la persona, no es un valor económico del que pueda disponerse libremente”²¹⁷.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ también dice al respecto que “el crédito no es transmisible, como no lo son las circunstancias personales no familiares de las que se deriva, por lo que no cabe la cesión del mismo”²¹⁸.

El veto genérico a la renuncia o transmisión incluye todas las operaciones equivalentes. En todas las hipótesis el acto es nulo²¹⁹. Como expresan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: “no se trata sólo de impedir que el alimentista

²¹⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 156.

²¹⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 157.

²¹⁷ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 26-27.

²¹⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 159.

²¹⁹ *Cfr.* LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 20.

se despoje de su derecho sin obtener una compensación, sino cualquier operación que sustituya en su patrimonio el crédito alimentario legal por otro objeto, como si el alimentista se compromete a no reclamar en el porvenir alimentos a su deudor, mediante el pago inmediato de un capital; acepta una pensión fija: una cantidad inmutable, cualesquiera que sean las modificaciones aportadas a la situación del acreedor o del deudor; o consiente, a cambio de una pensión más elevada, una limitación en el tiempo de su pago. En todas estas hipótesis el acto es nulo”²²⁰.

4º. Teoría del mandato tácito

El art. 1710 del Código Civil, que establece en su inciso primero que “el mandato puede ser expreso o tácito”, ha servido a algún autor para fundamentar jurídicamente la legitimación del progenitor conviviente, afirmando que tal legitimación la tiene el progenitor como mandatario del hijo mayor de edad, que no puede actuar en nombre propio en el pleito matrimonial, apoderando tácitamente al progenitor con quien convive para que reclame en su nombre los alimentos que le corresponden. Esta es la línea destacan VEGA SALA²²¹ y la SAP de Murcia de 2 de julio de 1997.

A esta tesis se han opuesto distintas críticas, sobre todo en cuanto a los problemas que plantea la revocabilidad del mandato por parte del hijo. Así, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ²²², MARTÍN NÁJERA, que señala que “la crítica a esta interpretación viene dada, de una parte, en que su base es un negocio tácito en el que se prescinde totalmente de la voluntad del hijo que se presume por la convivencia, y, de otra, en que como tal negocio tácito, es revocable en cualquier momento por el hijo y, por tanto,

²²⁰ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil IV, op. cit.*, p. 75.

²²¹ Cfr. VEGA SALA, FRANCISCO, “Alimentos: hijos mayores y menores de edad”, en *Problemas candentes en los procesos de familia*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 155, donde señala que el art. 93 está en realidad estableciendo es un mandato específico del hijo a los progenitores para que reclamen los alimentos a los que tenga derecho.

²²² Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, op. cit., p. 405.

tiene los mismos inconvenientes en que incurre el atribuir al hijo la legitimación con carácter exclusivo”²²³, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO²²⁴.

Además, debe tenerse en cuenta lo establecido por el art. 1720 CC, que dice que “todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo”. En el caso de las pensiones de alimentos que un progenitor abona al otro para el sostenimiento del hijo no ocurre esto en absoluto, pues es admitido por todos sin problemas que la pensión no se abona al hijo sino al progenitor con quien convive, que es quien la administra para el sostenimiento de los gastos del hijo, aun siendo este mayor de edad. La tesis del mandato queda por ello totalmente descartada. El progenitor no está actuando por cuenta del hijo, sino en beneficio propio.

5º. Teoría del derecho de reembolso

El art. 1894.1 del CC, que se encuentra sistemáticamente ubicado en los relativos a la gestión de negocios ajenos, establece que “cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos”.

Se trata de un supuesto de gestión especial que ha venido a denominarse “gestión alimentaria”. Según MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “aunque la necesidad de su regulación específica en el Código ha sido cuestionada por la doctrina, la justificación a la misma pudiera encontrarse en que el cumplimiento de la obligación corresponde a un interés superior al de las ordinarias prestaciones pecuniarias entre particulares”²²⁵. En el

²²³ MARTÍN NÁJERA, SOLEDAD, “Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: el artículo 93.2 y la legitimación”, *Actualidad Civil*, núm. 31 (septiembre), 1997, p. 689.

²²⁴ *Cfr.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *Régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores de edad...*, *op. cit.*, 1999, p. 116.

²²⁵ La autora hace este comentario refiriéndose a lo anteriormente dicho por LACRUZ BERDEJO (“La gestión de negocios sin mandato”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, p. 245-270, p. 269), también por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA haciendo referencia a lo dicho por PUIG BRUTAU (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS,

mismo sentido, COBACHO GÓMEZ pone de manifiesto la presencia innecesaria del art. 1894 en el Código dado que sin él, la regulación sería la misma²²⁶.

Esta figura de gestión de negocios ajenos específica en sede de derecho de alimentos existe ya desde las Partidas. Así, establecen las leyes XXXVI y XXXVII respectivamente, del Título XII, de la Partida V que “madre ó abuela teniendo sus hijos ó sus nietos en su poder después de muerte de su padre de los mozos, et teniendo otrosi en su poder los bienes dellos, et dándoles comer, et beber, et vestir, et calzar et las otras cosas que les fuesen meester, et habiendo ellos tanto de lo suyo por que bien guarescer, las despensas que la madre ó el abuela facieren en tales hijos ó nietos bien las pueden cobrar de sus bienes dellos...”, “padraastro alguno teniendo su antenado en su casa, et dandol comer, et beber et las otras cosas quel fuesen meester, haciendo afrentas que las despensas que face en él, que las face con atención de las cobrar, entonce débelas cobrar de los bienes del mozo si los hobiere... Et lo que deximos en esta ley del padraastro entiéndese también de todos los otros homes que gobernaren et pensaren de mozos extraños, et et que recabdaren sus bienes”²²⁷.

Para MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, sin embargo, después de reconocer que los principios que consagra el art. 1894 ya vienen contemplados para el pago de cualquier deuda (arts. 1158.1 y 2 del CC) por lo que parece que el art. 1894 redunda y no es necesario, afirma que la prestación de alimentos por una persona no obligada no siempre encaja en el supuesto de pago por tercero dado que técnicamente no se puede decir que el pago se haga “*por cuenta de otro*” (art. 1158.2 CC) ya que a veces es posible que el tercero ignore la cuantía de los alimentos o que no sepa incluso quién es el obligado (art. 110)²²⁸, y además, sigue diciendo, tiene sentido la figura específica dadas las peculiaridades de la misma.

Elementos de *Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 90) y por COBACHO GÓMEZ (*La deuda...*, *op. cit.*, p. 107). MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 546.

²²⁶ En efecto, como dice, “el Anteproyecto de Libros III y IV de 1885-1888 en el título de las obligaciones que se contraen sin convención en el artículo 8 dice que los gastos de piedad, hechos oficiosamente, sólo podrán repetirse cuando hubiese sido manifiesta la intención de recobrarlos, o cuando aquel a quien aprovechan estuviese en situación económica tan notoriamente desahogada, que no permita dudar que le era innecesario el socorro”. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 107.

²²⁷ Texto extraído de la edición de 1807, Tomo IV, de la Real Academia de la Historia.

²²⁸ Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 547.

Los requisitos establecidos por el precepto para que exista un derecho de repetición del tercero que paga una deuda alimenticia que le es ajena son: la existencia de una relación jurídica alimenticia, el incumplimiento del obligado, el pago de un tercero ajeno en la relación con intención de reclamarlo después al obligado y el desconocimiento del deudor del pago hecho por tercero.

En primer lugar, en lo que se refiere a los dos primeros, su complejidad, en principio inexistente, se torna obvia y de trascendental importancia cuando intentamos saber si se trata de una deuda ya concretada o si basta el mero hecho de la necesidad del alimentista aunque todavía no haya procedido a reclamar sus alimentos a uno o varios parientes concretos.

En lo que se refiere a la intención del tercero de reclamar lo abonado, baste decir que la onerosidad de su acto se presume, como es la regla general en la gestión de cualquier negocio ajeno, y dado que el tercero no quiere con ello gratificar o liberar de su carga al alimentante sino sólo cubrir la necesidad del alimentista ante el incumplimiento del alimentante, será necesario demostrar que el tercero quiso pagar los alimentos debidos por otro con ánimo de liberalidad²²⁹. Sin embargo, y aunque así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina, algunos autores han apuntado que si el tercero es también pariente del alimentista puede entenderse que lo hace con ánimo de no reclamarlo dado su interés²³⁰. Pero, como dice MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “la letra del precepto es clara y creemos que ni siquiera en estos supuestos debe presumirse la liberalidad del tercero no obligado: una cosa es que, por los vínculos que le unen con el necesitado, tenga un especial interés en atender su situación, y otra, que ese vínculo excluya automáticamente el reintegro de los alimentos prestados, al menos siempre y cuando el pariente no pueda demostrar que existía intención de reclamarlos”²³¹.

²²⁹ Entre otros, *cf.* LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 27.

²³⁰ *Cf.* PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, y la STS de 7 de marzo de 1932, citado por LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 28 y en LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 90.

²³¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 552.

En cuanto al punto último, el asunto ha sido objeto de feroces críticas, no entendiéndose ni la doctrina en general ni la Jurisprudencia el por qué de esta exigencia. Como dice MARTÍNEZ RODRÍGUEZ: “No existe un motivo razonable que explique la inclusión de este inciso limitativo en sede de gestión alimentaria: la peculiaridad de este tipo de gestión no sólo no lo exige, sino que el interés social que subyace en la misma lo hace aún menos justificable. Si a ello le unimos los problemas de coordinación que plantea con el contenido de otras normas, no es extraño que la doctrina haya criticado unánimemente este inciso, considerando su contenido una limitación inexplicable al derecho de reclamación”²³². En este sentido también apunta COBACHO GÓMEZ: “La expresión sin conocimiento del obligado es difícilmente justificable, tanto por el interés social que tiene fomentar la prestación de los alimentos y facilitarla como por la supresión del requisito del desconocimiento del dominus”²³³. En el mismo sentido se expresan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: “La expresión <<sin conocimiento del obligado>>, es difícilmente justificable, tanto por el interés social que tiene fomentar la prestación de los alimentos y facilitarla; como por la supresión del requisito del desconocimiento del *dominus* en el artículo 1888 en relación a su modelo del proyecto de 1851; como, sobre todo, porque resulta inexplicable la diferencia entre el pago de una deuda de alimentos y el de cualquiera otra deuda ajena, regulado por el art. 1158. Con arreglo al interés social subyacente la norma hubiera debido ser precisamente la contraria: incluso contra la prohibición del obligado a dar alimentos que no cumple con su obligación, puede recuperarlos el que los preste en lugar suyo. Hay aquí, por lo demás, una antinomia con el art. 1158, que debe resolverse evidentemente en favor del segundo: aun en el caso de prohibición del obligado, nos hallamos en uno de los casos de excepción en que vale la gestión *prohibente dominio* (al menos, siempre sería posible la aplicación del artículo 1158-3.º)”²³⁴.

Así, dado que es contrario a lo establecido en general para la gestión de negocios ajenos, ya que nada se contempla en los arts. 1888 y 1893 CC, y que es incluso

²³² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 553.

²³³ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 107-108.

²³⁴ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 90.

contrario a lo establecido por el art. 1158 CC²³⁵, dado que exigiría oposición expresa del obligado para que el tercero no pudiera reclamar, para lo que es imprescindible que tenga conocimiento del pago hecho por tercero, el requisito exigido del desconocimiento del obligado para la gestión alimentaria es sencillamente inexplicable e injusto, pues basta con que el obligado deje de pagar voluntariamente y deje de interesarse por el alimentista, desconociendo si alguien está sustentándole, para verse liberado por completo de su obligación ya que el que se haga cargo de sus necesidades no podrá reclamarle, conculcando con ello también el abuso del propio derecho, prohibido por nuestro ordenamiento. Teniendo, además, la deuda de alimentos, un especial carácter en atención al estado de necesidad del alimentista, el requisito no debe aplicarse, dado que es contrario a Derecho e incluso inmoral.

ROGEL VIDE dice, en relación a esto, que en realidad hay que aplicar el art. 1158 para el caso de que exista conocimiento del obligado o incluso cuando se realice el pago en contra de su voluntad y dice “ha de tenerse en cuenta que, en puridad no estamos, aquí, ante una gestión de negocios ajenos, sino ante un pago, no siendo, éste, un negocio propiamente dicho, sino un acto debido, al que es de aplicación –si lo hace un tercero y como regla general – lo dispuesto en el artículo 1158”²³⁶.

Volviendo al asunto de la legitimación del progenitor conviviente con el hijo mayor de edad para actuar en lo relativo a los alimentos de éste en el pleito matrimonial, creo que lo que en realidad hay es un derecho de reembolso del padre, que es el fundamento de su legitimación y que nada tiene que ver con la especial legitimación por sustitución²³⁷.

²³⁵ Art. 1158 CC: “El que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, *a no haberlo hecho contra su expresa voluntad*”.

²³⁶ ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 53-54.

²³⁷ En este sentido, cabe señalar aquí que existe un derecho de reembolso o una especie de derecho de reembolso *sui generis*, a modo del art. 1894 de CC, en derecho catalán. Así, en el art. 237-11 de su Código de Derecho de Familia, que se rubrica “Prestación de alimentos por terceros”, establece que “la entidad pública o privada o cualquier otra persona que preste alimentos, si la persona obligada no lo hace, puede repetir contra esta última o sus herederos las pensiones correspondientes al año en curso y al año anterior, con los intereses legales, y subrogarse de pleno derecho, hasta el importe indicado, en los derechos que el alimentado tiene contra la persona obligada a prestarlos, salvo que conste que se dieron desinteresadamente y sin ánimo de reclamarlos. A petición de la entidad pública o privada o de las personas que prestan los alimentos cuando la persona obligada no lo hace o del ministerio fiscal, la autoridad judicial puede adoptar las medidas que estime pertinentes para asegurar el reintegro de los anticipos. También puede adoptar las medidas que estime pertinentes para asegurar el pago de los

Esta tesis es distinta de la del levantamiento de cargas, aun refiriéndose ambas al ejercicio de un derecho propio del progenitor y no del hijo, y difieren en que, como dice ÁLVAREZ SÁNCHEZ, la del derecho de reembolso “considera que el derecho del progenitor no nace de la atención que viene prestando a las cargas del matrimonio o de la familia sino del propio pago de la prestación alimenticia”²³⁸.

Como dice MORENO-TORRES HERRERA, la mayoría de las veces los padres atienden, y sufragan, voluntariamente las aspiraciones de los hijos en todo lo relativo a los estudios a pesar de haber alcanzado la mayoría de edad²³⁹, por la consideración social y laboral que se le concede lógicamente a querer lograr una formación lo más completa posible, por la feroz competencia del mercado laboral y por la diferencia entre la mayoría de edad jurídica y la verdadera independencia económica. Esto, al menos, es así cuando ambos progenitores conviven y toman de mutuo acuerdo las decisiones que atañen a la educación de sus hijos. Sin embargo, cuando existe separación conyugal, lo que con mucha frecuencia ocurre es que el padre conviviente accede a las pretensiones del hijo, tanto en lo relativo a los estudios como en todo lo demás, quedando en solitario para sufragar los gastos del hijo si el otro progenitor entiende que no tiene por qué atenderlo.

Citando a la misma autora, y dado que el hijo no puede ser parte en el pleito matrimonial de sus padres, “se origina por ello un claro perjuicio al padre conviviente, quien tendría que afrontar en solitario la manutención de esos hijos, salvo que ellos mismos iniciasen un proceso judicial contra el otro progenitor”, “es por ello que el legislador toma cartas en el asunto y ordena al juez que fije los alimentos que

alimentos futuros, después de escuchar al alimentado y a las personas obligadas”.

²³⁸ ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 28.

²³⁹ *Cfr.* MORENO-TORRES HERRERA, M.^a LUISA, “Los presupuestos del derecho de alimentos...”, *op. cit.*, p. 281. En el mismo trabajo, p. 308, la autora se refiere a este asunto afirmando que “se trata, como se ha dicho, de distribuir entre los padres el esfuerzo económico que representan los estudios de los hijos incluso cuando hay discrepancias entre ellos”. En este sentido también: *cfr.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “El favor progenitoris...”, *op. cit.*, p. 1999.

corresponda satisfacer al alimentante no conviviente con el alimentista mayor de edad y carente de ingresos propios”²⁴⁰.

Además, el artículo 145 del Código Civil, establece que “cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo” pero que “sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda”.

La deuda alimenticia no es solidaria, pero negar la repercusión que este incumplimiento produce en el patrimonio del conviviente sería ignorar la realidad²⁴¹. MORENO-TORRES HERRERA dice en este sentido, y cito literalmente, que “no cabe duda de que cuando uno de los obligados presta en exclusiva los alimentos que corresponden a varios, se origina respecto de ellos un derecho de reembolso, que encuentra su fundamento en el art. 1158 Cc. Lo que hace el art. 93,2º.Cc es permitir a quien ya se sabe que va a pagar por otro, cobrar anticipadamente de éste. No es, estrictamente, una acción de reembolso (por cuanto que la acción de reembolso nace por efecto del pago), pero posee su mismo fundamento: restablecer la situación patrimonial de quien se empobrece al pagar una deuda ajena”²⁴².

Olvida la autora, sorprendentemente, hacer referencia para fundamentar su argumento al artículo 1894 del Código Civil, que es sin duda el precepto en el que debe basarse el argumento a favor del derecho de reembolso. El art. 1894 CC establece, como antes he apuntado ya, que cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos,

²⁴⁰ MORENO-TORRES HERRERA, M.^a LUISA, “Los presupuestos del derecho de alimentos...”, *op. cit.*, p. 288.

²⁴¹ *Cf.*: MORENO-TORRES HERRERA, M.^a LUISA, “Los presupuestos del derecho de alimentos...”, *op. cit.*, p. 293.

²⁴² MORENO-TORRES HERRERA, M.^a LUISA, “Los presupuestos del derecho de alimentos...”, *op. cit.*, p. 293.

los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos²⁴³.

La consideración de *extraño* del progenitor conviviente es fácil de justificar dado que siendo la deuda alimenticia mancomunada, es deudor de su parte, pero extraño en lo que se refiere a la deuda del otro progenitor. En efecto, además, la obligación de alimentos es divisible, y cito a MARTÍNEZ RODRÍGUEZ: “En atención a la naturaleza de la prestación, la obligación de alimentos es divisible en cuanto obligación de dar, susceptible de cumplimiento parcial (art. 1151 *a sensu contrario*). Toda vez que la prestación es una actividad o conducta, la divisibilidad de la misma se constata a través de su realización o ejecución: la prestación es divisible si la conducta en que consiste puede ser realizada (o cumplida) por partes”²⁴⁴.

COBACHO GÓMEZ afirma que “cuando recae sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se resuelve por el Código mediante una regla general y una excepción. La regla general consiste en negar a la obligación alimenticia el carácter de solidaridad y afirmar el de mancomunada simple o a prorrata, con un tipo especial de proporción porque se repartirá entre los obligados el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo; de donde resulta que, generalmente, la deuda alimenticia no es para el Código ni solidaria ni indivisible, sino por el contrario mancomunada y divisible”²⁴⁵.

En este sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO afirma que “la legitimación que la norma legal atribuye al progenitor con quien convive el hijo para reclamar y percibir la contribución alimenticia destinada al mismo del otro progenitor es una forma de resarcimiento de los gastos que ya soporta directamente (S. de la A. P. de Barcelona de 22 de enero de 1998 y S. de la A. P. de Barcelona de 14 de abril de 1998). El art. 93.2 de configura a modo de excepción el derecho en nombre propio que determina el art. 142 del C.C... El cónyuge que asume de facto la faceta alimenticia es el que puede

²⁴³ No sólo MORENO-TORRES HERRERA, sino también el resto de autores consultados parecen olvidar, repito, sorprendentemente, la existencia de este artículo cuando se refieren al derecho de reembolso en lo relativo a alimentos.

²⁴⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 194.

²⁴⁵ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 103.

reclamar la participación del coobligado con igual rango a la prestación alimenticia (S. de la A. P. de Tarragona de 17 de enero de 1992 y de la A. P. de Barcelona de 10 de febrero de 1992)²⁴⁶.

Hay que tener en cuenta, además, lo que establecen los arts. 1137 y 1138 del Código Civil, que junto con los ya citados art. 39 de la Constitución y 145 del Código Civil²⁴⁷ y, no menos importante, todo ello relacionado con el enriquecimiento injusto.

De este modo, y dado que la deuda de alimentos es mancomunada y ambos progenitores son los obligados, cuando uno de ellos se hace cargo del total de la manutención del hijo, puede reclamar del otro la parte que le corresponde al otro y que ha sido pagada por él, en aplicación del art. 1158 del Código Civil, que establece que “puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor, que el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad y que en este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago”, pero, sobre todo, por lo que determina el citado art. 1894 CC, ya citado.

No estoy de acuerdo, sin embargo, con lo que dice MORENO-TORRES HERRERA acerca de que no se trata de un derecho de reembolso *stricto sensu* porque se trata de anticipos y no de un verdadero *reembolso* de lo ya pagado, puesto que tanto puede considerarse una cosa como la otra, es decir, de la misma manera se puede argumentar que la cantidad que abona el progenitor no conviviente es en pago de lo adelantado por el padre conviviente. Otra cosa es (y eso sí es cierto, pero no considero que obste a seguir considerando el derecho de reembolso como fundamento jurídico a la

²⁴⁶ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *Régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores de edad...*, op. cit., 1999, p. 189.

²⁴⁷ Art. 1137 CC: “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”; art. 1138 CC: “Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros”; art. 145 del CC: “Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectiva”; y el art. 39 CE: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

legitimación paterna) que se trate de una cantidad alzada fijada por el Juez y no de cantidades concretas cuyo pago ya se ha efectuado. Es cierto también que el CC establece que para la pensión de alimentos *se verificará el pago por meses anticipados* (art. 148.2 CC), pero también lo es que cuando se empiezan a deber alimentos *exigibles* judicialmente (art. 148.1 CC) es desde el momento de la interposición de la demanda y que para entonces el progenitor conviviente ya adelantado en la mayoría de los casos el total de la manutención del hijo, puesto que ha tenido que reclamarle al otro su parte judicialmente, por no decir de los adelantos que realizará del mismo modo mientras se dicte sentencia en el pleito.

En cuanto al rechazo que hacen algunos autores al fundamento de la legitimación en el derecho de reembolso por cuanto que no se trata de pago de cantidades concretas ya gastadas sino de cantidades anticipadas alzadas, cabe oponer que la misma naturaleza de la prestación hace imposible generalmente el cálculo concreto de esas cantidades, de modo que el Juez sólo puede establecer una cantidad fija mensual. No ocurre lo mismo, y abunda más aún a nuestro favor, con los gastos extraordinarios. Los mismos deben ser abonados, normalmente de manera proporcional, por ambos progenitores, no quedando incluidos en la pensión nunca, y debiendo abonarse normalmente con posterioridad a su gasto por parte del progenitor conviviente, que debe reclamar la parte correspondiente al otro progenitor previa presentación de la factura o documento similar. En este caso es indiscutible la existencia del derecho de reembolso. Por lo que, siendo tanto la pensión fija como el gasto extraordinario ambas cosas lo mismo, esto es, contribución del padre no conviviente a los gastos de manutención del hijo, no puede defenderse que cada una de ellas se reclame al otro progenitor en virtud de un derecho distinto²⁴⁸.

Basándonos en el derecho de reembolso del art. 1894 eliminamos, además, cualquier problema procesal, dado que es completamente distinto el derecho por el que

²⁴⁸ Acerca de los gastos extraordinarios, *vid.* CARPI MARTÍN, REBECA, “Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial”, revista *La Ley*, t. 5, 2009, p. 1315-1324; GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO, “La ejecución forzosa por gastos extraordinarios en los procesos de familia tras la reforma introducida por la nueva regla 4ª del art. 776 de la LEC”, revista *La Ley*, t. 5, 2009, p. 1634-1646; SÁNCHEZ LÓPEZ, ANA DOLORES, “La ejecución forzosa de los procesos matrimoniales y de menores tras las últimas reformas procesales y la nueva oficina judicial: Especial referencia a los gastos extraordinarios”, en *El Derecho de Familia ante los nuevos retos legales*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 93-182.

tiene legitimación el padre, que actúe en defensa de su derecho de reembolso, del derecho de alimentos del hijo, para el que obviamente sólo tiene legitimación el hijo y en cuya defensa sólo podrá actuar él, accionando en un declarativo de alimentos y contra ambos progenitores²⁴⁹, aun cuando exista sentencia relativa a sus alimentos proveniente de un proceso matrimonial.

Debe recordarse, también, lo que la STS de 24 de abril de 2000 dice al respecto, que resulta, a mi entender, clarificador: “la posibilidad que establece el art. 93, párrafo 2º del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores”, “que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquéllos hijos”²⁵⁰.

En contra de esta tesis expone GONZÁLEZ CARRASCO lo siguiente que “Este tipo de prestación obligatoria no es susceptible de división, pero la solución de ser reembolsada posteriormente no satisfaría su interés ni el del alimentista, ya que nada asegura que el patrimonio del coobligado sea suficiente para su manutención”²⁵¹. Creo que este problema que plantea la autora será el que exista en el cumplimiento de

²⁴⁹ En realidad, sólo tiene que demandar al progenitor con el que no convive si es que sí lo hace con el otro, puesto que aquél con quien convive ya está cumpliendo voluntariamente su obligación de alimentos. Así lo establece la STS de 2 de diciembre de 1983, aunque existen sentencias posteriores que estiman lo contrario, estableciendo la necesidad de demandar a ambos pues aunque uno de ellos, el conviviente, esté cumpliendo voluntariamente su obligación, se estima necesaria su presencia en el pleito para tener en cuenta su aportación y poder, así, fijar la proporción en que deba participar el otro progenitor no conviviente. Así, la STS de 12 de abril de 1994 y STS de 5 de noviembre de 1996.

²⁵⁰ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ reflexiona sobre lo citado de la STS y dice que la sentencia basa su decisión (la de conceder legitimación al progenitor) en el “*interés legítimo, judicialmente digno de protección*, del cónyuge conviviente a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de las necesidades alimenticias de los hijos mayores. Interés que legitima para reclamar los alimentos, aunque esos hijos tengan plena capacidad procesal, pues en realidad está ejercitando un derecho propio a exigir del otro la contribución de que le corresponde”. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “Legitimación para reclamar alimentos...”, *op. cit.*, p. 595.

²⁵¹ GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 32.

cualquier obligación, y en el plano desde luego práctico, no teórico, y que no obsta en nada a la validez de la tesis que defiende.

Por su parte, ÁLVAREZ SÁNCHEZ critica a esta teoría que sólo cabría reclamar lo ya pagado por lo establecido en el art. 1158 CC y con la consecuencia de que si el otro progenitor tiene mejor situación económica las necesidades del hijo no estarán debidamente cubiertas²⁵².

En este sentido, afirma SERRANO CASTRO que “Se trata pues de un derecho en el que no resulta titular ni acreedor el propio hijo, ya que no es suya la deuda alimenticia: el titular del derecho es el cónyuge con el que convive, ya que la atención de las necesidades de aquel sólo constituye el objeto indirecto de la prestación, cuya aplicación directa tendría por fin sufragar las propias cantidades que dicho progenitor ha de invertir en el sostenimiento del hijo y que, proporcionalmente, corresponde distribuir entre el padre y la madre” y que “no debe perderse de vista, al respecto, que quien percibe la pensión es el cónyuge, y no el hijo, perfectamente capaz para recibir la prestación económica y administrarla a su antojo, por lo que, si se sostiene su legitimación en el proceso, quien tendría que cobrarla sería él, exclusivamente, y no el progenitor con el que convive”²⁵³.

Esta teoría, además, no excluye totalmente la intervención del hijo mayor de edad en el proceso matrimonial, ya que en cualquier caso deberá ser oído por el Juez, al contar con más de doce años de edad, por aplicación analógica de lo establecido por el CC en los arts. 156 y 159, donde se establece la necesidad de que el Juez escuche al menor de edad si tuviera suficiente juicio, y en todo caso si es mayor de doce años, en todo lo relativo a los asuntos que le puedan afectar y que sea motivo de desacuerdo entre sus progenitores²⁵⁴.

²⁵² Cfr. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 28.

²⁵³ SERRANO CASTRO, FRANCISCO DE ASÍS, “Aspectos procesales de la reclamación de los alimentos de los hijos mayores de edad dentro del procedimiento matrimonial...”, *op. cit.*, p. 58 y 61 respectivamente.

²⁵⁴ De igual modo, el artículo 770.4 de la LEC establece que “durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos

MATÍNEZ RODRÍGUEZ analiza el cumplimiento por tercero de la obligación de alimentos, en los siguientes términos: “Se trata de un supuesto de gestión especial comúnmente denominada *gestión alimentaria*, cuya titularidad radica, más que desde el interés particular del *dominus*, desde un claro interés social como es el asegurar el mínimo vital digno de cualquier persona. Y de la norma que lo contiene se deduce tanto la validez del pago realizado por un tercero distinto al alimentante como el derecho del mismo a solicitar de ese alimentante la retribución de las cantidades prestadas”, “No obstante, queda liberado respecto al alimentista pero nace para él una obligación frente al tercero, al que la ley otorga el derecho a exigirle la restitución de los pagado en concepto de alimentos”, “El tercero, pues, tiene un derecho de reembolso frente al pariente obligado, si bien, el art. 1894.1 del CC lo condiciona al hecho de que concurren dos requisitos: a) la ausencia de liberalidad en la actuación del tercero, que no debe haber prestado los alimentos *por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos*, b) que los alimentos hayan sido prestados *sin conocimiento del obligado*. La necesaria concurrencia de tales requisitos otorga al tercero una acción de regreso frente al pariente obligado para reclamar los alimentos prestados”²⁵⁵.

Si bien esta teoría ha sido defendida por algunos autores, lo ha sido en todos los casos²⁵⁶ entendida como una vertiente o subespecie de la tesis sustitutoria, entendiendo que el progenitor tiene legitimación porque actúa en defensa de un derecho de reembolso que le permite, por la especial legitimación contemplada en el art. 10 LEC, actuar en sustitución del hijo pero no en defensa del derecho de alimentos del hijo sino en el de su derecho de reembolso, que trae cuenta de aquéllos. Así, MARTÍN NÁJERA²⁵⁷ y GONZÁLEZ CARRASCO²⁵⁸, entre otros.

menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, *se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años*”.

²⁵⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “Últimas tendencias en Derecho de Alimentos”, en *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, p. 647-717, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2009, p. 701-703. También trata la autora el tema en *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 551-565.

²⁵⁶ Excluyendo a GUILARTE GUTIÉRREZ y a MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, como explico más adelante.

²⁵⁷ Cfr. MARTÍN NÁJERA, SOLEDAD, “Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 691-692.

Estos autores confunden, unos de una manera y otros de otra, a mi entender, ambas cosas. Una cosa es la legitimación por sustitución contemplada en el art. 10 de la LEC al que antes me he referido, y para cuya existencia debe estar contemplada expresamente en la ley, cosa que no ocurre, pues lo único que establece el art. 93 es la inclusión de alimentos en el pleito matrimonial, no manifestándose en absoluto en lo relativo a la legitimación procesal, y otra bien distinta es la legitimación que en virtud de un derecho propio de reembolso, proveniente del art. 1894 del CC, tiene el progenitor que mantiene en solitario al hijo mayor de edad para reclamar su contribución al otro. Los autores que, o bien defienden la legitimación por sustitución, o bien el derecho de reembolso fundamentado igualmente en la legitimación por sustitución, lo hacen así porque justifican en último término que el derecho del progenitor proviene del derecho de alimentos del hijo, y no siendo capaces de obviar el derecho del hijo, lo incluyen de alguna manera, así que siempre llegan al mismo sitio: a los alimentos de hijo. Pero ello nunca satisface del todo el argumento que se desea fundamentar, puesto que tanto en un caso como en otro seguimos sin tener un solo precepto que establezca la legitimación especial del padre, en ningún sitio. El derecho de reembolso nada tiene que ver, por mucho que se retuerza, o se lea del revés, el CC. El derecho de reembolso en cuya virtud puede el progenitor reclamar la parte correspondiente de los alimentos del hijo viene del art. 1894 del CC.

En estos términos se expresa GUILARTE GUTIÉRREZ, cuando afirma que “tal acción (de regreso) se encuadra en la relación interna que vincula a los sujetos mancomunados por la obligación de alimentos y para cuya adscripción no hace falta acudir al concepto de sustitución procesal”²⁵⁹. En este sentido también MARÍN GARCÍA DE LEONARDO²⁶⁰.

²⁵⁸ Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 16-20.

²⁵⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE, “A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad...”, *op. cit.*, p. 20.

²⁶⁰ Cfr. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *Régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores de edad...*, *op. cit.*, p. 112 y 189.

Según ALBALADEJO, que trata el tema del derecho de reembolso cuando uno de los cónyuges atiende en solitario con sus bienes el levantamiento de las cargas del matrimonio, “se puede señalar que, por supuesto, procede el reembolso de los bienes invertidos en el levantamiento de las cargas si habiendo de los que tienen que soportar éstas, se sufragaron, por conveniencia o por otra razón, con unos distintos”²⁶¹.

Transcribo a continuación las clarividentes palabras de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: “a diferencia de las obligaciones mancomunadas, como el derecho a la vida del necesitado requiere la prestación efectiva de las contribuciones señaladas, cabe pensar que, fallando alguna de ellas y no pudiéndose hacer efectiva... los demás deudores estarán obligados a suplir la falta de su codeudor, al menos hasta alcanzar la contribución total que prestarían si ese deudor no existiera”; “El pariente que satisface la totalidad de la deuda alimentaria habiendo una pluralidad de obligados tiene acción de regreso contra sus codeudores”²⁶².

Para terminar, cito a MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, quien se muestra a favor de la tesis del derecho de reembolso, aunque lo vincula al interés legítimo del progenitor conviviente: “Se forma, por tanto, una unidad convivencial integrada por uno de los progenitores y los hijos, cuyos gastos, de momento, son sufragados en su totalidad por aquél. Al anticipar una cantidad y en la medida en que la obligación es de ambos progenitores respecto de los hijos, tiene un derecho de reembolso. De ahí que esté legitimado activamente para solicitarlo el progenitor en cuya compañía viven los hijos, frente al co-obligado, porque le asiste un interés legítimo. Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de enero de 2000, el hijo mayor de edad sigue perteneciendo al núcleo familiar, y depende de él, del que no puede ser desarraigado por el hecho de llegar a la mayoría de edad legal, *por lo que su derecho a alimentos es un simple elemento contable a la hora de seguir considerando subsistentes el convenio o la resolución judicial existente al respecto, pero siendo siempre deudor un cónyuge y acreedor el otro, el que continúa con los hijos en el domicilio familiar, pues sería impensable mantener en ese núcleo familiar distintos patrimonios formados por*

²⁶¹ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Curso de Derecho Civil IV*, op. cit., p. 145.

²⁶² LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil IV...*, op. cit., p. 82.

*cada uno de los perceptores de pensiones con el riesgo de que alguno de ellos no aportase al acervo doméstico y la posibilidad de que el progenitor custodio pudiera suprimirle el consecuente servicio de hospedaje*²⁶³.

iv. Conclusión sobre el problema de la legitimación del progenitor conviviente

Por todo lo que acabo de exponer estimo que lo que en realidad justifica la legitimación del progenitor es el mero hecho de que actúa en defensa de su propio derecho de reembolso y no en representación, sustitución o como cesionario del derecho de alimentos del hijo, en base principalmente al art. 1894 CC.

Quisiera hacer destacar que en lo que se refiere a la legitimación procesal del progenitor custodio cuando se trata de hijos menores de edad no se ha planteado la misma polémica y que no se entiende por qué, dado que siendo menor de edad, el progenitor tampoco tendría legitimación propia para solicitar los alimentos del menor sino que debería hacerlo en representación del incapaz²⁶⁴. De manera que no existe distinta legitimación según la capacidad del hijo, pues es siempre la misma, esto es, la propia del padre en defensa de su derecho de reembolso.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ afirma, al tratar del caso de los menores de edad que “la legitimación para reclamar estos alimentos corresponde a los representantes del menor. Este, en razón de su minoría, no puede reclamarlos por sí mismo y necesita representación que integre su capacidad procesal (art. 7.2²⁶⁵ LEC)”²⁶⁶. Pero eso no es

²⁶³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “La temporalidad de los alimentos...”, *op. cit.*, p. 25.

²⁶⁴ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, al tratar el tema de la titularidad del crédito de alimentos de los hijos menores de edad no tiene dudas de que el titular es el propio menor y afirma, citando a RIVERO HERNÁNDEZ, que “teniendo en cuenta el destino de esta contribución (satisfacer los alimentos), y la referencia explícita a las necesidades de los hijos en cada momento (art. 93), hay que entender que son los hijos los verdaderos destinatarios de la pensión, y por tanto los titulares del crédito”, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *Régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores de edad...*, *op. cit.*, p. 66.

²⁶⁵ “Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley”.

así, pues cuando un cónyuge demanda al otro en el proceso matrimonial y reclama alimentos para el menor, la demanda no es instada por ambos demandantes siendo uno de ellos (el menor) representado por el otro (el progenitor, que es quien debe representarle e integrar su falta de capacidad procesal), sino que lo hace sólo el cónyuge y en nombre propio en todas y cada una de las peticiones.

Y es que ningún autor se plantea en base a qué puede solicitar alimentos el padre del menor porque lo llamativo es el caso del mayor de edad, que tiene capacidad, pasando por alto que tampoco en el caso del menor de edad se plantea que deba el padre actuar *en representación* del hijo. Pero, si bien, como ya apunté y es por todos sabido, es distinto el fundamento de los alimentos debidos a los hijos menores de los debidos a los hijos mayores de edad, el derecho, una vez establecido, es el mismo. Respecto de los primeros nadie discute la justificación jurídica de la legitimación del progenitor custodio (o por lo menos no en los mismos términos que en el caso de los mayores de edad) no en representación de los menores sino en nombre propio, y ello a pesar de que teniendo capacidad lo segundos y siendo incapaces los primeros, la legitimación del padre es la misma en ambos casos, pues no se trata de una legitimación para pedir alimentos, cosa que tendría que hacer el padre *en nombre* de los hijos, menores o mayores, sino de pedir el reembolso de la parte correspondiente de los alimentos al otro progenitor, alimentos a los que tanto hijos menores como mayores tienen derecho, y de los que deben hacerse cargo ambos progenitores, pero que sufraga en su totalidad y en especie sólo el progenitor custodio o simplemente conviviente. De modo que lo que el progenitor conviviente o custodio solicita no es en sí alimentos sino la *contribución del otro a los alimentos del hijo*.

Debe señalarse, por último, que todo lo anterior es de aplicación a la legitimación pasiva del progenitor conviviente con el hijo mayor de edad. A propósito de ello, cito las siguientes sentencias: SAP Pontevedra de 2 de noviembre de 2006, SAP Pontevedra de 27 de abril de 2005, SAP Badajoz de 14 de julio de 2006, SAP de Asturias de 14 de marzo de 2006, de 2 de junio de 2006 y SAP de Asturias de 22 de diciembre de 2005²⁶⁷.

²⁶⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “Últimas tendencias..., *op. cit.*, p. 686.

²⁶⁷ Extraídas de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “Legitimación para reclamar alimentos..., *op. cit.*,

g) El límite temporal de la pensión de alimentos de los hijos

i. Planteamiento general

La mayoría de edad determina la plena capacidad de obrar, y presupone la plena independencia tanto personal como patrimonial de los hijos. Pero, como dice MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “no se puede dejar de tomar en consideración el fracaso en esa lucha (v. gr. el paro) o la imposibilidad de tomar parte en ella (v. gr. estudios, disminuidos psíquicos o físicos)”²⁶⁸. Así, aun siendo verdad lo anterior, también lo es que actualmente la independencia económica no es siempre, y de hecho no suele serlo, posible al alcanzar la mayoría de edad. Por ello, los padres siguen manteniendo y sufragando los gastos de los hijos hasta que terminen su formación y puedan encontrar un trabajo que les permita vivir, si bien en muchos casos no pudiendo mantener el nivel de vida que les proporcionaba el hogar familiar, sí pudiendo defenderse en la vida e ir adquiriendo poco a poco mayor capacidad económica. Todo lo anterior, por no mencionar la multitud de ocasiones en que el hijo tiene un empleo que le permitiría vivir independientemente pero continúa en el hogar familiar, y no aportando con su sueldo para los gastos de la familia, sino utilizando el dinero que bien gana en su propio y exclusivo interés, a pesar del deber de los hijos de colaborar en las cargas familiares, como antes he apuntado.

En multitud de ocasiones el tiempo que transcurre entre la mayoría de edad del hijo y su independencia económica más o menos estable es excesivo, como mínimo, en algunos casos, y desproporcionado en otros. Actualmente, si el hijo opta por una profesión para la que deba contar con una completa formación, no suele estar preparado para vivir por su propia cuenta hasta una edad que hace muy pocos años parecía imposible alcanzar sin tener un empleo, y sin haber trabajado nunca en muchos casos. Los motivos que han llevado a esto son múltiples: el cada vez más exigente mercado laboral que le pide a los jóvenes no sólo una carrera universitaria sino másters, idiomas, etc., la competencia feroz con otros jóvenes que optan al mismo puesto de trabajo, pero

596 y ss.

²⁶⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “La temporalidad de los alimentos...”, *op. cit.*, p. 19.

también, hay que decirlo, la pereza y dejadez en muchos casos del hijo, que prefiere vagar por la universidad eternamente simulando que estudia, o que busca constantemente cursos muchas veces innecesarios, prolongando así todo lo posible el subsidio paterno. De este modo, cabe preguntarse ¿hasta cuándo debe un padre mantener a un hijo? Como afirma MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “el problema es determinar hasta cuándo se está en una situación de necesidad y qué estudios están obligados a costear los padres”²⁶⁹.

La solución del Código Civil no es acorde a la actual situación²⁷⁰, y ha dado pie a multitud de abusos por parte de los hijos. En el caso de que los progenitores no convivan, la situación se agrava aún más, por la eternización del abono de la pensión alimenticia por parte de uno de ellos.

Dicha situación quedaría paliada si las pensiones de alimentos fijadas en los procesos matrimoniales (o como antes hemos advertido, la contribución del otro progenitor al mantenimiento del hijo) se establecieran con un límite temporal, como actualmente es casi la regla general en la práctica con las pensiones compensatorias a favor del cónyuge desfavorecido. Con objeto de comparar ambas más adelante explico la situación de la limitación temporal de la pensión compensatoria, dado que creo que debiera aplicarse analógicamente el régimen establecido para ésta a los alimentos, para lo que, en último término, debería llevarse a cabo una modificación del Código Civil con el fin de contemplar expresamente esta posibilidad, igual que se hizo con el art. 97 CC.

De este modo, el hijo sentiría el impulso, beneficioso y estimulante, de alcanzar la independencia económica para poder proporcionarse su propio sustento.

El no fijar ya desde la sentencia de separación o de divorcio un límite a la pensión de alimentos supone que en multitud de ocasiones el progenitor obligado al pago se ve abocado a un proceso judicial para eliminar la pensión del hijo, cuando es perfectamente posible prever con bastante certeza cuándo el hijo dejará de necesitar del subsidio del progenitor, o cuándo estará en condiciones de hacerlo sin generar

²⁶⁹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “La temporalidad de los alimentos...”, *op. cit.*, p. 20.

²⁷⁰ Que la pensión deba de dejar de abonarse cuando el alimentista deje de tener la necesidad de ella, como establece el art. 152 CC, y el art. 147 CC, en lo que le corresponde.

situaciones de *parasitismo social*²⁷¹ ya desde el proceso matrimonial; así, entiendo que debería siempre establecerse este límite para los alimentos, siendo el hijo el que debiera entablar un proceso judicial si llegado el momento fijado por el juez para su extinción sigue existiendo la necesidad, surgiendo ya un nuevo proceso, no de modificación de medidas, sino específico de alimentos, en el que sea el hijo el legitimado para actuar.

En otro orden de cosas, y en lo que se refiere a la pensión del art. 97 a que antes me he referido y que analizaré a continuación, así como la tendencia actual es la de limitar en el tiempo, salvo excepciones, la pensión compensatoria, también salvo algunas excepciones, no se limitan temporalmente las pensiones de alimentos a favor de los hijos. Cuando entre a analizar esta diferente práctica explicaré que entiendo errónea esta generalización, pues si en una gran parte de los casos nunca podrá realmente compensarse la pérdida sufrida tras la separación o el divorcio por uno de los cónyuges, muy al contrario la necesidad de la pensión de alimentos a favor de los hijos es en la gran mayoría de los casos una situación que desaparecerá²⁷². Realizando un estudio detenido de la jurisprudencia se observa en multitud de ocasiones una confusión de las distintas naturalezas de la pensión compensatoria, que entiendo es indemnizatoria –con las matizaciones que expondré –, y la de alimentos –que es puramente alimenticia –.

Como he dicho, paso a analizar el régimen actual en lo relativo a la temporalización de la pensión compensatoria.

²⁷¹ Entre otras, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Murcia, de 17 de julio de 2009, Fundamento de Derecho Segundo, para un supuesto en el que el hijo llevaba seis años preparando las oposiciones de Policía Local, habiendo invertido ya antes un tiempo excesivo en terminar el Bachillerato. Dicha expresión fue usada por el TS en Sentencia de 1 de marzo de 2000. CABEZUELO ARENAS llama a esto “existencias parasitarias”. CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil. Estudio jurisprudencial y doctrinal*, Aranzadi, 2002, p. 57.

²⁷² Entre otras muchas, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora de 28 de enero de 2000 y de 11 de noviembre de 1999 sí manifiestan sin embargo la necesidad de imponer límite temporal *ex ante* a la pensión compensatoria cuando de antemano se conozca su adecuación y evitar de este modo una futura modificación de medidas en lo posible.

ii. Límite temporal de la pensión compensatoria

1º. Planteamiento general

La pensión establecida en el artículo 97 del Código Civil que el Juez puede otorgar a favor de uno de los cónyuges y a cargo del otro, trata de compensar – generalizando la cuestión y poniéndola en conexión con la realidad social, –a aquél cuando su dedicación a las necesidades de la familia le haya supuesto una pérdida de expectativas con contenido económico²⁷³.

La discusión mantenida durante largo tiempo, por parte de jurisprudencia y doctrina, acerca de la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria que pueda concederse a favor de uno de los cónyuges en un proceso de separación o de divorcio, ha quedado resuelta por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, estableciendo expresamente tal posibilidad, bien teniendo en cuenta los acuerdos a los que hayan podido llegar los cónyuges, bien dejándolo a criterio del juzgador si así se le ha solicitado.

La citada Ley llegó tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005 (Ponente: CORBAL FERNÁNDEZ) que sienta doctrina mostrándose a favor de la posibilidad de limitar en el tiempo la pensión compensatoria, tras años de discusión en Juzgados y Tribunales acerca de esta cuestión²⁷⁴.

No han quedado en el Código Civil²⁷⁵ fijados los criterios en orden a establecer dicho límite temporal²⁷⁶, y en el hecho de que en la práctica jurisprudencial se observa

²⁷³ Cfr: DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 125.

²⁷⁴ Cabe reseñar, como más reciente, la STS de 5 de septiembre de 2011, que limita la pensión compensatoria concedida al cónyuge en quince años.

²⁷⁵ Cosa que la citada reforma podría haber aprovechado para hacer.

²⁷⁶ A pesar de que la Sentencia de 10 de febrero de 2005 del Tribunal Supremo aclara que el límite temporal podrá establecerse siempre que cumpla su función reequilibradora, ello no zanja la cuestión, pues los criterios del artículo 97 del Código Civil vienen previstos sólo para establecer su cuantía, y no la conveniencia o no de un límite temporal, según creo, y encuadrándome de este modo en la tesis objetiva

actualmente una, a mi parecer, excesiva generalización en el establecimiento del límite temporal²⁷⁷, en parte debido a que se confunde en multitud de ocasiones la naturaleza y el fundamento de la pensión compensatoria con la de alimentos²⁷⁸.

Esta confusión, sino en los términos, sí en el fundamento y en la finalidad de cada una, es muy común. Conviene aclarar desde el principio que puede haber alimentos entre cónyuges (asunto que trato en otro capítulo de este trabajo), y que hay que distinguirlos de la compensación. Así, cuando hablamos de constante matrimonio, habrá alimentos; cuando hablamos de separación matrimonial, cabrá tanto la compensación como alimentos; si hablamos de divorcio sólo podremos hablar de compensación²⁷⁹; y si hablamos de nulidad, cabrá indemnización para el cónyuge de buena fe²⁸⁰.

En otros ordenamientos observamos se opta por una solución distinta. Así, en el *Code francés*, cuyo art. 272 es muy similar a nuestro art. 97 CC, se distingue entre y divorcio y separación, reconociendo en el caso del divorcio el derecho a la pensión (*prestation compensatoire*) en dos casos: cuando tiene lugar por culpa de uno de los cónyuges y cuando se produce por consentimiento mutuo, poniendo en los dos casos fin

del concepto de desequilibrio, como afirma MORENO MOZO, que estima que bajo este criterio las circunstancias del art. 97 del CC sirven sólo para el cálculo de la pensión, en confrontación con la tesis subjetiva del concepto de desequilibrio, que defienden LASARTE y VALPUESA, para quienes los parámetros del art. 97 no existen sólo para el cálculo de la cuantía sino también para averiguar la conveniencia o no de la fijación en sí de una pensión compensatoria. *Cfr.* MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 59-64.

²⁷⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 12 de enero de 2001 aborda lo que llama *desequilibrio perpetuo*, al que considera no se puede aplicar el límite temporal y consiste en aquel que desde el inicio es permanente e incompatible con el establecimiento *ab initio* de la temporalización.

²⁷⁸ Dice MORENO MOZO al respecto: “Al no constituir estas circunstancias requisitos para la existencia de la compensación, sino sólo criterios para fijar su cuantía, resulta que *las necesidades de uno y otro cónyuge* (circunstancia 8.^a) no son un argumento para atribuir naturaleza alimenticia a la pensión, pues es simplemente un criterio más para fijar la cuantía de la misma, pero no el presupuesto para que nazca”. MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 52.

²⁷⁹ Aunque, además, tanto en este caso como en el de la separación conyugal cabe también la posibilidad de que se otorgue una indemnización al uno de los cónyuges cuando se haya dedicado al cuidado del hogar y el régimen económico matrimonial fuera el de separación de bienes, como establece el art. 1438 del CC cuando dice: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. *El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*”.

²⁸⁰ Art. 98 del CC que establece que “el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”.

al mutuo socorro (art. 270 del *Code*). En el tercer supuesto, cuando surge el divorcio por la ruptura de la convivencia, al continuar vigente el socorro mutuo, dará derecho a una pensión de alimentos (art. 282 del *Code*). Cuando hay separación, continúa el deber de socorro mutuo, habrá lugar a una pensión alimenticia para el cónyuge necesitado (art. 303 del *Code*). De este modo, la distinción se hace según si persiste al deber de socorro mutuo o no. En lo que se refiere al Derecho italiano, también se distingue entre divorcio y separación, concediendo en caso del primero una compensación (art. 5 de la Ley de 1 de marzo de 1970), y en caso de la separación se reconoce la persistencia de los alimentos debidos entre cónyuges además del derecho del cónyuge a quien no sea imputable la separación a ser mantenido cuando no tenga medios suficientes (art. 156 del *Codice civile*)²⁸¹.

Es cierto que, teniendo en cuenta el aspecto sociológico y el hecho de que es la mujer la que normalmente es beneficiaria de la pensión compensatoria, las situaciones en las que se plantean las causas actuales de separación y de divorcio difieren mucho de las existentes hace años; así, es ahora mucho más común que antes la separación o el divorcio de matrimonios de escasa duración, en la que el matrimonio ha tenido pocos hijos y en los que la pérdida para el cónyuge perjudicado es mucho menor que en los procesos matrimoniales de los que antes conocían los juzgados²⁸².

Cuestión distinta es que en la práctica judicial se viene aplicando el mismo criterio de esta nueva realidad, que inevitablemente ha de hacer cambiar el criterio de Jueces y Tribunales, a casos en los que con ello no se consigue el fin pretendido por el artículo 97 del Código Civil, castigando a uno de los cónyuges –la mujer –por no haber procurado para sí hace años, cuando la realidad social era distinta, su propio sustento.

²⁸¹ Cfr. MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, op. cit., p. 50.

²⁸² Duración media de los matrimonios (en años):

Duración media del matrimonio	Porcentaje respecto del total de divorcios anuales
NS/NC	4 %
Más de 20 años	26 %
De 15 a 20	10 %
De 11 a 15	17 %
De 6 a 10	20 %
De 1 a 5	23 %

Últimos datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística, “Los Domingos” del diario ABC, 22 de agosto de 2010, p. 4.

Además, de estar el cónyuge perjudicado en condiciones de cubrir sus propias necesidades vitales, es muy común que no se le otorgue a su favor pensión compensatoria o se le conceda de manera temporal, cuando puede igualmente verse perjudicado por la separación o el divorcio de manera perpetua. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un cónyuge que renuncie voluntariamente a una promoción laboral para poder atender a la familia, como resultado de un pacto con su cónyuge en el reparto de tareas: no necesita un subsidio a cargo del otro cónyuge, pero igualmente ha sufrido una pérdida, que ha beneficiado a éste, y que sin duda debe ser compensada²⁸³. Sin embargo, en un caso como el presentado en el ejemplo, actualmente es muy común que el Juez le deniegue su solicitud de pensión compensatoria o que se la limite en el tiempo a dos o tres años, y ello como he dicho porque es muy común hoy día la confusión entre la necesidad que hace establecer una pensión de alimentos, con la pérdida sufrida por uno de los cónyuges que debe compensarse²⁸⁴.

En particular quisiera destacar la diferencia existente entre la pensión compensatoria y la posibilidad de compensación mediante una prestación única que establece el art. 97 del Código Civil y lo establecido en el art. 99 del Código Civil, que

²⁸³ Muchas veces la pérdida continuará o comenzará al hacerse cargo uno de los cónyuges del cuidado de los hijos menores o incapacitados, lo que lógicamente le limitará laboralmente. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 12 de enero de 2001, Fundamento de Derecho 4^a: “el criterio sostenido de la perpetuidad por vida debe ir acompañado de una racionalidad imprescindible al tiempo al tiempo de establecer el importe de la pensión, que deberá hacerse con criterios de moderación acordes con el caso concreto en que proceda fijarla. Porque, indudablemente, no puede tener la misma contemplación el desequilibrio momentáneo que el perpetuo, ni el procedente de una situación corta en el tiempo y el producido después de haberse mantenido un estatus determinado durante un lapsus de tiempo extenso, etc. En el caso concreto que ahora nos ocupa se ha de tener presente, además de todas las otras circunstancias, que la beneficiaria de la pensión compensatoria, mientras se encargue de la custodia de su hijo, lo que en principio se supone que ha de ocurrir de por vida, indudablemente se verá limitada en sus posibilidades laborales, lo que dificultará sin duda la posibilidad de que con su propio esfuerzo pueda paliar las consecuencias del desequilibrio económico que les provoque la cesación de la vida matrimonial”.

²⁸⁴ Como dice CABEZUELO ARENAS: “La pensión compensatoria no puede ser entendida como un vehículo para dotar indirectamente de una inteligencia que la Naturaleza ha negado a uno de los cónyuges, ni para investirle de una *dignidad académica* que no posee, creando artificialmente un derecho adquirido a participar, a toda costa en un status social al que se accedió, acaso momentáneamente, por estar unido a una persona cuyo talento superior le permitió gozar de ciertas ventajas durante el poco tiempo que se mantuvo la convivencia”. Por lo tanto, cuando la pérdida sí es cierta y calculable, aun teniendo el cónyuge perjudicado preparación y trabajo para sustentarse, se debe ir más allá para conocer si existe un perjuicio compensable. CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, *La limitación temporal de la pensión compensatoria...*, *op. cit.*, p. 51. En este sentido, también afirma ROGEL VIDE, citando a MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, que “el cónyuge con recursos suficientes para mantenerse nunca puede ser acreedor alimenticio, pero sí de una pensión por desequilibrio –más exactamente y con los artículos 97, 98 y 99 del Código civil en la mano, de una compensación por desequilibrio, sea pensión o no –cuya finalidad no es tanto asistencial como reequilibradora”, ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 41.

permite la sustitución de la pensión fijada por una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. Piénsese en el hecho de que de establecerse una pensión compensatoria y en la diferencia existente en cuanto a su extinción y modificación respecto de las dos alternativas que acabo de mencionar; en forma de pensión, fuera ésta otorgada indefinidamente o limitada en el tiempo, estará sometida a posibles modificaciones y a una futura extinción incluso antes de llegar al límite temporal fijado por el juzgador en la sentencia. Ello genera (a mi entender, y aunque ahora no entraré en el planteamiento más a fondo de esta cuestión) un problema en cuanto a la cuestión de la cosa juzgada, pues si las circunstancias para su establecimiento ya han sido contempladas en un proceso, no podrían revisarse en uno nuevo. Piénsese que la pérdida ya existe. El artículo 101 del Código Civil, al establecer que la pensión se extingue, entre otros motivos, *por el cese de la causa que lo motivó*, y el art. 100 del Código Civil, al establecer como causa de modificación de la pensión la de existir *alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge*, pueden llevar de nuevo a confundir la naturaleza de la pensión compensatoria con la de alimentos.

Especial interés en cuanto a lo anterior suscita la distinción entre dos momentos muy distintos a la hora de establecer un límite temporal, dado que, al estar sujeta la pensión compensatoria a modificaciones, ésta puede ser limitada en el tiempo *ab initio*, ya desde la sentencia de separación o divorcio, o posteriormente en un proceso de modificación de medidas, y la situación de desigualdad generada, pues habría que analizar el hecho de que no se estime una modificación de medidas planteada por el acreedor cuya pensión está limitada en el tiempo, solicitando que pase a ser indefinida por un cambio sustancial en el circunstancias, y sin embargo si sea estimada sin problemas la del deudor que desee modificar de indefinida a temporal dicha pensión²⁸⁵.

En contra de esto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de octubre de 1994 establece que la pensión puede extinguirse por una de las causas del 101 del Código Civil antes de que el término fijado llegue, pero extinguida la pensión compensatoria por cumplimiento del plazo (o por sentencia) ya no puede rehabilitarse: si se entendió que el desequilibrio ya no existe y de nuevo la situación del cónyuge es

²⁸⁵ CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, *La limitación temporal de la pensión compensatoria...*, op. cit., p. 37.

precaria ya no será debido a la separación o el divorcio sino a la culpa única del acreedor por lo que no puede de nuevo cargarse al deudor con ello.

Lo establecido en cuanto a la prestación única del artículo 97 y lo fijado en cuanto a la entrega de un capital en bienes o en dinero por el art. 99 no está sometido a modificación ni extinción (cosa que habría también que discutir). Por ello, lo recomendable para el cónyuge perjudicado parece que sería siempre una de estas dos alternativas, lo que generaría para quien tuviera otorgada una pensión, una renta vitalicia o un usufructo, una grave merma en su derecho en comparación con el de las dos primeras opciones.

2º. Reforma del Código Civil por la Ley 15/2005

Como antes decía, con la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, queda definitivamente zanjada la cuestión de si la pensión compensatoria que se establezca a favor de uno de los cónyuges en los procesos de separación y de divorcio puede limitarse en el tiempo. Si bien, no ha dado la referida reforma solución a todas las controversias, en especial la de qué criterios seguir en orden a establecer o no un límite temporal a dicha pensión.

Así, tras la referida modificación, el art. 97 del Código Civil quedó redactado de la siguiente manera:

“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

El art. 97, como antes de la reforma hacía ya, establece por tanto los criterios para calcular el importe de la pensión compensatoria, pero no aquellos que deban informar a la hora de limitarla en el tiempo. De la redacción del artículo no se desprende nada distinto. Si bien, en la práctica, estos mismos criterios –edad y estado de salud, probabilidades de acceso a un empleo, etc. –son los que justifican tanto el importe como la necesidad de su temporalidad; criterios que son los tenidos en cuenta también –salvo algunos de ellos –para establecer a favor del alimentista una pensión de alimentos, con lo que estamos prácticamente confundiendo ambas pensiones –compensatoria y de alimentos – cuando su fundamento y el fin al que sirven son profundamente distintos.

Tal y como ha quedado redactado el art. 97 del Código Civil tampoco ha quedado solucionada la eterna discusión acerca de si el establecimiento del límite temporal debe ser ahora entendido como regla general, siendo el no establecimiento del límite la excepción, o al contrario, pareciendo que quedan ambas posibilidades de igual aplicación, sin ser ninguna excepción a la otra. En algunas sentencias se refieren a la limitación como excepcional, entendiendo su forma vitalicia como la norma general en que debe establecerse y la limitación sólo será aplicable cuando existan expectativas serias de obtención de ingresos lo que depende de las condiciones del cónyuge (edad, cualificación profesional, etc.) de tal manera que sólo cuando existan evidencias de que el desequilibrio será superado en un determinado plazo se establece la limitación (como por ejemplo pueda ser en el caso de una excedencia).

En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 nada se dice a cerca de esta modificación del art. 97, limitándose a justificar la necesidad de la reforma en cuanto a los demás puntos. Pero, eso sí, deja constancia de los principios que inspiran la modificación del citado precepto, teniendo especial importancia en lo que nos atañe los siguientes: la consideración del art. 32 de la Constitución Española que ordena, en base a la igualdad jurídica del hombre y la mujer en lo que al matrimonio se refiere, configurar el ejercicio del derecho a contraer matrimonio –derecho constitucionalmente enunciado –de tal manera que el mismo “no podía afectar, ni desde luego, menoscabar la posición jurídica de ninguno de los esposos en el matrimonio” (párrafo 3º de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005); “el evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad ha privado paulatinamente a estas normas de sus condicionantes originales” (párrafo 7º de la citada Exposición de Motivos); “el reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica –el matrimonio –posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad” (párrafo 9º); La referencia al art. 10.1 de la Constitución Española en cuanto al libre desarrollo de la personalidad (párrafo 11º); “la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas” (párrafo 18º); a estos fundamentos esgrimidos en la citada Exposición de Motivos, debo añadir el del art. 35 de la Constitución, que establece que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo”.

Poco antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 dictaba el Tribunal Supremo (Sala Primera) la sentencia, de 10 de febrero de 2005 (Ponente: CORBAL FRNÁNDEZ), que trae causa de Recurso de Casación basado precisamente en la divergencia de doctrina existente en orden al establecimiento de un límite temporal en la pensión compensatoria. Esta sentencia pone fin a una larga discusión sobre el tema que nos ocupa, entendiendo que aun no contemplando el Código Civil la posibilidad de limitar en el tiempo la pensión compensatoria, es cierto que tampoco lo prohíbe expresamente.

Pero antes, me referiré brevemente y mediante algunos ejemplos a los antecedentes a la referida Sentencia del Tribunal Supremo:

Si bien es cierto, como acabamos de manifestar en cuanto al argumento utilizado por la famosa sentencia del Tribunal Supremo, que hasta la reforma de 2005 el art. 97 no hacía ninguna referencia a la limitación temporal de la pensión, también lo es que tampoco la prohibía. A pesar de ello, y durante largo tiempo, unánimemente la jurisprudencia menor no imponía temporalidad alguna, entendiendo que sólo estableciéndola de manera vitalicia podía cumplir la función reequilibradora para la que había sido concebida.

Paulatinamente, y no sin problemas, fue introduciéndose el límite temporal en el establecimiento de la pensión compensatoria, llegando hasta la citada sentencia del Tribunal Supremo que sin ningún género de duda sienta definitivamente la doctrina que admite tal limitación en el tiempo, y que posteriormente quedaría plasmada en la Ley 15/2005.

A continuación, y a título de ejemplo, citaré algunos de los argumentos esgrimidos por diversas sentencias que fueron introduciendo la posibilidad de su limitación temporal:

- “Ahora bien, lo que debemos matizar expresamente por su relevancia en este litigio es la necesidad de evitar una consideración meramente espacial del hecho constitutivo, predeterminando que el tiempo es circunstancia susceptible de integrarse en su delineación como ocurre por ejemplo si el desequilibrio o el empeoramiento merecen el calificativo de temporales, eventuales o en definitiva determinados, al aparecer ab novo como prececeros. La norma no exige que la denominada pensión compensatoria sea vitalicia, ni siquiera indeterminada. El art. 101 habla de su extinción por el cese de la causa que la motivó y no hay razón alguna para entender excluida como tal causa el mero transcurso del tiempo, si era temporal. A este respecto no debemos confundir las causas extintivas del derecho (artículo 101) con las causas modificativas (artículo 100) y ello independientemente de la posibilidad de considerar una alteración sustancial como causa extintiva, dado el carácter genérico y omnicomprensivo con que

el artículo 101 la denota. La mera modificación ex post de la pensión va referida a la fijación del derecho y no a su nacimiento. Lo mismo que las ocho circunstancias tipificadas como ‘*numerus apertus*’ en el precitado artículo 97, respecto de los cuales también tiene trascendencia a la temporalidad, ya no como atinente a la estructura del nexo jurídico sino como término cuantitativo del mismo”²⁸⁶.

- “Existe una consolidada jurisprudencia menor que analiza e interpreta el alcance y contenido del derecho a la pensión compensatoria regulado en el artículo 97 CC, que señala que dicha pensión se configura como un derecho relativo, condicional y, sobre todo, limitado en el tiempo. Relativo y circunstancial por cuanto que depende de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; condicional, ya que una modificación de las concretas circunstancias concurrentes al momento de su concesión o reconocimiento puede determinar su modificación o supresión –artículos 100 y 101 CC –, y, además, limitado en cuanto al tiempo de duración, por cuanto que su legítima finalidad no es otra que paliar el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la crisis del matrimonio, separación o divorcio, colocándole en una situación de potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado el anterior vínculo matrimonial, no pudiéndose admitir con carácter general e indiscriminado la concepción de dicha pensión como una especie de pensión vitalicia, a virtud de la cual el beneficiario tendría un derecho de tal naturaleza frente al otro”. “Una interpretación del art. 97 del Código Civil más ajustada y conforme a la realidad del tiempo actual, como exige el art 3.1 de dicho Código, impone la determinación del tiempo de duración de vigencia del derecho a la pensión compensatoria, ya inicialmente, ya a lo largo de la percepción de la prestación”²⁸⁷.
- “Si bien es cierto que la pensión compensatoria no tiene carácter vitalicio, ni es un derecho absoluto e incondicional ni ilimitado en el tiempo, no obstante ser un derecho relativo y circunstancial no es menos cierto que nuestro Código Civil no prevé nada al respecto, es decir, ni dice que haya de ser

²⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de junio de 1991.

²⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 de octubre de 1998.

vitalicia ni tampoco que sea temporal dependiendo, en definitiva, el conceder dicho derecho 'ab initio' -por un plazo determinado o por el contrario sin fijación de plazo alguno -de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, debiéndose poner en relación con la situación familiar, laboral y social tanto del beneficiario, como del que asume la carga valorada en su conjunto por el prudente arbitrio del Juez”²⁸⁸.

- “Ante los derechos reflejados esta Sala tiene declarado en sus SS 16 Oct. 1998 (núm. 476) y 30 Abr. Y 19 Mar. 1999 (núms. 137 y 211, respectivamente) que el concepto y naturaleza de la pensión compensatoria no es el de ser equivalente a una de carácter vitalicio, aunque el mero transcurso de tiempo no conlleva, sin más, su extinción o limitación temporal. Sin embargo, habrá de estarse al momento inicial de su concesión, porque si en tal momento, aunque existiera un real desequilibrio económico, éste tenía un carácter meramente coyuntural o temporal, de tal forma que era susceptible de ser superado en un tiempo limitado con una normal implicación por parte del beneficiario de la pensión, en tal caso es posible cuestionarse ya su extinción ya su limitación temporal, según las circunstancias del caso, una vez haya transcurrido aquel periodo limitado”²⁸⁹.

Eran argumentos contrarios al criterio de la temporalización de la pensión compensatoria (algunos de ellos evidentemente han perdido virtualidad, pues se refieren al hecho de que el art. 97 del Código Civil no contemplaba la posibilidad del límite temporal):

- “Se discrepa sin embargo de la juzgadora de instancia en cuanto a la fijación de un límite temporal -concretamente de 2 años a contar desde la firmeza de la resolución -y ello por cuanto no resulta un criterio de fijación, atemperamento o moderación de la pensión por desequilibrio, previsto en el artículo 97 del Código Civil, ni por otra parte resulta ser una de las causas de extinción que el artículo 101 del Código Civil ha previsto del derecho de pensión. Procede por tanto la supresión del límite temporal, sin perjuicio de que la parte obligada al pago pueda acudir para su modificación a la vía del

²⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de julio de 1999.

²⁸⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 5 de abril de 2000.

correspondiente incidente y sin perder de vista su posible revisión caso de interesarse por las partes en un hipotético futuro proceso de divorcio”²⁹⁰.

- “La limitación temporal no puede ser acogida en general, pues el derecho concedido en el art. 97 del Código Civil no es un derecho a término, y de considerarse facultado el Juez para imponer límites temporales quedarían sin contenido las arts. 100 y 101 del Código Civil”²⁹¹.
- “Esta Sala viene defendiendo reiteradamente, desde la S. de 4 de febrero de 1995, el carácter no temporal de la pensión compensatoria. Si bien es cierto que en la jurisprudencia menor hay discrepancia sobre esta cuestión (...), como también en la doctrina científica, existen razones jurídicas de peso para mantener el criterio de la no temporalidad de la pensión compensatoria: a) no está previsto expresamente en el CC que la pensión compensatoria se pueda limitar temporalmente; b) no es tampoco la ratio de las normas que regulan la pensión compensatoria; c) la no temporalidad de la pensión no excluye que sea un derecho relativo, puesto que para su concesión y fijación de la cuantía se han de tener las circunstancias prevista en el art. 97 del CC; d) las circunstancias previstas en el art. 97 sirven para conceder la pensión compensatoria y fijar su cuantía, pero no para limitarla temporalmente; e) la no temporalidad no excluye la relatividad de este derecho, que se deduce, además, por ser un derecho que se puede modificar y se extingue cuando se alteran las circunstancias que han propiciado la concesión de la pensión compensatoria y su cuantía (art. 100 CC); f) cabe la sustitución de la pensión compensatoria por una prestación única (art. 99 del CC); g) la limitación temporal de la pensión impide que, una vez concluido el plazo fijado, no se puede conceder nuevamente una pensión aun siendo las circunstancias las mismas que sirvieron de base para conceder la pensión compensatoria; h) la limitación temporal puede dar lugar a situaciones de clara desprotección para el cónyuge cuya economía se ha empeorado como consecuencia de la separación judicial o del divorcio; i) cualquier fórmula de “reactualización” de la pensión compensatoria que se ha extinguido por haber expirado el plazo supone ir más allá de la ley; j) las cuantías que se conceden son casi

²⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona de 27 de noviembre de 1993.

²⁹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 19 de enero de 2001.

siempre insuficientes para vivir dignamente por lo que el cónyuge desfavorecido económicamente, sobre todo cuando se es aún joven, se ve obligado a mejorar su situación lo que propiciará, en su caso, la modificación o la extinción de la pensión compensatoria”²⁹².

A continuación, y a modo de síntesis, presento algunos de los argumentos a favor y en contra de la temporalización, esgrimidos generalmente por la jurisprudencia anterior a la reforma del Código Civil:

Algunos de los argumentos a favor:

- La ley no lo establece pero no lo prohíbe tampoco.
- Su extinción está prevista, por lo tanto no es una renta vitalicia, así que la temporalización sin problemas puede ser una causa de extinción.
- No es una pensión vitalicia, sino que viene contemplada con el fin de paliar un desequilibrio.
- Se puede establecer apriorísticamente el tiempo en que el desequilibrio vaya a ser paliado por medio de la pensión mediante un juicio probabilístico.
- Es más acorde con el tiempo actual.
- Obligación de trabajar de todo ciudadano.
- La no limitación fomenta la pasividad del cónyuge beneficiario que lógicamente carecerá de motivación suficiente para conseguir procurarse su propio sustento.
- La dignidad de la persona del acreedor y el derecho del deudor de rehacer su vida.
- Es una carga insostenible para el deudor y supone un enriquecimiento injusto para el acreedor que debe proporcionarse sustento o un determinado nivel de vida por sí mismo y no a través del matrimonio.
- El fin de la temporalización: la finalidad es situar al cónyuge perjudicado por la separación o el divorcio en una potencial situación de igualdad de oportunidades con respecto a lo que tendría de no haber mediado el matrimonio, pero cada cónyuge tiene sus propias capacidades.

Algunos de los argumentos en contra:

²⁹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 29 de enero de 2001.

- Si la ley no lo prevé es porque no lo permite.
- Las causas para su extinción están específicamente previstas en el art. 101 CC, y de entre ellas no se prevé el límite temporal, por lo que existe una concreta prohibición a la limitación temporal.
- Nada se opone en la ley a que sea una pensión vitalicia y de hecho está es la ratio de los arts. 97, 99, 100 y 101 CC.
- Las modificaciones en la pensión y su extinción sólo puede darse por modificaciones sustanciales, cosa que no puede preverse a priori.

Definitivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 10 de febrero de 2005 (Ponente: CORBAL FERNÁNDEZ), y en este sentido también la Sentencia del mismo Tribunal de 28 de abril de 2005 (Ponente: SIERRA GIL DE LA CUESTA), expone en sus Fundamentos de Derecho los argumentos a favor de la posibilidad de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria, de la siguiente manera:

“La problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales -y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral-, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización -unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad-, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria.

El art. 97 CC (LEG 1889, 27) dispone que «el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión» que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: Del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo

desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad -el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo-, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios.

El tema se concreta en la determinación de si la fijación de una pensión compensatoria temporal está o no prohibida por la normativa legal, y si tal posibilidad, según las circunstancias del caso, puede cumplir la función reequilibradora, es decir, puede actuar como mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o divorcio -que constituyó la «condicio iuris» determinante del nacimiento del derecho a la pensión-.

A favor y en contra, especialmente en cuanto a la primera perspectiva, se han multiplicado los argumentos de los respectivos partidarios de las posturas, muchos de ellos generados o asumidos por las resoluciones de las Audiencias Provinciales, que han llevado a cabo un encomiable esfuerzo discursivo.

Y entre la multiplicidad de argumentos cabe indicar: En contra de la temporalización se ha dicho que: el precepto del art. 97 no la establece; se trata de una omisión voluntaria del legislador, que si la hubiera querido prever la hubiera establecido; es contraria a la «ratio» del precepto; contradice la literalidad de los arts. 99 y 101 CC (LEG 1889, 27) ; quedarían sin contenido los arts 100 y 101; supone una condena de futuro sin base legal; significaría adoptar una decisión sin ninguna base cierta; y que la pensión compensatoria «tiene una vocación natural de perpetuidad, y que si la causa originadora de la misma es el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce a un cónyuge en relación a la posición del otro, dicha circunstancia, que se constata al término de la convivencia conyugal, en principio se

proyecta estáticamente hacia el futuro, por lo que debe presumirse que subsiste hasta tanto no se acredite un cambio de fortuna en el acreedor, sin que sea posible suponer apriorísticamente que la suerte del beneficiario de la pensión evolucionará necesariamente hacia mejor, y menos que lo haga en un determinado período de tiempo».

Y en favor se sostiene que: el art. 97 CC no la recoge expresamente, pero tampoco la excluye; no contradice los arts. 99, 100 y 101 CC, y en absoluto es contrario a la «ratio» legal; el art. 97 no tiene por finalidad perpetuar el equilibrio de los cónyuges separados o divorciados, sino que la «ratio» del precepto es restablecer un desequilibrio que puede ser coyuntural, y la pensión compensatoria aporta un marco que puede hacer posible o contribuir a la readaptación; y en sintonía con lo anterior también se destaca que la legítima finalidad de la norma legal no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, perfectamente atendible con la pensión temporal. Asimismo se dice que no constituye una renta vitalicia, póliza de seguro vitalicio o garantía vitalicia de sostenimiento, ni puede operar como una cláusula de dureza; que el matrimonio no crea un derecho a percibir una pensión, y que el derecho a la pensión compensatoria tiene carácter relativo, personal y condicionable; que la temporalización puede desempeñar una función instrumental de estimulación o incentivo indiscutible para el perceptor en orden a obtener el reequilibrio a través de la autonomía económica, entendida como posibilidad de desenvolverse autónomamente, y, en concreto, hallar pronto una colocación laboral o profesional (y en sintonía con el planteamiento esbozado se habla de «evitar la pasividad en la mejora de la situación económica, combatir el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral», y se hace especial hincapié en que «se potencia el afán de reciclaje o reinserción en el mundo laboral» por lo que cumple una finalidad preventiva de la desidia o indolencia del perceptor, y supone un signo de confianza en las posibilidades futuras de reinserción laboral). También se resalta que: no cabe dejar en manos de una de las partes que la situación económica cambie a su antojo o comodidad, o dependa del propósito de perjudicar al otro, con lo que se evitan situaciones abusivas y se previenen conductas fraudulentas, tanto del acreedor como del deudor; evita la incertidumbre o situaciones de excesiva

provisionalidad; y se aduce el carácter dispositivo -se trata de materia sujeta a la disposición de las partes en cuanto está basada en un interés privado, y por ello es renunciable, transaccionable y convencionalmente condicionable y limitable en el tiempo, habiendo reconocido el carácter dispositivo la SS. del TS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9174) y 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9649) y RDGRN 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8086) ; y que la realidad social (art. 3.1) la admite -se alude a la debilitación de los argumentos sociológicos que se manejaban al tiempo de crearse la figura de la pensión compensatoria y a los cambios sociales y el nuevo sentir social, en relación con la evolución de la sociedad española desde el año 1981 hasta la actualidad, y la diferente perspectiva y situación de la mujer en relación con el matrimonio y el mercado laboral-. Y se alegan las dificultades prácticas en que se encuentran los tribunales en relación con la aplicación del art. 101; el efecto beneficioso de la disminución de la litigiosidad -con sus diversas perspectivas ventajosas-; necesidad de justicia o equidad, sin afectar a la estabilidad de la norma y a la seguridad jurídica, e incluso la idea de fomentar la autonomía basada en la dignidad de la persona, de acuerdo con el art. 10 CE (RCL 1978, 2836) ; además de que -se razona- si cabe la extinción del derecho o su modificación por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro interesado o su sustitución por una renta vitalicia, usufructo o entrega de bienes, ningún obstáculo debe oponerse a la delimitación temporal en función de las circunstancias que concurran; y, finalmente, desde una moderna posición doctrinal se entiende que la pensión compensatoria temporal está implícitamente recogida en el art. 101 CC (LEG 1889, 27) , si por cese de la causa que la motivo se considera «de las circunstancias que provocaron el desequilibrio económico, y es posible la previsión de la "desconexión"».

Desde una perspectiva diferente a la expuesta debe destacarse el criterio favorable a la temporalización del Consejo de Europa (Informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1980); el Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio (RCL 1998, 2135 y LCAT 1998, 422, 521) -en cuyo art. 86.1 d) se establece que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció-; y el Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio.

... La regulación del Código Civil (LEG 1889, 27), introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio (RCL 1981, 1700) , regula la pensión compensatoria con características propias -«sui generis»-. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia -que atiende al concepto de necesidad-, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los arts. 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la «perpetuatio» de un «modus vivendi», o a un derecho de nivelación de patrimonios. Como consecuencia de ello procede decir, además de que no resulta excluida por el art. 97 CC -el que no la recoja no significa que la prohíba-, que la pensión temporal no afecta a la regulación de los arts. 99, 100 y 101 CC, y nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada.

Por consiguiente la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida -vitalicio-. Por otro lado, el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del art. 97 CC adecuada a la realidad social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el art. 3.1 CC, con arreglo al que «se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado, con carácter general, la importancia del elemento sociológico, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela (SS. 31 marzo 1978 y 7 enero [RJ 1991, 108] y 25 abril 1991 [RJ 1991, 3029], entre otras), tanto antes de su regulación expresa en el Código por la modificación legislativa de 31 de mayo de 1974 (RCL 1974, 1385) -SS. 21 noviembre 1934 y 24 enero 1970-, como con posterioridad -SS. 31 marzo 1978 y 28 enero 1989 (RJ 1989, 156) -, que se refieren a su integración por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento histórico. Significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad (SS. 10 abril 1995 [RJ 1995, 3248] y 18 diciembre 1997 [RJ 1997,

9102]). Y lo ha aplicado en numerosas ocasiones, entre las que cabe citar, las SS. 17 mayo 1982 (RJ 1982, 2574) y 6 junio 1984 (RJ 1984, 3216) -sobre influencia del criterio objetivo o minorismo del culpabilismo originario en relación con el art. 1902 CC (LEG 1889, 27) -; 10 diciembre 1984 (RJ 1984, 6055) -el progreso técnico concretado en la evolución en la construcción de edificios en sede de medianería-; 13 julio 1994 (RJ 1994, 6435) -innecesariedad en determinadas situaciones de la unanimidad ex. art. 16 LPH (RCL 1960, 1042) -; 18 diciembre 1997 (RJ 1997, 9102) -realidad social del mundo laboral-; 13 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2579) -evitar supuestos de abuso notorio de derecho-.

Sin embargo, para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad -«ratio»- de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia.

De lo dicho se deduce que la Ley -que de ningún modo cabe tergiversar- no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación.

Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos, y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de éstos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado -perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral-; posibilidades de reciclaje o volver -reinserción- al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconejable la prolongación de la

pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión «ex ante» de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado «futurismo o adivinación». El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación -como en realidad en todas las apreciaciones a realizar-, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección.

En la línea discursiva expresada se manifiesta la más reciente doctrina científica y jurisprudencia de las AA PP y ahora este Tribunal, que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del art. 97 CC (LEG 1889, 27), siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal”.

3º. Naturaleza y fin de la pensión compensatoria

Se hace necesario analizar cuestiones que atañen a la naturaleza la finalidad de la pensión compensatoria. En primer lugar, y en cuanto su definición, encontramos varias ofrecidas por distintos autores que pueden sernos de ayuda:

CAMPUZANO TOMÉ –así como PEREDA GÓMEZ y VEGA SALA –la define 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 con el otro esposo y con la 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”²⁹³.

Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS es “el derecho de crédito de régimen peculiar que la ley confiere a uno de los cónyuges –frente al otro –cuando la separación o el divorcio produzca un empeoramiento económico respecto de su situación en el matrimonio, y que tiene por objeto, ordinariamente, la entrega de pensiones periódicas”²⁹⁴.

Tanto a una como a otra definición habría que incorporar ahora la posibilidad de establecer su pago mediante la entrega de una prestación única– antes podía hacerse por sustitución de la pensión ya fijada por el juzgador (art. 99 CC) –.

CABEZUELO ARENAS la define como “un derecho personal del cónyuge o ex cónyuge al que la separación o divorcio produce un empeoramiento de status económico anterior, sin vinculación con la idea de la responsabilidad por culpa”²⁹⁵.

De estas definiciones podemos extraer las características esenciales de la pensión compensatoria: periodicidad –que es en la forma en que generalmente se otorga y que no es incompatible con la posibilidad ofrecida en el Código Civil de pago único –, la deuda –no así el crédito –es transmisible mortis causa, está sometida al principio dispositivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987), y trata de equilibrar la situación de desigualdad en que pueda quedar uno de los cónyuges tras la separación o el divorcio²⁹⁶.

La naturaleza de la pensión compensatoria ha sido ampliamente discutida otorgándosele, según de qué autor se parta, una naturaleza alimenticia, asistencial,

²⁹³ CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA, *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3ª ed., Bosch. Barcelona, 1994, p. 27 y 28.

²⁹⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, 1989, p. 125.

²⁹⁵ CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA: *La limitación temporal de la pensión compensatoria...*, *op. cit.*, p. 17.

²⁹⁶ *Cfr.* CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA: *La limitación temporal de la pensión compensatoria...*, *op. cit.*, p. 17 y 18.

reparadora, indemnizatoria y, por último, compensatoria. Otras teorías combinan algunas de las anteriores²⁹⁷.

A.- Alimenticia:

Mientras que la pensión compensatoria tiene como fin último el de compensar el desequilibrio producido entre los cónyuges tras la separación o el divorcio, aun cuando el cónyuge beneficiario cuente con medios suficientes para subsistir por sí mismo (a pesar de que algunos de los criterios a tener en cuenta para su establecimiento coinciden con los establecidos para los alimentos), la de alimentos se establece para cubrir las necesidades vitales de quien no cuenta, sin culpa propia, con medios propios para satisfacerlas, no siendo por tanto la pensión compensatoria de naturaleza alimenticia.

No obstante, es cierto que en la práctica judicial parece haberse implantado la idea de que tal pensión no será concedida cuando el cónyuge, aun quedando en situación de desequilibrio tras la separación o el divorcio, dispone de medios propios para su subsistencia, olvidando que aun contando con esta posibilidad puede seguir –de hecho es muy común –existiendo un desequilibrio del tipo que contempla el Código Civil y que debe por tanto ser compensado.

Así, en multitud de sentencias encontramos en realidad la justificación del establecimiento de la pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges en la exigencia de cubrir necesidades, y en otras ocasiones además, la sentencia se contenta con ello.

La pensión compensatoria está además sometida al principio dispositivo por lo que de no solicitarse no puede el juzgador de oficio concederla.

²⁹⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de abril de 1987, trata el carácter bifronte de la pensión compensatoria cuando dice: “La pensión no tiene una naturaleza ni alimenticia ni indemnizatoria, aunque se valoren circunstancias que tengan este carácter (entre otras, Sentencias de esta misma Sala de 6 de mayo de 1985, 19 de junio de 1986, 9 de diciembre de 1986 y 21 de enero de 1987), sino un carácter mixto o híbrido asistencial, resarcitorio y compensatorio, primando una y otra faceta en atención a las peculiares circunstancias concurrentes en cada caso concreto, según han venido sosteniendo numerosos autores en nuestro ordenamiento, mereciendo especial mención en el Derecho comparado, que ha venido a mantener tal naturaleza mixta respecto del *assegno per divorzio* en la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 10 de julio de 1975”.

En este punto se ha de tener en cuenta que el art. 90 del Código Civil, que establece que “Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”. A mi entender, esto limita el principio dispositivo, y el Juez debería revisar la situación en la que quedan los cónyuges tras la separación o el divorcio, pues la Ley así se lo ordena²⁹⁸.

Otra diferencia fundamental entre una y otra reside en una de las causas de extinción. La deuda de alimentos se extingue tanto por la muerte del deudor como por la del acreedor –ya que los alimentos encuentran su fundamento en la relación de parentesco y en el principio de solidaridad familiar, siendo una deuda personal –; sin embargo la pensión compensatoria se extingue, entre otras causas, por la muerte del acreedor, pero no por la muerte del deudor, pasando sus sucesores a ser los deudores de la pensión.

Por lo que se refiere a los criterios de cuantificación, son claramente diferentes en uno y otro caso. Si en la pensión de alimentos serán los medios del alimentante y las necesidades del alimentista los que habrán de informar el cálculo de su cuantía, en la pensión compensatoria será el desequilibrio producido tras la separación o el divorcio, no existiendo además, como si existe en la de alimentos, la posibilidad con que cuenta el deudor de elegir traer al acreedor a vivir con él a su hogar –con determinadas excepciones –en vez de abonar periódicamente la pensión (art. 149 del Código Civil). Si nos fijamos, no obstante, en el punto 8º del art. 97 CC, donde se estipula como uno de los parámetros a tener en cuenta tanto para establecer la pensión compensatoria como para determinar su cuantía, *el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge*, es evidente que en parte también justifica el Código Civil la necesidad o no de pensión en causas muy similares a aquellas por las que se establece la de alimentos (art. 146 CC), basándose en una especie de *principio de solidaridad postmatrimonial*.

²⁹⁸ Sobre esto, consultar ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN Y SALELLES CLIMENT, JOSÉ RAMÓN, *La libertad contractual y sus límites*, Tirant Loblanch, Valencia, 2009.

Es cierto que algunos de los criterios establecidos como lista abierta en el artículo 97 del Código Civil coinciden con los necesarios para obtener una pensión de alimentos por parte del pariente del que corresponda, pero tales criterios son tenidos en cuenta por el Código Civil no para que con su existencia se otorgue una pensión compensatoria, sino para poder determinar la existencia del desequilibrio, de tal modo que si tras la separación o el divorcio uno de los cónyuges se encuentra en una situación de necesidad existirá desequilibrio, pero el hecho de que no exista tal necesidad no significa que no exista desequilibrio, que se concreta también con mucha frecuencia en el hecho de que uno de los cónyuges resulte beneficiado tras la ruptura por el esfuerzo del otro, quedando el que no veló por el reconocimiento de su esfuerzo en clara situación de desequilibrio (piénsese por ejemplo en el criterio de la *colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge*).

Por otro lado, lo que pueda considerarse como alimentos propiamente dichos y como una carga del matrimonio son los que deba prestar un cónyuge a otro existiendo aún matrimonio, pero no cuando el mismo es disuelto²⁹⁹.

B.- Indemnizatoria:

HAZA DÍAZ se opone a la calificación como indemnizatoria a la pensión compensatoria en base a varias cuestiones: que la doctrina y la jurisprudencia consideran que las obligaciones indemnizatorias se cumplen sólo con un único pago (lo que la separa de la *pensión* compensatoria); que en las mismas no existe una previsión a futuro sino de un daño ya causado; que la pensión compensatoria puede ser modificada, a diferencia de la deuda indemnizatoria -cosa sobre la que ya he llamado la atención cuando mencioné la injustificada diferenciación de la situación de quien reciba una pensión compensatoria periódica respecto de quien reciba un bien, un capital o un derecho, pues la primera será susceptible de modificación e incluso de extinción pero la segunda no –; y en que la circunstancia de la convivencia matrimonial no debe ser considerada bajo ningún punto de vista como motivo para que exista desequilibrio y por ende genere obligación de pago de la pensión.

²⁹⁹ Cfr: COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, op. cit., p. 56.

En contra de lo anterior cabe alegar, primero, que en contra de lo argumentado en cuanto al pago único, sí existe tal posibilidad, como antes dije (artículos 97 y 99 del Código Civil); segundo, y en cuanto a la modificación y extinción, me remito a lo ya aclarado en cuanto a la diferencia existente entre el pago único y la pensión periódica; y en cuanto al último argumento, quisiera destacar la cuestión de la culpabilidad y varias contradicciones existentes en la regulación del Código Civil en relación con la concepción de la pensión compensatoria como algo distinto a una indemnización. Si bien es cierto que tras la reforma del Código Civil de 2005 desapareció cualquier vestigio de culpabilidad en la ruptura matrimonial como elemento a tener en cuenta a la hora de adoptar las medidas necesarias en la separación o el divorcio, ello tal vez no sea del todo acorde con la regulación general del Código Civil, como pueda ser la prohibición del abuso del propio derecho (art. 7 del Código Civil) o la prohibición de enriquecimiento injusto, o con doctrina desde hace tiempo sentada por nuestros Tribunales, por ejemplo, la doctrina de los actos propios. En relación a esto creo que resulta interesante hacer referencia al pacto al que tácitamente llegan los esposos cuando uno de ellos sacrifica su carrera, su desarrollo o su promoción profesional para poder ocuparse del hogar y la familia. El cónyuge que tácitamente consiente que el otro se sacrifique en beneficio propio no debería quedar exento de responsabilidad.

En este sentido cabe destacar que, confundiendo de nuevo el fundamento de la pensión compensatoria con el de los alimentos, es muy común que si el cónyuge perjudicado posee una formación no reciba una pensión o lo haga por menos tiempo que aquel que no posee ninguna formación, entendiéndose que el que no la tiene se encuentra en una situación de necesidad. Pero, precisamente el que la tiene sacrificó una carrera, y quien no la tiene no, pues mediando matrimonio o no, no tenía una formación para prosperar profesional y económicamente.

El contemplar a la pensión compensatoria como de naturaleza distinta a otras cuya calificación es sin ambages como sí indemnizatoria resulta también contradictorio. Así por ejemplo, la indemnización para el cónyuge de buena fe en los casos de nulidad matrimonial del artículo 98 (“el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97 de Código Civil”). La contradicción se observa, primero, en el hecho de que el artículo 98, al tratar la

indemnización para el cónyuge de buena fe en los procesos de nulidad matrimonial, se refiere a ella expresamente como indemnizatoria a la vez que remite al artículo 97 para atender a las circunstancias que den causa a su establecimiento; en segundo lugar, y en relación con lo anterior, el que el artículo 79 del Código Civil (“La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe”) no establezca diferencias entre la disolución y la nulidad del matrimonio en lo referente a los efectos para el cónyuge de buena fe.

Otra *indemnización* a destacar es la establecida a favor del cónyuge dedicado al cuidado de la familia cuando el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes (artículo 1438 del Código Civil: “El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”). En este caso, si bien es cierto que el Código Civil no la califica directamente como indemnizatoria como sí hace en la mencionada anteriormente, parece bastante razonable considerarla de esta naturaleza.

Otro ejemplo es la regulación de la responsabilidad extracontractual y contractual (artículos 1902 y 1101 del Código Civil) donde a pesar de las diferencias expuestas antes entre las distintas naturalezas como la reparadora, indemnizatoria, compensatoria, etc. se equipara la indemnización y la reparación.

C.- Compensatoria:

La naturaleza compensatoria del derecho a la pensión que surge a favor del cónyuge perjudicado tras la separación o el divorcio, proviene del Código Civil que precisamente es así como la enuncia, si bien no explica el por qué de esta calificación.

Podemos decir que compensación e indemnización son sinónimos, existiendo diferencia entre ambos únicamente en lo que se refiere a la extensión: Indemnizar parece que pretende dejar indemne al sujeto pasivo del daño mientras que compensar se refiere más a aminorar o beneficiar en algo a quien sufre el daño pero sin vocación de neutralizar los efectos del mismo.

Pero la indemnización tampoco repara completamente el daño en todos los casos, sino que sólo mitiga los efectos nocivos. Habría que decir a quien se opone a la calificación de la pensión compensatoria como indemnizatoria que es cierto que pueda existir un matiz pero a fin de cuentas el fundamento de una y otra es el mismo: mitigar los efectos del daño, atenuar los perjuicios que causa la ruptura matrimonial en uno de los cónyuges.

D.- Asistencial:

El conceder esta naturaleza a la pensión compensatoria proviene del contenido de las deberes provenientes del matrimonio: mutua ayuda y socorro, que de alguna manera trascenderían al matrimonio mismo y por tanto subsistirían al terminar su vigencia dado que, por mucho que el matrimonio se disuelva, en caso de divorcio, el cónyuge a quien la disolución produzca un perjuicio debe ser atendido, no pudiendo permitir que tras haberse dedicado al cuidado de una familia pase a ser asistido por el Estado. Sin embargo, no puede sostenerse que sigan vigentes deberes que encuentran su fundamento precisamente en el matrimonio que ha sido ya disuelto y del que por tanto ya no puede derivarse deber ni por supuesto obligación –a salvo el pago de la pensión compensatoria, pero como obligación que nace de la sentencia de separación o de divorcio–de ningún tipo, salvo los que atañen a los hijos (art. 92 CC).

E.- Reparadora:

A esta se refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de octubre de 1998: “La pensión compensatoria, recogida en el art. 97 del Código Civil, es una no de índole o carácter alimenticio, sino de naturaleza reparadora tendente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente sino nace el derecho a la pensión, de la situación instaurada en el matrimonio”.

Esta es a fin de cuentas demasiado similar a la naturaleza indemnizatoria como para establecer diferencias entre ambas.

Suele ser otro de los motivos para justificar la necesidad de la pensión la retribución de servicios prestados y prohibición de enriquecimiento injusto junto con la pérdida de expectativas. Ha de tenerse en cuenta que cuando existe una pérdida de expectativas profesionales del cónyuge que queda en peor situación tras el matrimonio, no teniendo experiencia profesional, o habiendo sacrificado una promoción laboral para poder ocuparse del cuidado del hogar, el cónyuge y los hijos comunes, ha colaborado, sin percibir retribución por ello, al sostenimiento de la familia (artículo 1438 del Código Civil: “El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas”): primero, permitiendo que con su trabajo en el hogar se generara un ahorro pues de no haber podido desempeñar esta tarea el cónyuge perjudicado lo tendría que haber realizado otra persona, con el coste económico que ello supone. Si no, el cónyuge que ha generado el total o la mayor parte de los ingresos económicos de la familia es quien tendría que haberlo hecho por lo que no podría haber tenido la libertad que ha tenido para promocionarse (por lo que sería él el que estaría en situación desfavorecida), o sencillamente no habría tenido familia o no habría estado igual de cuidada que lo estuvo.

Otros motivos alegados suelen ser el mantenimiento del nivel de vida disfrutado con el cónyuge durante el matrimonio.

En cuanto al fin de equiparación de los patrimonios de ambos cónyuges tras la separación o el divorcio, existe cuantiosa jurisprudencia que aclara que el fin de la pensión compensatoria no es tal.

4º. Concepto de desequilibrio

El art. 97 del Código Civil no ofrece si quiera una definición de desequilibrio, limitándose a establecer la posibilidad de la pensión cuando tal desequilibrio exista.

La cuestión del desequilibrio, cuya existencia deja claro el Código Civil que determina el establecimiento de la compensación del cónyuge, puede abordarse desde dos puntos de vista principalmente: uno objetivo y uno subjetivo³⁰⁰.

El criterio objetivo pone su atención en el hecho de que tras el divorcio o la separación uno de los cónyuges queda en situación de desequilibrio si comparamos la situación patrimonial en la que queda uno y otro tras la separación y divorcio y con la que mantenía el que queda en peor situación en comparación con la que tenía durante el matrimonio. Así, el juez, comparando las dos situaciones y de entender que existe un desequilibrio, impondrá una pensión compensatoria sin entrar en más consideraciones.

El enfoque subjetivo sí toma en cuenta esas otras consideraciones que no son exclusivamente comparación de la situación patrimonial de los cónyuges tras la separación o el divorcio, para estimar que no toda alteración patrimonial es de bastante entidad como para entender que existe desequilibrio e imponer una pensión compensatoria: sólo deberán tenerse en cuenta los factores que lleven a un desequilibrio pero que tengan que ver con el matrimonio y la convivencia para imponer la pensión.

El descenso en el nivel de vida –teniendo en cuenta lo anteriormente dicho respecto de la finalidad de la pensión –disfrutado durante el matrimonio no supone siempre la existencia del desequilibrio, pues ello dependerá de que realmente haya existido un sacrificio por parte de uno de los cónyuges, contribuyendo de ese modo a alcanzar dicho nivel de vida. Por el contrario, cuando, a pesar de que tras la separación o el divorcio los cónyuges queden en distinta situación, ambos hayan continuado con su desarrollo profesional sin existir sacrificio por parte de ninguno de los dos, no existirá tal desequilibrio.

De ahí que, a pesar de que dice el Código Civil que hay que contemplar para saber si existe desequilibrio la situación existente durante el matrimonio en comparación con la existente después del mismo, más bien parece que hubiera que

³⁰⁰ Entre otros, hacen esta distinción: *cf.* CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, *La limitación temporal de la pensión compensatoria...*, *op. cit.*, y MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*

poner en comparación ésta con la vivida por los cónyuges antes del matrimonio, y ponderar de este modo si ha existido o no sacrificio.

iii. Límite temporal de la pensión de alimentos a favor de los hijos y comparación con la situación del límite temporal de la pensión compensatoria

Como antes he dicho, así como la pensión compensatoria viene limitándose en el tiempo cada vez con mayor frecuencia, y como hemos visto, en muchos casos sin encontrar justificación, la pensión de alimentos establecida en las sentencias de separación y de divorcio para el sostenimiento de los hijos, salvo en la legislación aragonesa³⁰¹, sean estos menores o mayores de edad, y salvo excepciones, no se suele limitar temporalmente³⁰², de tal modo que si entre el deudor y el beneficiario (entendiendo a éste como el hijo perceptor y no el otro cónyuge con las matizaciones que haya que hacer respecto de la legitimación) existe una relación, digamos, normal, cuando el acreedor deja de necesitar su percepción de mutuo acuerdo se dejará de abonar, pero si desea seguir recibéndola, será el deudor el que se vea en la tesitura de iniciar un proceso judicial (en el que lo más habitual es, además, que no se impongan

³⁰¹ En efecto, el artículo 66 de la Ley 13/2006 de derecho de la persona de Aragón (vigente hasta el 23 de abril de 2011, fecha de entrada en vigor del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que deja lo establecido regulado igualmente en el art. 69) establece que si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero sólo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. *El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años*, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.

³⁰² En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 9 de marzo de 2002 (Ponente: GARCÍA VAN ISSOCHOT), Sección 5ª, Fundamento de Derecho 3º: "En lo relativo a la petición de cese de la obligación alimenticia en un plazo de dos años, ha de coincidir con el juez a quo en que esa previsión de futuro no está prevista legalmente y supondría dejar sin contenido el propio artículo 147 del Código Civil que contempla el aumento de fortuna del que hubiere de satisfacerlos. Además tampoco se fundamenta la demanda en el precepto número 152 del mismo texto legal y siempre estará al alcance del alimentante promover nueva pretensión desde y cuando varían significativamente las circunstancias".

las costas judiciales a pesar de ser estimadas todas las pretensiones del demandante³⁰³) para acreditar el cambio sustancial en las circunstancias (cuestiones de carga de la prueba aparte) y de este modo extinguir la pensión o limitarla temporalmente³⁰⁴. Esta circunstancia ha llevado en el plano sociológico a situaciones en las que un progenitor debe abonar una pensión a un hijo cuya edad es más que suficiente para proporcionarse su propio sustento. No debe olvidarse que al llegar a la mayoría de edad, la justificación de los alimentos no es la que fundamenta los alimentos de los menores de edad, a los que el progenitor debe proporcionar sustento por el mero hecho de la filiación.

De dejar de abonar la pensión sin existir un proceso previo de modificación de medidas en el que se estime su pretensión, el progenitor puede verse incluso incurso en un proceso penal.

Dado que los progenitores tienen el deber legal de procurar una formación integral a los hijos y que los alimentos respecto de los hijos deben ser acordes a los medios del alimentante, ¿hasta cuándo debe el progenitor sustentar, ya más específicamente, y entre otras cuestiones, la formación del hijo?

Cito en este punto a MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: “En relación a los estudios que han de costear los padres, se plantea hasta qué punto pueden los hijos imponer su interés en seguir matriculándose en diferentes actividades complementarias de los estudios realizados cuando ya están en condiciones de obtener o ayudar a su propia autonomía económica. Con la finalidad de evitar prolongaciones voluntarias de la situación de dependencia económica de los hijos respecto de los padres, se apunta la conveniencia de establecer la pensión de alimentos con carácter temporal cuando se han

³⁰³ En este sentido, dice la SAP de Murcia de 28 de febrero de 2012, en el Fundamento de Derecho Tercero: “Constituye criterio mantenido con anterioridad por esta Sección- sentencias de 23 de marzo de 2010 y 31 de mayo de 2011 -, que pese al sentido de la presente resolución, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada, pues, no obstante el tenor del apartado 1 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite su artículo 398, constituye un *criterio o uso habitual adoptado por los tribunales de no imponer las costas a ninguna de las partes en los procesos matrimoniales*”.

³⁰⁴ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de mayo de 2002 establece en su Fundamento de Derecho Segundo: “No es una situación comparable a los mayores de edad, los cuales, cuando carecen de ingresos no están en peor situación que aquel que, teniendo en abstracto obligación de darles alimentos, ni tiene sin embargo recursos para hacerlo. En tales situaciones, los potenciales alimentista y alimentante están en la misma situación, ambos pueden obtener recursos para su sostén y ambos carecen de tales recursos”.

terminado los estudios y los que resultan complementarios son compatibles con alguna actividad laboral remunerada”³⁰⁵.

Existen sentencias que fijan un límite temporal en los 23 años, y otras que lo establecen en los 26 o 27, como líneas más destacadas en la fijación de un plazo, entendiendo que al llegar a la edad concreta si el hijo no ha conseguido obtener su propio sustento será por un motivo atribuible a él, como pueda ser la falta de aprovechamiento de los estudios o de aplicación en el trabajo. Otras sentencias vinculan la extinción de la pensión al acontecimiento de algún hecho, como la entrada del hijo en el mercado laboral, ya sea de manera permanente como no pero cuando sí se observe al menos cierta estabilidad.

En el sentido contrario, cito la SAP de León de 25 de mayo de 2012, que entiende que “No podemos establecer un límite temporal a la pensión de alimentos porque no tiene carácter indemnizatorio y está condicionada únicamente a las necesidades del alimentista y a las posibilidades del alimentante. En alguna ocasión, y en relación con los hijos mayores de edad, se ha llegado a fijar un límite temporal cuando la edad del alimentista supera muy ampliamente la mayoría de edad y la situación de necesidad se percibe como provisional o incierta en un futuro inmediato. Pero, en este caso, la hija del matrimonio sólo tiene 23 años y ya ha completado sus estudios universitarios básicos, ya que participa actualmente curso de posgrado, con lo que pone de relieve que se dedica activamente a su formación de modo diligente sin que haya llegado a completarla. Por ello procede mantener la pensión de alimentos, sin perjuicio de que se pueda instar su extinción por el alimentante cuando cese la situación de necesidad”. Esta sentencia *condena* al alimentante a volver a interponer una demanda de modificación de medidas si al cabo de cuatro o cinco años la hija sigue sin terminar sus estudios de posgrado o desea realizar más estudios. Ello, como ya he expresado, es excesivo, pues el progenitor no debe estar obligado, más allá de una edad razonable, a financiar todos los estudios que la hija quiera realizar, aunque sea diligente y los aproveche. La sentencia debiera haber fijado un límite prudente, quizás, como mi

³⁰⁵ Así lo establece como refiere la autora la SAP de Álava de 28 de febrero de 1996, para el caso de un hijo que preparaba el doctorado, entendiendo el Tribunal que era compatible con una actividad laboral remunerada. *Cfr.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “La temporalidad de los alimentos de los hijos...”, *op. cit.*, p. 21.

próxima propuesta, en los veintisiete años, pero en ningún caso dejar la pensión tal como está, sin límite.

Como he dicho, no faltan decisiones judiciales que señalan la conveniencia de establecer un límite temporal a las pensiones de alimentos, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 24 de marzo de 1998, que establece una limitación de la pensión de alimentos únicamente por la circunstancia de la edad, 26 años, calificando los alimentos como carga del matrimonio y entendiendo que llegada la edad de 26 años del hijo no hay ya motivo para incluir bajo el concepto de carga del matrimonio el sustento del hijo, ya que a la dicha edad los estudios suelen haber terminado y se está ya en condiciones de acceder al mercado laboral. Las escasas, aunque cada vez más, sentencias que limitan en el tiempo la pensión de alimentos por un motivo objetivo como es el alcanzar una determinada edad suelen establecer este límite entorno a los 26 o 27 años, como he apuntado, como hace la SAP de Palencia de 24 de marzo de 1998, la SAP de Guipúzcoa de 11 de mayo de 1998 y la STS de 30 de diciembre de 2000, pero existen sentencias que imponen un límite aún menor, por ejemplo: SAP de Pontevedra de 15 de enero de 1998, que dice que al llegar a la mayoría de edad se entiende que no se es todavía capaz económicamente ampliando la pensión a los 23 años que es acorde a los usos sociales; SAP de Guipúzcoa de 15 de diciembre de 1998 también a los 23 años; SAP de Barcelona de 25 de mayo de 1998 a los 25 años³⁰⁶.

Como dice la SAP de Palencia de 24 de marzo de 1998: “es un hecho socialmente admitido que las personas a la edad de 26 años suelen haber terminado sus estudios y están en condiciones de acceder al mercado de trabajo, por lo que no parece oportuno, que más de esta edad se mantengan estas pensiones, como si de una carga familiar se tratara, pareciendo razonable que, caso de persistir esta situación de que la hija siga careciendo de recursos económicos propios, la pensión de alimentos declarada a su favor dentro de este procedimiento de separación se prolongue hasta que la misma cumpla los 26 años de edad, fecha a partir de la cual, si la situación de falta de recursos persiste, tendrá que ser la hija la que acuda al procedimiento legalmente previsto en reclamación de los alimentos que se estimen oportunos”.

³⁰⁶ Sentencias citadas por MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “La temporalidad de los alimentos de los hijos...”, *op. cit.*, p. 23.

Una de las ventajas de limitar temporalmente la pensión del hijo es que, si llegado el plazo impuesto, el hijo sigue teniendo necesidad de la pensión, será él el que debe iniciar un pleito, ya no de modificación de medidas pues no tiene legitimación, sino el declarativo de alimentos, y con ello se invierte la carga de la prueba, teniendo él que probar su necesidad, dado que si el padre es quien tiene que demandar al otro progenitor para modificar las medidas, él tendrá que probar la falta de necesidad del hijo, prueba casi imposible en muchos casos pues, al no ser él quien convive con el hijo, le es sumamente difícil saber su rendimiento académico (si el hijo es mayor de edad el centro no puede sin más informar al padre) y su facilidad para acceder al mercado laboral, situaciones que además y lógicamente se le tratarán de ocultar para que siga abonando la pensión³⁰⁷.

Por otro lado, en defensa de la limitación temporal se suelen citar, como hace la SAP de Córdoba de 11 de julio de 2000 los argumentos siguientes: que la prestación debe entenderse concedida por un tiempo prudencial, que ello evita nuevos litigios y que la limitación crea al alimentista una motivación para alcanzar la independencia económica.

El TS en Sentencia de 1 de marzo de 2000 apunta que “Dos personas, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad, no se encuentran hoy por hoy en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedoras a una prestación de alimentos; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un parasitismo social”.

Como he dicho, la jurisprudencia que limita la pensión de alimentos del hijo lo hace por dos motivos distintos, o bien pone un límite en una determinada edad, o bien lo condiciona a que se den determinadas circunstancias subjetivas en el hijo, como es el acceso al mercado laboral de manera más o menos estable. Creo, no obstante, que lo ideal sería combinar ambas, imponiendo un límite en la estable incorporación del hijo al

³⁰⁷ En este sentido apuntan *cfr.*: MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “La temporalidad de los alimentos...”, *op. cit.*, p. 21 y *cfr.*: ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, “¿Hasta cuándo...”, *op. cit.*, p. 46.

mercado laboral, y en cualquier caso a una determinada edad prudencial, entendiendo que si pasada la misma no lo ha logrado, es por un motivo imputable a él, quedando siempre a salvo la posibilidad de que el hijo acuda al declarativo de alimentos si sigue existiendo necesidad.

Si bien, todas estas sentencias citadas fijan un límite temporal o extinguen la pensión justificándose en haber alcanzado una determinada edad, tras haber sido instada la modificación de medidas por el progenitor no conviviente y deudor de la pensión, lo que aquí propongo es, para evitar esta innecesaria litigiosidad, que se establezca *a priori* desde la sentencia que por primera vez fija la pensión, un límite temporal, instando a que se modifique el Código Civil en este sentido, como ya se hizo para el caso de la pensión compensatoria, si bien el límite entiendo que debería fijarse siempre, y no entablar la requerida reforma del Código sólo en el sentido de contemplar expresamente esta posibilidad, sino imponiendo la fijación de un límite temporal en todos los casos, salvo aquellos, claro está, en que por una falta de juicio del hijo, como pueda ser una deficiencia psíquica o incluso física, pueda saberse de antemano que ello le impedirá siempre sustentarse por sí mismo.

De modo que el art. 93 del Código Civil podría quedar redactado de la siguiente manera:

“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código, *que deberán abonarse hasta que el hijo, siendo ya mayor de edad, pueda hacerse cargo de su propio sustento, y en cualquier caso con el límite en los 27 años de edad del hijo, salvo que de antemano pueda saberse que éste no alcanzará la independencia económica por padecer un trastorno psíquico o físico que se lo impida*”.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO termina su trabajo relativo al límite temporal de los alimentos diciendo: “Para concluir, cabe afirmar que la temporalidad de la obligación de alimentos de los hijos mayores de edad posibilitará una mayor conciencia por parte de éstos de la necesidad de evitar situaciones de apatía o de vagancia o prolongaciones voluntarias en perjuicio de los padres. Respecto de éstos, la temporalidad indirectamente refuerza el principio de respeto que los hijos deben a los padres, más allá de la mayoría de edad y contribuye a no considerar el hogar familiar como un servicio gratuito de hospedaje”³⁰⁸. En los siguientes términos se expresa también la autora en otro trabajo suyo: “parece beneficioso establecer una limitación temporal con respecto a los alimentos de los hijos mayores de edad, porque de esta forma se crearía una motivación al acreedor para conseguir un estatus económico independiente; y si el mayor de edad estima que se le deben seguir prestando deberá documentar y acreditar un óptimo rendimiento, para que se le pueda aplicar la referencia del artículo 142 del CC *a no haber terminado su formación por causas que no le son imputables*”³⁰⁹.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA dice en relación a lo mismo: “Cuando se trata de hijos mayores de edad, el derecho de alimentos tiene un claro componente de temporalidad. El principio básico es que cada persona debe atender a la cobertura de sus necesidades y la excepción que éstas sean atendidas por otros”³¹⁰ y que “la realidad es que podría ser una fórmula muy efectiva, que no produciría lesión al alimentista, siempre que se dejara abierta la puerta a prolongar esta situación si el beneficiario de los alimentos solicita la continuación, expresando el plazo para el que lo solicita y justificando la persistencia del derecho”³¹¹.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO habla incluso de un principio que llama *favor progenitoris*, enfrentándolo al *favor filii*, para defender que en determinados casos y dada la situación cada vez más común de hijos que no hacen lo suficiente por

³⁰⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “La temporalidad de los alimentos de los hijos...”, *op. cit.*, p. 26.

³⁰⁹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “El *favor progenitoris*...”, *op. cit.*, p. 2003.

³¹⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, “¿Hasta cuándo...”, *op. cit.*, p. 37.

³¹¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, “¿Hasta cuándo...”, *op. cit.*, p. 46.

encontrar empleo o que se eternizan en sus estudios y siguen suponiendo a edades ya avanzadas una carga para sus padres³¹², por cuyo interés debe empezar a velarse superponiéndolo al de los hijos, que deben empezar en un determinado momento a dejar de ser una carga para sus progenitores³¹³.

iv. Conclusión acerca del límite temporal de los alimentos

Por consiguiente, teniendo en cuenta todo lo que he expresado anteriormente, creo que debiera establecerse siempre el límite temporal a las pensiones de alimentos de los hijos. He de decir, además, que dicho límite entiendo que debiera en realidad aplicarse a todas las obligaciones alimenticias entre parientes, no sólo las que respectan a las provenientes del pleito matrimonial, salvo cuando ello fuera imposible o desvirtuara la fin mismo de la prestación.

Como ya he expresado, y a modo de resumen, creo que así debe hacerse por los siguientes motivos:

- Economía procesal.
- El imprescindible estímulo que crearía en los hijos que siguen viviendo del subsidio paterno.
- Por aplicación analógica de lo establecido en el art. 97 del CC para la pensión compensatoria, dado que su naturaleza es en parte alimenticia y dado que ambas pensiones se dilucidan en un proceso matrimonial.

³¹² Con los problemas a veces graves en lo relativos a lo que se ha venido llamando *lucha generacional*.

³¹³ Cfr: MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “El favor progenitoris...”, *op. cit.*, p. 2000.

3. Modificación de las pensiones de alimentos fijadas a los hijos

De sobra es sabido que el art. 147 del Código Civil establece que los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

Lo primero que debe advertirse es que, como dice ANDRÉS JOVEN, es reiterada la jurisprudencia que dice que la modificación de medidas tiene un fundamento específico en la adaptación a la nueva realidad de la regulación establecida en un momento precedente³¹⁴, pero este procedimiento no puede ser utilizado en búsqueda de una finalidad distinta, puesto que supone un ataque al principio de cosa juzgada³¹⁵ y porque dicho procedimiento no es un juicio revisorio de lo acordado con anterioridad. Dice el autor que “la posible modificación de las medidas acordada en un pleito anterior es una clara plasmación del principio *rebus sic stantibus* perfectamente imbricado en nuestra tradición jurídica ya que supone la adecuación de las medidas que han de regular las relaciones personales y/o patrimoniales de un núcleo familiar a la situación existente en ese concreto momento toda vez que a nadie se le escapa la naturaleza evolutiva de las relaciones de familia y el hecho de que, en consecuencia, los pronunciamientos adoptados en esos litigios tengan un marcado carácter coyuntural en

³¹⁴ En este sentido, dice GONZÁLEZ DEL POZO que “las medidas se establecen por las partes en el convenio regulador o se fijan por el juez en la sentencia partiendo de la instantánea o foto fija de la situación familiar existente en un momento determinado... siendo el futuro impredecible e imposible que las partes o el juez se represente o prevean las futuras transformaciones... se pretende conseguir que exista una exacta correlación o adecuación entre las medidas que están en vigor y la realidad personal, familiar, social y económica de los miembros de la unidad familiar rota, cuyas relaciones personales y patrimoniales dichas medidas pretenden regular”. GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PEDRO, “La modificación de medidas”, en *Los procesos de familia: una visión judicial: compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, Colex, Madrid, 2007, p. 595-596.

³¹⁵ En este sentido: STC de 25 de junio de 1986, SAP de Madrid de 24 de septiembre de 1992, SAP de Ciudad Real de 25 de enero de 2000, SAP de Madrid de 24 de mayo de 1996, SAP de Barcelona de 6 de abril de 1998, SAP de Alicante de 26 de octubre de 2000. Algunas Audiencias Provinciales señalan, acertadamente, que el proceso de modificación de medidas no puede ser tomado como un proceso de revisión respecto a los pronunciamientos adoptados en su momento sino la posible adecuación de éstos a las nuevas circunstancias, por lo que quien interpone la solicitud de modificación de medidas debe señalar de forma clara y precisa cuáles son los hechos que entiende que se han alterado sustancialmente desde la fecha en que se dictó la resolución.

cuanto pueden requerir su modificación en un plazo muy breve si se alteraran inmediata e imprevisiblemente las circunstancias que sirvieron de base para su determinación”³¹⁶.

Así, la Litis posterior no puede servir para reexaminar por ejemplo la insuficiencia de una pensión o el deficiente funcionamiento de un régimen de visitas³¹⁷. El autor señala los requisitos para la estimación de la pretensión de modificación de medidas y los resume los siguientes³¹⁸:

- La alteración debe ser *sustancial* o de notoria entidad³¹⁹: ello quiere decir que se debe producir un cambio objetivo en la situación de hecho contemplada en la sentencia, por lo que no basta con alegar motivos personales ni de conveniencia u oportunidad³²⁰. Dice la SAP de Navarra de 27 de mayo de 2002 que “no se trata de aportar criterios meramente subjetivos o de complacencia, sino verdades razonadas, suficientemente probadas, necesarias y convenientes para la viabilidad del efectivo cese de las medidas en su día acordadas”. Por su parte, la SAP de Palma de Mallorca de 16 de noviembre de 1998 establecía que el cambio debe ser de tal entidad que “desequibre lo que antes era equilibrio”. CABEZUELO ARENAS destaca que no es necesario que el cambio se refiera a un hecho extraordinario o insólito³²¹.

³¹⁶ ANDRÉS JOVEN, JOAQUÍN MARÍA, “La modificación de las medidas definitivas”, revista Iuris, núm. 61, t. 1 (mayo de 2002), p. 63.

³¹⁷ Cfr. ANDRÉS JOVEN, JOAQUÍN MARÍA, “Modificación de las medidas definitivas”, en *Tratado de Derecho de Familia: aspectos sustantivos y procesales: adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005*, Sepín, Pozuelo de Alarcón, Madrid, 2005, p. 912.

³¹⁸ Entre otros, ANDRÉS JOVEN, JOAQUÍN MARÍA, “Modificación de las medidas...”, *op. cit.*, p. 916 y ss. CABEZUELO ARENAS recoge como requisitos para la modificación: que se produzca un cambio objetivo respecto a la situación antecedente, que la alteración sea esencial, que el cambio tenga vocación de permanencia, que el cambio debe ser sustancial. CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 CC)*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2010, p. 116. Para el estudio de la jurisprudencia más reciente en la materia, *vid.*: STS de 30 de abril de 2013, STS de 8 de noviembre de 2012, SAP de Murcia de 25 de julio de 2013, SAP de Murcia de 23 de julio de 2013, SAP de Madrid de 5 de julio de 2013.

³¹⁹ *Vid.* SAP de Barcelona de 13 de marzo de 1997, SAP de Barcelona de 9 de abril de 1997, SAP de Badajoz de 17 de marzo de 1993, SAP de Toledo de 30 de enero de 1995, SAP de Toledo de 17 de abril de 2000, SAP de Castellón de 22 de septiembre de 2005.

³²⁰ Cfr. GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PEDRO, “La modificación...”, *op. cit.*, p. 598.

³²¹ CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos...*, *op. cit.*, p. 116. También en este sentido, la SAP de Castellón de 22 de septiembre de 2005.

- El cambio debe ser *esencial*: el cambio debe afectar al núcleo de la medida y no a circunstancias accidentales, secundarias o accesorias³²². Así, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 de noviembre de 2003 dice que no constituye cambio sustancial las simples fluctuaciones de ingresos de poca importancia, como el normal aumento de los ingresos del alimentante que obedece al incremento anual del IPC³²³.
- Debe deberse a un acontecimiento *imprevisto*, externo al deudor, sin posibilidad de previsión anticipada y sobrevenido: La petición de modificación ha de fundarse en hechos o circunstancias sobrevenidas y por tanto no existentes al tiempo de dictarse la sentencia, dado que no se trata de una revisión de la sentencia anterior, aunque, “excepcionalmente, la modificación puede fundarse en circunstancias ya existentes al momento de dictarse la sentencia o suscribirse el convenio cuya medida se quiere modificar, cuando esas circunstancias preexistentes fueron desconocidas, por causas a él no imputables, para el solicitante de la modificación”³²⁴ y “se hace preciso que tal ignorancia no sea imputable a la desidia probatoria de quien ulteriormente invoca el hecho preexistente en apoyo de un *petitum* modificativo, pues, si tuvo posibilidad de saber, y acreditar, en el antecedente procedimiento, lo que invoca en el de modificación, es obvio que tal dejación probatoria no puede quedar amparada por las previsiones de los preceptos objeto de análisis, pues en otro caso se abrirá al respecto un peligroso cauce que entraría en abierta colisión con elementales principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, en los que descansa la Litis civil”³²⁵. Además debe deberse a un hecho imprevisto, y ello quiere decir que no procederá la modificación cuando al tiempo de ser adoptada la medida ya se tuvo en cuenta el posible cambio de circunstancias o se pudo alegar por las partes y no se hizo³²⁶.

³²² Cfr. GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PEDRO, “La modificación...”, *op. cit.*, p. 599.

³²³ También en este sentido: SAP de Baleares de 9 de mayo de 2002, SAP de Toledo de 17 de abril de 2000, SAP de Asturias de 12 de abril de 2000, SAP de León de 16 de mayo de 2005, SAP de La Coruña de 4 de febrero de 2000, SAP de Baleares de 11 de junio de 2001, SAP de Almería de 10 de mayo de 2002, SAP de Badajoz de 15 de julio de 2000, SAP de Granada de 22 de diciembre de 2006.

³²⁴ SAP de Madrid de 21 de octubre de 1994.

³²⁵ SAP de Madrid de 12 de enero de 1999.

³²⁶ *Vid.* SAP de Navarra de 31 de mayo de 2002, SAP de Soria de 17 de enero de 2002.

- Dicha alteración debe tener cierta *estabilidad* o permanencia en el tiempo, y no tratarse de cambios ocasionales, transitorios o pasajeros³²⁷. La SAP de Murcia de 29 de diciembre de 2011 considera procedente una rebaja de la pensión de alimentos porque la situación de paro actual no es equiparable a la que tenía cuando se fijó la pensión de alimentos: en aquel momento (año 2002) se alternaban periodos de paro con otros de trabajo y, sin embargo, en la actualidad, dada la crisis económica y extensión del paro en la construcción se evidencia que la situación de desempleo es duradera en el tiempo³²⁸.
- Es indiferente que la situación anterior se fijara en convenio o por decisión judicial.
- No debe existir dolo o culpa del deudor en el cambio de las circunstancias³²⁹ ni puede la alteración ser debida a un acto propio y voluntario de quien solicita la modificación. La STC de 17 de marzo de 1997 estableció que “no resulta ajustado a la equidad ni tampoco, desde luego, a la buena fe procesal que debe presidir la actuación de todos los intervinientes en un proceso, *ex art.* 11.1 de la LOPJ, que quien fue causante voluntario con su actuación de una alteración sustancial de sus medios de fortuna pueda beneficiarse de la modificación que tal hecho puede conllevar, en perjuicio de quien hasta ese momento era beneficiario de un derecho legalmente reconocido”. Dice CABEZUELO ARENAS que “Mal protegeríamos los intereses de los hijos si permitiésemos que el endeudamiento voluntario del alimentante comprometiera el pago de las pensiones de aquéllos, proporcionando al progenitor el argumento idóneo para

³²⁷ *Vid.* SAP de Baleares de 9 de mayo de 2002, SAP de Almería de 9 de junio de 2000, SAP de Albacete de 10 de julio de 1998, SAP de Palma de Mallorca de 12 de mayo de 1997, SAP de Palma de Mallorca de 16 de noviembre de 1998, SAP de Palma de Mallorca de 26 de enero de 1999.

³²⁸ *Cfr.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “Derecho de familia, crisis económica y mediación”, en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: cuestiones de actualidad*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, p. 212-213.

³²⁹ *Vid.* STC de 17 de marzo de 1997, SAP de Madrid de 22 de mayo de 1993, SAP de Madrid de 16 de julio de 1999, SAP de Baleares de 9 de mayo de 2002, SAP de Madrid de 19 de septiembre de 1997, SAP de Almería de 9 de junio de 2000, SAP de Valencia de 11 de septiembre de 2003, SAP de Madrid de 6 de febrero de 1996, SAP de León de 27 de noviembre de 2003, SAP de Madrid de 29 de marzo de 2007, SAP de Murcia de 27 de marzo de 2009, SAP de Valencia de 10 de abril de 2006, SAP de Barcelona de 11 de mayo de 2006, SAP de Barcelona de 28 de junio de 2007, SAP de Castellón de 10 de diciembre de 2007, SAP de Murcia de 19 de octubre de 1999, SAP de Almería de 6 de mayo de 2004, SAP de Valencia de 10 de julio de 2007. La SAP de Murcia de 27 de febrero de 2009 dice que “las deudas que se refieren en el recurso han sido contraídas voluntariamente por el recurrente, por lo que no pueden en principio perjudicar al derecho de alimentos de los hijos”.

apelar a una merma en su liquidez. Quien libremente acomete nuevas empresas o emprende inversiones de cierta envergadura, no ha de comprometer en modo alguno, la manutención de sus hijos, debiendo afrontar las consecuencias adversas que produzcan para su economía aquellas decisiones temerarias que voluntariamente adoptó”³³⁰.

- Debe probarse³³¹: En este sentido, dice GONZÁLEZ DEL POZO que “la actividad probatoria a desplegar en el proceso modificadorio ha de dirigirse tanto al momento en que concurrían las circunstancias existentes cuando se adoptaron las medidas cuya modificación se pretende, como al momento actual, a fin de valorar si se ha producido o no cambio en las medidas”³³². Y ANDRÉS JOVEN afirma que “es posible... inadmitir a trámite la demanda en tanto el peticionario de la modificación no aporte los documentos mínimos exigidos por la ley procesal o rechazar la petición llevada a cabo de forma inadecuada por defecto legal en el modo de proponer la demanda”³³³. La carga de la prueba recae sobre quien insta la modificación de las medidas (SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 1995, SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 1995, SAP de Barcelona de 22 de enero de 1996).

Se interponen una gran cantidad de demandas solicitando la modificación de medidas fijadas en la sentencia de separación o de divorcio, para que con ello, el caso más común, el juez disminuya la cantidad a abonar por el progenitor en concepto de pensión de alimentos a los hijos. Me voy a centrar en este tema concreto, sin entrar en la inmensa variedad de supuestos de modificación de los alimentos, porque es un caso que produce una enorme litigiosidad. Sólo por su gran repercusión en lo cuantitativo merece por sí ser tratado específicamente.

³³⁰ CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos...*, *op. cit.*, p. 123.

³³¹ *Vid.* SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 1995, SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 1995, SAP de Barcelona de 22 de enero de 1996, SAP de Madrid de 29 de junio de 2001, SAP de Madrid de 5 de febrero de 2002, SAP de Madrid de 24 de enero de 2001, SAP de Cuenca de 28 de mayo de 2003, SAP de Madrid de 15 de octubre de 1992, SAP de Madrid de 2 de febrero de 1993, SAP de Huesca de 30 de noviembre de 1994, SAP de Las Palmas de 1 de julio de 1999, SAP de Teruel de 26 de abril de 1994.

³³² GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PEDRO, “La modificación...”, *op. cit.*, p. 598.

³³³ ANDRÉS JOVEN, JOAQUÍN MARÍA, “La modificación...”, *op. cit.*, p. 66.

Concretamente, es el centro de numerosos pleitos la cuestión de la modificación de las medidas cuando el progenitor deudor de la pensión tiene un nuevo hijo, clásico problema en Derecho de Familia. Es casi unánime la opinión jurisprudencial en el sentido de considerar que el nacimiento de un nuevo hijo del deudor no debe alterar las pensiones de los hijos anteriores. En estos casos, se dice, que “no cabe reducir la cuantía de la pensión de alimentos bajo el simple argumento del nacimiento de un nuevo hijo procedente de una nueva relación del padre con otra persona”³³⁴.

Dice PÉREZ MARTÍN que “el cese de la convivencia de una pareja supone un quebranto en la economía familiar, de tal forma que, con los mismos ingresos, ahora hay que atender mayores gastos... como norma general toda separación o divorcio supondrá un empobrecimiento en la economía de ambos cónyuges”³³⁵.

Pero este criterio parece no tener en cuenta lo establecido por el art. 147 del Código Civil, dado que, evidentemente, el nacimiento de un nuevo hijo es una circunstancia que altera la situación económica del deudor.

Dice PÉREZ MARTÍN que para reducir la pensión cuando haya nacido un hijo nuevo deberán concurrir además otras circunstancias³³⁶: que el obligado al pago no cuente con capacidad económica para atender ambas obligaciones alimenticias, ya que si se demuestra que tiene medios suficientes para absorber las nuevas cargas, resultará intrascendente el nacimiento de otros hijos³³⁷. Este criterio no tiene en cuenta que los medios de que dispone el alimentante ya se tuvieron en cuenta cuando se fijó la pensión, por lo que, si esta circunstancia no se ha alterado, el caudal con el que cuenta ahora, teniendo que hacer frente a los gastos de más hijos, evidentemente descende. Otra circunstancia es que si la nueva pareja del progenitor cuenta con medios propios deberá

³³⁴ SAP de Murcia de 1 de abril de 2005.

³³⁵ PÉREZ MARTÍN, ANTONIO, “La modificación y extinción de las medidas: aspectos sustantivos y procesales”, en *Tratado de Derecho de Familia, IV*, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2007, 572.

³³⁶ *Cfr.* PÉREZ MARTÍN, ANTONIO, “La modificación...”, *op. cit.*, 573.

³³⁷ *Vid.* SAP de Guipúzcoa de 10 de abril de 2002, SAP de Córdoba de 3 de diciembre de 2002, SAP de Barcelona de 25 de febrero de 2004, SAP de León de 8 de abril de 2005, SAP de Gerona de 9 de septiembre de 2005, SAP de Málaga de 11 de octubre de 2005, SAP de Barcelona de 16 de marzo de 2006, SAP de Albacete de 23 de enero de 1995, SAP de Palma de Mallorca de 16 de noviembre de 1998, SAP de Granada de 24 de enero de 1990, SAP de Palma de Mallorca de 17 de diciembre de 1990, SAP de Valencia de 21 de julio de 1994, SAP de Ciudad Real de 23 de marzo de 1998, SAP de Alicante de 10 de mayo de 2002.

tenerse en cuenta ya que el sostenimiento de la nueva familia también recae sobre ella³³⁸. Además, si después del nacimiento del nuevo hijo se siguió pagando durante un tiempo la pensión, no será un motivo, o cuando los nuevos hijos nacieron antes de dictarse las medidas o suscribirse el Convenio regulador³³⁹. Así que se debe plantear la cuestión cuando el progenitor no tenga capacidad económica para atender a todas sus obligaciones alimenticias, cuando el otro progenitor de sus nuevos hijos carece de ingresos y cuando se trata de un hecho nuevo.

La SAP de Castellón de 2 de junio de 1992 ya decía que existían dos corrientes antagónicas: la que rechaza que el nacimiento de un nuevo hijo fuera considerado como alteración sustancial de las circunstancias y la que sí estimaba que lo fuera.

El argumento principalmente esgrimido para rechazar la disminución de la pensión por el nacimiento de un nuevo hijo, que es la postura mayoritaria, se apoya en la tesis que se basa en el principio general en materia de modificación de medidas: la causa que motiva la alteración de las circunstancias debe ser ajena al progenitor que solicita la modificación. De este modo, al tratarse la formación de una nueva familia del deudor es un acto voluntario y libre y no impuesta al alimentante, y ello no puede acarrear un perjuicio económico a los hijos tenidos con la pareja anterior³⁴⁰. En este sentido, la SAP de Murcia de 12 de febrero de 2002 establece que el nuevo matrimonio o la nueva hija tenida por el demandante es intrascendente, pues en uno y otro caso se trata de obligaciones creadas voluntariamente por el obligado al pago de las pensiones alimenticias. Por su parte, la SAP de Madrid de 1 de septiembre de 2004 señala que no procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia al no constar una alteración sustancial de los ingresos del obligado y no ser causa para tal reducción el hecho de que haya nacido un nuevo hijo posterior en cuanto que es un hecho propio y libremente decidido³⁴¹.

³³⁸ Cfr: SAP de Alicante de 7 de octubre de 2002.

³³⁹ Cfr: SAP de Málaga de 12 de febrero de 2002.

³⁴⁰ Cfr: PÉREZ MARTÍN, ANTONIO, “La modificación...”, *op. cit.*, p. 575.

³⁴¹ También en este sentido: SAP de Guadalajara de 13 de mayo de 2002, SAP de Madrid de 12 de junio de 2002, SAP de Málaga de 19 de enero de 2003, SAP de Málaga de 19 de febrero de 2003, SAP de Cádiz de 4 de abril de 2003, SAP de Cáceres de 2 de mayo de 2003, SAP de Asturias de 2 de junio de 2003, SAP de Ciudad Real de 16 de junio de 2003, SAP de Sevilla de 14 de julio de 2003, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de enero de 2005, SAP de Valencia de 30 de junio de 2005, SAP de Valladolid de 8 de julio de 2005, SAP de Valladolid de 8 de marzo de 1986, SAP de Albacete de 21 de enero de 1991, SAP

La postura contraria admite que el nacimiento de un nuevo hijo sí altera sustancialmente las circunstancias y es motivo para la modificación de las pensiones establecidas, pues conlleva para el progenitor la asunción de las funciones y deberes de la patria potestad del art. 154 del Código Civil entre las que se encuentran el deber de prestar alimentos y si el progenitor estaba cumpliendo ya estas funciones respecto de los hijos anteriores, ello no le exime de cumplirlas respecto del nuevo hijo, por lo que las prestaciones deben ser compatibles³⁴². Si aumenta el número de beneficiarios, se ha producido un hecho nuevo que altera sustancialmente la situación preexistente, por lo que deben modificarse las medidas adoptadas para que ese nuevo hijo pueda ser atendido debidamente en sus necesidades, dado que según la CE goza de idéntica posición que los anteriores hijos³⁴³. En este sentido, dice la SAP de Córdoba de 20 de marzo de 2006 dice que han de ponderarse el cúmulo de circunstancias existentes a la luz del principio de protección de los hijos e igualdad de los mismos, valorando tanto aumento de obligaciones del progenitor por el nacimiento de nuevos hijos, que permite la aplicación del principio de variabilidad (art. 147 CC), pero respetando la exigencia de que no se ponga en peligro la subsistencia de los descendientes anteriores. Por su parte, la SAP de Sevilla de 24 de febrero de 2006 dice que aunque la estabilidad profesional y situación económica no hayan variado, existe un aumento de sus obligaciones que justifica tal reducción³⁴⁴.

de Madrid de 13 de noviembre de 1992, SAP de Alicante de 23 de febrero de 2006, SAP de Valencia de 11 de junio de 2007. La SAP de Málaga de 15 de junio de 2005 decía que “dicha circunstancia no puede ser entendida como sustancial para modificar la prestación alimenticia de los hijos del anterior matrimonio porque se trata de una circunstancia exclusivamente dependiente de la voluntad de una de las partes, es decir, se trata de una situación creada de forma voluntaria y unilateral por el obligado al pago, que en modo alguno puede perjudicar en sus derechos asistenciales a los hijos de la anterior relación y, por ello, no puede esgrimirse frente a los que eran beneficiarios de la misma y son totalmente ajenos a la decisión unilateral de crearse nuevas obligaciones”.

³⁴² Además debe tenerse en cuenta el art. 39 CE que establece la igualdad de los hijos con independencia de su filiación.

³⁴³ Cfr: PÉREZ MARTÍN, ANTONIO, “La modificación...”, *op. cit.*, p. 577.

³⁴⁴ Ver también: SAP de Barcelona de 25 de febrero de 2002, SAP de Madrid de 20 de noviembre de 2002, SAP de Burgos de 7 de febrero de 2003, SAP de Baleares de 11 de febrero de 2003, SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2003, SAP de Badajoz de 3 de abril de 2003, SAP de Granada de 5 de abril de 2003, SAP de Córdoba de 12 de mayo de 2003, SAP de Cáceres de 19 de septiembre de 2003, SAP de Sevilla de 18 de noviembre de 2003, SAP de Vizcaya de 14 de abril de 2004, SAP de Barcelona 9 de septiembre de 2004, SAP de Albacete de 3 de marzo de 2005, SAP de Vizcaya de 20 de diciembre de 2006, SAP de Toledo de 27 de noviembre de 1993, SAP de La Coruña de 29 de junio de 1999.

Creo que considerar que el nacimiento de un nuevo hijo no puede implicar un cambio sustancial en las circunstancias para poder modificar la pensión de los hijos anteriores es ir en contra del libre desarrollo de la personalidad del progenitor, que no tiene legalmente limitado el número de hijos que puede tener, dando igual que sean con una misma pareja o con otra o varias distintas. Decir lo contrario supondría, llegado al extremo, impedir que se pudiera tener más de un hijo, puesto que la llegada de cada nuevo hermano, aunque sea dentro del mismo núcleo familiar, afecta inevitablemente al derecho de los anteriores, tanto de alimentos como de cualquier otro, como puedan ser los sucesorios. En este sentido, dice que SAP de Granada de 20 de septiembre de 1995 que “sí debemos entender que produce una alteración sustancial de las circunstancias el nacimiento de otros dos hijos del actor de un matrimonio posterior, y ello por las siguientes razones: primero, no podemos concebir tal hecho como necesidad artificiosamente creada, que no deba influir en la pensión alimenticia, pues de ser así se impediría a los progenitores tener nueva descendencia, incluso dentro del mismo matrimonio, por la sola obligación de respetar las obligaciones existentes con anterioridad, y en la cuantía inicialmente señalada. Segundo, llegado esto a tal extremo, se originaría discriminación de unos hijos con otros, cuando el derecho a ser alimentados corresponde a todos por igual, lo que vulneraría el precepto del art. 14 de la CE... que impide todo trato desigualitario por razón de nacimiento”.

No faltan posturas intermedias, como las de la SAP de Toledo de 27 de junio de 1993³⁴⁵, que tratan de conciliar todos los intereses en juego. En este sentido, la SAP de Murcia de 5 de mayo de 1993 entiende que si es cierto que la creación de una nueva familia y un nuevo hijo constituye un acto voluntario con la consiguiente obligación de alimentarle, es igualmente cierto que los derechos de nuevo hijo son iguales que los de los anteriores que tenían reconocida una pensión y que no pueden resultar mermados a favor de uno ni de otro. A juicio de ANDRÉS JOVEN “el nacimiento de un nuevo hijo ha de ser considerado una decisión libre y voluntaria de cada persona que no puede exonerar de las obligaciones alimenticias previamente existentes –que recuérdese devienen consecuencia del derecho natural y no de la imposición que una ley o una resolución judicial puedan realizar –, por cuanto los progenitores deben ser responsables

³⁴⁵ Ver también: SAP de Toledo de 21 de marzo de 1994, SAP de Jaén de 2 de octubre de 1998, SAP de Badajoz de 26 de mayo de 2000, SAP de Barcelona de 10 de abril de 2008, SAP de Barcelona de 7 de abril de 2008, SAP de Pontevedra de 6 de marzo de 2002, SAP de Cuenca de 23 de noviembre de 2005.

de sus actuaciones y de las consecuencias que de éstas puedan derivarse. Debe, en todo caso, y para el supuesto de defenderse la tesis contraria, tenerse en cuenta que en el nuevo procedimiento se ha de probar no sólo el hecho objetivo del nacimiento de un hijo, sino también cuál es la situación personal, laboral y económica de la nueva pareja al estar la misma asimismo obligada al pago de los alimentos de ese hijo, siendo éste un factor que en muchas ocasiones se silencia y que a mi juicio puede conllevar la desestimación de la demanda presentada”³⁴⁶.

El *quid* de la cuestión, como dice CABEZUELO ARENAS, está en dilucidar si la formación de un nuevo núcleo familiar excede de la “evolución normal” que tenemos derecho a experimentar los seres humanos, puesto que, como dice, quien tiene nueva descendencia no se fija como meta dañar a terceros, sino que sigue la *evolución normal de las circunstancias vitales de esa persona*³⁴⁷.

En este sentido cabe citar dos sentencias totalmente contradictorias: la SAP de Cádiz de 10 de abril de 2006, que dice que “considerando que el hecho de contraer matrimonio es un acto libre y voluntario, al igual que el nacimiento de un nuevo hijo³⁴⁸, debe entenderse que si a pesar de ello, y de las obligaciones que tenían asumidas para con la demandada y su hijo, optó por formar una nueva familia, es porque sabía que podría asumir los gastos. Las nuevas obligaciones familiares que dicho litigante haya podido asumir derivan de una decisión libre y voluntaria del mismo que, como tal, no puede perjudicar las medidas anteriormente sancionadas judicialmente”; por su parte, la SAP de La Coruña de 3 de noviembre de 2005 establece que “sí se ha producido una alteración de circunstancias que legitima la revisión de la pensión de alimentos fijada, cual es el nacimiento de un nuevo hijo Héctor, que nació el 16 de abril de 2005, es decir que actualmente cuenta con 7 meses de edad. No podemos compartir el argumento de

³⁴⁶ ANDRÉS JOVEN, JOAQUÍN MARÍA, “Modificación...”, *op. cit.*, p. 938.

³⁴⁷ Cfr. CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos...*, *op. cit.*, p. 131. En este sentido, dice también a autora que, además, “no podemos aceptar sin reservas que quien asume una nueva paternidad se enfrente a una decisión meditada y adoptada a sabiendas de que su patrimonio podía costearla”.

³⁴⁸ CABEZUELO ARENAS rechaza esta opinión y reputa “inapropiado colocar al mismo nivel la decisión de contraer matrimonio (que será libre y voluntaria) y la asunción de una nueva paternidad (lo cual quizá se ligue al azar, si hubieran fallado los anticonceptivos utilizados y el aborto resultara inconcebible moralmente para algunas personas, dejando al margen que en el momento de redactar estas líneas tan sólo está despenalizado en tres supuestos)”. CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos...*, *op. cit.*, p. 131.

que el nacimiento de un nuevo hijo no constituya motivo legítimo de modificación de los efectos económicos de un proceso matrimonial, de admitirse tal argumento significaría quebrar los principios constitucionales de igualdad de los hijos con respecto a sus progenitores, discriminando a unos frente a otros. El nacimiento de un hijo determina igualmente el nacimiento de una nueva carga, que grava el patrimonio del progenitor deudor de la prestación de alimentos para sufragar las más elementales necesidades de su prole”.

Otros motivos por los que suele instarse una modificación de medidas para la reducción de las pensiones alimenticias a favor de los hijos son un nuevo matrimonio o situación convivencial, la imposibilidad de hacer frente al pago de los gastos del propio deudor para su manutención y alojamiento, la imposibilidad de seguir abonando el préstamo de la vivienda en que han quedado a vivir el cónyuge y los hijos o en la asunción de deudas personales³⁴⁹. En principio todas estas demandas están abocadas al fracaso dado por encima de todas estas, la obligación respecto a los alimentos a los hijos siempre se encuentra en primer lugar³⁵⁰.

Dice ANDRÉS JOVEN que “lo importante para poder reducir o incrementar, esto es, para poder modificar, una pensión fijada, no es si la misma resulta ser adecuada o no a los ingresos y necesidades actualmente concurrentes en el núcleo familiar, sino que lo que ha de justificarse es que realmente se ha producido la alteración sustancial económica que permita modificar la cuantía determinada previamente”³⁵¹.

³⁴⁹ Todos estos temas los pone de relieve PÉREZ MARTÍN, ANTONIO, “La modificación...”, *op. cit.*, p. 579 y ss.

³⁵⁰ *Vid.* SAP de Tarragona de 5 de mayo de 2003, SAP de Córdoba de 20 de marzo de 2006, SAP de Barcelona de 14 de enero de 2003, SAP de Asturias de 11 de marzo de 2003, SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2004, SAP de Valencia de 13 de enero de 2005, SAP de Madrid de 17 de febrero de 2006, SAP de Córdoba de 18 de febrero de 2005, SAP de Baleares de 1 de julio de 2003, SAP de Valladolid de 18 de marzo de 2004, SAP de Cuenca de 13 de abril de 2005, SAP de Navarra de 11 de febrero de 2003, SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2003, SAP de Las Palmas de 19 de octubre de 2004.

³⁵¹ ANDRÉS JOVEN, JOAQUÍN MARÍA, “Modificación...”, *op. cit.*, p. 936.

Capítulo 3

ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES Y UNIONES ESTABLES DE PAREJA

1. Alimentos entre cónyuges

1.1. Planteamiento general

Los cónyuges, en base al especial vínculo conyugal o matrimonial que les une, ya no de parentesco dado que no son parientes, vienen obligados, y en primer orden de prelación según el art. 144 del CC³⁵², a prestarse alimentos mutuamente. Si bien, la virtualidad de este derecho recíproco se diluye en el deber enunciado por el Código Civil de ayuda y socorro mutuo³⁵³, que podemos considerar como de mayor calado en el

³⁵² Con la matización debida si coinciden varios alimentistas, siendo uno de ellos el cónyuge y el otro un descendiente menor de edad, aquél cede su puesto a éste, de no habiendo medios suficientes, como establece el art. 145 CC.

³⁵³ Dice MORENO MOZO que “algunos autores han pretendido distinguir entre la ayuda mutua (art. 67 C.c.) y el socorro mutuo (art. 68 C.c.). En esta línea, señala ESPÍN que, junto al socorro mutuo, en el que se comprende *el auxilio económico, especialmente los alimentos, e incluso el auxilio espiritual, la ayuda debe encaminarse hacia otras situaciones, como podrían ser las de asesoramiento y consejo, aceptación del mandato y de la representación que voluntariamente le confiera el otro cónyuge, en interés especial del mandante o poderdante, e incluso la gestión sin mandatos de asuntos del otro cónyuge impedido o ausente*. La mayoría de la doctrina, sin embargo, considera que son deberes idénticos, siendo redundantes, por tanto, en este aspecto los dos preceptos citados. Realmente no hay argumentos para distinguir entre ambos deberes ni tampoco, como consecuencia de esta distinción, restringir el contenido del socorro mutuo a lo meramente material”. MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 41. Del mismo modo que el autor y que la mayoría de la doctrina, no encuentro diferencias, más bien, y al estar uno y otro referidos en artículos distintos, parece una distinción que obedece más a la retórica o al deseo de no repetir términos del Legislador, por lo que me referiré a uno u otro indistintamente. En referencia a estos deberes debe apuntarse también que ya comprendían, antes de la reforma de 8 de julio de 2005, que lo introdujo, el deber de compartir las responsabilidades domésticas, que tiene en la reforma, y como dice LACRUZ BERDEJO “un significado bastante material e inspirado más en las tareas domésticas que en las responsabilidades que siempre han formado parte del deber de socorro mutuo”. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 66. En este sentido, también afirman Díez-Picazo y Gullón que “La Ley 15/2005, de 8 de julio, ha precisado más las obligaciones de ayuda y socorro mutuos, al disponer, en la nueva reacción del artículo 68, que deberán los cónyuges *compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes de su cargo*. Es un precepto difícil de integrar en el sistema legal, pues utiliza frases muy generales, susceptibles de todas las interpretaciones posibles. Así, no es nada clara la referencia a las responsabilidades domésticas. El artículo 1.318 habla ya de la responsabilidad de los bienes de los cónyuges respecto al levantamiento de las cargas del matrimonio, y el artículo 1.319 del poder de cada uno de ellos ara atender a las necesidades ordinarias de la familia. Por ello más bien parece que el artículo 68 en su nueva redacción se refiere a las tareas domésticas en sentido

sentido de *ir más allá* del deber de proporcionarse alimentos *stricto sensu*³⁵⁴ para cubrir las necesidades vitales, encuadrándolo, además, en el deber de ambos cónyuges de colaborar en el levantamiento de las cargas matrimoniales³⁵⁵.

Debe señalarse que la figura de los alimentos entre cónyuges, constante matrimonio y convivencia, está tan ligada a la idea de socorro mutuo como a la del deber del levantamiento de las cargas, dado que uno de los conceptos a los que vienen sujetos los bienes de los cónyuges, sea cual fuere el régimen económico matrimonial, y como ya expresé, es el *sostenimiento de la familia* (art. 1362.1 del CC). Como dice MORENO MOZO, “en el régimen vigente hablar de alimentos entre cónyuges como consecuencia del socorro mutuo, esto es, mientras no haya crisis matrimonial, es hablar de cargas matrimoniales”³⁵⁶.

De este modo, y como explicaré más adelante, la concreción de la obligación de alimentos en el ámbito matrimonial debe limitarse a determinados supuestos de crisis matrimonial.

material”, DÍEZ-PIAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONO, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV...*, *op. cit.*, p. 93.

³⁵⁴ Al igual que hace MORENO MOZO, y utilizando sus palabras para explicarlo, “utilizamos en la presente obra la expresión alimentos *stricto sensu* para referirnos, en general, a la obligación alimenticia regulada en los arts. 142 y ss. C.C. y nunca, como a veces ocurre, para aludir exclusivamente a la contemplada en el art. 143-2 C.c., esto es, la más reducida que pesa recíprocamente entre los hermanos, y que, de acuerdo con la terminología tradicional, es denominada con las expresiones de alimentos naturales, restringidos, reducidos, estrictos o auxilios necesarios para la vida; y que se opone a los alimentos propiamente dichos, esto es, los existentes recíprocamente entre los cónyuges y entre los ascendientes y descendientes, denominados también alimentos civiles, amplios o extensos”. MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 3.

³⁵⁵ Citando a ROGEL VIDE, recuerdo lo novedoso de esta obligación entre los cónyuges, que ni en el Proyecto de Código Civil de 1852, ni en las Partidas, ni en las Instituciones de Justiniano vienen previstas, por lo que parece que más bien tiene un origen francés. Lo que sí viene desde antiguo previéndose en nuestro Derecho es tanto el deber de socorro y ayuda mutua entre los cónyuges, y el de contribuir al levantamiento de las cargas. *Cf*: ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 74-75.

³⁵⁶ MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 42-43. El autor, en este punto, cita además a LACRUZ BERDEJO que señala: “mientras los cónyuges viven juntos, la obligación de socorro material viene enmascarada por la, *mucho más amplia*, de contribuir a las cargas”. La doctrina es unánime en este punto, así, por ejemplo, DÍEZ PICAZO y GULLÓN también afirman que “en la hipótesis de normal desarrollo de la vida matrimonial no es una obligación autónoma y queda embebida en los deberes definidos por los artículos 67 y 68 como de ayuda y socorro. Queda embebida también en la obligación de levantamiento de las cargas del matrimonio en el desarrollo de los sistemas de economía conyugal”. DÍEZ-PIAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONO, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV...*, *op. cit.*, p. 56.

La diferenciación entre las dos figuras, alimentos *stricto sensu* entre cónyuges y los deberes de ayuda y socorro mutuos –al igual que ocurría con la distinción entre los alimentos debidos a los hijos sometidos a patria potestad y los *stricto sensu* debidos entre parientes –, es ajena al Derecho romano y es fruto de una larga evolución. Así, en Derecho romano, sobre el marido recaía un deber de mantenimiento de la esposa que poseía características distintas según el régimen matrimonial³⁵⁷, y que en cualquier caso no se configuraba ni como el deber de socorro mutuo ni como el de alimentos propiamente dichos, sino que respondía a la configuración de la familia romana, donde la esposa se encontraba sometida al marido como uno más de los miembros bajo su potestad³⁵⁸, y en la mayoría de los casos, además, el deber de mantenimiento del esposo dependía de los bienes aportados por la esposa para el levantamiento de las cargas o para dote. Como dice PADIAL ALBÁS, “durante dicho período, se regulaban, sin distinción, los alimentos que se debían los cónyuges durante el matrimonio, así, los que el marido debía a la esposa, incluso indotada o cuando los frutos de la dote no fueran suficientes para su sustento y, los que debía la mujer al marido, cuando no se hubiese prestado la dote, si disponía de bienes parafernales, así como, la obligación del marido de alimentar a la esposa que vivía separada de él por culpa del mismo”³⁵⁹.

Las Partidas regularon el socorro mutuo conyugal pero no la obligación de alimentos en sí entre los esposos. Dice la Ley VII del Título II de la Partida IV: “si alguno de los que fuesen casados cegase, ó se ficiese sordo, ó contrecho, ó perdiese sus miembros por dolores, ó por enfermedad ó por otra manera qualquier, por ninguna destas cosas, nin aun que se ficiese gafo, non debe el uno desamparar al otro por guardar la fe et la lealtat que se prometieron en el casamiento, ante deben vevir en uno, et servir el sano al otro et proveerle de las cosas que meester le fueren segunt su

³⁵⁷ Como explica MORENO MOZO, en primer lugar y por lo que respecta al régimen de absorción de bienes, citando a IGLESIAS: “Si el matrimonio va acompañado del ejercicio de la *manus* sobre la mujer, los bienes de ésta pasan a engrosar el patrimonio del marido. De igual modo, se hacen del marido los bienes que por cualquier título adquiera la mujer durante el matrimonio. Bajo todos los aspectos, la *uxor in manu* tiene la consideración de una *filia*”, por lo que el marido lo que tiene en realidad sobre la esposa es un deber moral de alimentarla, igual que a todos los miembros de la familia sometidos a su potestad; por lo que se refiere al régimen dotal, el marido estaba obligado a mantener a la mujer en proporción a la dote; y en el régimen de separación de bienes, si había bienes de la mujer confiados a la administración del esposo, de igual modo que en el régimen dotal, estaba el esposo obligado a mantenerla en proporción a esos bienes. Cfr: MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 3-4.

³⁵⁸ Con las matizaciones que deban hacerse respecto del matrimonio *sine manu*.

³⁵⁹ Cita de MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 4.

poder”³⁶⁰. Además, este socorro mutuo no era exactamente tal, pues como dice la mis Ley: “Aunque el marido es quien regularmente sostiene á la mujer, no por eso deja de estar obligada la mujer á dar alimentos al marido cuando ella es rica y él indigente, pues ambos se deben mutuamente ayuda y socorro, como es de ver por la ley 7, tít. 2, Part. 4”³⁶¹, configurándose el deber de la mujer más bien de manera subsidiaria³⁶².

Lo que debe quedar claro, dice MORENO MOZO, “es que, aunque se estimase que, tras la separación, en algunos casos continuaba el deber de mantenimiento, ello no significaba que la doctrina distinguiese implícitamente, frente al socorro mutuo, los alimentos recíprocos, como algún autor ha pretendido. Verdaderamente, el deber de alimentar o mantener continuaba en la medida en que pervivían la ayuda y el socorro mutuo conyugal”³⁶³.

De igual modo, sólo contempló el deber de socorro mutuo conyugal, sin distinguir el deber específico de alimentos entre los esposos, el Código civil francés.

Así que, es ya con el Código Civil cuando se distinguen los alimentos debidos entre los cónyuges del más amplio deber de socorro mutuo³⁶⁴, ubicando en lugares distintos del Código ambas figuras: en el destinado a los alimentos entre parientes el primero (arts. 143 y 144, del Título VI, *De los alimentos entre parientes*) y en los artículos relativos a la relación conyugal (arts. 67 y 68 actuales, tras la reforma de la Ley 11/1981, del Capítulo V, *De los derechos y deberes de los cónyuges*, del Título IV, antiguo art. 56 del Código Civil, que establecía que “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”), el segundo.

³⁶⁰ Texto extraído de la edición de 1807, Tomo III, de la Real Academia de la Historia.

³⁶¹ Texto de MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 5 en el que cita a ESCRICHE.

³⁶² También en la redacción originaria del Código Civil se hacía esta distinción, de modo que el antiguo art. 57, vigente hasta la Ley de 2 de mayo de 1975, establecía que “el marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido”. *Cfr.* MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 7.

³⁶³ MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 6. El autor dice esto en referencia a la posibilidad extraída de las Partidas (Ley VII, Título II, Partida IV) de persistir el deber de socorro mutuo decretada la separación, también contemplada en las Reales cédulas de 22 de marzo de 1787 y de 18 de marzo de 1804.

³⁶⁴ Para MORENO MOZO, en realidad se distinguen ambas verdaderamente a partir de las reformas de 1981. *Cfr.* MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 9.

Decía LACRUZ BERDEJO que “no cabe identificar la obligación de mutuo socorro con la de alimentos, aun entendida en sentido muy amplio, pues aquélla representa la cooperación de los cónyuges en vista de un resultado común –el bien familiar representado por el bienestar de ambos –; incluye servicio y asistencia personales, y tanto el consejo y la ayuda moral como la prestación de cuidados materiales en salud y enfermedad; y además la ayuda prestada por el marido y la de la mujer no en todos sus aspectos tienen igualmente contenido, orientada ésta, sobre todo, al interior del hogar, y aquélla, preferentemente, a la obtención de recursos para la familia”. Añade que “las diversas facetas del deber de mutuo socorro son todas ellas jurídicas, pero por su difícil coercibilidad la que aparece ante los Tribunales es, sobre todo en España, únicamente la relativa de los alimentos”³⁶⁵.

Por su parte, dice BELTRÁN DE HEREDIA, que “por de pronto, los cónyuges no pueden ser titulares de la obligación alimenticia mientras están unidos y conviven en comunidad de mesa y habitación. Durante la situación normal del matrimonio no surge una específica obligación de alimentos entre los cónyuges, ya que éstos... lo que se deben es un mutuo auxilio como efecto personal del matrimonio y con independencia de un estado de necesidad”³⁶⁶.

1.2. Influencia de la introducción por la Ley 30/1981, de 7 de julio, de la pensión por desequilibrio

La pensión compensatoria, de la que ya he tratado en referencia a su limitación temporal, que fue introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, ha influido sin duda en la aplicación del derecho de alimentos entre cónyuges. Si bien analizaré a continuación los casos concretos en que pueda darse éste, adelanto ya aquí el hecho de que en realidad sólo puede darse en los casos en que siga existiendo vínculo matrimonial y cuando no haya convivencia marital, es decir, en el caso de la separación de hecho,

³⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2011 (reedición de la misma obra de 1963), p. 171-172.

³⁶⁶ Citado por CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo V..., op. cit.*, p. 467. Es unánime la doctrina en este sentido, de la que, por citar a varios autores en lo relativo a esto, se debe señalar a MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Thomson Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor, Navarra, 2006, p. 128.

además de en aquellos casos en que estando tramitándose la separación judicial, el divorcio o la nulidad, todavía no haya sentencia al respecto.

Cuando se concede una pensión por desequilibrio, estando con ella se supone cubiertas las necesidades alimenticias del cónyuge a cuyo favor se haya otorgado, no habrá derecho a los alimentos, por lo que podríamos decir que la compensación del art. 97 del Código Civil desplaza al derecho de alimentos. Si bien, debe apuntarse que algún autor sí las considera compatibles y da por teóricamente plausible y no contrario a Derecho la coexistencia de ambas en algunos supuestos. Así lo hace MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, que dice que es posible tal acumulación cuando se tenga derecho a ambas pensiones, situación que considera teóricamente posible dado que se tiene derecho a ellas por conceptos distintos: la necesidad, por un lado, y la existencia de desequilibrio, por otro. De este modo, afirma la autora que “también puede ocurrir que, fijada una determinada pensión por desequilibrio, ésta no sea suficiente para atender las necesidades del cónyuge acreedor que, al menos teóricamente, estaría legitimado para reclamar además una prestación de alimentos, siendo éste el único caso en el que pueden acumularse en favor del mismo acreedor y a cargo del mismo deudor la pensión compensatoria y la alimenticia”³⁶⁷.

En cualquier caso, es evidente que la existencia de la pensión por desequilibrio ha reducido considerablemente el número de casos en que se reconoce, desde la existencia de ésta, el derecho de alimentos del cónyuge. Como afirma MARTÍNEZ RODRÍGUEZ: “La posibilidad real de que los mismos estén vinculados por una obligación estrictamente alimenticia es ahora bastante limitada. En la mayoría en los casos, la pensión compensatoria, dotada por la ley de mayor contenido, podrá cumplir la función asistencial de la alimenticia, evitando que nazca una obligación de alimentos autónoma, bien porque la incluye, bien porque la sustituye”³⁶⁸.

³⁶⁷ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, op. cit., p. 333.

³⁶⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, op. cit., p. 334-335.

1.3. Distintas situaciones en que pueden darse

a) Constante matrimonio y en situación de convivencia

Como antes he apuntado, la concreta obligación de alimentos carece de virtualidad durante la normal situación de convivencia del matrimonio, dado que las recíprocas prestaciones de alimentos entre los esposos no se derivan del derecho de alimentos *stricto sensu* (sea en sentido amplio o restringido) sino de los deberes de ayuda y socorro mutuos³⁶⁹ que nacen del matrimonio, enunciados en los arts. 67 y 68 del Código Civil³⁷⁰.

En este sentido, afirma COBACHO GÓMEZ que “en el caso de normal desarrollo de la vida matrimonial y de normal convivencia conyugal, la obligación de alimentos no es una obligación autónoma y está incluida en los deberes definidos por los artículos 67 y 68 como de ayuda y socorro, queda embebida también en la obligación de levantamiento de las cargas del matrimonio y en el normal desarrollo de los sistemas de economía conyugal”³⁷¹.

De este modo, y desde la perspectiva de las cargas matrimoniales o familiares, mientras los cónyuges conviven, ambos tienen derecho al nivel de vida del que disfruta el otro, independientemente de quién aporte los medios económicos para ello, pero cuando se rompe la convivencia, el cónyuge necesitado tendrá un concreto derecho de alimentos, del que será deudor el otro, que ha de consistir ya no en un derecho a participar en el nivel de vida del otro, aunque debe tenerse en cuenta, sino en lo que le sea necesario para cubrir sus necesidades vitales. En esta línea, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ distingue el concepto de cargas del de los concretos alimentos destacando las diferencias más importantes entre ellas: en cuanto a su *fundamento*, explica la autora que mientras que en la obligación de alimentos “radica en la supervivencia de un individuo sin recursos, que la ley pone a cargo de sus parientes más

³⁶⁹ Ya he explicado antes que en este trabajo no distingo una y otro.

³⁷⁰ En este sentido, afirma MARTÍNEZ RODRÍGUEZ que “la comunidad de vida de la pareja impide que la obligación legal de alimentos se configure como una institución autónoma e independiente de otros deberes derivados de la institución matrimonial”. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, op. cit., p. 298.

³⁷¹ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, op. cit., p. 56.

cercanos, en la obligación de sostenimiento de las cargas familiares se aprecia una razón de ser de índole colectiva, basada en la idea de grupo y en el concepto de solidaridad familiar que conlleva a que todos los miembros de ese grupo sean a la vez acreedores y deudores de la dicha obligación³⁷²; en cuanto a los *presupuestos* necesarios para que emerjan uno y otro, el deber de contribución a las cargas es permanente e incondicional y el de alimentos exige la existencia del estado de necesidad; en lo que se refiere a la *necesidad*, uno de los cónyuges será deudor y el otro acreedor de los alimentos, mientras que en el deber de contribución a las cargas ambos vienen obligados a la contribución; por lo que se refiere a la *fase* de la relación matrimonial en que se imponen, la contribución a las cargas tiene su base en la convivencia mientras que la de alimentos surge como obligación autónoma cuando la convivencia se ha roto; por último, en lo que respecta al *contenido*, aclara que es de mayor amplitud cuando se refiere a las cargas³⁷³.

En el mismo sentido, afirma ALBALADEJO: “en tales hipótesis no se puede hablar realmente de cumplimiento de un deber autónomo y aislado de alimentos del padre para con el hijo o de un cónyuge para con el otro. Deber que sólo nace para el padre o el cónyuge cuando el hijo sale de la patria potestad o el matrimonio se separa³⁷⁴”.

Decía BELTRÁN DE HEREDIA que “durante la situación normal del matrimonio no surge una específica obligación de alimentos entre los cónyuges, ya que éstos no se *deben* legalmente alimentos; lo que se debe es mutuo auxilio como efecto personal del matrimonio y con independencia de un estado de necesidad. La unidad de la vida conyugal produce lo que Tedeschi llama *unidad de balance doméstico*. Es decir, no se distinguen los gastos inherentes a uno solo de los cónyuges de los concernientes al otro, de tal manera que no deberá cada uno atender a sus propias necesidades y subvenir a las del otro cónyuge solamente cuando éste se encuentre en estado de necesidad. Cada uno, por el contrario, contribuye a los gastos totales soportando las cargas del matrimonio según el régimen económico por el que se rija la sociedad conyugal en

³⁷² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 300, donde la autora enuncia estas palabras citando a GARCÍA RUBIO, MARIA PAZ, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, p. 69.

³⁷³ *Cfr.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 300-302.

³⁷⁴ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Curso de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 17.

concreto y siempre con independencia de que exista o no un estado de necesidad y, en definitiva, como efecto personal del matrimonio”³⁷⁵.

Por último, cabe citar la STS de 25 de noviembre de 1985, cuando dice que “en las situaciones de normalidad en el desarrollo del matrimonio, con cabal cumplimiento por los esposos de los deberes regulados en los artículos 67 y 68 del Código civil, la deuda alimenticia o de socorro material entre ambos queda comprendida por la más amplia de contribuir a levantar las cargas del matrimonio con arreglo a los artículos 1318 –régimen económico matrimonial primario -, 1362.1º -en clave de sociedad de gananciales, a la que he de referirme –y 1438, en fin –en el régimen de separación de bienes -”³⁷⁶.

b) Separación de hecho: evolución jurisprudencial e influencia de la Ley de 13 de mayo de 1981

Los arts. 67, 68 y 143 del Código Civil no exigen que el matrimonio conviva para que se den los deberes enunciados por los primeros y la concreta obligación de alimentos del último, así que, lo que ocurre es que “mientras la vida matrimonial se desarrolle con normalidad y los cónyuges vivan juntos, el deber de socorro material vive enmascarado por el más amplio de contribuir a las cargas y, parafraseando a GARCÍA CANTERO, es una vez cesada la convivencia, cuando el deber de socorro mutuo adquiere una fisonomía jurídica más perfilada transformándose en el deber de alimentos entre cónyuges”³⁷⁷.

De este modo, la situación que puede generar una concreta obligación de alimentos entre los cónyuges es la de la separación de hecho, sin ser necesario que la separación por tanto sea declarada judicialmente, pues perviviendo el vínculo

³⁷⁵ Citado por ROGEL VIDE y con referencia a TEDESCHI. ROGEL VIDE también afirma al respecto que “los cónyuges, pues y constante matrimonio, se ayudan y socorren mutuamente en cumplimiento de los deberes que, como tales, les constriñen, obligación legal de alimentos al margen”. ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, op. cit., p. 33-34.

³⁷⁶ Citada por *cf.*: ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, op. cit., p. 34-35.

³⁷⁷ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, op. cit., p. 300-304.

matrimonial, pervive también, y como reflejo de éste, el deber de prestarse mutuamente alimentos, como manifestación del deber de socorro mutuo que es de imposible aplicación en toda su magnitud al no existir convivencia de los cónyuges. Así, estando los cónyuges separados de hecho, el que se encuentre de ellos en un estado de necesidad, podrá reclamar, del otro, alimentos³⁷⁸.

En Derecho histórico también se planteó esta posibilidad. La opinión general consideró que no era exigible en caso de separación judicial, basándose en que la Ley VII del Título II de la referida Partida IV hacía depender el deber de mantenimiento de la unión de los esposos³⁷⁹.

Para ROGEL VIDE tampoco tiene sentido la obligación alimenticia entre cónyuges en el caso de la separación, ni de hecho, ni decretada judicialmente –ni por

³⁷⁸ Aunque hoy unánimemente se comparte esta opinión (STS de 17 de junio de 1972, STS de 22 de octubre de 1985, STS de 25 de noviembre de 1985, STS de 30 de diciembre de 1986), tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, durante mucho tiempo se negó el derecho de alimentos al cónyuge separado de hecho, al tratarse de una situación sin reconocimiento legal (por ejemplo, la STS de 3 de noviembre de 1905). Poco a poco, y a partir de mitad del siglo pasado, al aumentar considerablemente también el número de separaciones, se fue abriendo paso la posibilidad de conceder alimentos al cónyuge aun no habiendo separación judicial, a pesar de insistir las sentencias al respecto en la anomalía de la situación de no convivencia y la incompatibilidad de ésta con el cumplimiento de los deberes matrimoniales. De este modo, el TS fue reconociendo poco a poco el derecho pero no ateniéndose a criterios fijos, generando una gran casuística. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ extrae una serie de conclusiones al respecto: la jurisprudencia era favorable a reconocer el derecho cuando la separación hubiese sido decidida de mutuo acuerdo (STS de 14 de enero de 1956, STS de 9 de noviembre de 1957, STS de 4 de diciembre de 1959); cuando la decisión de la separación se había tomado de manera unilateral por uno de los cónyuges, se negaba el derecho a quien hubiera provocado la separación con su conducta ilícita, teniendo ese cónyuge obligación de prestarlos al otro, de modo que se tenía en cuenta más la causa de la separación que la situación de necesidad de uno de los cónyuges; si el cónyuge que de manera unilateral había abandonado la convivencia tenía una justa causa para ello, podía pedir del otro alimentos, aunque si era el esposo, tenía además que demostrar que carecía por completo de medios o que no podía trabajar en absoluto (STS de 12 de febrero de 1912, STS de 24 de octubre de 1951), favoreciendo claramente a la esposa, a la que además se le podía conceder la pensión a pesar de no encontrarse necesitada. Actualmente, ya superado el papel que la culpabilidad jugaba en los procesos matrimoniales, y estando enunciada la igualdad entre los esposos en todos los sentidos, se puede por tanto conceder el derecho de alimentos incluso al *cónyuge culpable*, aunque debe tenerse en cuenta que, como establecen los arts. 152 y 855 del CC, el cónyuge que incumple de modo grave y reiterado los deberes conyugales puede verse privado de su derecho de alimentos. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, op. cit., p. 307-310. Más recientemente, vid. STS de 30 de mayo de 2012.

³⁷⁹ MORENO MOZO añade a esto: “Más problemática fue la solución tras las Reales cédulas de 22 de marzo de 1787 y 18 de marzo de 1804, en cuya virtud el marido debía alimentos a su esposa, en proporción a las facultades del mismo, mientras se tramitase la causa de separación, fuere ésta solicitada por el marido o la mujer. Sin embargo, como dice MANRESA, *aun así, quedó en pie por falta de precepto expreso la duda de si esa obligación subsistiría, y en qué términos, después de haber recaído sentencia de divorcio; y si tanto en este caso como en el de estar aún pendiente el pleito, tendría la mujer rica que alimentar al marido*. Las opiniones –en las cuales se tiene en cuenta tanto qué cónyuge fue el culpable como el deber preferente del marido de alimentar a la mujer –fueron variadas”. MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, op. cit., p. 5-6.

supuesto tampoco en el caso de divorcio o nulidad –como expresa en los siguientes términos, después de referirse a lo que acabo de explicar y explicaré, esto es, que los alimentos entre cónyuges tienen virtualidad en el caso de la separación, pero no en caso de divorcio o de nulidad matrimonial: “Hasta aquí, en mi modesta opinión, la obligación legal de alimentos entre cónyuges no tiene razón de ser. Sólo la tendrá, creo, cuando, no habiéndose previsto nada sobre alimentos en el convenio regulador o en la sentencia, por no necesitarlos ninguno de los cónyuges, surja después, en uno de ellos, situación de necesidad que justifique el esgrimir, por su parte, lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código civil para paliarla...”³⁸⁰.

MORENO MOZO, por su parte, cree que los alimentos entre cónyuges carecen de virtualidad en el caso de la separación de hecho, y relega su vigencia sólo al caso de la separación decretada judicialmente. Según este autor, en el caso de la separación de hecho sigue perviviendo el deber de socorro mutuo conyugal y el de contribuir a las cargas matrimoniales, por cuanto los alimentos, más estrictos, no deben aplicarse, sino más bien el deber referido en toda su extensión³⁸¹.

c) Separación judicial

El artículo 103 del Código Civil establece que el Juez, admitida la demanda de separación o de divorcio, deberá adoptar, entre otras medidas, la de fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, comprendiéndose por tanto los alimentos a los hijos que convivan en el hogar familiar, sean mayores o menores de edad, y los

³⁸⁰ ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, op. cit., p. 77.

³⁸¹ Así lo expresa el autor: “los alimentos *stricto sensu* no son exigibles durante la separación de hecho, sino exclusivamente tras la separación judicial, cuando evidentemente ya no existe en sentido propio socorro mutuo conyugal. La utilización de la misma expresión (socorro mutuo) para aludir a dos situaciones distintas es un error en cuanto que se aplicaría al régimen vigente una categoría jurídica propia sólo del Derecho derogado”. En referencia a la vigencia del deber de contribuir a las cargas durante la separación de hecho, expresa: “¿cuál es el momento distintivo de ambas figuras? La doctrina acoge en general el de la convivencia de los cónyuges, de manera que éstos estarán ligados por las cargas matrimoniales (auténtico reflejo del socorro mutuo) mientras haya comunidad de vida, y surgiría una posible obligación de alimentos *ex art. 142 ss. C.c.* cuando no haya vida común. Sin embargo, nosotros no estamos de acuerdo con esta solución para el Derecho vigente, en el que las cargas matrimoniales existirán entre los cónyuges hasta que haya separación judicial, es decir, hasta el momento en que el matrimonio entra verdaderamente en crisis y desaparece el socorro mutuo”. MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio...*, op. cit., p. 44-46.

alimentos al cónyuge que quede necesitado por el hecho del cese de la convivencia. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ cuestiona el acierto, aplaudido por la doctrina mayoritariamente, de la inclusión del término *cargas del matrimonio* en el precepto citado: “Esa referencia pone de manifiesto que, mientras no recaiga la sentencia, subsiste la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales y ese deber se mantendrá durante la fase de sustanciación del proceso... No hay duda de que la literalidad de la norma induce a tal conclusión al incluir entre las medidas provisionales la fijación de la contribución a las cargas, sin embargo, nos parece más lógico vincular ese deber de contribución a la comunidad de vida conyugal. Durante la normal convivencia, la idea de grupo familiar, con un régimen de contribución y gasto conjunto, justifica la existencia de las cargas familiares, pero esta idea de grupo no se mantiene –al menos en el mismo sentido de grupo conviviente – durante la sustanciación del proceso matrimonial que, como normal general, implica la cesación de la vida en común... Por ello, nos adherimos a la opinión, aún minoritaria, de quienes entienden que esa fórmula no es tan exacta e inequívoca como podrá pensarse y que, al menos, con el mismo rigor, podría haberse mantenido el término *alimentos*”³⁸².

De este modo, cabe distinguir dos momentos distintos en lo que se refiere a la fijación de alimentos: uno previo a la sentencia de separación, divorcio y nulidad, que es al que nos acabamos de referir, y que será de aplicación a los tres casos, en el que se fijarán alimentos (obviando la discusión que acabo de mencionar acerca de si no existiendo ya convivencia podemos hablar o no de *cargas*) a favor del cónyuge necesitado en sede de medidas provisionales; y otro que comienza a partir de la sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial, ocupándome aquí ahora del primero de ellos, es decir, partiendo a de la existencia de sentencia de separación matrimonial.

La sentencia de separación no extingue el vínculo matrimonial, por lo que subsiste el deber de socorro mutuo, que durante la convivencia se concreta en el deber de aportación a las cargas del matrimonio por parte de ambos, pero que dictada la separación judicialmente se reduce al concreto deber de alimentos.

³⁸² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, op. cit., p. 319, quien se expresa en estos términos refiriéndose además a lo dicho por GARCÍA RUBIO.

Es necesario aclarar, por obvio que parezca, que los alimentos pueden fijarse tanto en la sentencia de separación como posteriormente, en cualquier momento en que uno de los esposos, que no se hubiera encontrado necesitado en el momento del proceso matrimonial, sí se encuentre ahora en estado de necesidad, solicitándolo en un proceso de modificación de medidas por alteración sustancial de las circunstancias, y dado que el vínculo matrimonial sigue existiendo.

Como antes he apuntado, aunque la opinión mayoritaria es que le pensión de alimentos del cónyuge es incompatible con la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil, hay algunos autores que las creen perfectamente acumulables. Así, para MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, que hace un detallado estudio de una y otra para llegar a esta conclusión. Como expresa la autora, y como antes he explicado ya, el presupuesto básico de la pensión compensatoria es el *desequilibrio económico* que la separación o el divorcio puede generar a uno de los cónyuges, que supone un empeoramiento del cónyuge acreedor en su situación anterior en el matrimonio³⁸³ y que tiene como punto de referencia la posición del otro cónyuge, lo que la diferencia de la alimenticia, cuyo presupuesto básico es el estado de necesidad de uno de los cónyuges. En consecuencia, dice MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “el cónyuge con recursos suficientes para mantenerse, nunca puede ser acreedor alimenticio, pero sí acreedor de una pensión por desequilibrio, cuya finalidad no es tanto asistencial como reequilibradora”³⁸⁴. Si bien, como he explicado antes, hay una tendencia en la jurisprudencia a entender la compensación del art. 97 desde una perspectiva cuasi asistencial, por lo que se suele dar mayor peso, tanto a la hora de valorar el derecho a la compensación como en el momento de cuantificarla, a aquellos puntos del art. 97 que se identifican con el estado de necesidad, de manera que prácticamente se viene equiparando al derecho de alimentos.

Fijándose en cada una de sus diferencias (en cuanto a su finalidad, presupuestos para su nacimiento, contenido, caracteres, cumplimiento y duración³⁸⁵) llega MARTÍNEZ RODRÍGUEZ a la conclusión de que, siendo completamente distintas, son perfectamente compatibles, por lo que puede darse el caso, al menos, teóricamente, en

³⁸³ Ya he explicado antes que creo que se debería tomar como referencia la situación del cónyuge *antes* del matrimonio, en línea con la teoría del coste de oportunidad.

³⁸⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 326.

³⁸⁵ *Cfr.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 329-333.

el que un cónyuge sea beneficiario de ambas, recibiendo dos pensiones por dos conceptos distintos. En el mismo sentido se expresa ROGEL VIDE, que manifiesta al respecto que “la compensación económica por desequilibrio, pues y llegado el caso, procede tanto en las sentencias de separación o divorcio como en las de nulidad³⁸⁶ matrimonial y, aun siendo distinta de los alimentos propiamente dichos, puede coexistir con ellos e, incluso, precluirlos, si los medios de que dispone el compensado, unidos a los resultantes de la compensación, le permiten una vida digna”³⁸⁷.

Estoy en desacuerdo con los autores mencionados, dado que si varios de los parámetros que deben tenerse en cuenta para otorgar la pensión compensatoria comprenden ya el estado de necesidad, o sólo habrá éste último, lo que dará derecho a alimentos, o si además existe desequilibrio, se tendrá derecho a la pensión compensatoria. Si no existe, por otro lado, necesidad pero sí desequilibrio, se optará a la pensión compensatoria. La autora dice que de haber necesidad, se podrán solicitar alimentos, y que si además hay desequilibrio, también se optará a la compensación, dejando a un lado que todo ello deberá unirse para establecer la pensión compensatoria, porque así lo establece el art. 97 del Código Civil. Dice la autora que “también puede ocurrir que, fijada una determinada pensión por desequilibrio, ésta no sea suficiente para atender las necesidades del cónyuge acreedor que, al menos teóricamente, estaría legitimado para reclamar además una pensión de alimentos, siendo éste el único caso en el que pueden acumularse en favor del mismo acreedor y a cargo del mismo deudor la pensión compensatoria y la alimenticia”³⁸⁸. Olvida la autora que cuando *fijada una determinada pensión por desequilibrio, ésta no sea suficiente para atender las necesidades del cónyuge acreedor*, lo que ocurrirá será que se deba aumentar la cuantía de la compensación, y no otorgar otra pensión adicional. La necesidad de uno de los

³⁸⁶ Entiendo que lo manifestado en referencia a la nulidad se debe a un *lapsus* del autor, dado que en el caso de nulidad sólo se puede hablar de la indemnización del art. 98 del CC, y en ningún caso de la compensación del art. 97 CC, aunque el mismo deba tenerse en cuenta para su cuantificación.

³⁸⁷ ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 41. En el caso de la Ley catalana 10/1998 de 15 de julio, la pensión alimenticia y la compensatoria patrimonial se deben reclamar conjuntamente si se quieren compatibilizar, pero la configuración de la compensación de la Ley catalana se refiere a las uniones estables de pareja y la configuración de la compensación es completamente distinta de a la que me estoy refiriendo aquí, como más adelante explico. *Cf.*: BACHS ESTANY, JOSÉ MARÍA, “Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables de pareja y sus descendientes”, en *Las uniones estables de pareja*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (1-2003), p. 183.

³⁸⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p. 333.

cónyuges es uno de los síntomas que determinan la existencia de desequilibrio, pues ¿qué desequilibrio será más obvio que la existencia de necesidad?³⁸⁹

d) Divorcio

La obligación de alimentos, por el contrario de lo que ocurre en la separación, y por los mismos motivos, no puede darse en caso de extinción del vínculo matrimonial, dado que desaparece el requisito subjetivo del art. 143, esto es, la condición de cónyuges.

Algunos autores creen que sí subsiste el deber de socorro mutuo, siendo reflejo de ello la compensación prevista en el art. 97 del Código Civil, manifestándose con ella una especie de *solidaridad postmatrimonial*. Así lo afirma GARCÍA CANTERO: “pues, si bien el deber de alimentos *stricto sensu* debe considerarse extinguido, no desaparecen del todo las consecuencias económicas si se tiene en cuenta la nueva pensión por desequilibrio económico regulada en el artículo 97”³⁹⁰.

Como antes he dicho, sí subsiste el deber de alimentar al cónyuge mientras se sustancia el proceso matrimonial, pero no cuando ya se ha declarado disuelto el matrimonio. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ dice en este sentido que “el artículo 143.1 del CC señala, entre los eventuales sujetos de la obligación, a los cónyuges, pero en ningún momento se refiere a aquellos que lo fueron en su día, pero ya no lo son”³⁹¹.

En este sentido cita ROGEL VIDE varias sentencias del Tribunal Supremo: la STS de 29 de junio de 1988, que dice que “el divorcio, al suponer el no mantenimiento del matrimonio, al haber sido disuelto, según claramente manifiesta el artículo 85 del Código civil, no genera, en cuanto a los cónyuges divorciados, causa de obligación alimenticia determinada por la aplicación de los invocados artículos 143, 150 y 152 del mismo Código, referidos a los alimentos entre parientes”; la STS de 7 de marzo de 1995, que califica de “lapidaria”, y que establece que “el divorcio, por suponer

³⁸⁹ En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2010.

³⁹⁰ Citado por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, op. cit., p 340.

³⁹¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, op. cit., p. 346.

disolución del matrimonio, es motivo de que no surja, entre los divorciados, una obligación alimentaria”; y la STS de 23 de septiembre de 1996 que dice que “producido el divorcio, los cónyuges dejan de serlo, desaparece la razón legal de los alimentos por esa causa y la anterior sentencia relativa a los mismos alimentos pierde su eficacia”³⁹².

e) Nulidad

De igual modo que en el caso del divorcio, tampoco pueden darse los alimentos en caso de la declaración de nulidad del mismo. Algún autor ha expresado sus dudas acerca de la aplicación de esto al caso del matrimonio putativo, entendiendo que cabría el derecho a alimentos para el cónyuge de buena fe. Así lo cree LUNA SERRANO, que opina que el cónyuge de buena fe, en base al art. 79 del Código Civil³⁹³, puede solicitar, del otro, alimentos³⁹⁴. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ no está de acuerdo con esta opinión: “defender la subsistencia de un derecho de alimentos interconyugal tras la nulidad, con fundamento en el matrimonio putativo, supone una interpretación excesivamente forzada del mismo que no se corresponde con la literalidad de la norma del artículo 79 del CC”³⁹⁵. En este sentido, también COBACHO GÓMEZ: “En mi opinión, el deber de alimentos no puede, en principio, considerarse como un efecto ya producido cuando la nulidad del matrimonio se declara, porque depende que se dé el presupuesto de la necesidad de solicitarlos y de la posibilidad de prestarlos. Por ello, entiendo que contrariamente a lo que se ha dicho el cónyuge no podrá solicitar alimentos y sí solicitar la indemnización prevista en el artículo 98. En relación con los hijos sí entiendo que podrían solicitarse de los padres y recíprocamente éstos de sus hijos”³⁹⁶.

³⁹² Como he dicho, son sentencias citadas por ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 39-40.

³⁹³ El art. 79 del CC establece que la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe y que la buena fe se presume.

³⁹⁴ *Cf.*: LUNA SERRANO, AGUSTÍN, *El nuevo régimen de la familia, matrimonio y divorcio*, Civitas, Madrid, 1982, p. 366.

³⁹⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos...*, *op. cit.*, p 347-348.

³⁹⁶ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 71. También en este sentido se expresa ROGEL VIDE en estos términos: “Si, en la *sentencia* dicha, se *decreta* la nulidad del

De este modo, en el caso de declaración de nulidad, sólo cabrá el derecho a percibir una indemnización para el cónyuge de buena fe y cuando haya existido convivencia, como establece el art. 98 del Código Civil.

2. Alimentos en uniones estables de pareja

2.1. Planteamiento general: crítica a las uniones de hecho; su justificación ya superada en la unión homosexual y en la imposibilidad de divorcio

La unión *more uxorio*, unión libre, unión de hecho o unión estable de pareja, como se le suele denominar³⁹⁷, es aquella en la que, no habiendo vínculo matrimonial, existe una relación estable de pareja, *affectio maritalis*, relación sexual y convivencia y se articula entre los convivientes como si de un matrimonio se tratara. No se incluyen en este tipo las relaciones que podríamos denominar esporádicas o que a pesar de su continuidad se desarrollan en el marco de la clandestinidad, como pudiera ser una segunda pareja con la que se mantiene una relación paralela al margen del matrimonio³⁹⁸.

matrimonio, hay que entender que éste no ha existido nunca, que los cónyuges no son tales y, no puede, por consiguiente, haber una obligación de alimentos entre ellos, ni tan siquiera en el caso de cónyuge de buena fe en el matrimonio putativo, pues, en opinión de la mayoría de la doctrina y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 del Código civil, se mantienen, en tal caso, los efectos producidos con anterioridad a la declaración de nulidad, sin que quepan efectos futuros en base al matrimonio ya declarado nulo". ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, op. cit., p. 51-52.

³⁹⁷ También se les suele denominar parejas de hecho, convivientes de hecho, etc. Incluso, en Panamá, por ejemplo, reciben el nombre de *matrimonio de hecho*, y en Bolivia, *uniones conyugales libres* (art. 159 del Código de Familia). Como dice GARCÍA RUBIO, el mismo término para designarlas ha ido evolucionando a la par que la aceptación social de las mismas, despojándose de la apreciación y nomenclatura peyorativa. Así, ha quedado en desuso el término *concubinato*, que sólo se sigue usando en Francia (*concubinage*) con cierta frecuencia. En Alemania, se usan los términos *eheähnliche Gemeinschaft* o *nichteheliche Lebensgemeinschaft*. En Italia, *familia di fatto*. En los países anglosajones de la *Common Law* se usan las expresiones *cohabitation* y *de facto relationship*. GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, op. cit., p. 193.

³⁹⁸ LACRUZ destaca como características típicas de la unión libre las de la convivencia y la voluntad de permanencia. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, op. cit., p. 289.

LACRUZ BERDEJO habla incluso de *familia de hecho*: “Para que haya lo que se denomina comúnmente una *familia de hecho* es precisa una vida paraconyugal de la pareja, que se conduce como matrimonio y como tal se pretende y presenta. Se trata de un situación familiar (STC 222/1992, 11 diciembre) en la que dos personas viven juntas y mantienen relaciones sexuales entre sí sin formalizar su relación, por lo que pueden unilateralmente y sin intervención judicial ultimar y dejar sin efecto la relación”³⁹⁹.

En España, el primer atisbo de unión libre surge con la Ley de matrimonio civil de 1870 que, como explica LACRUZ BERDEJO, fue el detonante para que “los católicos ultramontanos que estimaban como una abdicación de sus creencias el contraer matrimonio civil y se negaban a hacerlo, limitándose a la ceremonia religiosa, no estaban casados para el Estado, y por tanto convivían en concubinato desde el punto de vista civil”⁴⁰⁰. Pero, quienes obraban así, sí eran matrimonio a efectos de sus creencias, al igual que para la mayoría de la sociedad, que así los veía. La unión libre, pues, no se refiere a estos casos, sino a aquellos en que una pareja no contrae matrimonio, sea civil o religioso, porque por principio no quiere contraerlo, porque lo rechaza, por razones varias.

Para ZOLLIGKOFER, como explica LACRUZ BERDEJO, “el problema que plantea el matrimonio legal es el de su ordenación seriada, colectiva, vinculante, mientras el hombre moderno sólo puede vivir en un matrimonio individual. *El hombre moderno tiende a superar el matrimonio civil, estatal, y a desarrollar su personalidad en un matrimonio interno, individual, autorresponsable* (para lo cual propone el autor un contrato detalladísimo)”⁴⁰¹. Dice LACRUZ BERDEJO que “es evidente que entre nosotros las uniones paramatrimoniales han dejado de ser un *fenómeno desviado*, y hoy, superada ya la época en que todo era visto, en la pareja no casada, como negativo (inmoral, ilegal, antijurídico, pactos nulos...), ha salido ya de ese período de cambio y aceptación y se ha convertido en una institución social y en una institución jurídica no

³⁹⁹ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 279. La célebre sentencia es citada y comentada por otros autores, entre ellos, *cf*: GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 202. La autora distingue entre *tutela externa* y *tutela interna* de la pareja de hecho por parte del Estado, de modo que por lo que se refiere a los derechos de los miembros de la unión frente al Estado son escasos o nulos, se ha equiparado, por la *tutela interna*, prácticamente la unión extramatrimonial a la matrimonial.

⁴⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 280.

⁴⁰¹ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 281.

generalizada, tanto porque el Estado no la ha regulado en absoluto para los territorios en los que tiene plena competencia, en tanto que sí lo han hecho las Comunidades Autónomas con competencia material y también otras, aunque por no ser competentes para la cuestión de fondo lo han hecho para materias marginales, con alguna extralimitación inevitable”⁴⁰².

Más extrema es la opinión de PITTÍ, que afirma que “el no reconocimiento de las uniones de hecho sigue un modelo autoritario de poder y discriminación que socava la democracia familiar y social. Ese poder vertical de sometimiento familiar, está arraigado en todos nuestros Códigos Civiles, a los que seguimos apegados, postulando un Derecho Familiar atenazado por sus estructuras, pero que afortunadamente van cediendo, por el designio implacable del tiempo, en el que las familias, cualquiera que sea su forma de constitución, surgen bajo los nuevos paradigmas de un Derecho emergente, vivo y dinámico”⁴⁰³.

No existe una norma estatal que regule los deberes, obligaciones y derechos de los miembros de las uniones libres, sino sólo determinadas normas concretas que regulan cuestiones puntuales, como pueda ser la referida a la subrogación en el arrendamiento de vivienda. Las Comunidades Autónomas, sin embargo, sí han entrado a regularlas, y de manera global.

Las CCAA con competencia legislativa en Derecho Civil que han regulado de alguna manera la figura de las uniones estables de pareja son:

- Cataluña: Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que deroga la pionera Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, modificada por la Ley 3/2005 de 8 de abril.
- Aragón: Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que deroga la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, que había

⁴⁰² LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 285.

⁴⁰³ PITTÍ, ULISES, “Las uniones de hecho”, en *Diez años de abogados de familia*, Asociación Española de Abogados de familia, 1ª ed., La Ley, 2003, p. 208.

sido reformada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas y por la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

- Navarra: Ley 6/2000, de 3 de julio, sobre igualdad jurídica de las parejas estables. La norma también ha sido objeto de varias reformas, la última de junio de 2011.
- Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, que ha sido modificada en 2009.
- País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.
- Galicia⁴⁰⁴: Ley 2/2006, de 14 de junio, reformada por la Ley 10/2007 de 28 de junio, reformada recientemente en el año 2012.

Las CCAA donde rige el Código Civil con normas sobre las parejas de hecho son:

- Valencia: Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho, vigente hasta 18 de noviembre de 2012. La norma que la derogaba, la Ley de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana, salió publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana el 18 de octubre de 2012, tras haberse aprobado en las Cortes valencianas, pero ha sido suspendida en su aplicación por el Tribunal Constitucional tras admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de España el pasado mes de julio de 2013.
- Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.
- Asturias: Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables del Principado de Asturias.
- Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.
- Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho.

⁴⁰⁴ Para un estudio más a fondo de la regulación gallega relativa a las uniones de hecho es muy recomendable el trabajo de DÍAZ MARTÍNEZ, ANA, “Relaciones económicas de las uniones estables de pareja en el derecho civil de Galicia: convivencia y ruptura”, en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 579-629.

- Cantabria: Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria
- Castilla La Mancha: Decreto de 124/2000, de 11 de julio, sobre creación y régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la comunidad de Castilla-La Mancha, reformada en 2012.
- Castilla y León: Decreto de 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento.
- La Rioja: Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja, reformado en 2013.
- Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, reformado en 2012.

La única Comunidad Autónoma que carece de una regulación específica de las uniones de hecho es la Región de Murcia.

Que las CCAA hayan entrado a regular las uniones de hecho no está exento de polémica. Dice BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que “son anticonstitucionales porque las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa en materia civil sobre esta materia, incluidas las Comunidades con propio Derecho civil, foral o especial. Pero, sobre todo, son anticonstitucionales porque en verdad lo que vienen a establecer, bajo la denominación de parejas o uniones de hecho o estables, es una segunda clase de matrimonio en cada Comunidad, con diferentes requisitos y efectos a los vigentes con carácter general para el matrimonio. Ello implica que ni siquiera el legislador estatal es competente al respecto, por la sencilla razón que nuestra Constitución permite únicamente una clase de matrimonio, con únicos requisitos y efectos básicos, autorizando la diversidad exclusivamente para la forma de celebración (art. 32.2 CE)...”⁴⁰⁵.

Mi experiencia personal acerca de las personas que no contraen matrimonio es sencillamente que no quieren contraerlo, en unos casos por querer *probar* la

⁴⁰⁵ Citado por GINEBRA MOLINS, MARÍA ESPERANZA, “El matrimonio y las uniones de hecho: una aproximación desde el derecho español”, en *Familia y discapacidad*, 1ª ed., Reus, Madrid, 2010, p. 115-116.

convivencia antes de dar el trascendental paso de casarse⁴⁰⁶ –muchas veces se da el paso al querer tener hijos –, y en otros por rechazar de plano la institución. Éstas últimas suelen afirmar que no necesitan una formalidad en su relación, que el amor no entiende de papeles y que a ellos no les hace falta. Este rechazo suele estar relacionado con un igual rechazo por el matrimonio religioso en realidad⁴⁰⁷, no tanto el civil, y por cuestiones ideológicas o políticas. A veces, también, en personas jóvenes, por los vestigios rebeldes que conservan de su adolescencia y del rechazo al orden establecido. Otras, en fin, lo rechazan de plano por el miedo a la atadura legal, asfixiante para algunos. Lo que ocurre es que, en muchas ocasiones, esas mismas personas que han convivido sin matrimonio de por medio, cuando llega la crisis de la pareja, desean poder reclamar derechos.

Por mucho que yo me esfuerce en reflexionar, no alcanzo a comprender por qué personas heterosexuales, y ahora también homosexuales⁴⁰⁸, solteras, y ahora también divorciadas, que pueden contraer un matrimonio civil, y no religioso, se niegan a hacerlo por el hecho de que la institución siente sus raíces en una tradición claramente católica, cuando ya está desprendida de ello y cuando sí desean registrarse como unión de hecho (será sólo por el nombre...) y tener los mismos derechos⁴⁰⁹. ¿Por qué debe haber dos figuras llamadas de distinta manera y con las mismas consecuencias?

⁴⁰⁶ Como una suerte de *matrimonio a prueba* o de *noviciado conyugal*. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 575.

⁴⁰⁷ El abogado panameño ULISES PITTÍ llega a afirmar, refiriéndose a la situación legal de las uniones de hecho en Iberoamérica: “Sobre estos tópicos, debemos tener presente que con la conquista española la Iglesia pasó a jugar un papel fundamental en asuntos relacionados con el sexo, la familia, la moral y las costumbres. La Iglesia desarrolló, tanto en España como en América, sin contradicción alguna, una doctrina de severa moralización a la que hoy *obedecemos* en la forma, mas no en el fondo”. También afirma: “El recurso al matrimonio es una forma de control social, para mantener conforme al cristianismo la sexualidad en su justeza; pero más modernamente, bajo una solemnidad, una forma de instalar el reino del dominio soberano en los corazones. Éstas son razones que explican, entre otras, la tesis del desconocimiento y la represión a las uniones libres”. PITTÍ, ULISES, “Las uniones...”, *op. cit.*, p. 204 y 213 respectivamente.

⁴⁰⁸ Efectivamente, a partir de la Ley 13/2005 de 1 de julio, el matrimonio es una opción también para parejas del mismo sexo. En este sentido, dice GINEBRA MOLINS que “la nueva regulación del matrimonio debería hacer replantear el contenido de muchas de las leyes de parejas de hecho por ahora vigentes” y pone el ejemplo de la Ley catalana 10/1998 de 15 de julio, de uniones estables de pareja que justifica tratar en capítulos independientes las uniones homosexuales y las heterosexuales, concediendo mayores efectos a las primeras, porque las heterosexuales que deciden no contraer matrimonio, teniendo acceso al mismo, lo hacen así porque quieren, sin embargo, las homosexuales carecen de otra alternativa que no sea la de constituirse en unión de hecho. GINEBRA MOLINS, MARÍA ESPERANZA, “El matrimonio y las uniones de hecho...”, *op. cit.*, p. 120.

⁴⁰⁹ Dice ROMERO COLOMA, refiriéndose a lo que opina al respecto DÍEZ-PICAZO, que para este autor “resulta cuanto menos curioso que aquellas personas que tratan de buscar un sistema de vida familiar al

Es muy común encontrar referencias en cierta doctrina –e incluso en los medios de comunicación, asociaciones que defienden la unión libre, etc... -, a la *discriminación* que padecen las parejas de hecho dado que no se les conceden los mismos derechos que al matrimonio. La reivindicación de una regulación de las uniones de hecho en base a la discriminación respecto del matrimonio ha dado lugar a una multitud de normas autonómicas, como ya he enumerado, que, dada su variedad, y dado también el inmenso abanico de posibilidades en lo que se refiere a la relación personal de la pareja, ha llevado a una inseguridad jurídica manifiesta y a una desigualdad también manifiesta en la distinta normativa.

Debe advertirse que, si bien es entendible, desde el punto de vista humano, que pasado largo tiempo de relación, por ejemplo, de hecho, uno de los miembros fallece, el que el otro quiera tener derecho a lo que hubiera tenido de haberse casado. Pero, cuando se reivindica la asimilación de las uniones de hecho con el matrimonio y su regulación para dar satisfacción a la consabida necesidad de seguridad jurídica, la unión, a mi humilde entender, deja de ser de hecho, sino de Derecho⁴¹⁰, y si se equipara en derechos y deberes/obligaciones al matrimonio, ¿por qué habremos de albergar en un mismo ordenamiento jurídico dos instituciones de idéntico contenido pero de nomenclatura distinta?⁴¹¹

También debe tenerse en cuenta, y como primer principio ineludible, que debe entenderse que quien no contrae matrimonio es porque no quiere vincularse jurídicamente al otro, y su pareja, bien esté de acuerdo, bien no lo esté pero lo acepte dado que no rompe la unión, debe también tenerlo presente. Como dice el TS en la famosa Sentencia de 12 de septiembre de 2005: “Apenas cabe imaginar nada más

margen de las ataduras jurídicas, terminen, sin embargo y paradójicamente, recurriendo al Derecho para realizar una serie de reclamaciones...” ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *La indemnización entre cónyuges, excónyuges y parejas de hecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 59.

⁴¹⁰ LACRUZ BERDEJO dice que “si estuviera regulada la situación de los convivientes en su conjunto y en sus detalles, tal vez hubiéramos redescubierto el matrimonio, como ocurriera en Roma con el matrimonio *sine manu*”. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 286. Distingue GINEBRA MOLINS entre las uniones de hecho que se registran y regulan por alguna ley autonómica, de las auténticas parejas de hecho, que son precisamente las que queda fuera de las leyes mencionadas y que a veces también son tenidas en cuenta, puntual y aisladamente, por el legislador. Cfr: GINEBRA MOLINS, MARÍA ESPERANZA, “El matrimonio y las uniones de hecho...”, *op. cit.*, p. 124.

⁴¹¹ Dice GINEBRA MOLINS que “los límites entre una y otra figura son cada vez más difusos”. GINEBRA MOLINS, MARÍA ESPERANZA, “El matrimonio y las uniones de hecho...”, *op. cit.*, p. 115.

paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”. Y no cabe, entiendo, que pudiendo haberse casado y no habiéndolo hecho, cuando acontezca la crisis de pareja, se pretendan unos derechos cuyo contrapunto eran unos deberes que no se quisieron asumir.

Por supuesto, deben distinguirse claramente las parejas que no se casan y no se registran como uniones de hecho de acuerdo a alguna de las distintas normas autonómicas, de las que sí se registran como tales. Por lo que debemos tener siempre presente que existen, por decirlo de una manera gráfica, tres subespecies de parejas: las casadas, las uniones de hecho registradas y las uniones libres no registradas.

En esta línea dice LACRUZ que el legislador no puede perder de vista la opción de los miembros de la unión de hecho, que no quieren un régimen jurídico, y por ello debe tener presente que la unión libre es querida como tal, no como un sucedáneo del matrimonio y que no cabe institucionalizar lo que en sí no constituye una institución, no queriendo ello decir, en absoluto, que las uniones libres estén prohibidas, pero plantean problemas que resolver, dada la falta de un vínculo jurídico contractual donde, como en el matrimonio, se prevean todas sus posibles vicisitudes⁴¹², por lo que: “a) la normativa que a ellas se refiera, si ha de respetar la voluntad que se supone en los convivientes, no abordará el conjunto de la relación, sino aspectos puntuales; b) el régimen habrá de ceñirse al tipo concreto de unión, teniendo en cuenta sus peculiaridades y lo que sea justo para aquel problema específico en aquel caso singular. Lo contrario que en relación al matrimonio; y c) lo que básicamente interesa es atender a los problemas más repetidos y acuciantes en los casos de ruptura conflictiva de la pareja”⁴¹³.

⁴¹² En el matrimonio, los esposos no son quienes configuran su contrato, sino que se adhieren al formulado por la ley, quedando un estrecho margen, y más referido al régimen económico matrimonial, a la voluntad de las partes, que en realidad se limita al consentimiento para acceder a la institución ya configurada, y detalladamente, por el ordenamiento. En el caso de las uniones de hecho, cada vez es más común pactar ante notario las normas bajo las que se regirá la relación, aunque no carecen estos pacto de límite alguno, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, la moral y el orden público y, sobre todo, en lo que se refiere a los hijos que, sean matrimoniales o no, gozan de los mismos derechos.

⁴¹³ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, op. cit., p. 287.

Esta tensión entre la opción por la no regulación en base a la absoluta libertad de los miembros de la pareja que no desean vincularse jurídicamente y la demanda de una equiparación de derechos de uniones de hecho y matrimonio se refleja en la doctrina.

Para PÉREZ UREÑA, por ejemplo, la regulación existente es claramente insuficiente a pesar de la progresiva juridificación existente en España⁴¹⁴. Para PITTÍ, “los juristas no podemos aceptar esa tesis de la prevalencia fáctica sobre el Derecho: las uniones libres no viven al margen de la ley, pues no la desafían; muy por el contrario, rigen sus vidas como auténticos matrimonios” dado que, añade, “el desconocimiento legal de las uniones libres favorece la irresponsabilidad paterna, contribuye a someter a los más débiles, particularmente en el régimen económico y en las relaciones personales, cuando hay maltrato y violencia intrafamiliar síquica o física”⁴¹⁵.

La STC de 15 de noviembre de 1990 dice que el art. 39 de la CE “no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ellos no serán necesariamente incompatibles con el art. 39,1 de la CE. aquellas medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, siempre, claro es, que con ellos no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*”⁴¹⁶. Al margen de esta limitación, dice LACRUZ BERDEJO, “el régimen jurídico del matrimonio y de la convivencia *more uxorio* puede ser diferente: Pero nada impide, como ha dicho el propio TC. (S. 184/1990, 15 noviembre), que se puedan derivar en algunos órdenes las mismas consecuencias de una y otra realidad”⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Cfr. PÉREZ UREÑA, ANTONIO ALBERTO, *Normativa sobre uniones de hecho: cuestiones candentes*, Edisofer, Madrid, 2002, p. 164.

⁴¹⁵ PITTÍ, ULISES, “Las uniones...”, *op. cit.*, p. 212.

⁴¹⁶ Citada por LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 283-284.

⁴¹⁷ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 284.

Es conocida la STS de 12 de septiembre de 2005, que explica la diferenciación jurídica, en referencia a la posible aplicación de la compensación del art. 97 y por analogía a las uniones de hecho, que dice, entre otras cosas lo siguiente: “Aunque el Tribunal Supremo no es un legislador... es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio... Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por *analogía legis* de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio... ahora bien, todo lo anterior, no debe excluirse cuando proceda el derecho resarcitorio, para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho... Pues bien, dentro del ámbito del derecho resarcitorio y dada la ausencia de norma concreta que regule la cuestión actual, habrá que recurrir a la técnica de la *analogía iuris*, o sea no partir para la aplicación analógica de una sola norma, no proceder de lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho. En conclusión, que hay que entender la *analogía iuris* como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho”.

En definitiva, algo tan básico como el consentimiento como requisito indispensable para que el matrimonio nazca y despliegue sus efectos, no puede saltarse a la ligera para dar solución a un problema práctico, dado que si tan importante es para que el matrimonio surta todos sus efectos, igual importancia debe tener el que no se preste conscientemente precisamente para que no se den los efectos, no queridos, del matrimonio. Lo que quebranta la voluntad y la libertad de los miembros de una unión de

hecho no es el no aplicarle los efectos y consecuencias del matrimonio, sino precisamente el aplicárselas⁴¹⁸.

La sentencia citada fue objeto de dos votos particulares, el de O'CALLAGHAM MUÑOZ y el de FERRANDIZ GABRIEL y ROCA TRÍAS:

- Voto particular de O'CALLAGHAM MUÑOZ: “La contribución de la mujer, muy prolongada en el tiempo, pues ha durado 19 años, tiene que tener una valoración económica cuando esta situación de estabilidad a la que la demandante ha contribuido eficazmente se ha roto..., lo que crea razones de justicia y equidad para indemnizar –sin que se especifique, en el Voto, el cauce a seguir para tal hacer –a la persona que se ha dedicado, en una manera más singular e intensa, a la familia, en perjuicio de su promoción personal y profesional”.
- Voto particular de FERRANDIZ GABRIEL y ROCA TRÍAS: “Pensamos que, en ciertos casos, pueden aplicarse –a la ruptura de las uniones de hecho –reglas relativas a los efectos de la ruptura matrimonial y, más concretamente, las que regulan el derecho a una pensión compensatoria, sin necesidad de utilizar las reglas del enriquecimiento injustificado, que no siempre será el remedio más adecuado para solucionar el problema... Podría aplicarse a la ruptura de la pareja de hecho, por analogía, el régimen previsto para el matrimonio en el artículo 97 del Código civil; el enriquecimiento injustificado, en cambio, requiere un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro... Por ello, discrepamos respetuosamente de la argumentación contenida en la sentencia, que podría inducir a la interpretación de que esta Sala usa como términos equiparables la compensación y el enriquecimiento injustificado”.

ROGEL VIDE critica a sentencia del TS en los siguientes términos: “me parece rotundamente criticable, amén de trasnochado, de la Sentencia es la afirmación de que

⁴¹⁸ “El punto de partida estaría en el ineludible respeto al principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales, que resulta de los artículos 10.1 y 32 CE (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875), como exigencia del libre desarrollo de la personalidad... Estas exigencias no se respetarían, si se admitiera que una de las formas de entender contraído el matrimonio fuera tácita...”. GADIVIA SÁNCHEZ, JULIO VICENTE, “Analogía entre matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales (la unión libre en la jurisprudencia)”, revista Aranzadi civil, t. 11, v. 1 (2002), p. 2355.

la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio, por ser contraria, ésta, al sentir manifestado por el Tribunal Supremo, y por el Constitucional también y teniendo a la vista el artículo 39 del texto constitucional, en diversas ocasiones, señaladas –valga por caso –en la Sentencia del dicho Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001, Sentencia que, por su parte, nos recuerda, muy pedagógica, que los propios emperadores cristianos se preocuparon de la aproximación del concubinato al matrimonio⁴¹⁹, concubinato que deviene, con Justiniano, una unión conyugal de inferior categoría⁴²⁰.

En cualquier caso, la famosa sentencia “marcó un nuevo punto de partida en la dirección que había de seguirse al respecto. Dicha sentencia fue dictada con la finalidad de fijar una línea jurisprudencial uniforme para dar solución al problema jurídico derivado de la finalización de las relaciones estables de pareja, fundamentalmente cuando no existe norma legal que determine sus consecuencias, ante la diversidad de soluciones propuestas por la doctrina y también desde la jurisprudencia”⁴²¹.

LABRUZ BERDEJO estima que el problema se centra en el art. 14 de la Constitución y en analizar hasta qué punto debe otorgarse la misma protección a la familia no matrimonial que a la matrimonial, después de afirmar que en nuestro ordenamiento no hay una *familia* digna de protección, sino *familias*⁴²². Cabe alegar aquí, que no se trata, ahora, de la protección a la familia, dado que, por lo que se refiere a los hijos, iguales derechos tienen sean matrimoniales o no, sino de esclarecer si los miembros de una unión libre tienen los mismos derechos y obligaciones que los cónyuges entre sí. La alusión al art. 14 de la CE debe tener también en cuenta, como es sabido, que el trato de la ley dado por igual requiere de iguales situaciones a las que

⁴¹⁹ Este argumento se extrae de la STS de 5 de julio de 2001, que en este sentido afirma: “Ciertamente que la precedente regulación por el Derecho Romano no llegó a una normativa del *concubinatus*, o unión no matrimonial estable, a la que faltaba no obstante la *affectio maritalis*, si bien los emperadores cristianos se preocuparon de su aproximación al matrimonio con la exigencia de la monogamia y la prohibición del parentesco y de la afinidad y llega a trocarse con Justiniano en una unión conyugal de inferior categoría”.

⁴²⁰ ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, op. cit., p. 49.

⁴²¹ BERMÚDEZ BALLESTEROS, MARÍA DEL SAGRARIO, “Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho: doctrina del Tribunal Supremo a partir de la STS de 12 de septiembre de 2005”, revista Aranzadi civil, núm. 11 (marzo de 2011), p. 83.

⁴²² Que califica de “concepto cultural e histórico, contingente más que natural y necesario jurídicamente”. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, op. cit., p. 283.

deba de aplicarse, como afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, “el principio de igualdad ante la ley del artículo 14 Const. exige la presencia de situaciones que deban considerarse iguales y no hay igualdad de supuesto de hecho entre el matrimonio, que goza en la Constitución de una garantía institucional proclamada por el artículo 32, y las demás uniones de pareja que se puedan formar”⁴²³. LACRUZ BERDEJO también afirma que “se va consolidando la idea de que la familia no es tanto una institución preeminente y cuyo interés deba primar frente al de sus componentes, sino que, aun sin desconocer su valor, no pasa de ser (la familia) un medio y un marco idóneo, pero sólo instrumental, respecto de la persona de sus miembros y los derechos fundamentales de éstos, de forma que estos últimos son más valiosos y deben triunfar cuando entran en conflicto con los intereses del grupo (familiar)”⁴²⁴.

Tal es la necesidad, comprensible, de seguridad jurídica en algunos casos, para la pareja, que es cada vez más frecuente la celebración de pactos que regulan la relación y, sobre todo, las posibles consecuencias de la ruptura de la pareja.

Estos pactos han sido objeto de una profusa jurisprudencia, además, y de ello se aportan ejemplos, es también abundante el número de sentencias que abordan la

⁴²³ DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONO, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 72.

⁴²⁴ En todos estos comentarios se apoya el autor en los argumentos de varias Sentencias del Tribunal Constitucional. De entre ellas merece la pena remarcar la STC de 11 de diciembre de 1992, que dice: “nuestra CE. no ha identificado a la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio. (...) El sentido de esas normas constitucionales (arts. 32 y 39) no se concilia con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en términos restrictivos una norma del propio art. 39,1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales”; la STC de 15 de noviembre de 1990 dice que el art. 39 de la CE “no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ellos no serán necesariamente incompatibles con el art. 39,1 de la CE. aquellas medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, siempre, claro es, que con ellos no se coarte no se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*”; “Los condicionamientos y límites que en virtud del principio de igualdad pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, , además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas”; No está, por tanto, en el art. 39,1 CE. la medida para apreciar la validez o invalidez de las diferenciaciones normativas en este punto, sino en el art. 14, con arreglo al que habrá de apreciar si las diferenciaciones establecidas en al norma resultan o no discriminatorias”. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, op. cit., p. 284.

cuestión de la aplicación del régimen económico matrimonial de gananciales a las uniones libres.

En otros ordenamientos, las soluciones han sido de lo más dispares. Así, en el entorno de los países escandinavos, donde el avance social es evidentemente superior al del resto del continente europeo, tales relaciones vienen, desde mucho tiempo antes que en España, siendo aceptadas socialmente sin el menor problema⁴²⁵, aunque no existe una evolución idéntica en cada uno de ellos en cuanto a su regulación. Así, en Suecia, donde habían fracasado las iniciativas parlamentarias que querían equiparar las uniones de homosexuales al matrimonio, el tratamiento de aquéllas e igualmente de las parejas heterosexuales, se ha visto al final limitada a una equiparación con el matrimonio en materia de vivienda y a los beneficios fiscales⁴²⁶. En Dinamarca, pionera en este aspecto, el Parlamento en Pleno aprobó por gran mayoría la Ley de 7 de junio de 1989, que extendió los efectos del matrimonio a las parejas homosexuales registradas, donde, además, la unión homosexual registrada produce un impedimento de vínculo para contraer matrimonio⁴²⁷. Posteriormente, se *legalizó* el matrimonio entre personas del mismo sexo el 15 de junio de 2012, tanto civil como religioso celebrado por la Iglesia Evangélica Luterana Danesa. En Islandia se siguió el ejemplo de Dinamarca, al igual que en Noruega⁴²⁸, en 1996 y 1993 respectivamente.

Finlandia es un caso especial. Allí se encargó a una comisión estudiar la conveniencia de equiparar unión homosexual registrada y matrimonio. Y las conclusiones arrojadas fueron en principio favorables a la idea, pero no habían

⁴²⁵ Debe tenerse en cuenta que la mayoría de la población, escasa, de los países escandinavos profesaba hasta hace poco la fe evangélica luterana desde la Reforma, que no admite el matrimonio sacramental, sino que lo instituye como un contrato civil bendecido por su Iglesia. El pronto reconocimiento de la igualdad entre los cónyuges y la introducción de la libre investigación de la paternidad generaron una sociedad abierta y tolerante con las uniones de hecho, más preocupadas por las desgravaciones fiscales que por la obtención de un *status* social. RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables de pareja”, en *Perspectivas legislativas sobre las uniones estables de pareja*, Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 108-109.

⁴²⁶ *Cfr.*: RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 109. El matrimonio entre personas del mismo sexo en Suecia entró en vigor el 1 de mayo de 2009.

⁴²⁷ En Dinamarca, incluso, los Obispos luteranos prometieron estudiar en 1997 la bendición de estas uniones tras una experiencia de diez años de aplicación de la normativa. En Noruega e Islandia, sin embargo, los Obispos se negaron a seguir el ejemplo danés. *Cfr.*: RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 110.

⁴²⁸ *Cfr.*: RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones...”, *op. cit.*, p. 110.

prosperado⁴²⁹, hasta que en mayo de 2009, el Parlamento modificó la ley de uniones civiles de 2002 para permitir la adopción de los hijos biológicos de la pareja.

En Francia, de cuya posición en este tema afirma RAMS ALBESA que debe calificarse de *contenida*, la opinión jurídica entendía que los problemas relativos a los derechos de los miembros de las uniones de hecho debían resolverse en sede de las decisiones judiciales y opiniones doctrinales en torno a la figura tradicional del concubinato⁴³⁰. Más tarde, con una Ley de 15 de noviembre de 1999⁴³¹, según el autor, el legislador galo *sale del paso*, introduciendo en el *Code* dos figuras: la tradicional del concubinato⁴³² y el llamado *pacto civil de solidaridad* (PACS), válido tanto parejas heterosexuales como homosexuales. En relación a este pacto cabe decir que si bien, dado el nombre que se le da, parece que pudiera tratarse de un pacto entre los miembros de la pareja de hecho, más bien se trata de una institución pseudomrimonial, con sus efectos ya ordenados en la ley, para el que hay que consentir⁴³³. Es por tanto una auténtica figura especial creada para quienes no desean contraer matrimonio pero sí tener una regulación institucionalizada que organice su relación. Este pacto se define como “un contrato de convivencia no matrimonial que toma del matrimonio algunos efectos por extensión”⁴³⁴. El pacto no puede acordarse, y será nulo, entre consanguíneos en línea recta, afines en línea recta y colaterales consanguíneos hasta el tercer grado, y

⁴²⁹ Cfr. RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones...”, *op. cit.*, p. 111.

⁴³⁰ Cfr. RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 112. El autor dice que no acertó el civilista NAST cuando escribió su ensayo *Vers l'union libre ou la crépuscule du mariage légal*.

⁴³¹ “Las parejas de hecho han hecho poco uso de la nueva ley pensada para ellas En el primer año el número de PACS firmados ha sido muy inferior a las previsiones”, noticia extraída de almudi.org, 2 de marzo de 2001, <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/379/nid/51/pnid/0/Default.aspx>.

⁴³² Del mismo, entiende la doctrina francesa, que sigue como antes, sin regulación alguna aunque haya sido incorporado en el *Code*, dado que lo único que ha hecho ha sido definirlo como “unión de hecho que se caracteriza por llevar vida en común, con las notas de estabilidad y continuidad, entre dos personas de diferente o del mismo sexo, que viven en régimen de pareja”. RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 113.

⁴³³ Me permito el símil, sin querer equipararlo al *consentimiento* matrimonial. Cita RAMS ALBESA a CABRILLAC que afirma humorísticamente que “el PACS no es *el* matrimonio, pero no deja de ser un matrimonio”, y recuerda al matrimonio *sine manu* romano. RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 108-109. El pacto es efectivo cuando se realiza una *declaración* conjunta ante el secretario del juzgado de instancia (art. 515.3.1 del *Code*). Cfr. RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 114.

⁴³⁴ Definición dada por el Consejo Constitucional francés de 9 de noviembre de 1999 y citada por RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 113. El art. 515.1 del *Code* lo define como el contrato concluido por dos personas físicas mayores de edad, de diferente o del mismo sexo, con el fin de organizar su vida en común.

tampoco si uno de ellos, al menos, es casado o está vinculado por otro pacto civil de solidaridad no extinguido. El pacto puede extinguirse por muerte de uno de ellos, por declaración conjunta ante el secretario del juzgado, por contraer uno de ellos matrimonio o por desistimiento unilateral remitido al otro por escrito y con copia al secretario del juzgado.

En Holanda, tras el estudio encargado a una Comisión, se elaboró una norma que otorgaba ciertos efectos a las uniones estables inscritas en un registro *ad hoc*, sin embargo, las parejas seguían siendo reacias a inscribirse, y, creyendo el legislador holandés que se debía a los escasos efectos que se le habían otorgado, elaboró una nueva norma ampliándolos en 1997, que equiparó al matrimonio las uniones de hecho en materia de impuestos⁴³⁵, seguridad social y, en cuanto a los efectos civiles, como los del matrimonio, en apellidos, derechos hereditarios, levantamiento de las cargas familiares, régimen económico y derecho de alimentos. Los holandeses, sin embargo, siguen sin registrarse mayoritariamente. Por ello, existía un proyecto para ampliar aún más los efectos y autorizar directamente el matrimonio de parejas homosexuales, que no llega a permitir algunos de ellos, como la adopción de menores y la patria potestad del hijo de la pareja⁴³⁶. Desde 1998, las parejas de hecho pueden registrarse en los ayuntamientos, adquiriendo prácticamente los mismos derechos y obligaciones que los matrimonios, con la excepción de la adopción. Y en el año 2000 el Parlamento definitivamente aprobó el matrimonio pleno entre homosexuales, que incluye el derecho de adopción (sólo de niños holandeses).

En Alemania, dice RAMS ALBESA, “en líneas generales puede afirmarse sin exageración que el Derecho alemán ha tratado a las uniones *more uxorio* con gran distanciamiento, casi como si no existiesen: carecen de un propio *status* y de protección legal específica. Son verdaderamente uniones libres que podrían regularse por contrato habida cuenta de que, como he apuntado más arriba, los tribunales vienen resolviendo los efectos prácticos de liquidación tras el cese de la convivencia por la vía de la analogía respecto de la sociedad civil, sin relación alguna con el régimen económico matrimonial legal de participación en las ganancias”⁴³⁷. En el país germano se ha

⁴³⁵ Que ha llevado a muchos casos de fraude fiscal.

⁴³⁶ Cfr. RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 117.

⁴³⁷ RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 119.

planteado también la posibilidad del matrimonio homosexual, aprobando en su lugar una unión homosexual que se equipara al matrimonio en lo relativo al régimen económico, alimentos, divorcio y apellidos, negándose también la capacidad para adoptar. La doctrina alemana insiste en que no se trata de un matrimonio entre homosexuales⁴³⁸.

La legislación en Iberoamérica es mucho más permisiva, y a la vez intervencionista en algunos aspectos, pero debe encuadrarse en su entorno concreto⁴³⁹. Así, en Panamá, las uniones estables de pareja son llamadas *matrimonio de hecho*, definido por el art. 53 del Código de Familia como “la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio⁴⁴⁰, mantenida durante cinco años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad surtirá todos los efectos del matrimonio civil”⁴⁴¹. Esta figura obvia directamente la voluntad de las partes, a las que convierte en matrimonio sin querer serlo. Es cierto que para que surta todos sus efectos (para reclamar derechos sucesorios o de alimentos) debe ser inscrita en el Registro Civil o existir reconocimiento judicial solicitado por el miembro superviviente cuando el otro

⁴³⁸ Cfr. RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 120. “El Constitucional alemán acelera equiparación de parejas de hecho y matrimonios... El Tribunal Constitucional alemán lanzó hoy un claro mensaje al legislativo de cara a la plena equiparación de las parejas de hecho, ya sean homosexuales o heterosexuales, al sentenciar que debe aplicárseles el mismo trato fiscal que a los matrimonios...”, noticia de “eldiariovasco.com” de 6 de junio de 2013, http://www.diariovasco.com/agencias/20130606/mas-actualidad/sociedad/constitucional-aleman-acelera-equiparacion-parejas_201306061731.html.

⁴³⁹ Debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, en Colombia, el 45,5 % de las parejas que conviven no están casadas, en Panamá, el 46 %. Datos de *cfr.* PITTÍ, ULISES, “Las uniones...”, *op. cit.*, p. 205 y 212. El autor hace referencia también a la *no discriminación* legislativa más apuntada en lo relativo a las parejas de hecho se da en Cuba, Honduras, Guatemala, Bolivia, Brasil, Perú y Panamá. PITTÍ, ULISES, “Las uniones...”, *op. cit.*, p. 206.

⁴⁴⁰ Es decir, que carezcan de impedimentos para contraer matrimonio, que son en Panamá: diversidad de sexo, edad mínima, no existencia de enfermedades de transmisión sexual, capacidad de discernimiento e inexistencia de vínculo matrimonial previo. En cuanto a los impedimentos, apunta el autor panameño que debe tenerse en cuenta que “en el matrimonio civil los impedimentos matrimoniales son observables sólo al momento de la celebración del matrimonio, porque sus efectos son hacia el futuro, mientras que en el matrimonio de hecho sus efectos son retroactivos. De allí que el matrimonio de hecho tenga su propia identidad frente al matrimonio civil”. PITTÍ, ULISES, “Las uniones...”, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁴¹ Esta fórmula viene a institucionalizar una especie de matrimonio contraído tácitamente, lo que choca de plano con la exigencia del consentimiento expreso y libre para contraer matrimonio. No es el único ejemplo de este tipo de figura: Una ley de New Hampshire, en Estados Unidos, a la que se refieren LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA ordena que si dos personas conviven durante tres años reconociéndose mutuamente como marido y mujer y, generalmente, se les considera como tales, se les considerará como legalmente casados a la muerte del primero de ellos. *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 575.

fallece, pero aun no llegando a formalizarse por uno de estos cauces, tendrán los mismos efectos patrimoniales por lo que hay que liquidar el régimen económico.

En Bolivia, el art. 159 de su Código de Familia establece que “las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, en la medida compatible con su naturaleza...”. En Bolivia se exigen unos períodos distintos de tiempo de convivencia para que surta efecto la equiparación al matrimonio, según los casos⁴⁴².

Volviendo a nuestro ordenamiento, podemos concluir que existen cuatro maneras distintas de organizar la vida en común o la familia: el matrimonio (sea heterosexual u homosexual), la pareja de hecho inscrita y que se acoge a la regulación de cada Comunidad autónoma⁴⁴³, la pareja de hecho que se acoge a lo acordado entre ellos en un convenio, y la pareja de hecho que no se acoge al régimen de pareja de hecho de una Comunidad Autónoma y no suscribe un contrato, pero que, pese a ello, y por lo que explicaré, no está exenta de efectos civiles, no es ajurídica, y por supuesto tampoco antijurídica.

⁴⁴² Cfr. PITTÍ, ULISES, “Las uniones...”, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁴³ Hay que advertir que el hecho de que una unión estable sea inscrita de acuerdo a la regulación de alguna Comunidad Autónoma no excluye en dicha pareja la aplicación, sino de la legislación estatal sobre el tema, que no la hay, al menos de carácter global, de la doctrina del TS, que ha establecido parámetros en determinadas cuestiones, como es el de la consideración misma de la existencia de la pareja. En este sentido, advierte PÉREZ MARTÍN que “como en las leyes autonómicas de parejas de hecho se regulan los requisitos que deben cumplirse para la existencia de la unión, cabe cuestionarse si habrá que atenerse a esta normativa o basta con acreditar los requisitos indicados por el Tribunal Supremo en la sentencia que hemos reseñado, para considerar probada la existencia de la relación *more uxorio*. Como lo que aquí se está cuestionando es la existencia de una unión de hecho a efectos de considerar si se ha constituido o no un patrimonio común, habrá que estar a los que indica el Tribunal Supremo, puesto que los requisitos que se establecen en la normativa autonómica están en relación con los derechos allí reconocidos y como puede comprobarse, en ninguna de ellas se contempla el posible reparto del patrimonio. En consecuencia, a los efectos que ahora nos interesan, no hay distinción entre uniones de hecho constituidas formalmente y las que conviven al margen de cualquier regulación legal. Precisamente por ello, los espacios de tiempo que se fijan en las leyes como duración mínima de la unión no resultan aplicables, siendo meramente indicativos, no habiendo establecido el Tribunal Supremo en su abundante jurisprudencia la exigencia de un determinado plazo de convivencia”. PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, “Relaciones patrimoniales en las uniones de hecho”, revista de Derecho de familia, núm. 35 (abril-junio de 2007), p. 32.

Uno de los problemas más complejos que acontece llegado el momento de la crisis de la pareja estable es el de la prueba de su existencia⁴⁴⁴. La STS de 18 de mayo de 1992 estableció que “la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen convivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”⁴⁴⁵.

2.2.Pensión o indemnización por desequilibrio en las uniones estables de pareja

Desde hace tiempo viene aplicándose, con determinados requisitos, la compensación que establece el art. 97 del Código Civil a favor del cónyuge que queda en desequilibrio tras la separación o el divorcio, y de la que ya he hablado suficientemente, a las uniones estables de pareja, cuando éstas se rompen, y basándose, normalmente, en la teoría del enriquecimiento injusto⁴⁴⁶, en un principio, y posteriormente considerando la aplicación por analogía del art. 97 del Código Civil directamente.

La atribución de una compensación al miembro de la pareja de hecho que queda desfavorecido tras la ruptura se ha fundamentado en momentos distintos en figuras jurídicas distintas. Así, las líneas más destacadas son las que la fundamentas en el enriquecimiento sin causa⁴⁴⁷, en la aplicación analógica del art. 97 del Código Civil y la

⁴⁴⁴ En este sentido, es interesante el trabajo de BADAJÍ GÁLVEZ, MARÍA DOLORES, “La prueba de la convivencia en las uniones de hecho (especial referencia a la legislación catalana: parejas de hecho)”, en *La prueba judicial: Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativa*, 1ª ed., La Ley, Las Rozas, Madrid, 2011, p. 1167-1184.

⁴⁴⁵ Citada por *cfr.* PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, “Relaciones patrimoniales en las uniones...”, *op. cit.*, p. 32. Cita también el autor la SAP de las Palmas de 17 de diciembre de 2004, que sigue considerando como pareja estable a aquella que no cumpa estrictamente con el requisito de convivencia por un motivo justificado, en el caso de la sentencia, por la profesión de uno de los convivientes de marinero, que le obligaba a pasar largas temporadas embarcado.

⁴⁴⁶ Sorprende, cuanto menos, que la misma teoría no sea la generalmente alegada para fundamentar la compensación del art. 97 del Código Civil en el caso del matrimonio, y que incluso sea generalmente rechazada, como antes he explicado.

⁴⁴⁷ La figura del enriquecimiento injusto, así como la de la responsabilidad extracontractual (STS de 9 de abril de 1979, SAP de Zaragoza de 25 de febrero de 1991 y SAP de Asturias de 22 de junio de 1994)

responsabilidad extracontractual, entre otras. Pero, en realidad, siempre se trata de una compensación como tal y exactamente igual que la establecida en el art. 97 del Código Civil⁴⁴⁸.

En cualquier caso, lo cierto es que cuando uno de los miembros de la unión queda desfavorecido porque ha sacrificado o perjudicado su carrera o su profesión para atender a su pareja e incluso a los hijos de ambos y al cuidado del hogar, tal como si se tratara de un cónyuge, al llegar la crisis de pareja no puede dejársele desamparado,

también ha sido utilizada por la jurisprudencia para fundamentar la liquidación del patrimonio de la pareja cuando ésta se rompe, dado que es unánime la jurisprudencia en que no se puede aplicar la regulación del régimen económico matrimonial, pero existiendo en la mayoría de los casos bienes que se han adquirido *para* ambos. Aunque en este trabajo no abordaré el problema de la liquidación patrimonial, debe señalarse que, respecto de la responsabilidad extracontractual, ésta tiene muy escasa aplicación por cuanto comporta la existencia de dolo o culpa, cosa que no habrá casi nunca, y que otras figuras en que se han basado los tribunales para dar solución a este problema han sido la de la comunidad de bienes (SAP de Barcelona de 6 de junio de 1989, SAP de Barcelona de 15 de noviembre de 1990, SAP de Oviedo de 21 de enero de 1992, SAP de Oviedo de 10 de abril de 1992 y SAP de Granada de 28 de junio de 1993) y la de la sociedad irregular (STS de 18 de mayo de 1992 y SAP de Granada de 4 de abril de 1990). Es de destacar lo dispuesto en Francia para el *pacto civil de solidaridad*, en el que existe una presunción *iuris tantum* de que los bienes adquiridos con posterioridad al pacto y a título oneroso pertenecen ambos por mitad, pero no como masa común, sino a la romana. En tales pactos no se deduce la existencia de un régimen económico salvo por lo que respecta al ajuar doméstico. *Cfr.* RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 114. Sobre la interpretación de la voluntad de los convivientes de haber querido hacer común el patrimonio adquirido durante la relación es muy recomendable el trabajo de PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, “Relaciones patrimoniales en las uniones...”, *op. cit.*, revista de Derecho de familia, núm. 35 (abril-junio de 2007), p. 32 y ss. En el citado trabajo, el autor hace un pormenorizado estudio de la interpretación jurisprudencial de la voluntad de los miembros de la unión estable. También en este sentido, es interesante el trabajo de BERMÚDEZ BALLESTEROS, MARÍA DEL SAGRARIO, “Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho...”, *op. cit.*, p. 81-99, en el que analiza seis sentencias del TS posteriores a la STS de 12 de septiembre de 2005: la STS de 22 de febrero de 2006, la STS de 10 de octubre de 2006, la STS de 8 de mayo de 2006, la STS de 30 de octubre de 2008, la STS de 4 de febrero de 2010 y la STS de 7 de julio de 2010.

En cuanto a la existencia o no de una comunidad de bienes, *vid.* STS de 6 de octubre de 2011, STS de 6 de junio de 2011, SAP de Madrid de 2 de julio de 2013, SAP de Madrid de 26 de junio de 2013, SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2013 y SAP de Murcia de 6 de noviembre de 2012.

En Iberoamérica se ha aplicado el régimen económico matrimonial a las uniones libres en países como Panamá (art. 1 de la Ley de 12 de diciembre de 1956), Cuba (art. 43 de la Constitución cubana de 1940) o Guatemala (art. 184 del Código Civil). *Cfr.* ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991, p. 172. El autor afirma, en la p. 174, posicionándose junto con la mayoría de la doctrina española, que “aplicar analógicamente el régimen económico matrimonial iría en contra de las normas imperativas que regulan las formalidades exigibles para celebrar matrimonio”.

En Estados Unidos, se aplica la doctrina de la *constructive trusts* desde el célebre caso *Marvin versus Marvin*, en el que la compañera del famoso actor Lee Marvin le reclamaba a éste una parte de su patrimonio tras la ruptura que “trata de valorar y reconocer de alguna manera los servicios prestados durante el tiempo que duró la relación a aquella parte de la misma que pudo resultar menos favorecida con la ruptura y partición de bienes”. ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *Las uniones extramatrimoniales...*, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁴⁸ Dice BERCOVITZ que “el recurso a la figura del enriquecimiento sin causa constituye una vía para conseguir en su caso efectos similares a los previstos en los artículos 97 a 99 del CC”. Lo cita *cfr.* PÉREZ UREÑA, ANTONIO ALBERTO, *Normativa sobre uniones de hecho...*, *op. cit.*, p. 171.

siendo precisamente este, la crisis de la unión, el momento en que se hace más precisa una regulación al respecto⁴⁴⁹, dado que, discusiones teóricas aparte, la pareja se ha guiado como un matrimonio, ha repartido las tareas y funciones de trabajo y cuidado del hogar, y aquel que queda ahora sin sustento (cuestiones de liquidación patrimonial aparte), por no poder proporcionárselo, y que ha sufrido un evidente coste de oportunidad, no puede quedarse desamparado sin más por una rigurosa aplicación del Derecho, que en absoluto haría Justicia. Dice en este sentido la SAP de Palencia de 2 de mayo de 2000 que “cuando se produce la ruptura de la convivencia *more uxorio* y existen hijos comunes se produce una problemática absolutamente similar a la de una crisis matrimonial por lo que a estos respecta, precisándose de regular tanto la titularidad y ejercicio de la patria potestad cuanto quien ostentará la guarda y custodia de los menores, el régimen de visitas sobre los mismos a favor del progenitor con quien no convivan, dónde han de residir y a quién debe atribuirse el uso de la vivienda familiar, la contribución a su alimentación y educación, etc.”⁴⁵⁰.

ROGEL VIDE destaca varias sentencias del Tribunal Supremo⁴⁵¹, así:

- La STS de 27 de marzo de 2001, que parte del hecho de que las uniones estables de pareja, aunque ajurídicas, no están prohibidas por el Derecho, y producen efectos jurídicos, como el asignar una pensión compensatoria al miembro de la pareja desfavorecido por la ruptura, en base a la teoría del enriquecimiento injusto, no debiendo rechazarse la aplicación por analogía de la compensación del art. 97 el CC.
- La STS de 5 de julio de 2001, que rechaza la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa y aplica analógicamente a las uniones *more uxorio* el art. 97 del CC, basándose, entre otras, en la STS de 16 de diciembre de 1996.
- La STS de 16 de julio de 2002, que señala: “Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala mantuvo un tiempo la solución indemnizatoria, con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, posteriormente –de un modo definitivo, las sentencias de 27 de marzo y 5 de julio de 2001 –

⁴⁴⁹ Cfr. GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, op. cit., p. 209.

⁴⁵⁰ Citada por PÉREZ UREÑA, ANTONIO ALBERTO, “Las uniones de hecho ante los nuevos procesos civiles”, revista de Derecho de familia, núm. 13 (2001), p. 27.

⁴⁵¹ Cfr. ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, op. cit., p. 46-49.

considera más adecuada la aplicación analógica del artículo 97 –y concordantes –del Código civil”.

- La STS de 12 de septiembre de 2005, a la que ya me he referido, polémica en su planteamiento de la cuestión, afirma que no puede aplicarse a la unión de hecho la compensación del art. 97 del CC y deja abierta la posibilidad de la indemnización por enriquecimiento injusto, rechazando la consolidada doctrina del Tribunal Supremo que ya había rechazado esta segunda posibilidad. La sentencia dice, entre otras cosas, lo siguiente: “La mujer, en razón a la convivencia, no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones... y, si la parte demandada –el marido –ha visto aumentado su patrimonio y de una manera moderada, es debido al acierto en el desenvolvimiento de su actividad”; “debe huirse de la aplicación, por *analogía legis*, de normas propias del matrimonio, como son los artículos 97, 96 y 98 del Código civil, ya que, tal aplicación, comporta inevitablemente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad”.

Antes de éstas, la sentencia que sentó la base de la aplicación del enriquecimiento injusto a la indemnización que debía pagarse al miembro desfavorecido por la crisis de la unión de hecho fue la STS de 11 de diciembre de 1992, que señala: “Una reiterada doctrina jurisprudencial –de la que es muestra, como más reciente, la sentencia de 31 de marzo de 1992 – tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) Aumento del patrimonio del enriquecido; b) Correlativo empobrecimiento del actor; c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento; y d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio⁴⁵². Se ha declarado también que para la operatividad del enriquecimiento injusto basta que se ocasionen unas ganancias, ventajas patrimoniales o beneficios sin un derecho que los apoye o advere, con derivado empobrecimiento o minoración patrimonial o de utilidades en la otra parte afectada (S^a de 6 de Febrero de 1992). En cuanto al primer requisito, ha de reconocerse cómo, en principio, el aumento patrimonial obtenido por el Sr. Daniel durante los años de convivencia con la Sra. Marcelina se debió fundamentalmente a su propia actividad, pero es igualmente cierto que de los hechos declarados probados en la sentencia, según lo antes transcrito, se

⁴⁵² Cabe añadir a esto como cuarto requisito el de la existencia de nexo causal entre el empobrecimiento de uno y el enriquecimiento del otro (STS de 19 de diciembre de 1996).

infiere que la colaboración prestada por la Sra. Marcelina hubo de ser determinante, al menos en parte, de la consecución de aquél y, por ello, ha de afirmarse que concurre la exigencia jurisprudencial referente al aumento patrimonial. El empobrecimiento de la actora deriva de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo, con lo que se cumple el requisito b) de los antes enunciados, ya que no ofrece duda la correlación entre la prestación de sus cuidados y trabajo por la Sra. Marcelina y el beneficio reportado al Sr. Daniel. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado, al menos en la parte apreciada por el Tribunal *a quo*, porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones -en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc.- en la forma que está probado lo vino realizando la Sra. Marcelina. Es evidente, por último, que no existe precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa; de todo lo cual se sigue el decaimiento del motivo estudiado... Se ampara el sexto motivo del recurso en el núm. 4º del art. 1692, en su redacción anterior a la Reforma de 30 de Abril de 1992, y el error en la apreciación de la prueba denunciado se refiere a que la Sala de instancia admitió el *empeoramiento* producido a la demandante a consecuencia de la ruptura de la convivencia estable extramatrimonial; como documentos en que se basa la equivocación imputada a dicha Sala se señalan los que reflejan adquisiciones realizadas por la Sra. Marcelina durante su convivencia extramatrimonial con el demandado así como los expresivos de los ingresos profesionales de aquélla. Ya se ha dicho que el *empeoramiento* de que se trata no es lo determinante de la indemnización y, por tanto, fundándose ésta suficientemente en cuanto se ha razonado antes en relación con el enriquecimiento sin causa, deviene irrelevante aquél, debiendo advertirse, además, que en la sentencia impugnada no se niega que los ingresos de ambas partes se incrementaran progresivamente durante los años de convivencia, hecho que no desvirtúa los presupuestos de aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto en los términos que se han expuesto. Ha de perecer, por tanto, también este motivo”⁴⁵³.

⁴⁵³ En este sentido también, por ejemplo, la SAP de Gerona de 15 de diciembre de 1999.

Algunos casos en los que se ha considerado la existencia de enriquecimiento injusto:

- SAP de Valencia de 15 de marzo de 1996: atenciones domésticas y cuidados de los hijos disminuidos psíquicos.
- SAP de Asturias de 16 de enero de 1997: colaboración en la actividad profesional de la pareja⁴⁵⁴.

GARCÍA RUBIO cuestiona el planteamiento de la sentencia citada, dado que, según dice, será discutible la aplicación del enriquecimiento sin causa cuando se trate, por el contrario del caso contemplado en la sentencia, la colaboración de uno de los miembros en el cuidado de la casa, de los hijos, y de las relaciones sociales del otro. Y dice que “la acción de enriquecimiento sin causa en favor de uno de los miembros de la pareja de hecho sólo existirá en caso de *sobrecontribución* del mismo al régimen contributivo conjunto, si bien porque la no remuneración de su trabajo excedente redunde en provecho del patrimonio del otro, bien porque, no tratándose en puridad de un trabajo *excedente*, el otro miembro incumple aquel deber *moral* que también le incumbe”⁴⁵⁵.

LACRUZ BERDEJO dice que “el abandonado sólo en casos muy concretos podrá pedir resarcimiento al abandonante”⁴⁵⁶. Y luego aclara: “parece que habría de apreciarse, igual que en la sociedad civil, el carácter intempestivo de la ruptura como causa de reparación (nunca de continuación de la convivencia). La ruptura es intempestiva cuando coloca a un conviviente que no ha dado causa para ella en estado de necesidad, como si en el marco de la vida común uno de ellos se ha consagrado exclusivamente al hogar y a la educación de los hijos, y no ha podido procurarse los ingresos precisos para su mantenimiento personal, ni tampoco la formación necesaria... Dejar a este conviviente, por el hecho de la ruptura, de la noche a la mañana, sin recursos y sin que pueda hacer frente a la nueva situación, supone un daño de cuya

⁴⁵⁴ Ambas sentencias citadas por PÉREZ UREÑA, ANTONIO ALBERTO, *Normativa sobre uniones de hecho: cuestiones candentes*, Edisofer, Madrid, 2002, p. 172-173.

⁴⁵⁵ GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 212-214.

⁴⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 292. Nótese que aplica la ya derogada *culpabilidad* antes aplicada en la crisis matrimonial.

causación es responsable quien abandona al hogar común. Si él aceptó que la mujer, al dedicarle toda su actividad y cuidados, se pusiera en un estado de dependencia económica, parece que debe ser responsable de su mantenimiento mientras no pueda salir de ese estado (pensión de rehabilitación)”⁴⁵⁷.

Dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN aclaran que “en términos generales, no es discutible que, sobre todo en el momento de la liquidación de las uniones, surjan pretensiones cuya justicia parece fuera de discusión. Mas una cosa es reconocer la justicia de esas pretensiones liquidatorias y otra bien distinta institucionalizar uniones que, en la medida en que tratan de dar cauce a aspiraciones individuales, pertenecen más bien al terreno de la privacidad y la libertad individual”⁴⁵⁸.

Por lo que respecta a lo establecido en las CCAA, cabe destacar la Ley catalana 10/1998 de 15 de julio, que establece –en el art. 13 para las parejas heterosexuales y en el 31 para las homosexuales –, en el art. 13 que cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto⁴⁵⁹. La norma no deja lugar a dudas, pues sólo será beneficiario de dicha compensación quien haya sufrido una pérdida patrimonial cuando haya supuesto ganancia para el otro y sólo en dos casos muy concretos: cuando el que ha sufrido la pérdida se haya dedicado al cuidado del hogar o a ayudar a otro en su profesión, recogiendo de este modo los casos más típicos en que uno de los miembros de la pareja queda desfavorecido o desamparado, pero desde luego no todos. Por otro lado, esta compensación es una indemnización, en realidad, y será abonada con una cantidad, nunca en forma de pensión periódica⁴⁶⁰. Por otro lado, el art. 14 de la citada Ley configura una obligación de alimentos periódicos para el caso de la ruptura de la

⁴⁵⁷ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 285-296.

⁴⁵⁸ DÍEZ-PIAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONO, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV...*, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁵⁹ En el caso de Cataluña no cabe discusión, el legislador ha introducido la figura del enriquecimiento sin causa directamente en la Ley.

⁴⁶⁰ *Cfr.*: BACHS ESTANY, JOSÉ MARÍA, “Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 176.

pareja. Así, dispone el mencionado precepto que al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar del otro una pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos o si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida.

2.3.Derecho de alimentos y regulación autonómica sobre los alimentos en las uniones estables de pareja. Breve análisis de la validez de los pactos entre los miembros de las uniones de hecho

Cabe preguntarse si existe obligación de alimentos entre los miembros de la pareja de hecho. La cuestión no es pacífica en la doctrina y existe además una abundante regulación autonómica al respecto que, si bien es similar, no es exactamente igual, como luego analizaré.

La jurisprudencia se ha pronunciado en diferentes sentidos, por ejemplo:

- SAP de Barcelona de 3 de noviembre de 1992, que dice que “la propia naturaleza de la unión de hecho, que se mantiene en todo momento por la sola voluntad de cada uno de los convivientes, es contradictoria con la imposición a éstos de un genérico deber de asistencia o de darse alimentos entre sí, que les privaría de su libertad para poner fin a la unión existente de hecho”.
- SAP de Zaragoza de 25 de febrero de 1991, que entre otras cosas dice que “las personas que conviven de hecho *more uxorio*, no pueden ser consideradas cónyuges a efectos legales, ni por lo tanto surge entre ellos un deber legal de alimentos, salvo pacto expreso o explícito... cuando la convivencia *more uxorio* se rompe, ninguno de los que convivieron puede reclamar al otro alimentos al amparo del art. 143 del Código civil”⁴⁶¹.

⁴⁶¹ Citadas ambas sentencias por GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 209.

Según ROGEL VIDE, “parece que, mientras duren, habrá una obligación de ayuda y socorro entre los miembros de la unión, cumplida espontáneamente en la inmensa mayoría de los casos y, exigible incluso si fuera menester ante los tribunales”⁴⁶². Y también afirma, habiendo tratado el tema de los alimentos entre cónyuges, que debe decirse lo mismo “por analogía, respecto de las uniones de hecho que desembocan en separaciones del género, si, ulteriormente a las mismas, se desencadena la necesidad de una de las personas antes unidas”⁴⁶³.

Para LACRUZ BERDEJO, sin embargo, no existe tal derecho entre los miembros de la unión libre, pues sólo se da en los casos legalmente previstos⁴⁶⁴. En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, que afirma que “como premisa general se puede comenzar afirmando en el estadio actual de la evolución jurídica que ninguna obligación legal de alimentos existe entre los convivientes *more uxorio*, ni constante la relación, ni una vez finalizada ésta, en forma de algún tipo de pensión, compensación o indemnización”⁴⁶⁵.

En este sentido también, ESTRADA ALONSO, que dice que “la obligación del matrimonio es instantánea y aceptada conscientemente, mientras que las obligaciones de los compañeros vienen a ser la consecuencia y no la causa de una vida en común. La asimilación total entre uno y otra iría en contra de la libertad individual y de la libertad de contraer matrimonio, que necesita, para que se produzcan sus efectos, el consentimiento de los futuros cónyuges”⁴⁶⁶. Ello, además, limitaría la libertad para poner fin a la relación no matrimonial, lo que iría en contra de su esencia.

⁴⁶² El autor también dice al respecto que las afirmaciones precedentes “chocan con la dificultad de probar, en determinados supuestos, la existencia misma de las uniones con las características apuntadas y, a mayor abundamiento, con la resistencia a equiparar éstas –vistas de manera peyorativa –al matrimonio, entendiéndolo, equivocadamente, que, al ser de hecho, no son jurídicas, cuando es evidente que, por informales que sean, jurídicas son también –como la separación o la guarda de hecho –, pues el Ordenamiento –cual sucede en los arrendamientos, valga por caso y desde antiguo –apareja efectos a las mismas”. ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁶³ ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁶⁴ R. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 292. Y también en *cfr.* LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 583.

⁴⁶⁵ GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁶⁶ ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *Las uniones extramatrimoniales...*, *op. cit.*, p. 232.

Dice MESA MARRERO al respecto que “tampoco cabe la posibilidad de aplicar a los convivientes la obligación legal de alimentos entre parientes regulada en los artículos 142 y ss. del Código Civil, pues las personas que el artículo 143 señala como sujetos de la relación obligatoria alimenticia están ligadas por su vínculo conyugal o de parentesco, y tal vínculo no existe entre las personas unidas de hecho”⁴⁶⁷. La misma autora dice, sin embargo, también que “parece razonable admitir que en el transcurso de una convivencia extramatrimonial –similar a la que desarrollan los cónyuges –, lo normal es que cada uno de los convivientes procure el bienestar y la asistencia material necesaria al otro, pues la relación afectiva que les ha llevado a iniciar una vida en común con proyecto de futuro comporta el cumplimiento voluntario de ese deber de atención mutuo. Podría decirse que durante la convivencia existe entre la pareja una *obligación natural de alimentos*^{468,469}. Dice la autora, además, que si bien la obligación natural no puede exigirse jurídicamente –judicialmente, se entiende –tampoco pueden repetirse posteriormente las cantidades, en base al artículo 1901 del Código Civil⁴⁷⁰.

GARCÍA RUBIO cree que existe un derecho/deber mutuo de mantenimiento entre los convivientes pero que el fundamento del mismo no cabe encontrarlo en el art.

⁴⁶⁷ MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho...*, op. cit., p. 129. La autora hace referencia también a la doctrina extranjera, así: en Francia, CARBONNIER, afirma que “no existe obligación alimenticia ni deber de socorro entre los concubinos”; en Italia, GALGANO, ROPPO, BERNARDINI y COMPORTI MARIO; en Argentina, BOSSERT y ZANNONI.

⁴⁶⁸ La cursiva es mía. Dice ESTRADA ALONSO en este sentido que “La institución de la obligación natural, que tiene sus orígenes en Roma, nació para satisfacer la posición jurídica de aquellos acreedores que se encontraban desprovistos de toda acción. En la actualidad se caracteriza porque aun reconociéndose su inexigibilidad contra el deudor, produce, sin embargo, determinados efectos jurídicos... La fundamental justificación de la obligación natural va orientada en el sentido de reconocer y valora de alguna manera una serie de deberes sociales y morales que inspirándose en principio de equidad, justicia y solidaridad, está en la mente de todos que deben de ser cumplidos, aunque los mismos no se recojan legalmente... La mayoría entiende que si el comportamiento del hombre ha sido tal como para inspirar la confianza de la mujer, de obtener un sustento material estable que vaya dirigido a compensar las consecuencias perjudiciales de la relación extramatrimonial, no puede dudarse de la existencia de un deber moral de reparación, a cargo del hombre, en el momento de la ruptura. Y si tal deber ha sido voluntariamente cumplido, no habrá posibilidad de repetición”. ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *Las uniones extramatrimoniales...*, op. cit., p. 255-258.

⁴⁶⁹ MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho...*, op. cit., p. 130.

⁴⁷⁰ El art. 1901 dice establece que “se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa”. En este sentido también GARCÍA RUBIO que afirma que “en todo caso, a diferencia de lo que ocurre en el matrimonio, el cumplimiento del deber recíproco no es exigible judicialmente, aunque las prestaciones realizadas en su cumplimiento no son repetibles no por quien las ha efectuado, no por sus herederos”, GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, op. cit., p. 206.

101 del Código Civil, sino que “la buena fe en el ejercicio de los derechos y la confianza recíproca generada por la convivencia, son bases suficientes para crear entre ambos miembros de la pareja el deber de mutua solidaridad en tanto dure la relación, que les obligará a contribuir uno para el otro, y ambos para sus hijos, al sostenimiento de la familia. Se tratará de un deber que, naturalmente, ha de cumplirse espontáneamente mientras continúe la convivencia, pues de no ser así lo habitual será la ruptura del grupo familiar y la desaparición de la citada solidaridad”. La autora afirma también, tras decir que si bien el deber de mantenimiento no puede exigirse judicialmente, como ocurre en el matrimonio, tampoco pueden repetirse las cantidades gastadas por este concepto, que “con esta interpretación se logra una tutela seguramente insuficiente, pero al menos mínima, del miembro económicamente más débil de la relación”⁴⁷¹.

GARCÍA RUBIO aboga por la regulación de un derecho genuinamente alimenticio entre los convivientes de hecho, para lo que considera más adecuada la modificación de algunas instituciones concretas, más que la elaboración de una norma *ad hoc*. La autora, dice que habría que reformar para ello el derecho de alimentos, pero no sólo el referido en los arts. 142 y ss. del CC sino a todas las figuras que cumplen una función análoga, como la contribución a las cargas familiares o la pensión compensatoria, para lo que pone su mirada en la *De facto Relationship* australiana. La autora considera también que los alimentos fijados en este ámbito deberían ser como regla general limitados en el tiempo⁴⁷².

Dice BACHS ESTANY que “es obvio que en Derecho común, hoy por hoy, no cabe esa pensión alimenticia, pues el conviviente carece de título legal para pedirla”⁴⁷³.

En cuanto a la normativa autonómica, cabe citar:

- Art. 11, c) de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, de Andalucía: “Las parejas de hecho interesadas en suscribir un documento, en el que quede reflejado el régimen económico voluntariamente pactado entre

⁴⁷¹ GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 206.

⁴⁷² *Cfr.* GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 218-219.

⁴⁷³ BACHS ESTANY, JOSÉ MARÍA, “Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 183.

sus miembros, podrán requerir de la Administración de la Junta de Andalucía que les informe sobre los aspectos a tratar en la elaboración del mismo, especialmente con respecto a las siguientes materias: ...c) Derecho de alimentos”.

- Art. 13 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón, relativa a parejas estables no casadas: “Derecho de alimentos. Los miembros de la pareja están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas”.
- Arts. 8 y 26 de la Ley 10/1998, de 15 de julio de, de uniones estables de pareja, de Cataluña, estando previsto el primero para las parejas heterosexuales y el segundo para las homosexuales: Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado. Esta obligación de alimentos, no obstante, está vigente *durante* la relación, dado que la concreta pensión de alimentos prevista en la Ley catalana será de aplicación en el momento de la ruptura (art. 14), y de manera distinta a la compensación (art. 13). Debe tenerse en cuenta, dado que ello configura los alimentos de manera completamente distinta a lo previsto en Derecho común. BACHS ESTANY se pregunta por determinados gastos comunes, en el sentido de si deben ser comprendidos en la obligación de alimentos entre los miembros de la unión estable, en concreto, por los gastos de adquisición de la vivienda habitual⁴⁷⁴. No comprendo lo que dice el autor, puesto que en el art. 4 de la Ley se distinguen claramente los alimentos por un lado y los gastos de mantenimiento de la vivienda, siendo ambo gastos comunes de la pareja, a los que los dos miembros de la misma deben atender⁴⁷⁵. Dice GETE-ALONSO (de 2010-2011, p. 35) que “En el Código civil de Cataluña, que ha incorporado en el Libro II la regulación de las parejas estables (homosexuales y heterosexuales, arts. 234-1 a 234-14 CCCat), ha desaparecido la obligación legal de alimentos que se regulaba en Ley de

⁴⁷⁴ Cfr: BACHS ESTANY, JOSÉ MARÍA, “Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁷⁵ Acerca de esto, es interesante el trabajo de GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, “Obligación de alimentos”, en *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, 2ªed., adaptada a la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 31 y ss.

Uniones estables. En la legalidad vigente, en estas parejas estables (hetero y homosexuales) se otorga el derecho a exigir una pensión alimenticia a cualquiera de los miembros en el supuesto de extinción en vida de la unión cuando, además de los presupuestos ordinarios (vínculo entre las partes-estado de necesidad), se pruebe una de las causas siguientes: que la convivencia ha disminuido la capacidad para obtener ingresos y que, cuando existan hijos comunes, el acreedor (quien pueda exigirlos) tenga a su cargo a aquellos y esto implique una merma de posibilidades para conseguir ingresos (art. 234-10 CCCat)⁴⁷⁶.

- Art. 6 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas de Estables, de Baleares: “Derecho de alimentos. Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, y se les debe de reclamar con prioridad sobre cualquier otra obligada legalmente”.

Dice GINEBRA MOLINS acerca de la regulación autonómica del socorro mutuo en las uniones de hecho que “no se han explicado algunos de los efectos personales que se vinculan, en cambio, expresamente al matrimonio: deberes de respeto y ayuda mutua o socorro mutuo... Ello no obsta que, ciertamente, algunos de estos deberes... se encuentren igualmente implícitos en la regulación de las parejas de hecho”⁴⁷⁷.

Veamos qué ocurre en otros ordenamientos:

En Alemania, no existe como tal obligación legal de alimentos entre los miembros de las uniones estables de pareja. Sin embargo, hay algunos preceptos que sí establecen prestaciones similares, como el que atribuye a la madre de un hijo cuya paternidad se puede determinar, y a cargo de ese padre, por período de hasta un año. Pero esta obligación se referirá no sólo a las uniones estables sino también a las esporádicas o puntuales de las que haya resultado descendencia, dado que se

⁴⁷⁶ GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 35.

⁴⁷⁷ GINEBRA MOLINS, MARÍA ESPERANZA, “El matrimonio y las uniones de hecho...”, *op.cit.*, p. 142.

fundamenta en el hecho de la maternidad y no en la convivencia de la pareja⁴⁷⁸. Otro precepto concede un legado de alimentos durante los treinta días siguientes al fallecimiento a favor de los familiares, entre los que la jurisprudencia ha incluido a la pareja de hecho del fallecido.

En Alemania, además, la convivencia de hecho tiene una repercusión negativa por cuanto que supone la pérdida o disminución de un derecho de alimentos que se tenga⁴⁷⁹.

La doctrina germana ha tratado el tema profusamente, y se ha llegado a la conclusión de que en general debe prevalecer la protección del miembro más débil de la relación, el que quede más desfavorecido por la ruptura, que el respeto a la voluntad de las personas que conforman la unión estable de no vincularse jurídicamente. La equiparación de la unión de hecho a la institución matrimonial se rechaza por la mayor parte de la doctrina, se pide una protección del miembro más débil, proponiendo desde un derecho de alimentos para el miembro que se dedique al cuidado de los hijos, hasta un derecho de mantenimiento para el miembro desfavorecido si la relación ha sido de larga duración y cuando la situación de desprotección de ese miembro de la pareja ha venido por dedicarse al cuidado de la familia⁴⁸⁰. Si bien, la ley que estableció la figura de la unión homosexual, equipara a ésta con el matrimonio en lo relativo a alimentos, entre otras cosas⁴⁸¹.

En Italia, existe una obligación de los miembros de la pareja de hecho de contribuir a los gastos de la familia como el previsto para los esposos en el art. 143 del

⁴⁷⁸ En este sentido, y refiriéndose al caso mejicano, que explico más abajo, dice ESTRADA ALONSO que “en estos casos el reconocimiento del deber de alimentos en la unión libre ha sido hecho por un procedimiento autónomo e independiente a como el mismo se exige entre los cónyuges. No se persigue, pues, con estos preceptos la aplicación analógica de las normas del matrimonio que regulan el deber de asistencia que nace con la celebración del matrimonio, sino que esta obligación tiene sus orígenes en la relación paterno-filial”. En la antigua Checoslovaquia, en un sentido parecido al caso alemán, el art. 95 de su Código de Familia señalaba: “El padre del niño, con el cual la madre de éste no ha contraído matrimonio, está obligado a ayudarla en una medida razonable para atender su subsistencia durante un período de veintiséis semanas, así como a pagar los gastos del embarazo y el alumbramiento”. ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *Las uniones extramatrimoniales...*, *op. cit.*, p. 231.

⁴⁷⁹ *Cfr.* GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 194-195.

⁴⁸⁰ *Cfr.* GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 198.

⁴⁸¹ *Cfr.* RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 120. Para saber más acerca de la regulación de alimentos entre cónyuges y en uniones de hecho es recomendable la obra de BACHS ESTANY, JOSÉ MARÍA, “Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 178 y ss.

Codice Civile, entendiendo la doctrina y la jurisprudencia que se trata de una obligación moral⁴⁸².

En Francia –como en Derecho belga –del mismo modo que en Italia, se afirma que no hay obligación legal de asistencia entre los convivientes, pero la jurisprudencia sí entiende que existe una obligación moral de no dejar desasistido al compañero⁴⁸³. Por lo que se refiere a los miembros de una pareja que han acordado el *pacto civil de solidaridad*, las partes sí se deben recíprocamente ayuda mutua y auxilio material, pudiendo ser objeto de estipulación específica el segundo. Los contratantes, además, responden solidariamente de las deudas contraídas para cubrir las necesidades de la vida común⁴⁸⁴.

En Holanda, tras varias leyes referentes a los efectos de la inscripción de las parejas de hecho, en 1997 se aprobó la que equipara las uniones estables al matrimonio, entre otras cosas, en derecho de alimentos⁴⁸⁵.

En la antigua Checoslovaquia, en un sentido parecido al caso alemán, el art. 95 de su Código de Familia señalaba: “El padre del niño, con el cual la madre de éste no ha contraído matrimonio, está obligado a ayudarla en una medida razonable para atender su subsistencia durante un período de veintiséis semanas, así como a pagar los gastos del embarazo y el alumbramiento”⁴⁸⁶.

En Méjico, el art. 1368 del Código Civil federal mejicano de 1928 establece: “obliga al testador a dejar alimentos a la mujer que hizo vida marital con él durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato; el derecho alimentario de la concubina se extingue por su matrimonio y por su inconducta, y en caso de haber varias concubinas, ninguna goza de este derecho”⁴⁸⁷.

⁴⁸² Cfr: GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 195.

⁴⁸³ Cfr: GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 195. La autora también se refiere a lo que en relación a esto se ha regulado en Derecho australiano y canadiense, p. 199-201.

⁴⁸⁴ Cfr: RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁸⁵ Cfr: RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Las uniones estables...”, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁸⁶ Citado por ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *Las uniones extramatrimoniales...*, *op. cit.*, p. 230.

⁴⁸⁷ ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *Las uniones extramatrimoniales...*, *op. cit.*, p. 230.

En Guatemala, el legislador va más allá. Así, en su Código Civil se establece que “las disposiciones de este Código, relativas a los deberes y derechos que nacen del matrimonio y al régimen económico de éste, tienen validez para las uniones de hecho, en lo que le fueren aplicables”⁴⁸⁸.

Breve análisis de la validez de los pactos entre los miembros de las uniones de hecho:

Los pactos entre convivientes de uniones de hecho fueron durante tiempo señalados como ilegales por ser contrarios a la moral y a las buenas costumbres, denegando su validez⁴⁸⁹. Hoy día, aunque no es muy habitual en la práctica⁴⁹⁰, la validez de estos convenios es indiscutible, con los únicos límites que impone la ley, la moral, el orden público y la igualdad entre ambos miembros de la pareja⁴⁹¹.

Si bien, han planteado problemas en cuanto a su validez por poder ser considerados como precio o contraprestación a los servicios sexuales de la pareja. Dice MESA MARRERO que “tan sólo podría rechazarse la validez y eficacia de estos pactos cuando están condicionados a la relación personal que mantiene la pareja, es decir, siempre que el convenio suponga el pago o la contraprestación de las relaciones sexuales, pues resultaría inadmisibles un pacto que directamente afecte a la persona o a su intimidad”⁴⁹². La autora recuerda además la Recomendación de 7 de mayo de 1988

⁴⁸⁸ Citado por ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *Las uniones extramatrimoniales...*, *op. cit.*, p. 231.

⁴⁸⁹ La STS de 8 de marzo de 1918 dice expresamente que “es ilícita como contraria a la moral y las buenas costumbres, la causa de un contrato cuya finalidad era restablecer un estado de manebía, interrumpido por desavenencias y disgustos que habían surgido entre actor y demandada”. Citada por *cf.* GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...* *op. cit.*, p. 206.

⁴⁹⁰ Recuerdo que habitualmente la pareja que no contrae matrimonio lo hace precisamente por no querer vincularse jurídicamente al otro, sea adhiriéndose a la institución ya pormenorizadamente detallada en la ley (sea ésta matrimonial, sea de pareja de hecho formalizada), sea celebrando entre ambos un pacto que determine los pormenores de su relación.

⁴⁹¹ Entre otros, MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho...*, *op. cit.*, p. 131: “Hoy día ha dejado de tener vigencia el criterio jurisprudencial que declaraba nulos –por ilicitud de la causa o del objeto –, los convenios celebrados entre convivientes, al considerar que éstos se oponían a la moral y al orden público”. También GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 207. Esta autora considera que podría ser ilícito el pacto cuando supusiera violación de las obligaciones legales que uno de ellos tuviera con otro, por ejemplo por estar casado. También los considera válidos PÉREZ UREÑA, que además especifica qué pueden convenir los miembros de la unión de hecho en uno de estos pactos, así: pueden establecer que rija su unión la *sociedad de gananciales*, contrariamente a lo que opinan otros autores, que consideran que no puede aplicárseles esta regulación en bloque; también pueden pactar, para el autor, una *comunidad de bienes*. *Cfr.* PÉREZ UREÑA, ANTONIO ALBERTO, *Normativa sobre uniones de hecho...*, *op. cit.*, p. 165-166.

⁴⁹² En este sentido, también afirma GARCÍA RUBIO que “sin duda, la validez habrá de negarse cuando

del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que hace referencia a la validez de estos pactos y a sus disposiciones testamentarias y que recomienda a los países miembros que “adopten las medidas pertinentes para lograr que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como pareja no casada o que regulan sus relaciones patrimoniales no puedan considerarse como nulos por haberse concertado en estas situaciones”⁴⁹³. Para finalizar con este asunto, dice la autora que “en nuestro ordenamiento jurídico, si bien no existe obligación legal de alimentos entre convivientes, no hay duda de la validez de los pactos alimenticios que las parejas de hecho acuerden. De este modo, los interesados pueden establecer un deber recíproco de mantenimiento, o bien que tal obligación de sustento la asuma un conviviente e favor del otro. Este tipo de acuerdos suscritos por las parejas de hecho son válidos y eficaces al amparo de la autonomía de la voluntad, y no pueden ser considerados hoy día como contrarios a la moral ni al orden público”⁴⁹⁴.

LACRUZ BERDEJO afirma que “en el estado actual de las costumbres no parece ilícito un convenio de mantenimiento entre el hombre y la mujer que se unen sin boda, para fundar una familia”⁴⁹⁵.

La SAP de Palma de Mallorca de 4 de febrero de 1993 señala al respecto que “la validez de los pactos que quienes constituyen una unión no matrimonial pudieran celebrar para regular sus relaciones tanto durante la permanencia de su relación como los efectos en caso de producirse el cese, tienen plena validez siempre que su contenido sea patrimonial dado que, en definitiva, quienes así obran no hacen sino hacer uso de la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del Código Civil”⁴⁹⁶.

Afirma GARCÍA RUBIO que “este tipo de pactos podrán incluir una obligación recíproca de contribución a las necesidades familiares, a través de los recursos de todo orden de cada uno –incluida la actividad doméstica –, así como una promesa de

del convenio se deriven restricciones o mermas de la libertad personal de los convivientes”, GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 207.

⁴⁹³ MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho...*, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁹⁴ MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho...*, *op. cit.*, p. 132.

⁴⁹⁵ Citado por MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho...*, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁹⁶ Citada por MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho...*, *op. cit.*, p. 131.

recíproca asistencia material para el caso de necesidad. En principio, se puede convenir que el pacto vinculará por el tiempo que dure la relación, aunque también es lícito prever el posible derecho de alimentos en favor de uno de los convivientes para el tiempo que habrá de seguir a la ruptura de aquélla. El único límite temporal derivará de la prohibición implícita que impide obligarse de por vida. Si nada se ha expresado acerca de la duración, habrá de determinarse ésta acudiendo a las reglas generales de interpretación de la voluntad en los contratos”⁴⁹⁷.

En cuanto a la regulación autonómica, cabe destacar la Ley catalana 10/1998 de 15 de julio, en cuyo art. 3, para las parejas heterosexuales, dice que los miembros de la pareja estable pueden regular válidamente, en forma verbal, por escrito privado o en documento público, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia así como los respectivos derechos y deberes. También pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia con el mínimo de los derechos que regula este capítulo, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles. Y el art. 22 de la misma Ley, en lo que respecta a parejas homosexuales, establece que los convivientes pueden regular válidamente, de forma verbal o mediante documento privado o público, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, los derechos y los deberes respectivos. También pueden regular las compensaciones económicas que convengan en caso de cese de la convivencia con el mínimo de los derechos que regula este capítulo, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles. Sobre estos artículos opina BACHS ESTANY que esta regulación es mucho más favorable que la contemplada para los capítulos matrimoniales, que necesitan escritura⁴⁹⁸. Para el autor, lo más notable de esta regulación es que permite la previsión de la compensación en el pacto si dado el caso la pareja rompe la relación, lo que es claramente diferente respecto de lo que ocurre en el caso del matrimonio.

Sobre esta cuestión es interesante analizar lo que ocurre con este tipo de pactos en otros ordenamientos de nuestro entorno. Así, en Italia, en opinión de BERNARDINI, estos convenios son válidos siempre que se respeten los límites impuestos por el orden público y las costumbres y siempre que las cláusulas de los mismos no limiten la

⁴⁹⁷ GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 208.

⁴⁹⁸ *Cfr.* BACHS ESTANY, JOSÉ MARÍA, “Las prestaciones económicas...”, *op. cit.*, p. 170.

libertad personal de los miembros de la unión o afecten a derechos indisponibles. Muestra su conformidad con las cláusulas que puedan ser meramente patrimoniales pero cuestiona la validez de las que se refieran al establecimiento de una pensión vitalicia de alimentos, por cuanto considera que podría ser entendida como contraprestación de los servicios sexuales⁴⁹⁹.

Por su parte, en Francia, es generalmente admitido por la mayoría de la doctrina que los miembros de la unión estable de pareja puedan pactar las condiciones patrimoniales de su relación y que dichos pacto sean plenamente válidos⁵⁰⁰. Aparte de los que los miembros de una unión estable puedan pactar haciendo uso de su autonomía de la voluntad, existe en el país galo, como ya he explicado, el llamado *pacto civil de solidaridad* que, a pesar de su nombre, es un institución ya organizada en su regulación.

En el entorno del *Common Law*, dice GARCÍA RUBIO que “la posibilidad de un *impled cohabitation contract*, perfectamente consagrada en el sistema del *common law* a partir del célebre caso *Marvin v. Marvin*, no parece enteramente trasplantable al Derecho continental, donde se afirma que la intención de asumir obligaciones recíprocas debe resultar de claras e inequívocas manifestaciones de voluntad de los convivientes⁵⁰¹”.

2.4. Conclusión sobre los alimentos en las uniones estables de pareja

Se me ocurre que, para hacer justicia y siendo coherentes, si se admite que la unión estable, en contra o a favor de lo que opinen los miembros de la pareja, tiene ya efectos jurídicos, debe tenerlos todos. Creo que quien quiera en su relación tener los efectos del matrimonio debería casarse, pero también creo que, dado que se equipara la unión estable al matrimonio en determinados aspectos, debería equipararse en todos.

Así pues, también, en lo que alimentos se refiere. De este modo, mientras dure la convivencia, existe un deber moral, con consecuencias jurídicas, de ayuda y socorro

⁴⁹⁹ Cfr: MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho...*, op. cit., p. 131. Y también cfr: GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, op. cit., p. 196.

⁵⁰⁰ Cfr: MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho...*, op. cit., p. 131. La autora cita a HAUSER y HUET-WEILLER y a MALAURIE y AYNÉS. También en referencia a esto, vid. GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, op. cit., p. 196.

⁵⁰¹ Cfr: GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, op. cit., p. 197.

mutuos, y cuando acontece la crisis de la pareja, al igual que en el matrimonio, debe aplicarse la concesión de una pensión de alimentos, limitada en el tiempo, bien hasta que se considere que el miembro desfavorecido (el que ha sacrificado su carrera o el que se ha dedicado al cuidado del hogar y los hijos, que ha *confiado* en su situación de pareja de hecho y que ahora se encuentra sin medios para sustentarse) puede sustentarse por sí mismo, bien hasta que se dicte sentencia si ha reclamado una compensación. El problema estribará, como siempre, en la prueba de la existencia de la relación afectiva, que parece se refleja en la relación sexual, único dato que objetivamente puede diferenciar a la unión de pareja de la simple amistad o del convenio para *compartir piso*. Por otro lado, cabe, por supuesto, también, la posibilidad de que exista relación sexual sin relación afectiva o de pareja.

Capítulo 4

ALIMENTOS LEGALES DEBIDOS EN OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

1. Derecho de alimentos en el concurso de acreedores

Al abordar la obligación de alimentos en el ámbito del concurso de acreedores que introdujo la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, debe tenerse en cuenta que su estudio precisa de dos puntos de vista que nada tienen que ver: por un lado, debe estudiarse cuál es la posición del crédito alimenticio cuando el concursado es deudor de los mismos y, por otro, el derecho de alimentos del que puede disfrutar el propio concursado y con cargo a la masa concursal. En ambas vertientes, además, debe estudiarse prioritariamente si se trata de créditos privilegiados o no.

1.1. Alimentos cuyo deudor es el concursado

MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN dice que un sencillo trabajo de campo entre los profesionales del Derecho daría un porcentaje altísimo a favor de considerar el crédito por alimentos como un crédito preferente por diversas razones: la minoría de edad de los hijos, el estado de necesidad del alimentista, la tipificación del abandono de familia en el art. 227 del Código Penal, etc., sin embargo esta concepción no tiene respuesta legal positiva⁵⁰².

⁵⁰² MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, ROSA MARÍA, “Preferencia de los créditos alimenticios frente a otros existentes contra el patrimonio del alimentante”, revista Sepin, Familia y Sucesiones, núm. 97 (cuarto octubre-diciembre de 2011), p. 17-21.

El crédito de alimentos goza de una especial protección y goza de un tratamiento legal diferenciado⁵⁰³, como demuestra, por ejemplo, la existencia de las medidas provisionales previas en el ámbito matrimonial, pero no es un crédito preferente.

Por otro lado, debe quedar claro que, como se desprende de los arts. 47 y 84.2.4⁵⁰⁴, los alimentistas protegidos por la Ley Concursal y cuyos créditos alimenticios se cobrarán con cargo a la masa son las personas que legalmente tengan derecho a los alimentos, quedando excluidos los alimentistas que fundan su derecho de alimentos en un negocio jurídico⁵⁰⁵, cuyos créditos quedarán incluidos, con carácter general, en la masa pasiva del concurso⁵⁰⁶.

Los alimentos fijados después de la declaración del concurso se pagarán con cargo a la masa salvo cuando existan otros obligados por ley a satisfacerlos, siguiendo el orden de prelación del art. 144 CC, y aplicando la causa de extinción de los alimentos cuando se da lo establecido en el art. 152.2, lo que supone proyectar sobre un tercero los efectos del concurso, por lo que cabe plantearse si ese tercero puede impugnar esta decisión⁵⁰⁷. “En la situación de concurso, el deudor pasa a ocupar el último lugar entre los parientes obligados, puesto que no tendrá que prestar alimentos mientras exista otro que pueda hacerlo. Para ello no es óbice que el obligado en lugar del concursado ocupe una posición posterior a la de éste en el elenco del art. 144 CC”⁵⁰⁸.

Respecto de los alimentos debido a otros familiares que no sean el cónyuge o los hijos del art. 144, es decir, los ascendientes y hermanos, dice DÍAZ ALABAT que “Dado que este tipo de alimentos no tiene la misma naturaleza que los debidos al cónyuge y a los hijos, en caso de concurso el deudor no podrá pedir que la masa se haga

⁵⁰³ Ver STS de 5 de octubre de 1993, STS de 16 de julio de 2002.

⁵⁰⁴ NANCLARES VALLE trata la supuesta incompatibilidad de ambos arts. que algunos autores han puesto de manifiesto, sin embargo, el autor los considera complementarios. NANCLARES VALLE, JAVIER, “De los efectos sobre el deudor. Art. 47. Derecho de Alimentos”, en *Comentarios a la Ley concursal*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 546-547.

⁵⁰⁵ NANCLARES VALLE, JAVIER, “De los efectos sobre el deudor...”, *op. cit.*, p. 547.

⁵⁰⁶ GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores sobre el derecho de alimentos”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 33 (octubre-diciembre de 2006), p. 100.

⁵⁰⁷ NANCLARES VALLE, JAVIER, “De los efectos sobre el deudor...”, *op. cit.*, p. 548.

⁵⁰⁸ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor en concurso”, en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 279.

cargo de los mismos. La obligación de alimentos se extinguirá para el deudor por la segunda causa del art. 152.2º, ya que ciertamente sus posibilidades no le permiten satisfacerlos <<sin desatender sus propias necesidades y las de su familia>>⁵⁰⁹.

Respecto de los alimentos fijados en resolución judicial de los del art. 47 LCon, debe destacarse el hecho de que el legislador no mencione los resultantes de un proceso verbal de alimentos, los alimentos ordinarios, dice DÍAZ ALABART que “no sólo es que no se mencione el juicio ordinario de alimentos sino que conforme con el carácter restrictivo de los alimentos de los familiares del deudor en el concurso, no serán a cargo de la masa activa del concurso los alimentos de ascendientes o hermanos, sino que dicha obligación se extinguirá para el concursado (mientras dure su situación de insolvencia)”⁵¹⁰.

1.2. Alimentos al concursado⁵¹¹:

El art. 47 LCon establece que “durante la tramitación del concurso el deudor persona natural tendrá derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo lo dispuesto para el caso de liquidación”.

⁵⁰⁹ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 282-283.

⁵¹⁰ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 283.

⁵¹¹ Dice GARCÍA RIVAS que la práctica determinará que el reconocimiento de este derecho de alimentos sea excepcional, toda vez que queda restringido al concursado persona natural, normalmente un comerciante individual que no gestiona su negocio bajo forma societaria alguna, por lo que en la mayoría de los casos el supuesto quedará constreñido a pequeños comercios que por circunstancias de mercado entren en crisis económicas. GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores...”, *op. cit.*, p. 94. Por desgracia, sin embargo, la actual crisis económica ha generalizado esta concreta circunstancia por doquier.

Además, debe tenerse en cuenta la aplicación de la Ley Concursal a las personas físicas. En este sentido, dice DÍAZ ALABART que el concurso de personas físicas es hasta hoy un supuesto poco frecuente –alrededor de un 5 % de los que se declaran –, dado que suele ser poco útil para las familias y generar gastos excesivos. La autora hace mención al hecho de que las asociaciones españolas de consumidores han venido reclamando la regulación de un proceso específico para la insolvencia de las familias dado el aumento del endeudamiento del consumidor, problema que de momento parece más apropiado solucionar a través de la renegociación de sus deudas, lo que además también resulta más beneficioso para los acreedores. DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 259-260. La autora hace referencia, con respecto a la escasa adecuación del concurso a los consumidores, a las palabras de BUSTO LAGO, que dice que “el consumidor lo único que puede conseguir instando la declaración de concurso es presionar a sus acreedores titulares de préstamos no asegurados y, en su caso, a su excónyuge, a que se avengan a negociar a la baja el importe de sus créditos”.

Para que se otorguen alimentos al concursado es necesario que se encuentre en un estado de necesidad –cosa que en la mayoría de los casos será evidente dado que se ha tenido que acudir al concurso de acreedores⁵¹² –y que exista patrimonio suficiente para ello, sin ser necesario que el Juez considere que el activo es superior al pasivo como antes ocurría con la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Este *derecho* no es automático dado que lo obtiene sólo si lo solicita y si se dan los requisitos⁵¹³. GUILARTE MARTÍN-CALERO señala que si el deudor sólo tiene intervenidas sus facultades patrimoniales pero sigue al frente de la actividad económica, “queda excluido el derecho de alimentos porque, en todo caso, lo que procederá será una retribución por su labor al frente de la empresa que podrá ser moderada, de acuerdo con las circunstancias del concursado, por la administración concursal”⁵¹⁴, a lo que DÍAZ ALABART responde que “por sí solo, el hecho de que exista intervención y no suspensión, no determina la inexistencia del derecho de alimentos del concursado. Puede que no se le haya acordado esa retribución, que carezca de ingresos, o que aún con ingresos o retribución éstos no alcancen a cubrir sus necesidades personales y familiares”⁵¹⁵.

La inembargabilidad establecida en el art. 76.2 se funda en la protección de la persona del deudor y de su familia y de las personas que dependan de él, donde deben ser incluidas las que sean acreedores de alimentos. Dice en este sentido NANCLARES VALLE: “Entre estas personas se pueden encontrar los hijos del concursado y su cónyuge pero también los alimentistas preconcursales. Respecto a estos últimos, entiendo que la caída en concurso no permite sin más la aplicación del art. 152.2º CC como causa de extinción de la pensión alimenticia para el deudor concursado, pues en el caso del precepto codicial el conflicto se da entre varios parientes del alimentante o

⁵¹² Dice DÍAZ ALABART que “Evidentemente dado que el concurso se produce por una situación de insolvencia del deudor, en la mayor parte de los casos la necesidad existirá. Pero puede haber otros supuestos –que no serán muy frecuentes –, en los que el deudor tenga bienes o derechos inembargables que por lo tanto quedarán excluidos del concurso, y que estos sean bastantes para cubrir sus necesidades y las de su familia”, y pone el ejemplo de que el concursado tenga un derecho de uso y habitación sobre vivienda familiar o sobre otra que pueda servir a los mismos fines. DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 263-264.

⁵¹³ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 263.

⁵¹⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., en *Comentarios a la legislación concursal*, dirigidos por SÁNCHEZ CALERO, J., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., t. I, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 935, citado por DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 264.

⁵¹⁵ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 264.

entre un pariente y el alimentante mismo, mientras que en el ámbito concursal el conflicto se produciría entre las expectativas de cobro de un familiar del deudor y las de un acreedor del mismo, anteponiéndose los intereses de aquél sobre los de éste al incluirse a dicho familiar dentro del ámbito del 84.2.4º inciso inicial LCon⁵¹⁶.

Según indica NANCLARES VALLE, dado que la exigencia de verdaderos alimentos varía en función de la cuantía de lo inembargable y que dentro del concepto de los alimentos al concursado deben incluirse los necesarios para asegurar no sólo la vida digna del deudor sino también la de las personas que dependan de él, la consecuencia de esta posición es incluir dentro del concepto de “alimentos a favor del concursado” a aquellas personas que por su vínculo jurídico con el deudor y por depender económicamente de él podrían legalmente exigirle alimentos, de modo que tanto los alimentistas preconcursales como los familiares supeditados económicamente al concursado quedan bajo la cobertura genérica de “alimentos a favor del concursado”⁵¹⁷.

El art. 47 LCon se refiere a los alimentos del deudor y a los alimentos a favor de personas respecto de las cuales tenga éste el deber legal de prestarlos y cuyo derecho fuera el resultado de una resolución judicial dictada en un proceso de capacidad, filiación, matrimonio o menores. NANCLARES VALLE se pregunta dónde quedan el resto de personas respecto de las que el deudor pueda tener un deber de alimentos no impuestos por resolución judicial (cónyuge, hijos menores...)⁵¹⁸ y yo añado la pregunta de dónde están, además, los alimentistas que incluso con resolución judicial de por medio no están incluidos, como los ascendientes o hermanos. Quedan incluidos, los alimentos derivados de juicio verbal del art. 250.8 LEC⁵¹⁹. Para el autor, la respuesta se

⁵¹⁶ NANCLARES VALLE, JAVIER, “De los efectos sobre el deudor..., *op. cit.*, p. 540.

⁵¹⁷ NANCLARES VALLE, JAVIER, “De los efectos sobre el deudor..., *op. cit.*, p. 543. El autor cree avalada esta posición por el cambio operado en la Ley Concursal respecto del Proyecto de Ley Concursal 121/000101, BOCG, de 23 de julio de 2002: “El art. 46 del Proyecto de Ley Concursal otorgaba al deudor alimentos durante la tramitación del concurso, señalando el apartado 2 que “las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos sólo podrán obtenerlas con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos, previa autorización del Juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía”. Todo lo cual debía ser completado con el art. 83.2.4º del Proyecto en el que se afirmaba que “tienen la consideración de créditos contra la masa... los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta Ley sobre su procedencia y cuantía””.

⁵¹⁸ NANCLARES VALLE, JAVIER, “De los efectos sobre el deudor..., *op. cit.*, p. 544.

⁵¹⁹ GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores..., *op. cit.*, p. 100 y ss.

encuentra en el inicio del art. 84.2.4º LCon al hablar de los “alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos” pues la Ley Concursal ha optado más bien por un criterio clasificatorio temporal: los créditos alimenticios previos o nacidos a raíz de la declaración de concurso frente los créditos alimenticios establecidos con posterioridad a dicha declaración⁵²⁰. Dice GARCÍA RIVAS que “El hecho de que la Ley Concursal sólo se refiera a los alimentos de terceros, respecto a los cuales el deudor es obligado por una resolución judicial que los establezca, obedece a un defecto de sistemática en la redacción del artículo pero en ningún caso puede significar que pueden ser de peor condición unos y otros”⁵²¹. El autor destaca también que refuerza dicha idea el que el art. 84.2.4º de la LCon fija, con carácter general, como créditos contra la masa los alimentos de las personas respecto de las que tenga el deudor deber de prestarlos sin matizar que dichos alimentos vengan impuestos por una decisión judicial y dice que “El resto de alimentistas tendrá que engrosar como acreedores la lista de los ordinarios o subordinados según sean luego clasificados. No tiene sentido, al ser, igualmente, perentorios”⁵²². Dice DÍAZ ALABART que “Obviamente este silencio del artículo ni puede significar que la obligación legal de alimentos no establecida por resolución judicial no sea a cargo de la masa activa. Esta afirmación se corrobora por su adecuación al fin de la norma y, porque de lo contrario la misma sería incluso inconstitucional (art. 14 DE)”⁵²³.

⁵²⁰ NANCLARES VALLE, JAVIER, “De los efectos sobre el deudor...”, *op. cit.*, p. 545.

⁵²¹ GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores...”, *op. cit.*, p. 95. El autor hace referencia a los errores cometidos durante la tramitación parlamentaria que ha llevado a la confusión. En este sentido también, DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 275 y ss.

⁵²² GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores...”, *op. cit.*, p. 102.

⁵²³ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 279. La autora añade que “el art. 84.2.4º LC, al enumerar los créditos contra la masa menciona los alimentos en general de las personas respecto de las que el deudor tenga obligación legal de prestarlos. Por tanto igual si dicha obligación se fijó judicialmente, como si se prestan voluntariamente en el ámbito de la vida familiar. Así, aun cuando los no fijados judicialmente no aparezcan mencionados en el art. 47 LC, por sentido común y por analogía con el art. 84.2.4º LC han de entenderse incluidos en el régimen legal de los alimentos de dicho art. 47 LC”.

El beneficiario de los alimentos es el propio concursado y, a través de él, los familiares que dependan de él, que no los obtienen directamente y que no están legitimados para solicitarlos ni tienen la condición de concursados⁵²⁴.

Lo que no queda claro es si los alimentos se deben prestar con cargo a la masa activa directamente o sólo cuando no exista otra persona obligada legalmente a prestarlos. En este sentido, dice GARCÍA RIVAS que “Lo cierto es que los alimentos del deudor a que quiere hacer referencia el art. 47 de la Ley Concursal abarcan el mínimo de subsistencia, la cobertura de las necesidades vitales no sólo del concursado sino también la de los miembros de la unidad familiar que con él conviven... la necesidad no puede esperar la mejor o peor disposición de terceros para ser cubierta. Sería el Juez, a posteriori, y a instancia de la administración concursal quien podrá modificar o eliminar la cuantía de los alimentos fijados inicialmente... Ningún concursado cuya insolvencia no fuese actual sino inminente pediría que el declarasen en concurso condecorador que no iba a cubrir su patrimonio sus necesidades primarias y las de su familia”⁵²⁵.

La mayoría de la doctrina entiende que la razón de ser de los alimentos al concursado es humanitaria. DÍAZ ALABART no comparte esta opinión y dice que “Si su fundamento es la “*pietatis causa*”, habría que convenir que resulta algo escasa, puesto que en el momento de la liquidación del patrimonio del concurso, momento especialmente difícil para éste es en el que desaparecen los alimentos, sin que importe nada que las necesidades del alimentista no solamente siguen existiendo, sino que seguramente sin aún mayores. En mi opinión la única razón es la titularidad del patrimonio del concursado que le permite seguir subsistiendo a cuenta del mismo durante el tiempo en que aunque no pueda actuar libremente administrándolo y disponiendo, sigue existiendo como tal patrimonio. Por eso la liquidación supone la extinción del derecho de alimentos”⁵²⁶.

Dice VÁZQUEZ IRUZUBIETA que en todas las legislaciones occidentales existe un principio humanitario que inspira la regulación sobre la insolvencia y dota al

⁵²⁴ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 275.

⁵²⁵ GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores...”, *op. cit.*, p. 79-108.

⁵²⁶ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 265.

concurado y su familia de lo necesario para subsistir durante la tramitación del concurso⁵²⁷.

La Ley 22/2003 ha unificado los distintos regímenes existentes previamente, pues el régimen de los alimentos en caso de concurso y quiebra era distinto según se tratase de alimentos en el concurso de acreedores, regulados en los arts. 1314 a 1317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y los alimentos en materia de quiebras, en los arts. 1098 1099 del Código de Comercio de 1829. Así, el art. 1314 de la LEC de 1881 señalaba que el juez, ante una reclamación alimenticia del concursado, le señalaba los alimentos que, en función de las circunstancias, consideraba necesarios, pero sólo si a su juicio los bienes superaban las deudas. Dicha apreciación podía ser modificada por la junta de acreedores, que no obstante podía conceder los alimentos en caso de duda de haber más más deudas que bienes. La pendencia del juicio sobre alimentos no impedía que los percibiera a menos que el juicio fuese planteado contra la negativa del juez y la junta. Por su parte, el art. 1098 CCom señalaba que todo quebrado que hubiera cumplido las disposiciones de los arts. 1017 y 1018 del propio Código de 1829 recibiría una asignación alimenticia, que sería graduada según la clase de quebrado, los miembros de su familia, el haber existente y la calificación de la quiebra, excluyendo a los incurso en alzamiento de bienes.

Dice el art. 76.2 LCon que no son embargables los bienes que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables⁵²⁸ y dichos bienes no entran a formar parte de la masa activa del concurso. Esta inembargabilidad se funda en la protección de la persona del deudor y de su familia, no siendo admisible que la satisfacción de los acreedores pueda hacerse a costa de la subsistencia del deudor concursado y de sus familiares, ni siendo tampoco admisible que para asegurar el cobro de los acreedores se deje al deudor y su familia en una situación incompatible con la dignidad humana⁵²⁹. Dichos bienes, opina NANCLARES VALLE, además, podrán ser administrados y enajenados por el concursado, por lo que establece el art. 40.6 LCon, que dice que “la intervención y la suspensión se referirán a las facultades de

⁵²⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentarios a la Ley Concursal*, Dijusa, 2003, p. 452.

⁵²⁸ Dice NANCLARES VALLE que “en los arts. 606 y 607 LECiv podemos apreciar que la protección del núcleo familiar y de las personas dependientes del deudor embargado son la medida de la cuantía de lo inembargable”, NANCLARES VALLE, JAVIER, “De los efectos sobre el deudor...”, *op. cit.*, p. 540.

⁵²⁹ NANCLARES VALLE, JAVIER, “De los efectos sobre el deudor...”, *op. cit.*, p. 539.

administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso”, por lo que sobre ellos no pesa la intervención o la suspensión de las facultades del deudor a la hora de administrar y disponer de esos bienes⁵³⁰.

El beneficiario de los alimentos es el propio concursado y, a través de él, los familiares que dependan de él, que no los obtienen directamente y que no están legitimados para solicitarlos ni tienen la condición de concursados⁵³¹.

La exigencia de verdaderos alimentos depende en realidad de la cuantía de lo inembargable, pudiendo ser suficiente o no y dando lugar por tanto a la necesidad de alimentos.

COBACHO GÓMEZ, basándose en el derogado art. 124 CC decía que los alimentos judiciales no cesan aunque el deudor caiga en insolvencia sino que además son un crédito privilegiado⁵³², pero sin embargo dice que los alimentos entre parientes cesan según el art. 152.2 cuando la fortuna del obligado se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus necesidades y las de su familia, por lo que cesaría al declararse el concurso. También dice que al no prever la LEC de 1881 la obligación de nadie de alimentar al concursado sino que le reconoce el derecho a alimentarse de lo suyo, deben entenderse subsistentes las disposiciones de la LEC sin que hayan sido modificadas por el Código Civil.

El art. 47 LCon establece el derecho del concursado a percibir alimentos con cargo a la masa, la apertura de la fase de liquidación determina la extinción del derecho (art. 145.2 LCon).

Por otro lado, debe destacarse que “pese a que la Ley no condiciona directamente la atribución de alimentos a la culpabilidad o no del concursado, lo cierto es que debe entenderse que si la situación de necesidad que da derecho a alimentos ha sido generada por el propio concursado culposa o dolosamente (ejemplo, alzándose con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, artículo 164.2.4º LC) no tendrá éste derecho a

⁵³⁰ NANCLARES VALLE, JAVIER, “De los efectos sobre el deudor...”, *op. cit.*, p. 539.

⁵³¹ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 275.

⁵³² COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 187.

beneficiarse de la masa, además de agravar el perjuicio de los acreedores obteniendo beneficios que no merece de la masa del concurso”⁵³³.

En cuanto a la cuantía, será según las necesidades del concursado y las posibilidades objetivas de la masa del concurso para satisfacerlos, contando con los bienes inembargables, los ingresos de los demás miembros de la unidad familiar, etc⁵³⁴.

La periodicidad será normalmente por meses anticipados, al modo del art. 148 CC, aunque puede ser otro⁵³⁵.

Por lo que se refiere a la duración temporal de la pensión, el art. 47 establece que será durante la tramitación del concurso, es decir, hasta la finalización del concurso, cuando se dicta el auto de finalización (art. 176), pero el art. 145.2 establece que la apertura de la fase de liquidación produce *ipso iure* la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa y ello impide además que nazca el derecho de alimentos, por lo que, en principio, el derecho de alimentos se extiende no sólo a la fase común del concurso, sino también a la fase de convenio por lo establecido en el art. 112 (“declarada la apertura de la fase de convenio y durante la tramitación seguirán siendo aplicables las noemas establecidas para la fase común del concurso”). Dice GARCÍA RIVAS que “Será en el convenio donde se podrán perpetuar los alimentos a favor del concursado, puesto que conforme al art. 133, desde su eficacia, cesan todos los efectos de la declaración del concurso siendo sustituidas por las que se establezcan en el propio convenio, durando entonces hasta que sea firma el auto y declare cumplido aquél (art. 176.2). Además de lo anterior serán de aplicación las causas de extinción que con carácter general establece el Código Civil en sus artículos 150 y 152”⁵³⁶.

⁵³³ GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores...”, *op. cit.*, p. 94-95. El autor añade que “La calificación como culpable del concurso no condiciona la obtención de alimentos, ello sin perjuicio de que si llegase a calificarse como culpable pueda la sentencia de calificación condenar al deudor a la devolución de las cantidades obtenidas como alimentos si aprecia que hubo ánimo defraudatorio burlando las reglas de la buena fe en el momento de su obtención”.

⁵³⁴ GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores...”, *op. cit.*, p. 98.

⁵³⁵ GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores...”, *op. cit.*, p. 98.

⁵³⁶ GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores...”, *op. cit.*, p. 99.

El art. 84.4 establece que los alimentos del deudor tienen la consideración de créditos contra la masa y son satisfechos, art. 154.2, a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea la fase del concurso.

DÍAZ ALABART afirma que se trata de un crédito privilegiado (art. 84 CCon) pues, “pasa delante de otros créditos, lo que se explica ya que el patrimonio del que salen los alimentos para el deudor es precisamente el suyo”⁵³⁷, y efectivamente lo es, pues durante la tramitación del concurso, el deudor recibe periódicamente en concepto de alimentos una cantidad con cargo a la masa activa, antes de que los acreedores vean hechos efectivos sus créditos.

Según el art. 47.1 LCon el concursado persona física tiene derecho sobre la masa cuando se den los requisitos necesarios para su concesión, desde que los necesite y los haya solicitado y no pueda obtenerlos por sí mismo.

Para el cálculo de su cuantía habrán de tenerse en cuenta los mismos aspectos que en cualquier obligación alimenticia, esto es, las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante, y además, al encontrarnos en el concurso, los intereses de los acreedores del concurso⁵³⁸.

En cuanto a la extinción del derecho de alimentos del concursado:

El art. 145.2 LCon dice que “la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho de alimentos con cargo a la masa activa”. Dice DÍAZ ALABART que “A este respecto se ha dicho que no se entiende bien por qué un legislador, que no excluye la posibilidad de que el deudor concursado obtenga alimentos de la masa aunque continúe desempeñando su actividad profesional o empresarial, de la que acaso obtenga salarios, emolumentos o rendimientos, éstos hayan de extinguirse por la apertura de la fase de liquidación, que por otra parte podrá prolongarse durante meses, y durante ellos la necesidad puede permanecer. A este razonamiento se puede responder diciendo que aunque el legislador ciertamente no excluya los posibilidad de conceder alimentos al concursado aun cuando continúe desarrollando su actividad económica, es evidente que sólo se le concederán cuando pese a ello no obtenga lo suficiente para subvenir sus

⁵³⁷ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 265.

⁵³⁸ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 268.

necesidades dignamente. Por lo que respecta al momento en el que el legislador sitúa la extinción del posible derecho de alimentos, hay que señalar que estos alimentos... están limitados por los derechos de los acreedores, sin que tenga un valor absoluto la necesidad del alimentante concursado, por tanto es una simple opción de política legislativa y tampoco incoherente, en cuanto que la fase de liquidación supone la realización de los bienes del concursado, con lo que se hace más difícil que con cargo de los mismos se paguen alimentos”⁵³⁹.

Si se ha optado por el convenio: “Abierta la fase de convenio, mientras se produce su tramitación, a tenor de lo que establece el art. 112 LC, si al concursado se le hubiera reconocido un derecho de alimentos, se le seguirán prestando, y esto continuará así hasta la aprobación del convenio que lleva consigo la extinción de los efectos de la declaración del concurso, que conforme a lo dispuesto en el art. 133.2 LC, se sustituirán por los que pueda fijar el propio convenio aprobado. Es perfectamente posible que en el convenio se fije alguna cantidad para el deudor y su familia, en concepto de alimentos mientras transcurre el período de cumplimiento del convenio. Así que realmente, de existir una cantidad fijada en tal concepto, se seguirá pagando hasta la liquidación. Si el propio deudor concursado –cuando se den las circunstancias precisas para ello –presenta ante el juez propuesta anticipada de convenio con sus acreedores. Hasta el momento en que esa propuesta a cargo de la masa”⁵⁴⁰.

Cabe la duda de si la calificación como culpable del concurso, cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor (art. 164 LCon), supone también la extinción de los alimentos que recibe, e incluso la obligación de reponer los recibidos a la masa activa del concurso. El art. 172 LCon establece que cuando la sentencia de calificación declare como culpable el concurso, además de expresar la causa en que se basa para ello, deberá contener la sanción a esa conducta, es decir, la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación tuvieran como acreedores concursales o de la masa, y la condena a devolver los bienes o derechos que hubiesen recibido de la masa activa, e indemnizar los daños y perjuicios causados. Dice DÍAZ ALABART que “Desde luego que por razón de los alimentos, el concursado, en la medida de la cuantía aprobada de

⁵³⁹ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor..., *op. cit.*, p. 284.

⁵⁴⁰ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor..., *op. cit.*, p. 285.

los mismos, es acreedor de la masa y también hay que subrayar que algunos de los supuestos de concurso culpable en el que tal circunstancia es achacable directamente al deudor concursado recogidos en el art. 164 LC revisten especial gravedad, ... Sin embargo hay otros supuestos de concurso calificados como culpable, en los que la actuación dolosa no es del concursado sino de sus representantes legales, caso en el que evidentemente no corresponde privar del derecho de alimentos, o en los que aun cuando haya sido culposa la conducta del propio concursado, no ha intervenido dolo en ella”⁵⁴¹. La cuestión no es pacífica en la doctrina. Así, para algunos la calificación como culpable del concurso extingue el derecho de alimentos. En esta posición se encuentran NANCLARES VALLE⁵⁴², GUTIÉRREZ GILSANZ⁵⁴³ y GARCÍA RIVAS⁵⁴⁴. Por el contrario, otros autores, como YÁÑEZ VIVERO⁵⁴⁵, la calificación como culpable es irrelevante para la pérdida del derecho de alimentos.

Otra causa de extinción del derecho es la del fallecimiento del deudor, en cuyo caso debe valorarse qué ocurre con los familiares dependientes de él. Dice DÍAZ ALABART que “Las personas que venían recibiendo alimentos de la masa activa del concurso por razón de su parentesco con el concursado, serán normalmente los llamados a su herencia como legitimarios”⁵⁴⁶. Éstos podrán optar por aceptar pura y simplemente a herencia, lo que les da un derecho ya propio para reclamar los alimentos⁵⁴⁷ o por repudiarla o aceptarla a beneficio de inventario. Dice DÍAZ ALABART que si bien el único legitimado para solicitar los alimentos es el concursado, la muerte de éste no significa la muerte del alimentista sino de “uno de los alimentistas”. La autora se inclina por este motivo por la opción de que el fallecimiento del concursado no debe suponer la

⁵⁴¹ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor..., *op. cit.*, p. 286.

⁵⁴² NANCLARES VALLE, JAVIER, *Comentarios a la Ley Concursal*, dirigidos por CORDÓN MORENO, F., Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004, p. 376.

⁵⁴³ GUTIÉRREZ GILSANZ, *Comentarios a la legislación concursal*, dirigidos por PULGAR EZQUERRA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU, Registradores de España y Dykinson, Madrid, p. 629.

⁵⁴⁴ GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores..., *op. cit.*, p. 94-95.

⁵⁴⁵ YÁÑEZ VIVERO, FÁTIMA, “¿Es necesaria una regulación específica del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?”, *Actualidad Civil*, t. 2, 2007, p. 2215.

⁵⁴⁶ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor..., *op. cit.*, p. 287.

⁵⁴⁷ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor..., *op. cit.*, p. 289.

extinción del derecho de alimentos de los familiares que los vinieran percibiendo a cargo de la masa activa. Añade la autora que el argumento esencial es que “Los familiares no tienen en origen un derecho propio a recibir alimentos en el concurso sino a través del concursado que es el legitimado para pedirlos, pero una vez que los alimentos se les concedieron devienen tan alimentistas como él mismo, y por tanto no hay razón de peso para retirarlos mientras no se llegue al momento de la liquidación... su necesidad no sólo no desaparece sino que se hace más perentoria... no se perjudican los intereses de los acreedores en mayor medida de lo que lo estaban ya, puesto que los alimentos ya habían sido concedidos. Es más, de haber querido el legislador que los alimentos del concursado se extinguieran por el fallecimiento del concursado lo podrían haber dicho como lo hace al señalar que acaban con la liquidación... No creo que sea argumento en contra suficiente la regla del art. 152.1º porque como he señalado las especiales características de los alimentos del concurso impiden la aplicación automática de los artículos sobre alimentos entre parientes”⁵⁴⁸.

Por otro lado, afirma DÍAZ ALABART que “Ha suscitado cierta controversia entre los autores la cuestión de si la liquidación del concurso significa la extinción del derecho de alimentos a cargo de la masa activa para el concursado y para aquellos que tienen derecho a recibir alimentos de él, o si la extinción se produce únicamente para el concursado, permaneciendo vivo el derecho de los familiares mientras no se cierre el concurso. Algún autor apoya esta segunda idea, pero no aporta ningún argumento convincente. Otros lo niegan. Lo cierto es que la LC es tajante en su art. 145.2, sin que deje espacio para una interpretación que permita que la liquidación, lo cual encaja bien con la excepcionalidad de los alimentos en el concurso. Así pues, una vez comenzada la fase de liquidación del concurso cesando la posibilidad del concursado de recibirlos de él. Como acertadamente se ha señalado “Es una solución intermedia entre el interés de los acreedores en negar la ayuda al deudor a fin de no ver disminuida la garantía patrimonial que le corresponde, y la concesión hasta la terminación del procedimiento que protegería más y mejor al deudor y su familia”⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 288.

⁵⁴⁹ DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor...”, *op. cit.*, p. 290, que en estas líneas cita a GUILARTE SÁNCHEZ-CALERO.

2. Alimentos en la Tutela y el Acogimiento

a) Alimentos en la tutela

El art. 269.1 CC establece que el tutor está obligado a velar por el tutelado, en particular, a procurarle alimentos y a educarle y procurarle una formación integral. Por su parte, el art. 275 del CC establece que sólo los padres, y en sus disposiciones de última voluntad, podrán establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa.

PADIAL ALBÁS dice que el tutor no está obligado a mantener al tutelado a su costa porque los alimentos deben provenir del patrimonio de aquél⁵⁵⁰. En el mismo sentido, también GARCÍA GOYENA⁵⁵¹.

El art. 222 del Proyecto de Código Civil prescribe que los gastos necesarios para el sustento del pupilo se cubrirán a cargo de sus rentas y si no son suficientes el consejo de familia decidirá si ha de ponerse de oficio o adoptarse otro medio para evitar la enajenación de sus bienes. El anterior art. 264 del CC decía que el tutor está obligado a alimentar y educar al menor o incapacitado con arreglo a su condición y con estricta sujeción a las disposiciones de sus padres, o las que, en defecto de éstos, hubieran adoptado el consejo de familia. El art. 268 antiguo establecía que cuando acerca de la pensión alimenticia del menor o incapacitado no se hubiese resuelto nada en el testamento de quien hizo el nombramiento del tutor, el consejo de familia, a la vista del inventario, decidirá la parte de rentas o productos que deban invertirse en aquella atención.

⁵⁵⁰ PADIAL ALBÁS, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁵¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios al Código Civil Español*, Reimpresión de 1974, p. 132, citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos y la tutela”, en *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 79.

LETE, que es de la opinión de que los alimentos debe el tutor prestarlos a su costa⁵⁵² dice que le vigente art. 269 CC tiene una redacción menos completa y coherente que el antiguo 264⁵⁵³.

Debe plantearse cuál es el alcance de la obligación del tutor, dado que la antigua regulación establecía que el tutor estaba *obligado a alimentar* al menor o incapacitado mientras que la actual regulación establece que el tutor está *obligado a procurar alimentos* al tutelado. COBACHO GÓMEZ destaca la definición de la RAE sobre el término *procurar*: hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa, y según una segunda acepción, conseguir o adquirir algo⁵⁵⁴.

GIL RODRÍGUEZ opina que procurarlos significa que el tutor tiene la obligación de reclamárselos al pariente que corresponda, salvo que sea él el pariente obligado, o en su caso, gestionar los subsidios o ayudas que procedan⁵⁵⁵. En el mismo sentido, SERRANO ALONSO que también opina que el tutor no está obligado a alimentar al tutelado con su propio patrimonio⁵⁵⁶. Esta es la opinión de la mayoría de la doctrina.

Para GÓMEZ LAPLAZA, el orden de prelación es: patrimonio del tutelado, personas obligadas a la prestación legal de alimentos e instituciones públicas⁵⁵⁷.

La cuantía dependerá del patrimonio de que se detraigan⁵⁵⁸.

⁵⁵² COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos y la tutela”, en *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 80.

⁵⁵³ LETE, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, IV, 1985, p. 374, citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁵⁴ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁵⁵ GIL RODRÍGUEZ, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, p. 792, citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 80. En el mismo sentido, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 50-52; ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 31; PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 37-40.

⁵⁵⁶ SERRANO ALONSO, *Comentario del Código Civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, II, 2000, p. 641, citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁵⁷ GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios a la Reformas de la Nacionalidad y Tutela*, dirigidos por BERCOVITZ, 1986, p. 511, citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 80-81.

Si es el propio tutor el que debe proporcionar por ser la persona obligada por el art. 143 CC, hay que tener en cuenta el art. 146 CC y que por tanto los alimentos serán proporcionados al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, igual que cuando deba reclamar el tutor alimentos para el tutelado a alguna de las personas del 143 CC⁵⁵⁹.

El pupilo debe recibir en concepto de alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. El artículo 269.2 CC desglosa la obligación del tutor de educar al menor y procurarle una formación integral del deber de procurarle alimentos. GÓMEZ LAPLAZA dice que a diferencia de lo que ocurre en la patria potestad, el tutor no está obligado a tener al pupilo en su compañía⁵⁶⁰, sin embargo parece razonable mantener que habrá que estar a lo dispuesto de acuerdo al art. 235 CC que permita que los padres o el juez dispongan al respecto⁵⁶¹.

LETE se plantea si puede el obligado a los alimentos, distinto del tutor, ejercer el derecho del art. 149 del CC y optar por llevar al pupilo a vivir con él para mantenerle y dice que tal opción podría plantear muchos problemas, como las dificultades del tutor para velar por el tutelado⁵⁶².

MUÑIZ ESPADA dice que las personas jurídico privadas tutoras deben proveer al mantenimiento, educación e instrucción del tutelado pero no a sus expensas sino empleando las rentas, productos o capital del tutelado, de no ser suficientes, podría reclamar a las personas obligadas o incluso recurrir a la entidad pública que corresponda. Dice que lo que no es admisible es que la persona jurídico privada tutora invierta el excedente de rentas o capital de un determinado tutelado en beneficio o favor de otro que carece de bienes para subvenir a sus necesidades y que el patrimonio de un

⁵⁵⁸ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 81.

⁵⁵⁹ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 81.

⁵⁶⁰ GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios a la Reformas de la Nacionalidad y Tutela*, dirigidos por BERCOVITZ, 1986, p. 512, Citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁶¹ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁶² LETE, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, IV, 1985, p. 376, citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 82.

pupilo no puede confundirse ni con el patrimonio de la propia entidad ni con el de otros tutelados⁵⁶³.

Según el art. 275 CC sólo los padres y en su caso sus disposiciones de última voluntad, podrán establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, salvo que el Juez en resolución motivada disponga otra cosa. “Como es obvio, en este caso el tutor no puede limitarse a procurar alimentos sino que su obligación va más allá, dado que está obligado a dispensar alimentos al tutelado a cambio de los frutos, salvo que el Juez disponga otra cosa⁵⁶⁴”.

A juicio de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, difícilmente puede ser considerado como una auténtica obligación de alimentos, al menos tal y como hasta aquí la hemos entendido, puesto que, conforme a la literalidad del texto, por el solo hecho de serlo, no asume la condición de deudor alimenticio⁵⁶⁵.

Otra cosa es, cuando por aplicación del art. 275 del CC deba el propio tutor prestar los alimentos, pero ello será porque ejerce la tutela con *asignación por frutos por alimentos*. En este caso, como destaca MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, tampoco puede hablarse propiamente de obligación de alimentos por el carácter voluntario de la disposición testamentaria⁵⁶⁶.

⁵⁶³ MUÑIZ ESPADA, *Las personas jurídico-privadas tutoras*, 1994, p. 259, citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁶⁴ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁶⁵ *Cfr.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 51. La autora afirma también aquí que “no debe, al menos en principio, prestar los alimentos a costa de su patrimonio. Únicamente deberá hacerlo: a) si dicho tutor es uno de los parientes obligados conforme al artículo 143 del CC, en cuyo caso responderá en su calidad de pariente y no en virtud de su cargo; b) o, si la tutela la ejerce con *asignación por frutos por alimentos*, pues entonces sobre él recae la obligación de “prestar” alimentos a su pupilo y no sólo de procurárselos”.

⁵⁶⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 52.

b) Alimentos en el acogimiento

En base al art. 173.2 del CC el acogedor debe procurar alimentos al acogido, igual que en el caso de la tutela⁵⁶⁷. Del mismo modo que en aquella, la opinión de la doctrina es que el acogedor debe procurarlos en el sentido de reclamarlos para el acogido a los parientes que corresponda, al tutor, o incluso a la entidad pública correspondiente que tenga la tutela del menor, o puede también que sean a cargo del propio patrimonio del menor⁵⁶⁸.

Como dice PADIAL ALBÁS, se impone a la persona que recibe al menor, en el ejercicio de la guarda que corresponde a la entidad pública, idénticos deberes a los que se derivan de la filiación, en el intento de sustituir, en interés del menor, el deber de velar y alimentar a los hijos que corresponde, en principio, a los padres⁵⁶⁹.

3. Alimentos en la declaración de ausencia

El artículo 186 del Código Civil establece que los representantes legítimos del declarado ausente comprendidos en los números 1º, 2º y 3º del artículo 184 –cónyuge presente no separado, hijos –prefiriéndose los que hayan convivido con él –y ascendientes, respectivamente –disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente y harán suyos los productos líquidos en la cuantía que el Juez señale, habida consideración al importe de los frutos, rentas y aprovechamientos, número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos, cuidados y atenciones que la representación requiera, afecciones que graven al patrimonio y demás circunstancias de la propia índole. Y que los representantes legítimos comprendidos en el número 4º del expresado artículo –determinados hermanos –disfrutarán, también, de la posesión

⁵⁶⁷ El artículo 173.2,II,3º,c), que establece que el documento de formalización del acogimiento familiar... incluirá los siguientes extremos:... 3º los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:... c) la asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.

⁵⁶⁸ Entre otros, *vid.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 52. La redacción del artículo proviene de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor.

⁵⁶⁹ *Cfr.* PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 41.

temporal y harán suyos –con las contrapartidas señaladas en el apartado primero, a lo que parece –los frutos, rentas y aprovechamientos en la cuantía que el Juez señale, sin que, en ningún caso, puedan retener más de los dos tercios de los productos líquidos, reservándose el tercio restante para el ausente, o, en su caso, para sus herederos o causahabientes.

4. Alimentos a la viuda encinta

Establece el art. 964 del Código Civil que la viuda que quede encinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable⁵⁷⁰.

Como apunta MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, no parece fácil reconocer en este supuesto una auténtica obligación de alimentos, básicamente por dos razones fundamentales. Por un lado, porque expresamente se prescinde de un presupuesto esencial como es la necesidad del alimentista, al reconocer su derecho *aun cuando sea rica*. Además, no hay una verdadera relación jurídica obligatoria ya que no puede hablarse en rigor de un deudor de alimentos⁵⁷¹, ya que los alimentos de que habla el art. 964 son a cargo de un patrimonio, no de un alimentante que devenga como tal por su condición de pariente contemplado en la regulación del derecho de alimentos. En este sentido, como apunta la autora, parece lógico considerar que del artículo 964 no surge una verdadera obligación alimenticia y entender, siguiendo las opiniones más doctas en la materia, que lo que realmente contempla este precepto es una carga alimenticia *ex lege* que pesa sobre el patrimonio relicto, en la parte que corresponda al póstumo y que

⁵⁷⁰ Sobre esta figura de los alimentos a la viuda encinta *vid.* ALONSO PÉREZ, MARIANO, “Los alimentos debidos a la viuda encinta”, *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, NÚM. 2, 1969, p. 373-419; también del mismo autor, “Comentario al artículo 964 del CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, t. XIII, v. 2, 2ª ed., Madrid, 1998, p. 86-133; COBACHO GÓMEZ, *La deuda alimenticia...*, p. 233-252; ARROYO Y AMAYUELAS, *La protección jurídica al concebido en el Código Civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, p. 119 y ss.; HERNÁNDEZ-GIL, “Comentario al artículo 964 del CC”, en *Comentario al Código Civil*, v. 1, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2286-2291. Específicamente, sobre los antecedentes históricos de la institución, *vid.* PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 47; COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 233-237.

⁵⁷¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 55.

se impone en beneficio directo de la madre e indirectamente en provecho del *nasciturus*⁵⁷².

En este sentido, dice ROGEL VIDE, que lo califica de impropio o anómalo, tiene su razón de ser no tanto en la madre como en la vieja idea del *commodum nascituri* –*conceptus pro ian nato habetur quotiens de commodis eius agitur* –⁵⁷³.

COBACHO GÓMEZ apunta que se trata de favorecer al póstumo y no a la viuda, o lo que es lo mismo, ésta percibe la pensión que por alimentos pudiera corresponder al póstumo, si llegara a nacer y ser viable, ya que, como concebido, se considera como nacido para todos los efectos que le sean favorables. Por lo tanto, importa poco que la viuda sea rica o que tenga bienes propios aparte de lo que por gananciales pueda corresponderle⁵⁷⁴. En este sentido también, PADIAL ALBÁS afirma que se trata de una obligación de alimentos *ex lege* pero especial, que se inserta en el ámbito de la sucesión *mortis causa*, como demuestra, no sólo, su ubicación en la sección primera, cap. V, tít. III del lib. III del Código Civil, sino los precedentes jurídicos de la institución⁵⁷⁵. La autora concluye que tampoco puede aplicarse a esta figura la norma de remisión del art. 153 CC al no apreciarse *identidad de razón* alguna con la obligación de alimentos entre parientes⁵⁷⁶.

⁵⁷² Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 56. La autora, que afirma que no hay alimentante, añade que “no existe un verdadero sujeto alimentante sobre quien recaiga la obligación de prestar alimentos: no puede serlo el póstumo, en cuanto sólo se le considera nacido para lo favorable; tampoco el administrador de la herencia, que entrega la prestación en su calidad de gestor, que no de alimentante; y ni siquiera los coherederos, pues sólo quedan gravados los bienes que, en su día, correspondan al póstumo”.

⁵⁷³ Dice esto el autor citando a ALONSO PÉREZ. Cfr. ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁷⁴ Cfr. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 237.

⁵⁷⁵ Cfr. PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 476 y ss.

⁵⁷⁶ Cfr. PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 50.

5. Alimentos del donante⁵⁷⁷

Establece el artículo 648.3 del Código Civil que puede ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud, y entre otros motivos, por negar indebidamente los alimentos al donante. De este modo, el donatario, cuando el donante se encuentra en estado de necesidad, no puede negar a éste impunemente alimentos “indebidamente”, o, lo que es lo mismo, ha de prestarle alimentos cuando proceda, cuando –parece– el donante los necesite y no pueda procurárselos de ningún otro modo, salvo que se piense que los alimentos a cargo del donatario han de prestarse en primer lugar, pues tienen su justificación en anteriores desplazamientos patrimoniales hechos por el donante a su favor, desplazamientos que no aparecen en otras clases de alimentos, lo cual no impide argumentar, en contra, que la donación se hace por ánimo, más o menos explícito, de liberalidad, conllevando la transmisión de propiedad de lo donado, argumento que Doral intenta refutar diciendo que, al alterarse las circunstancias en que se basaba la *causa donandi*, el desplazamiento patrimonial referido resulta injustificado⁵⁷⁸. Como dice ROGEL VIDE, “muchos autores han cuestionado la existencia de una propia obligación de alimentos del donatario, que puede negarse a prestar los reclamados por el donante, en cuyo caso y si la negativa es indebida, dicho donante puede instar la revocación de la donación por ingratitud, como puede no hacerlo, no pudiendo, en cambio, constreñir al donatario a prestar los alimentos dichos. En todo caso, los alimentos que se puedan requerir estarán en función del montante de lo donado, montante que marca el techo de los mismos”⁵⁷⁹.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ es de la opinión de que no existe una obligación de alimentos a cargo del donatario como tal, sino que, si es el donatario uno de los obligados a prestarlos por su condición de pariente del art. 143 CC y se niega, el donante necesitado podrá revocar la donación por ingratitud. Según la autora, el art. 648.3 no consagra una obligación de alimentar al donante, sino simplemente posibilita

⁵⁷⁷ Debe advertirse que no se trata el caso de una donación modal o remuneratoria, que es tratada en el siguiente capítulo de este trabajo.

⁵⁷⁸ Cfr. ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 51-52.

⁵⁷⁹ ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 52. En cuanto a la limitación del montante de los alimentos, *vid.* también PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 46.

la revocación de la donación cuando el donatario, ya obligado conforme al art. 143 del CC, deniega indebidamente los alimentos al donante necesitado. Si el legislador hubiera querido establecer la obligación del donatario, sin duda lo habría hecho en algún precepto y no se hubiera limitado a *insinuarla* a propósito de la revocación⁵⁸⁰.

Otros autores, sin embargo, y basándose en la tradición histórica, sí creen que exista una verdadera obligación de alimentos a cargo del donatario para el que, por el hecho de serlo, surge un deber de alimentar al donante si éste cae en un estado de necesidad, y cuyo incumplimiento puede ser sancionado por parte del donante con la revocación de la resolución⁵⁸¹.

A favor de la primera tesis cabe argumentar la literalidad del art. 648.3 que dice que el donatario podrá revocar *los* alimentos, en vez de decir simplemente *alimentos*. Con la interposición del artículo parece querer referirse a alimentos que ya se deben. Sin embargo, es un argumento, parece, endeble. Por otro lado, y por el contrario, y relacionándolo con el art. 756 del Código Civil, podría interpretarse como en el caso de la indignidad para suceder, al decir el art. en su punto 7º que será incapaz para suceder el que tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las *reguladas en los arts. 142 y 146 del Código Civil*; en este caso mencionado creo que se está refiriendo sin ninguna duda al caso de que viniera el sucesor obligado a prestar alimentos. Sin embargo, no puede calibrarse de igual modo, a mi entender, la indignidad para suceder, que además incapacita para ello por ley, que la ingratitud, que *faculta* al donante a revocar la donación.

En mi opinión, como dice PADIAL ALBÁS, sí se trata de alimentos que surgen por el hecho de la donación, no necesitando ser el donatario pariente según el artículo 143 CC para que opere el art. 648.3 CC.

Parece lógico de todo punto que llegado el donante a un estado de necesidad y requiriendo la ayuda del donatario, si éste se la niega, pueda el donante sancionarle. Si bien, se trata de una obligación distinta de la obligación entre parientes, y refleja más

⁵⁸⁰ Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, op. cit., p. 54.

⁵⁸¹ En este sentido *vid.* DÍAZ ALABART, SILVIA, “Comentario al artículo 648 del CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, t. VIII, v. 2º, Edersa, Madrid, 1986, p. 452 y en *Comentario al Código Civil*, v. I, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1645.

bien un deber moral del donatario que no debe dejar desamparado a quien le transmitió gratuitamente un bien o un derecho. De tratarse de un pariente necesariamente de los del art. 143, la sanción viene impuesta por el juez al condenarle a la prestación, lo que no quiere decir, a mi juicio, que además, de ser donatario, también pueda el donante revocar la donación por ingratitud. Piénsese en la injusticia que supondría el hecho de que el necesitado no tuviera ninguno de los parientes del art. 143 y, habiendo donado sus bienes, el donatario se negara a atender su indigencia.

Dice PADIAL ALBÁS que se trata de una prestación distinta de la obligación legal de alimentos entre parientes, dado, en primer lugar, a la ausencia de obligatoriedad y, en segundo lugar, a la eficacia extrafamiliar de dicho precepto y que dicho precepto se limita a regular una de las causas de revocación de la donación, pero, del que no se deriva ningún deber legal de alimentos para el donatario, ya que, no concede al donante el derecho a exigirle la prestación de alimentos⁵⁸².

En este sentido, expresa COBACHO GÓMEZ que acaso pueda afirmarse que el art. 648.3 no encierra una obligación de alimentos a cargo del donatario. El interés protegido por esta norma no es evitar la indigencia del donante poniéndolo a salvo de las posibles consecuencias de su generosidad, sino evitar que, en su caso, como es el de la denegación indebida de alimentos, de evidente ingratitud ésta quede impune. Lo que el donatario debe al donante, según QUIÑONERO no son alimentos, sino gratitud⁵⁸³.

6. Alimentos del cónyuge y los hijos durante la liquidación de la sociedad de gananciales

El artículo 1408 del Código Civil establece que de la masa común de bienes se darán alimentos a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se le entregue su haber; pero se

⁵⁸² Cfr. PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, op. cit., p. 46.

⁵⁸³ Cfr. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, op. cit., p. 94.

les rebajará de éste en la parte que excedan de los que les hubiese correspondido en razón de frutos y rentas.

Dice MARTÍNEZ RODRÍGUEZ que, según la opinión más extendida, este derecho no es un genuino derecho de alimentos entre parientes, cuyas reglas, en principio, no le son aplicables. No se genera una auténtica relación obligatoria alimenticia entre dos partes y, ni siquiera, puede hablarse en puridad de un derecho de alimentos sobre una masa de bienes, sino simplemente de un derecho a pedir anticipos a cuenta de las cantidades detraídas en concepto de frutos y rentas de los bienes de los que son o van a ser propietarios. Así, mientras la estricta obligación de alimentos produce sus efectos sin contraprestación alguna del alimentista, esta asignación es a cuenta de la futura adjudicación. Además, este derecho no parece presuponer el estado de necesidad del alimentista, pues el tenor literal del precepto prescinde absolutamente de cualquier alusión a la necesidad⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, op. cit., p. 56.

SEGUNDA PARTE: ALIMENTOS DE ORIGEN VOLUNTARIO

Capítulo 5

EL CONTRATO DE ALIMENTOS

1. Introducción: La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad

En el año 2003 fueron promulgadas en España tres leyes para la protección de las personas con discapacidad⁵⁸⁵: la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria⁵⁸⁶, La ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal y la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de fomento del empleo público de los discapacitados.

La intención de la primera de ellas, que es la que más nos interesa por regular el contrato de alimentos, viene expresada en su Exposición de Motivos: regular los mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de protección, cual es el patrimonial, siendo, por tanto, la *protección patrimonial* de las personas con discapacidad el hilo conductor que justifica y da nombre a la Ley⁵⁸⁷. De este modo se aligera la carga pública mediante el empleo del propio patrimonio *personal* o *familiar* de la persona vulnerable, acudiendo a la iniciativa privada para paliar los riesgos de la vejez y la discapacidad⁵⁸⁸. No cabe duda

⁵⁸⁵ Coincidiendo precisamente con el año europeo de la discapacidad.

⁵⁸⁶ Esta Ley ha introducido en el Título XII del Libro IV del Código civil, que regula los contratos aleatorios, contemplando el contrato de alimentos, para lo que ha aprovechado los artículos 1791 a 1797, que estaban *vacantes* desde la reforma de la Ley 50/1980, de 8 de octubre. Y ello es lo que explica que se regule aquí el contrato en primer lugar, en vez de estar después de la renta vitalicia, como sería más lógico, como afirma *cf.*: ZURITA MARTÍN, “Anotaciones al nuevo contrato de alimentos”, revista de Derecho Patrimonial, núm. 12, 2004-1, p. 148.

⁵⁸⁷ *Cf.*: MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 13.

⁵⁸⁸ BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato de Alimentos*, Dykinson, 2012, p. 151. Este trabajo, que constituyó la tesis doctoral de la autora, es de extraordinaria utilidad para el estudio del

de que la figura es de utilidad en especial para estas personas *vulnerables*, como pueden ser ancianos y discapacitados⁵⁸⁹, pero debe advertirse desde ya que a esta modalidad contractual puede acogerse cualquier persona⁵⁹⁰. Si bien, no es intención de la Ley que el contrato de alimentos sea utilizado por cualquier persona, evidentemente, pues se trata de proteger a quienes precisen, por su edad o discapacidad, atención y cuidados. Con ello, sin embargo, no quiero decir que pueda existir una posible invalidez del contrato celebrado por quien no encajase en dicho supuesto, dado que el estado de vulnerabilidad, discapacidad o de dependencia no es requisito para la validez del contrato. No obstante, entiendo que podría en determinados casos adolecer de una clara falta de causa el contrato celebrado por quien no estuviera en dicha situación, lo que llevaría a la inexistencia del contrato⁵⁹¹. Como afirma RIERA ÁLVAREZ, lo que no

contrato de alimentos. La autora cita en este punto a LÓPEZ PELÁEZ, que afirma que “no tiene sentido que personas que disponen de un patrimonio considerable lo tengan inmovilizado, por falta de conocimiento de las opciones existentes, y dependan en su vida diaria de su familia o de los exiguos recursos del Estado, cuando de utilizar tales bienes podrían ver muy mejorada su calidad de vida, rentabilizando en su propio beneficio un ahorro que en muchos casos les ha costado mucho trabajo conseguir”, LÓPEZ PELÁEZ, “La financiación de la calidad de vida de las personas mayores: Renta vitalicia y contrato de alimentos”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 70, 2007, p. 109.

⁵⁸⁹ La propia Exposición de Motivos destaca la utilidad de la Ley cuando sean los padres de una persona discapacitada quienes transmitan al alimentante un capital en bienes muebles o inmuebles a cambio de hacerse cargo del cuidado del hijo.

⁵⁹⁰ Afirma ECHEVARRÍA DE RADA que “a pesar de esa declaración contenida en la Exposición de Motivos, si se tiene presente el ámbito del Código civil en el que se ha introducido el contrato de alimentos, el mismo, en principio, podría utilizarse en cualquier supuesto en el que las partes deseen regular sus intereses mediante esta figura, sin necesidad de que se trate de personas que demanden una especial protección”, ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos en el Código Civil*, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, p. 13. En este mismo sentido, ANDERSON, MIRIAM, “El contrato de alimentos: consideraciones en torno a la convivencia de las partes”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI: Jornadas sobre las Reformas de Derecho de Familia: ponencias y comunicaciones*, UNED, El Derecho, Madrid, 2005, p. 190.

Por otro lado, el que pueda celebrarlo cualquier persona, sin requisito alguno más que el de la capacidad suficiente, le diferencia de otras figuras que podrían en principio considerarse afines. Así, por ejemplo, el pacto de acogida en Cataluña, regulado en la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, cuyo art. 3.1 prohíbe que puedan celebrarlo cuando entre las personas acogidas y las acogedores exista un vínculo de parentesco hasta el segundo grado, sólo se permite acoger a una persona salvo cuando se trate de un matrimonio o pareja estable o tengan relación de parentesco hasta el segundo grado por consanguinidad o adopción, la persona acogida no puede ser menor de sesenta y cinco años y si son dos los acogidos se exige que entre el acogedor y el menor de los acogidos exista una diferencia de al menos quince años, salvo que uno de los acogidos sea discapacitado o requiera atenciones especiales y las personas acogedoras deben ser más jóvenes que las acogidas cuando el contrato se celebra por motivo de la edad y deben ser siempre mayores de edad y tener plena capacidad de obrar. Todos estos requisitos lo diferencian del contrato de alimentos que no impone ninguno.

⁵⁹¹ Como más adelante explicaré, existen multitud de sentencias que declaran el contrato de alimentos celebrado en simulación, muy habitualmente para eludir los derechos sucesorios de alguno de los descendientes, para favorecer por esta vía a uno de los hijos.

cabe es que este contrato sea un recurso para que los contratantes puedan componer sus intereses al margen o independientemente de la idea asistencial configuradora del tipo legalmente previsto⁵⁹². En este sentido, afirma MESA MARRERO que resulta llamativo que sea en la Exposición de Motivos y no en el articulado de la Ley donde se perfile el tipo de sujeto, con unas determinadas circunstancias vitales, en el que estaba pensando el legislador y que la norma nace en el seno de un debate de mayor envergadura sobre la necesidad de superar los déficits de protección y atención que padecen las personas dependientes⁵⁹³. No obstante, debe tenerse en cuenta también, como dice ECHEVARRÍA DE RADA que “teniendo en cuenta el evidente desequilibrio entre las posiciones de las partes que se deduce de la regulación de este contrato... es casi seguro que no será utilizado por personas que no se encuentren en esas especiales circunstancias, limitándose, en consecuencia, sus posibilidades de celebración”⁵⁹⁴.

No se puede desconocer, en fin, que la citada Ley se enmarca dentro de un plan de acción mucho más amplio, que trata de paliar las penalidades de las personas carentes de medios suficientes, de ayuda o apoyo personal, o incluso de aquellas que padecen, en su ancianidad⁵⁹⁵, la temida soledad. En esta línea, la llamada Ley de dependencia⁵⁹⁶, el conocido como Libro Blanco de la Dependencia en España, el II Plan de Acción para las personas con discapacidad aprobado por el Consejo de Ministros de

⁵⁹² Cfr: RIERA ÁLVAREZ, “Las instituciones de prevención patrimonial: la renta vitalicia, los contratos de alimentos y los seguros de dependencia”, en *La defensa jurídica de las personas vulnerables*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (julio-agosto de 2007), 1ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 297.

⁵⁹³ Cfr: MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 15.

⁵⁹⁴ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 13.

⁵⁹⁵ MESA MARRERO incluye los datos de estudios demográficos que desvelan un preocupante panorama. Así, hace referencia a que en el año 2050 se estima que España será el tercer país más envejecido del mundo, con un 34,1 % de población mayor. Por otro lado también expone la alarmante cifra – teniendo en cuenta los medios de que se dispone para atenderlas – a que se estima que se llegará de personas con algún tipo de discapacidad que les puedan hacer dependientes. Cfr: MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 17. En este sentido también apunta NÚÑEZ ZORRILLA que el motivo que ha originado que nuestro legislador preste atención actualmente a esta figura contractual se encuentra en un fenómeno social patente y preocupante: la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, por la mejora de la asistencia sanitaria y al surgimiento de nuevas clases de discapacidad que hacen aconsejable que la asistencia no sea sólo a cargo del Estado o la familia, sino con cargo al propio patrimonio del discapacitado. Cfr: NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos vitalicio en el Código Civil”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 579.

⁵⁹⁶ La Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia.

5 de diciembre de 2003 o la Declaración de Madrid aprobada en la celebración del Congreso Europeo de Personas con Discapacidad⁵⁹⁷. En este sentido, BERENGUER ALBALADEJO realiza un análisis de la posible falta de causa en el contrato de alimentos cuando no existe el llamado *estado de necesidad*, análisis al que me referiré más adelante⁵⁹⁸.

La autora, en lo que se refiere a la no exigencia del requisito de que el alimentista sea una persona considerada discapacitada o dependiente, dice que dado que no se puede exigir, a tal contrato puede someterse cualquier persona y como ejemplo describe la situación en la que una señora de 60 años, viuda y cuyos hijos viven en el extranjero, con artrosis en las manos pero no considerada o calificada por la administración como discapacitada o dependiente, pueda acudir al contrato de alimentos para conseguir ayuda y compañía⁵⁹⁹. Dejando aparte el hecho de que la compañía que requiere de una compensación suele considerarse por los autores como algo beneficioso, y ello aun refiriéndose no a la que ayuda a los cuidados diarios sino a la simple compañía moral, cosa que cuestiono, pues aquel nieto o hijo que solicita a cambio de la compañía la transmisión de un bien debería bajo mi punto de vista no considerarse muy cariñosa, ni muy de fiar, la autora, así como otros muchos, obvia que la situación descrita debe ser entendida perfectamente como una de esas situaciones descritas por la Exposición de Motivos de la Ley. Pero piénsese en otra distinta: aquella en que una persona transmita un bien a cambio de que el considerado alimentante le cuide, es decir, le cocine, limpie, compre, peine y haga compañía, siendo una persona que perfectamente pueda manejarse sola, pero que *compre* de esta manera una empleada del hogar. Bajo todo punto de vista sería desproporcionado y carente de causa, pero encajaría en el supuesto legal, dado que no exige ninguna condición al estado del

⁵⁹⁷ Cabe añadir la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. La Disposición Adicional 1ª establece que “a los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia; b) que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas; c) que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios...”

⁵⁹⁸ *Vid.* BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 181-197.

⁵⁹⁹ *Cfr.* BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 340.

alimentista. En cualquier caso, y aunque pueda darse poco en la práctica, debe hacernos pensar.

Por otro lado, también debe advertirse que a dicha figura, y dada su configuración, podrán acogerse aquellas personas que *tengan patrimonio*. BERENGUER ALBALADEJO afirma que “este contrato suelen realizarlo normalmente personas que tienen recursos, aunque sean escasos, de forma que su independencia económica les permite acudir a una modalidad contractual en la que deberán ceder un capital en cualquier clase de bienes o derechos a cambio de recibir determinadas prestaciones vitalicias”⁶⁰⁰. En este mismo sentido, ECHEVARRÍA DE RADA dice que si bien es cierto que se trata de una fórmula privada de financiación, no es un criterio generalizado el que los sujetos que lo celebran cuenten con un patrimonio considerable⁶⁰¹ y que, por el contrario, en muchas ocasiones son precisamente personas que sólo disponen de su vivienda habitual⁶⁰². Manifestación con la que estoy de acuerdo totalmente.

En otro orden de cosas, la Ley ha venido a tipificar bajo el nombre de *contrato de alimentos* el llamado *contrato de vitalicio*⁶⁰³, *contrato de pensión alimenticia vitalicia* o *contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos*⁶⁰⁴, que, sin encontrarse regulado anteriormente a dicha Ley⁶⁰⁵, se venía aplicando como expresión de la

⁶⁰⁰ BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 154. La afirmación de la autora me parece limitada, puesto que no es que se *suela* utilizar por personas con recursos, sino que sólo puede ser utilizada por personas con recursos. Ella misma comenta después: “Precisamente, el hecho de que el acreedor de los alimentos esté obligado a ceder un bien o a entregar un capital para obtener la contraprestación, ha llevado que algún autor se cuestione el carácter alimenticio de este contrato, ya que *el necesitado* no tiene, por hipótesis, lo necesario para vivir y por la misma razón no está en condiciones de realizar una contraprestación”, BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 154.

⁶⁰¹ Esto lo dice la autora en contraposición a la afirmación de LÓPEZ PELÁEZ a la que ya me he referido.

⁶⁰² Cfr. ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁰³ Para saber más acerca del vitalicio antes de ser regulado y llamado contrato de alimentos, y de sus orígenes históricos, ver, entre otros, CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Edersa, Madrid, 2000.

⁶⁰⁴ Acerca de la variada terminología: CALVO ANTÓN, M., “El contrato de alimentos como figura contractual independiente”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3 (mayo-junio de 1989), 639-642; LLAMAS POMBO, E., “La tipificación del contrato de alimentos”, en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, p 197.

⁶⁰⁵ No obstante, la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, posteriormente modificada por la Ley 2/2006, de 14 de junio, ya lo había hecho.

autonomía de la voluntad de las partes y minuciosamente perfilado por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia⁶⁰⁶, ampliando las posibilidades del contrato de renta vitalicia⁶⁰⁷ y confirmando definitivamente su autonomía frente a éste⁶⁰⁸. Dice COBACHO GÓMEZ que a la hora de justificar el por qué de la regulación de este contrato se dice que amplía las posibilidades del contrato de renta vitalicia para atender las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas dependientes, como los ancianos, y permite a las partes cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista⁶⁰⁹. El autor se plantea, además, el por qué de la denominación como *contrato de alimentos*, cuando tanto en la Ley 4/1994 de Derecho Civil de Galicia, como en la multitud de sentencias anteriores a la regulación del contrato se le había venido denominando *contrato de vitalicio*. Según el autor, que comparte la opinión de CALVO ANTÓN, el aspecto clave es la duración, de tal modo que si la obligación que contrae el adquirente de los bienes es proporcionar alimentos al transmitente mientras éste viva, no hay duda de que la denominación más adecuada es la de contrato de vitalicio, pero si se está de acuerdo con la posibilidad de que el contrato se pueda limitar en el tiempo la duración de la prestación alimenticia del adquirente, lo que es perfectamente posible en virtud del principio de libertad contractual, la denominación más adecuada es la de contrato de alimentos. De este modo, señala el autor que parece que el legislador no ha tenido en

⁶⁰⁶ Por ejemplo, la STS de 13 de julio de 1985, la STS de 28 de mayo de 1965 (especialmente relevante, que dice que “al amparo del principio de libertad contractual, las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado *vitalicio*”) STS de 1 de julio de 1982... Por otro lado, figuras análogas o similares, como expondré, vienen recogidas en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, que regula el llamado *contrato de vitalicio*, y en otras.

⁶⁰⁷ Supone el reconocimiento implícito de las limitaciones del contrato de renta vitalicia, menos operativo que el contrato de alimentos a los efectos pretendidos, ampliándose el círculo no sólo objetivo sino también en los que se refiere a los posibles sujetos contratantes, pues contempla a personas que en principio no son destinatarias de las medidas de protección a que se destina aquél. *Cfr.* MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁰⁸ Así, se terminó con el debate acerca de la calificación jurídica del contrato de vitalicio, que unas veces se planteaba como un negocio autónomo, como afirmaba la mayoría de la doctrina (MESA MARRERO cita en este sentido a LACRUZ BERDEJO, RIVERO HERNÁNDEZ, DELGADO DE MIGUEL, RODRÍGUEZ LÓPEZ y BADENAS CARPIO), y otras como una modalidad del contrato de renta vitalicia, como afirmaba QUIÑONERO CERVANTES (QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica de la renta vitalicia*, Universidad de Murcia, 1979, p.). BERENGUER ALBALADEJO se detiene en este punto y analiza la naturaleza jurídica del contrato de alimentos partiendo de la vieja discusión acerca de su autonomía conceptual, BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 175 y ss. En este sentido, ver también la STS de 8 de enero de 2007.

⁶⁰⁹ *Cfr.* COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Acerca del contrato de alimentos”, en *Libro homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 919.

cuenta que el artículo 153 del Código Civil permite que se celebre un contrato de alimentos mientras que el contrato que surja al amparo de lo previsto en los 1791 a 1797 del Código Civil es un contrato distinto del anterior por lo que hubiera sido preferible denominar a esta última figura contrato de vitalicio, como había hecho la doctrina y la jurisprudencia, y haber reservado el nombre de contrato de alimentos a los contratos concertados de acuerdo con lo previsto en el artículo 153 y concordantes del Código Civil⁶¹⁰.

2. Concepto y caracteres

2.1. Concepto

El artículo 1791 del Código Civil establece que el contrato de alimentos es aquel por el que una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos⁶¹¹. Antes de ser regulado, la SAP de Pontevedra de 1 de junio de 2001 lo definió como “un contrato autónomo, atípico, bilateral y oneroso, amparado por el principio de libertad de pacto que consagra el art. 1255 C. c., en virtud del cual, una persona recibe de otra un capital o unos bienes determinados a cambio del compromiso de darle habitación, manutención y toda clase de asistencia y cuidados

⁶¹⁰ Cfr. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Acerca del contrato..., *op. cit.*, p. 922.

⁶¹¹ Como explicaré más adelante, esta definición coincide con la que tradicionalmente se ofrecía por doctrina y jurisprudencia sobre el vitalicio. Así, CHILLÓN PEÑALVER lo definía como “aquel por el cual una o varias personas (alimentista o cedente) se obligan frente a otra u otras (alimentante o cesionario) a transmitir el dominio de un bien mueble o inmueble, u otro derecho real o incluso la facultad de goce o disfrute de un bien o derecho, a cambio de ser alimentado (generalmente *in natura*) y atendido o asistido con convivencia o sin ella, durante el tiempo que se pacte (generalmente la vida del alimentista) y con la extensión que asimismo se acuerde en medida variable, según las necesidades del alimentista”, CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, *op. cit.*, p. 24. Por su parte, la STS de 3 de noviembre de 1988 lo definía como aquel por el que una de las partes recibe de la otra un capital o bienes determinados, a cambio de lo cual se obliga a darle alojamiento, manutención y de toda clase de asistencia y cuidados durante toda su vida. Véanse también: STS de 14 de noviembre de 1908, STS de 2 de abril de 1928, STS de 16 de diciembre de 1930, STS de 28 de mayo de 1965, STS de 12 de noviembre de 1973, STS de 6 de mayo de 1980, STS de 13 de julio de 1985, STS de 3 de noviembre de 1988, STS de 30 de noviembre de 1987, STS de 2 de julio de 1992, STS de 21 de octubre de 1992, STS de 18 de enero de 2001 y STS de 1 de julio de 2003.

durante toda su vida, y al que se viene conociendo también como *pensión alimenticia o alimentos vitalicios*”⁶¹².

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO dice que es necesario dividir el objeto del contrato de alimentos en dos partes diferenciadas: por un lado, los gastos para la subsistencia del alimentista, y por otro, las atenciones personales que el alimentante o un tercero debe prestarle⁶¹³.

Para PADIAL ALBÁS, sin embargo, antes de la regulación específica del contrato, constituye un contrato de alimentos el acto jurídico bilateral del que se deriva la obligación de una de las partes de prestar *todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*, así como, *la educación e instrucción del alimentista, mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*, es decir, cuyo contenido coincida con el que prescribe el artículo 142 del Código civil⁶¹⁴.

De estas y de otras definiciones se extraen los caracteres de este tipo contractual que analizo a continuación y que son: consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, *intuitu personae* y vitalicio⁶¹⁵.

2.2.Caracteres

a) Carácter consensual

⁶¹² Sentencia citada por NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 579.

⁶¹³ Cfr: CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, “El contrato de alimentos”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 1534.

⁶¹⁴ Cfr: PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos entre parientes*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 53.

⁶¹⁵ BERENGUER ALBALADEJO añade también los caracteres de típico, nominado y de ejecución sucesiva. *Vid.* BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 249 y ss.

Es consensual porque se perfecciona por el acuerdo de voluntades de las partes contratantes, siguiendo la regla general de los artículos 1254 y 1258 del Código Civil. No se trata de un contrato real, porque aunque una de las partes deba entregar a la otra un bien o un derecho a cambio de los cuidados de la otra, dicha entrega no es requisito para su perfeccionamiento dado que puede entregarse más adelante⁶¹⁶. Tampoco es un contrato formal porque no se exige forma alguna para su perfeccionamiento conforme al principio de libertad de forma del artículo 1278 del Código Civil. Ello sin perjuicio de que para la transmisión del derecho que el alimentista entregue al alimentante a cambio de los cuidados sí deba cumplirse una forma concreta.

La no exigencia de forma en el contrato de alimentos ha sido objeto de crítica por parte de un sector doctrinal, dada la gran cantidad de problemas que suscita en su cumplimiento en lo que se refiere a determinados puntos concretos que puedan estipularse en el contrato. Esta problemática la trato más adelante.

Basta, por tanto y según lo establecido por la Ley, el acuerdo de voluntades para que el contrato quede perfeccionado y es a partir de este momento cuando nacen las obligaciones para ambas partes⁶¹⁷.

El carácter consensual ha sido discutido por ciertos sectores doctrinales en los dos sentidos: algunos consideran que dado que llegada la resolución del contrato, los arts. 1795 y 1796 CC exigen la restitución del bien transmitido, ha debido haber entrega del bien o transmisión del derecho, y por ello lo consideran como un contrato real⁶¹⁸. BERENGUER ALBALADEJO, entre otros, rechaza de plano la consideración del contrato como real, y dice que, por tanto, “el alimentista podrá exigir al alimentante el cumplimiento de su obligación a pesar de no haber transmitido todavía el capital porque el contrato es *obligatorio para ambos* desde que se perfecciona con el consentimiento y en nada obsta a la perfección el hecho de que los bienes no hubieran sido entregados,

⁶¹⁶ Dice MESA MARRERO que “no hay inconveniente en que si los sujetos así lo han previsto en el contrato, esta última obligación que quede aplazada a un momento posterior... por que la perfección del contrato no depende de que el alimentista haya cumplido su obligación de realizar la cesión del bien o derecho, sino... del acuerdo de voluntades de ambas partes que expresan así su compromiso de vincularse mediante este contrato”, MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 24.

⁶¹⁷ Entre otras, ver la STS de 18 de enero de 2001, SAP de Tarragona de 2 de julio de 2008, STSJ de Galicia de 17 de enero de 2002.

⁶¹⁸ En esta línea, PADIAL ALBÁS, A., “La regulación del contrato de alimentos”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 88, 2004, p. 620-621.

requisito éste, el de la entrega, exclusivamente necesario para la consumación del contrato”⁶¹⁹; otros, lo consideran formal, como COBACHO GÓMEZ, que dice que aunque no lo manifieste el Código Civil, sí opta por vía indirecta por la formalización en escritura pública porque se permite garantizar frente a terceros el derecho del alimentista, para impedir que ejercitada por éste la resolución del contrato con la consiguiente restitución del bien transmitido éste se haya enajenado a terceros, pero se requiere la inscripción registral del contrato cuando ello sea posible⁶²⁰.

b) Carácter bilateral

El contrato de alimentos es bilateral o sinalagmático porque de él nacen obligaciones recíprocas e interdependientes para ambas partes⁶²¹, de modo que una de las partes se obliga a transmitir un capital en bienes o en derechos y la otra a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo.

En este sentido dice MESA MARRERO que “una vez perfeccionado el contrato por el acuerdo de voluntades, el alimentante tiene a su cargo una obligación, con la particularidad de que ésta es de tracto sucesivo o ejecución continuada, pues requiere del sujeto un comportamiento duradero en el sentido de que las prestaciones comprometidas (alojamiento, sustento, cuidados, etc.) deben realizarse de forma continuada durante un período de tiempo más o menos prolongado que suele coincidir con la vida del acreedor de los alimentos... el alimentante también debe cumplir la obligación que en virtud del contrato le corresponde, si bien ésta puede calificarse de tracto único o instantánea porque sólo requiere una determinada conducta consistente en efectuar la transmisión del bien o derecho, pudiendo realizar ésta de forma inmediata o quedar aplazada en el tiempo”⁶²².

⁶¹⁹ BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 260.

⁶²⁰ *Cfr.* COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Del antiguo al nuevo contrato de alimentos”, en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, p. 90.

⁶²¹ En este sentido, *vid.* STS de 9 de julio de 2002, STS de 1 de julio de 2003, STS de 12 de junio de 2008, STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 1997, STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 1998.

⁶²² MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato...*, *op. cit.*, p. 27.

Algunos autores y cierto sector jurisprudencial lo han considerado unilateral, al hilo de su consideración como un contrato real y no meramente consensual, de tal modo que si para el perfeccionamiento del contrato es requisito la transmisión del bien o del derecho, una vez perfeccionado el contrato sólo despliega efectos para una de las partes: el alimentante. Otros, por considerarlo, en su momento, atípico. Si bien, dicha interpretación debe considerarse excepcional⁶²³.

c) **Carácter oneroso**

Unánimemente la doctrina califica al contrato de alimentos como oneroso⁶²⁴, dado que se produce un intercambio de prestaciones entre las partes, como se deduce del texto del art. 1791 del Código Civil: una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, *a cambio* de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes o derechos, de modo que la prestación de cada parte tiene su causa en la de la otra.

Dicha onerosidad no tiene por qué coincidir con *equivalencia de las prestaciones*, basta con que la causa de cada una de ellas sea la existencia de la otra. Además, la equivalencia entre las prestaciones es subjetiva y no implica una rigurosa equivalencia económica⁶²⁵.

⁶²³ Así, la STS de 21 de octubre de 1992, STS de 17 de julio de 1998, SAP de Asturias de 17 de abril de 2002 lo declararon como unilateral, por su parte, basándose en la atipicidad del contrato (todavía no estaba regulado, como sabemos), por lo que debía ajustarse a lo estipulado por las partes y no podía por ello aplicarse la regulación del CC relativa a la reintegración de las prestaciones tras la resolución del contrato. A favor de la unilateralidad del contrato se ha manifestado también su utilidad para establecer una estipulación a favor de tercero. Para ECHEVARRÍA DE RADA, tal argumento no justifica el carácter unilateral del contrato. ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 28. BERENGUER ALBALADEJO tampoco se muestra de acuerdo con ello, y discute los argumentos que vinculan la unilateralidad a la consideración como contrato real, BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 262 y ss.

⁶²⁴ Entre otros, por nombrar a uno, MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 27.

⁶²⁵ En este sentido, STS de 18 de enero de 2001, SAP de Tarragona de 2 de julio de 2008, y ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 29. Como dice NÚÑEZ ZORRILLA, que trata el tema de la equivalencia de las prestaciones también en la bilateralidad del contrato y no sólo en su carácter oneroso, “lo que sí exige la reciprocidad es que una parte se obligue como consecuencia de la obligación que contare la otra”, NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 582.

La onerosidad en el contrato de alimentos es fundamental por lo que se refiere a los derechos sucesorios de los herederos forzosos del alimentista. Como antes he apuntado, y como más adelante desarrollaré, esta modalidad de contrato se ha usado para vulnerar esos derechos sucesorios en multitud de ocasiones. El mayor problema reside en demostrar que ha existido contraprestación⁶²⁶, cuestión que en muchos casos viene íntimamente ligada a la de la desproporción en las prestaciones.

BERENGUER ALBALADEJO rechaza la posición doctrinal y jurisprudencial que ha considerado la posibilidad, basándose en la autonomía de la voluntad, de establecer un contrato de alimentos a título gratuito⁶²⁷, es decir, en el que sólo una de las partes se compromete a proporcionar, al otro, alimentos y cuidados a cambio de nada. Se he discutido si se trata más bien de un contrato de renta vitalicia gratuito o de una donación. Por su parte, otros lo han calificado de *contrato gratuito de mantenimiento atípico*. BERENGUER ALBALADEJO lo considera más bien una *liberalidad contractual* puesto que hay una concesión gratuita de algo –asistencia y cuidados –pero no una donación en sentido estricto⁶²⁸.

d) Carácter aleatorio

Es uno de los rasgos más destacados del contrato de alimentos, pues la relación de equivalencia entre las prestaciones de las partes no está determinada al modo de los contratos conmutativos, porque depende de la duración de la vida del alimentista, que no puede ser conocida de antemano y depende del *alea* o azar. De modo que puede darse el caso de que el alimentista fallezca en poco tiempo, quedando beneficiado el alimentante por la transmisión del bien o del derecho sin prácticamente haber llevado a cabo su prestación, o por el contrario, también puede ocurrir que la prestación del alimentante se deba prolongar en el tiempo más allá del valor del bien transmitido. Los sujetos intervinientes asumen desde el momento inicial de la relación negocial el riesgo de pérdida o ganancia, dado que la prestación del transmitente es “cierta y está

⁶²⁶ Así lo manifiesta la STS de 18 de enero de 2001.

⁶²⁷ Como la STS de 23 de mayo de 1987.

⁶²⁸ Cfr. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, op. cit., p. 269.

determinada en el momento de la conclusión del contrato y debe ser en todo caso ejecutada, y la prestación patrimonial de la otra parte es incierta en cuanto a su duración y entidad, el alea es siempre bilateral de forma que el negocio celebrado puede resultar más o menos ventajoso para cada una de las partes en función de las circunstancias citadas”⁶²⁹.

Si falta la aleatoriedad, y puede conocerse cuándo ocurrirá el evento con cierta certeza, el contrato será nulo, porque aquélla es un elemento esencial del contrato, como ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia⁶³⁰. En este sentido, afirma ECHEVARRIA DE RADA que “una cosa es que la existencia o no de alea sea una cuestión de hecho que deba determinarse en última instancia por la autoridad judicial atendiendo a las circunstancias de cada caso, y otra es, como se ha sostenido por cierta posición doctrinal, que aún en el supuesto en el que el contrato de alimentos se constituya sobre la vida de una persona que padezca una enfermedad que le cause la muerte dentro de los veinte días siguientes a la fecha de su celebración, no se apliquen las consecuencias de nulidad previstas en el artículo 1804 Cc para la renta vitalicia, porque la prestación del deudor de los alimentos ha podido nacer y ser eficaz durante cierto tiempo; y, si las partes, a pesar de conocer la gravedad de la enfermedad del alimentista y sus escasas probabilidades de vida, deciden celebrar el contrato, es que desean que el mismo sea eficaz por el escaso tiempo que dure la vida de esa persona. Dicha posición admite que la aleatoriedad del contrato puede quedar muy reducida en tal caso, pero, añade, ha de tenerse en cuenta que la relación se constituye precisamente con el fin de atender y cuidar a una persona a la que le quedan pocos días de vida, porque ésta quiere procurarse una asistencia personal hasta su fallecimiento y, por tanto, no debe aplicarse la sanción de nulidad a un contrato que está cumpliendo una función completamente lícita”⁶³¹. La autora también dice después que en los casos en que exista seguridad y certeza de la muerte del alimentista, el contrato de alimentos como tal debe

⁶²⁹ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 18.

⁶³⁰ *Vid.* STS de 28 de julio de 1998, SAP de Pontevedra de 27 de diciembre de 2004, SAP de Castellón de 15 de septiembre de 1999, SAP de Badajoz de 29 de enero de 2004, STSJ de Galicia de 15 de diciembre de 2000, STSJ de Baleares de 16 de junio de 2005, STSJ de Baleares de 3 de noviembre de 2000, SAP de Badajoz de 17 de enero de 2002.

⁶³¹ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, 2011, p. 22.

considerarse nulo, dado que, no es que se reduzca la aleatoriedad, que es un elemento esencial del contrato, sino que la misma no existe⁶³².

e) **Carácter personal**

Dice la SAP de Murcia de 18 de febrero de 2003 que “se trata simplemente de procurarse un hogar aun a costa de integrar en una familia extraña. Éste es el móvil decisivo de su actuación, relativamente frecuente en personas de edad avanzada en que la soledad es, probablemente, uno de los más relevantes males de los que le aquejan”.

En este tipo de contrato tiene especial importancia la persona que se obliga, por la confianza que deposita en ella la otra parte, cuando, además, suele ser muy frecuente la convivencia. Por ello, no puede ser cumplida por cualquier otra persona. Es por ello también, por lo que como explicaré, la Ley contempla la posibilidad de convertir la obligación del alimentante sucesor en la entrega de una renta periódica cuando fallece el que fue parte en el contrato o cuando se rompe la confianza entre ambos.

Como apunta MESA MARRERO, “es indispensable que exista suficiente confianza entre las partes para que decidan establecer una relación contractual de este tipo, de carácter personal y duradera que, además de incluir deberes de contenido patrimonial, suele comprender también obligaciones de índole personal y afectiva, de manera que su adecuado cumplimiento precisa que entre los sujetos contratantes exista un buen entendimiento o, si se prefiere, lo que el Tribunal Supremo ha calificado como *congeniar*”⁶³³. Destaca CANO MARTÍNEZ DE VELASCO que, sin embargo, es evidente que no toda la asistencia puede ni debe ser prestada personalmente por el alimentante, y pone como ejemplo la asistencia médica o psíquica del alimentista, y que, no obstante eso sí, el alimentante sería responsable de los daños sufridos por el alimentista por culpa *in vigilando* y por culpa *in eligendo*. Por todo ello, dice el autor que el contrato de alimentos no conlleva prestaciones necesariamente personalísimas pero la prestación asistencial es cuasi personalísima, mientras que la prestación dirigida

⁶³² Cfr. ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato...*, op. cit., p. 22.

⁶³³ MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 43.

a la subsistencia del alimentista no es personal y puede por ellos ser sufragada mediante la entrega de una suma de dinero⁶³⁴.

Para ECHEVARRÍA DE RADA existe una contradicción entre el carácter *intuitu personae* y la posibilidad de transmisión *mortis causa* de la prestación del alimentante, aunque también cree que es la única solución lógica y coherente con la función asistencial del contrato, dado que en caso contrario, de extinguirse la obligación el cedente quedaría totalmente desprotegido, puesto que los herederos de aquél le sucedería en los bienes cedidos, pero quedaría liberados de toda obligación⁶³⁵. La autora también considera, y estoy de acuerdo con ella, que no puede pactarse la intransmisibilidad de la obligación del alimentante, dado que, teniendo presente la redacción del art. 1792, la transmisión tiene carácter imperativo⁶³⁶.

Por lo que se refiere a la transmisión del crédito, para NÚÑEZ ZORRILLA, “nada impide que mediante pacto las partes puedan acordar expresamente su transmisibilidad a otra persona... no rige en el contrato de vitalicio la prohibición legal de transmisión del derecho de crédito que sí rige para los alimentos ex lege entre parientes”⁶³⁷. Para MESA MARRERO, sin embargo, se trata de un crédito intransmisible, por su marcado carácter personal, basado en la confianza entre ambas partes, ya que el contenido de la prestación es básicamente asistencial⁶³⁸.

f) Carácter vitalicio

⁶³⁴ Destaca en referencia a esto que el contrato de alimentos tiene un objeto complejo: por una parte, las prestaciones económicas de alimentos en sentido amplio y, por otra, los deberes asistenciales. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, “El contrato...”, *op. cit.*, p. 1534-1535.

⁶³⁵ Por ello, dice ANDERSON que es un contrato personalísimo en cuanto al acreedor pero no en cuanto al deudor, lo que le sirve además para negar la esencialidad de la convivencia en este contrato. *Cfr.* ANDERSON, MIRIAM, “El contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 190.

⁶³⁶ *Cfr.* ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 37.

⁶³⁷ NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 593.

⁶³⁸ *Cfr.* MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 88.

La duración del contrato depende de la duración de la vida del alimentista, dado que el art. 1791 establece que por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona *durante su vida*. Esto lo diferencia del contrato de renta vitalicia⁶³⁹.

Se ha planteado la posibilidad de que se pacte una duración limitada concreta⁶⁴⁰. Antes de la regulación del contrato, solía admitirse esta posibilidad en el vitalicio⁶⁴¹, y solía también decirse en relación a esto que ello no vulneraba la aleatoriedad puesto que de igual modo el alimentista podía fallecer antes del tiempo pactado. Continuando con esta línea, tras su regulación, parte de la doctrina sigue considerando que puede libremente pactarse un límite temporal, dado que no contraviene el orden público ni ninguna ley imperativa, por lo que la vida del alimentista será la que marque la duración del contrato para el caso de que las partes no hayan pactado otra cosa⁶⁴². Para ECHEVARRÍA DE RADA estas opiniones deben rechazarse, por la propia definición dada por el art. 1791 CC y por la propia finalidad asistencial de este contrato⁶⁴³. Por

⁶³⁹ En el contrato de renta vitalicia la vida a tener en cuenta para la extensión del contrato puede ser, además de la del rentista, la del constituyente de la renta, la del deudor de las pensiones o la de un tercero. En cuanto a la posibilidad de imponer un límite temporal, la doctrina no es unánime acerca de si estaríamos ante un típico contrato de renta vitalicia. Se suele admitir como renta vitalicia aquella pactada por un plazo de 30 o 40 años, término final que se aplicaría junto al de la vida contemplada, pero no se considera vitalicia la fijada por un número pequeño de años. En opinión de BERENGUER ALBALADEJO si mediante la introducción de un plazo, término o condición desapareciese la aleatoriedad esencial del contrato de renta, no es que estuviésemos ante un contrato distinto no sometido a los arts. 1802 y ss. del CC, sino que estaríamos ante un contrato nulo por falta de causa. *Cfr.* BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 208.

⁶⁴⁰ En el pacto de acogida catalán este límite se permite dado que las partes pueden pactar la duración que deseen, con el límite de que sea por lo menos de tres años.

⁶⁴¹ PADIAL ALBÁS decía que el contrato de alimentos se confunde con el vitalicio cuando se pacta su duración durante toda la vida del alimentista. PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 53. Por su parte, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, calificaba de erróneo el nombre recibido por este contrato como “contrato vitalicio” puesto que no tenía por qué ser la duración del contrato durante toda la vida del alimentista, dado que el carácter vitalicio no era para ella esencial en el contrato. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación...*, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁴² En esta línea, BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 334.

⁶⁴³ *Cfr.* ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 40. También es de esta opinión CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, que apunta que es una característica esencial del contrato de alimentos el que necesariamente ha de durar la vida del alimentista y que, en rigor, el contrato para alimentarle solamente una parte de su vida es un contrato atípico que no se acoge al especial régimen jurídico del contrato de alimentos del Código civil. El autor los llama *contratos atípicos de mantenimiento*. *Cfr.* CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, “El contrato...”, *op. cit.*, p. 1537-1538. Destaca el autor (en el mismo trabajo, p. 1551) que la razón del carácter vitalicio es doble: por la finalidad de previsión social del contrato de alimentos, parecida a la del seguro de vida y por su carácter esencialmente aleatorio.

ello, como afirma COBACHO GÓMEZ, “sigue existiendo un contrato de alimentos que no se regula en estos artículos y al que se aplica el artículo 153 del Código Civil”⁶⁴⁴.

3. Elemento subjetivo⁶⁴⁵

3.1.El alimentista

Es el acreedor de la prestación, pudiendo ser él mismo el cedente de los bienes o derechos a cambio de los cuales el alimentante se obliga a la misma o simplemente el tercero beneficiario de la prestación alimenticia pactada a su favor entre el cedente y el alimentante o cesionario⁶⁴⁶. El caso más frecuente, desde luego, es que coincida en la misma persona la condición de alimentista y cedente. En este último caso necesitará capacidad suficiente⁶⁴⁷ para poder disponer libremente de los bienes y derechos cedidos, por lo que debe ser mayor de edad o menor emancipado y no incapacitado judicialmente; en el caso de que se encuentre incapacitado o sea menor será su representante legal quien podrá contratar, y dependiendo de lo establecido en la sentencia de incapacitación, necesitando además autorización judicial. Para el caso de menor emancipado aunque en principio tiene libre disposición de sus bienes, el art. 323 CC impone autorización de sus padres o del curador para el caso de gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

⁶⁴⁴ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Del antiguo al nuevo contrato...”, *op. cit.*, p. 74. Sobre este punto volveré más adelante.

⁶⁴⁵ Además de los aspectos tratados aquí, es interesante el trabajo de ECHEVARRÍA DE RADA en este punto, que trata el tema de la autocontratación de alimentos a través de representante, ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 59-68.

⁶⁴⁶ Acerca de esta modalidad, ver LAMBEA RUEDA, ANA, “Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de tercero”, revista *Aranzadi Civil*, t. 15, v. 3 (2006), p. 2447-2496.

⁶⁴⁷ BERENGUER ALBALADEJO hace un interesante análisis de los contratos de alimentos celebrados por personas *incapaces naturales* como pueda ser el caso de personas de avanzada edad que, sin enfermedad neurodegenerativa diagnosticada padezcan en determinadas circunstancias desorientación o pérdida de memoria. Para más información, ver BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 390-398.

Como ya he expresado, a pesar de que el contrato regulado por la Ley está pensado para que el alimentante sea una persona que necesite de ayuda para cubrir sus necesidades, tanto alimenticias como asistenciales, pero también, para el caso de personas mayores, de pura compañía, dichas circunstancias no son requisito para poder ser la parte alimentista en este contrato. Por lo tanto, en principio, puede celebrarlo o ser beneficiario del mismo cualquier persona.

3.2.El alimentante

Es quien se obliga a la prestación de alimentos pactada, recibiendo a cambio un capital en bienes o derechos.

El alimentante debe lógicamente tener la capacidad adecuada para celebrar el contrato, por lo que debe ser mayor de edad o emancipado y no encontrarse incapacitado, *sensu contrario* de lo establecido en el art. 1263 CC. En el caso del menor emancipado no requiere completar la capacidad⁶⁴⁸, por lo que establece el art. 323 CC⁶⁴⁹.

Puede existir una pluralidad de alimentantes y el alimentante puede ser también una persona jurídica, asunto que trato más adelante.

En cuanto a la transmisibilidad de la posición del alimentante, ya antes he apuntado que la transmisión mortis causa debe considerarse imperativa, siendo nulo el pacto por el que se impida la misma, pues el contrato perdería el carácter de vitalicio, que es esencial. Por tanto, será transmisible a los herederos, los herederos de parte alícuota y los legatarios cuando toda la herencia se haya distribuido en legados. Si el causante ha legado los concretos bienes o derechos recibidos como contraprestación a su obligación, podrá hacerlo con la carga de cumplir la prestación o la pensión sustituta. Pero si el causante lega lo anterior pero sin esta concreta estipulación en principio

⁶⁴⁸ MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 68.

⁶⁴⁹ BERENGUER ALBALADEJO no está de acuerdo con ello y se plantea si gozan en realidad estos sujetos de la suficiente madurez para asumir el cuidado y la asistencia de todo tipo a una persona con unas características específicas, para lo que cita también en esta posición a algunos otros autores, BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato de Alimentos*, Dykinson, 2012, p. 344.

parece que serán los herederos, aunque hay que tener en cuenta que el art. 867 .3 CC establece que cualquier otra carga distinta de la prenda o la hipoteca, perpetua o temporal a que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta a la cosa legada⁶⁵⁰.

En este sentido, el art. 97 de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 decía que la obligación de prestar alimentos era transmisible a los herederos y legatarios. La doctrina apuntó varias posibles interpretaciones⁶⁵¹. Actualmente, el art. 151 de la nueva Ley gallega contempla la transmisión *mortis causa* de la obligación a los sucesores, sin especificar más.

3.3.Pluralidad de alimentistas

Nada impide que los alimentistas sean varios en vez de una sola persona. Y si en el contrato concurren varios alimentistas⁶⁵², debemos plantearnos cómo organizar esta pluralidad de acreedores en relación a la exigibilidad del crédito.

Dado que nada ha establecido la Ley acerca de ello, habrá que estar a lo que hubieran previsto las partes, expresa o tácitamente, y de no haber establecido nada, regirá la mancomunidad⁶⁵³, siempre que la prestación sea divisible⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos en el Código Civil*, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, p. 49.

⁶⁵¹ Para saber más, ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos en el Código Civil*, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, p. 50.

⁶⁵² El caso más típico es el de un matrimonio: STS de 13 de julio de 1985, STS de 3 de noviembre de 1988, STS de 2 de julio de 1992, STS de 9 de julio de 2002. También suelen darse alimentistas parientes entre sí: SAP de Palma de Mallorca de 6 de julio de 1987.

⁶⁵³ Dice CHILLÓN PEÑALVER que en todo caso “sería una mancomunidad *sui generis*, puesto que, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la renta vitalicia no puede *a priori* dividirse el crédito o presumir que éste se divide en tantas partes como acreedores haya, puesto que las necesidades de cada uno son diferentes”, CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Edersa, Madrid, 2000, p. 203. En este sentido también ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos en el Código Civil*, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, p. 78. MESA MARRERO destaca aquí la importancia de poder conocer y valorar la voluntad de las partes al establecer la obligación, MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 86. En este sentido también, NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, *El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 63.

⁶⁵⁴ Arts. 1137, 1138 y 1139 CC.

Puede suceder que el crédito resulte indivisible, cosa que ocurre si el contenido de la obligación del alimentante no puede dividirse por partes entre los acreedores, que normalmente han pactado la prestación en función de las necesidades concretas de cada uno de ellos.

La mayoría de los autores consideran que el régimen de solidaridad difícilmente puede aplicarse a este tipo de crédito, pero afirman que será el que rija de no pactar lo contrario. Así, por ejemplo, afirma NÚÑEZ ZORRILLA que “dicho régimen resulta muy poco práctico y funcional para el tipo de prestación que tratamos, pues no tiene sentido que uno solo de los acreedores pueda reclamar los cuidados y atenciones que se deban a los demás”⁶⁵⁵. BERENGUER ALBALADEJO da un paso más en esta afirmación y considera que no es posible pactar la solidaridad cuando se pacta la prestación *in natura*, y dice que “en la medida en que las necesidades de cada persona son cualitativa y cuantitativamente distintas, no vemos cómo podría un alimentista reclamar la totalidad del crédito al alimentante, es decir, exigir los cuidados o la asistencia que le corresponde a otra u otras personas... no tiene sentido que cada alimentista exija cuidados y asistencia *por encima de sus propias necesidades*”⁶⁵⁶.

Por otro lado, las partes deben pactar si las distintas prestaciones a favor de los distintos alimentistas deben cumplirse simultánea o sucesivamente. En el primer caso, en caso de fallecimiento de uno de los alimentistas no supondrá un incremento de la prestación que reciban los demás⁶⁵⁷. En la práctica lo más habitual es que se pacte que las prestaciones deban cumplirse de manera simultánea⁶⁵⁸. En cualquier caso, el contrato se extinguirá cuando fallezca el último de los alimentistas⁶⁵⁹. Debe apuntarse,

⁶⁵⁵ NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 604.

⁶⁵⁶ BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 403.

⁶⁵⁷ *Cfr.* ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 74. También en este sentido BERENGUER ALBALADEJO, que se muestra en contra de que sí puede haber derecho a acrecer si lo pactan las partes, BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 407 y ss.

⁶⁵⁸ *Cfr.* STS de 2 de julio de 1992.

⁶⁵⁹ *Cfr.* ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 74. En este sentido, cita también la autora a GÓMEZ LAPLAZA, que dice que “no vemos inconveniente en admitir que el contrato se constituya a favor de varias personas conjuntamente y que sea la vida del último alimentista fallecido la que suponga la extinción del contrato”, GÓMEZ LAPLAZA, MARÍA DEL CARMEN, “Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos”, *Revista de Derecho Privado* (marzo-abril de 2004), p. 167-168.

por último, que de establecerse de manera sucesiva, y para evitar vinculaciones perpetuas, la doctrina viene admitiendo la posibilidad de aplicar analógicamente el límite temporal del art. 781 CC para las sucesiones fideicomisarias⁶⁶⁰.

3.4.Pluralidad de alimentantes

Son numerosos los casos en que varias personas, como un matrimonio o varios hermanos, ocupan la posición de alimentantes⁶⁶¹, aunque no se haga referencia a esta situación en el Código Civil. En la Ley gallega sí se hace referencia a la pluralidad de alimentantes y de alimentistas (art. 147 Ley de Derecho Civil de Galicia).

Al igual que en lo que se refiere a la pluralidad de alimentistas, debe plantearse cómo se organiza esta pluralidad si nada han estipulado las partes, esto es, si se trata de una deuda solidaria o mancomunada. Coinciden la mayoría de autores igualmente en que rige la mancomunidad si las partes no han acordado lo contrario⁶⁶². El problema que vuelve a surgir es el de la posibilidad de división de la deuda. Según BERENGUER ALBALADEJO, que se muestra partidaria de la posibilidad de división, la deuda se presumirá dividida en partes iguales entre todos ellos y el acreedor-alimentista sólo podrá reclamar a cada alimentante su parte de la prestación⁶⁶³. NÚÑEZ ZORRILLA apunta que la mancomunidad no es el régimen que mejor se adapta a la forma de

⁶⁶⁰ Cfr. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato..., op. cit.*, p. 411.

⁶⁶¹ Vid. STS de 13 de julio de 1985, SAP de Cuenca de 14 de enero de 1997, SAP de Lugo de 11 de abril de 2002.

⁶⁶² Art. 1137 del CC. La solidaridad, por otro lado, no necesariamente tiene que ser pactada expresamente, sino que debe interpretarse, así, cita BERENGUER ALBALADEJO el caso de la STS de 25 de mayo de 2004, en que los hijos se habían repartido el cuidado de los partes por turnos de 24 horas; en este caso no existe voluntad de dividir la deuda sino de que los padres no queden desasistidos en ningún momento, BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato..., op. cit.*, p. 365. Casos en los que se pactó la solidaridad son, por ejemplo, los de las siguientes sentencias: STS de 12 de julio de 2008, STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2003, SAP de Jaén de 7 de junio de 2010, SAP de Valencia de 15 de junio de 2009, SAP de Castellón de 9 de enero de 2007, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 29 de mayo de 2003, SAP de Cuenca de 14 de enero de 1997, SAP de Las Palmas de 15 de octubre de 1985.

⁶⁶³ BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato de Alimentos*, Dykinson, 2012, p. 357-358. Dice la autora que para determinar si una deuda de dar o hacer es o no divisible hay que atender al art. 1151 CC, por lo que serán divisibles aquellas que sean susceptibles de cumplimiento parcial o realizables en una pluralidad de actos y valorar si su cumplimiento fraccionado satisfaría o no el interés del acreedor. Por su parte, la jurisprudencia también lo considera así en la mayoría de los casos: SAP de La Coruña de 4 de julio de 2000.

cumplimiento de este tipo de obligaciones pues suele suceder que la prestación consista en dar cosas materiales, y no una suma dineraria, o en la prestación de servicios que por su naturaleza no son fáciles de distribuir entre distintos deudores⁶⁶⁴.

3.5. Contrato a favor de tercero

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad, destaca su particular utilidad en los casos en que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital, en beneficio de un hijo con discapacidad.

Este es el caso en que está pensando la Ley en particular al posibilitar que se pueda realizar el contrato de esta manera, pero en la práctica se da con frecuencia el caso de que habiendo pluralidad de alimentistas, se haya pactado la prestación de manera simultánea o sucesiva, fallecido uno o el primero de los alimentistas queda un beneficiario que, al no ser además cedente, o de ser los bienes cedidos gananciales, se extingue el contrato primero y surge uno nuevo como estipulación a favor de tercero.

La Ley, sin embargo, sólo menciona esta posibilidad en la citada Exposición de Motivos, pero no desarrolla nada acerca de ella en el articulado⁶⁶⁵.

De acuerdo al art. 1257.2 del Código Civil, el tercero beneficiario, en este caso el alimentista, puede también, además de poder hacerlo el cedente, exigir el cumplimiento del contrato, siempre que haya hecho saber su aceptación al obligado antes de que la estipulación a su favor fuera revocada. Dicha aceptación, sin embargo y según la opinión mayoritaria, no es requisito para la adquisición del derecho.

⁶⁶⁴ Cfr. NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “Comentarios a los artículos 1791 a 1797 del Código Civil sobre el contrato de alimentos vitalicio”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 3 (julio-septiembre de 2005), p. 430-431. También en “La nueva regulación del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 601. En cuanto a la jurisprudencia, también en este sentido se manifiesta a la SAP de La Coruña de 4 de junio de 2000.

⁶⁶⁵ BERENGUER ALBALADEJO cree que es una clara incoherencia del legislador al conceder especial utilidad a la posibilidad de celebrar estos contratos a favor de un tercero y no dedicar posteriormente ningún precepto legal a regular el supuesto, sobre todo teniendo en cuenta los numerosos problemas que esta forma de configurar el contrato ocasiona. Cfr. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 419.

Se discute si el tercero beneficiario dispone de la facultad de solicitar la resolución del contrato por el incumplimiento del alimentante. GONZÁLEZ PACANOWSKA cree que el tercero no puede pedir la resolución del contrato⁶⁶⁶, mientras que MESA MARREO cree que sí puede, y dice que “siendo cierto que el tercero no interviene en el otorgamiento del contrato, también lo es que al prestación de alimentos se estipula a su favor y, consiguientemente, el derecho de crédito que se le transfiere en virtud del contrato también debe llevar aparejado todas las facultades que corresponden a su titular, lo que significa que el alimentista podrá disponer tanto de la facultad de exigir el cumplimiento como de instar la resolución del contrato. Ésta parece ser, además, la opción escogida por el legislador, puesto que el art. 1795 CC se limita a establecer que el incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista –sin distinguir si éste es el cedente de los bienes o el tercero a cuyo favor se establece la prestación –, a optar entre exigir el cumplimiento del contrato o bien su resolución”⁶⁶⁷.

Por último, se ha señalado la posibilidad de que el alimentista sea un *nasciturus*. ECHEVARRÍA DE RADA entiende que debe admitirse, dado que si bien la relación asistencial debe estar presente al tiempo de celebrarse el contrato, ello no implica que tenga que prestarse de forma inmediata⁶⁶⁸. Debe extenderse también la posibilidad al *concepturus*, y los efectos si llega a nacer y ser persona serán desde que fue concebido⁶⁶⁹.

En esta modalidad de contrato a favor de tercero debemos estudiar una figura que no surge cuando el alimentante es a su vez el cedente del bien o derecho. En caso de que se realice a favor de tercero existe un cedente que no es el beneficiario de los alimentos. Este sujeto podrá ser una persona física o jurídica y deberá tener capacidad general para contratar.

⁶⁶⁶ Cfr: GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, “Comentarios al art. 1257 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1, Edersa, Madrid, 1992, p. 403. Esto es lo que afirma mayoritariamente la doctrina.

⁶⁶⁷ MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 84. En este sentido también, y haciendo un concienzudo análisis que merece la pena estudiar detenidamente, BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 429-447.

⁶⁶⁸ Cfr: ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 77.

⁶⁶⁹ Cfr: BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 426.

3.6.El alimentante persona jurídica

Como dice NÚÑEZ ZORRILLA, es un supuesto frecuente en la práctica en aquellas ocasiones en las que la persona de avanzada edad, el enfermo o el discapacitado no tiene familiares o teniéndolos, no puedan hacerse cargo de él por ejemplo, por la complejidad o gravedad de su estado de salud que exige una atención profesional, por lo que acude a una entidad que le prestará las atenciones necesarias a cambio de la una contraprestación, generalmente la entrega de una suma periódica, finalizando los servicios de dicha entidad cuando fallezca el alimentista⁶⁷⁰.

4. Elemento objetivo: contenido del contrato

4.1.La prestación del alimentista y del cedente

La STS de 2 de julio de 1992 señalaba que “nada tiene que ver el contrato denominado “vitalicio”, creador de obligaciones recíprocas entre los otorgantes, con la obligación *ex lege* de alimentos entre parientes”.

Propiamente debemos hablar sólo de la obligación del cedente y no del alimentista, para el caso de que se trate de personas distintas, dado que la entrega del bien o derecho es obligación propia de aquél y no de éste, salvo, lógicamente, cuando sean la misma persona, en cuyo caso se confundirán ambas posiciones y también el alimentista será cedente.

⁶⁷⁰ Cfr: NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 600.

La obligación del cedente, pues, consiste en entregar al alimentante un capital, en bienes o en derechos, por lo que pueden ser bienes muebles, inmuebles o cualquier clase de derechos⁶⁷¹. COBACHO GÓMEZ apunta que dado que el legislador no ha precisado qué clase de bienes o derechos, no hay problema en que el cedente dé una cantidad dineraria a cambio de la prestación del alimentante⁶⁷². NÚÑEZ ZORRILLA afirma que incluso puede consistir en una prestación de actividad, como por ejemplo colaborar en la realización de las faenas domésticas o en el cuidado de los hijos del cesionario o prestar unos servicios concretos en la profesión o industria de éste⁶⁷³.

Habitualmente, el alimentista es también quien cede un bien o un derecho propio a cambio de la prestación del alimentante. Así, en la mayoría de los casos el alimentista se obliga a la transmisión de un bien normalmente inmueble, si bien también es bastante frecuente que para garantizar el cumplimiento de la prestación por parte del alimentante el cedente transmita la nuda propiedad del bien y se reserve el usufructo vitalicio⁶⁷⁴, para seguir disfrutando mientras viva del bien cedido así como de los frutos o rendimientos que genere⁶⁷⁵.

4.2.La prestación del alimentante

⁶⁷¹ Así, por ejemplo, las STS de 21 de octubre de 1992, en la que la prestación consistía en el traspaso de un local de negocio; la STS de 17 de julio de 1998, en la que la prestación consistía en metálico, acciones, obligaciones y bienes muebles; la SAP de Zaragoza de 6 de febrero de 1990, en la que el alimentista cede bienes inmuebles, su pensión de jubilación y hace una transferencia favor de ambos, alimentista y alimentante; SAP de Las Palmas de 15 de octubre de 1985; SAP de Soria de 3 de octubre de 2004; STS de 11 de julio de 1997. ECHEVARRÍA DE RADA opina para el caso de la condonación de una deuda como contraprestación a la de alimentos no puede hablarse propiamente de condonación, dado que el perdón lo sería “a cambio de algo”. ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 89. Por el contrario, otros autores opinan que sí podría, como NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “Comentario a los artículos 1791 a 1797 del Código Civil...”, *op. cit.*, p. 434 y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, “El contrato...”, *op. cit.*, p. 1549.

⁶⁷² *Cfr.* COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Del antiguo al nuevo contrato...”, *op. cit.*, p. 80. Dice BERENGUER ALBALADEJO que “no puede ponerse en duda que el alimentista podrá transmitir no sólo el derecho de propiedad sobre los bienes, sino también cualquier derecho real limitado sobre los mismos”, BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 477. También en este sentido CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, “El contrato...”, *op. cit.*, p. 1549.

⁶⁷³ *Cfr.* NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 606.

⁶⁷⁴ *Vid.* STS de 28 de julio de 1998, STS de 1 de julio de 1982, STS de 30 de noviembre de 1987.

⁶⁷⁵ En este sentido, MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 91, y BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 483.

El art. 1791 CC dice que el alimentante se obliga a proporcionar vivienda, manutención y *asistencia de todo tipo* al alimentista. Esta última expresión, como dice ECHEVARRÍA DE RADA, “ha llevado a cierta posición doctrinal a admitir la posibilidad de configurar dos situaciones negociales distintas. La primera consistiría en celebrar un contrato de alimentos en sentido estricto en el que la única obligación del cesionario sería la de cubrir las necesidades económicas del alimentista, En tal caso estaríamos ante una prestación no de dar y hacer, sino sólo de dar que, al no comprender el elemento asistencial, alejaría el contrato de alimentos del Código civil del contrato de vitalicio. La segunda posibilidad sería la de celebrar un contrato de alimentos como vitalicio siempre que las partes hayan acordado expresamente no sólo la asistencia material, sino también la afectiva. En este supuesto, el cesionario asumiría una prestación mixta de dar y hacer. En definitiva, el legislador estatal no ha dotado de carácter imperativo al deber de asistencia en el contrato de alimentos, influido probablemente por cierta corriente jurisprudencial⁶⁷⁶ que admite que la prestación del cesionario pueda consistir en la satisfacción de una pensión de alimentos en sentido estricto, sin asistencia, o en sentido amplio, con asistencia y cuidados”⁶⁷⁷. La autora cree, como una parte de la doctrina, que la prestación debe comprender no sólo la asistencia material, sino también la afectiva, que es un rasgo esencial del contrato de alimentos⁶⁷⁸.

Por ello, se dice que la obligación del alimentante es compleja, pues consiste no sólo en proporcionar lo necesario para atender el sustento del alimentista, sino también

⁶⁷⁶ Y también por cierto sector de la doctrina, como MESA MARRERO, que entiende que “aunque el tenor de la norma parece imponer un contenido tasado a la obligación alimenticia, es más razonable pensar que el legislador sólo ha pretendido enunciar las posibles prestaciones que podrían incluirse en la obligación que asume el alimentante, de manera que ésta tendrá la extensión que las partes acuerden en el contrato, tal y como establece el art. 1793 CC... Así pues, el contenido de la prestación del alimentante dependerá de la voluntad de las partes”, MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 93. La autora cita, además, a LLAMAS POMBO (LLAMAS POMBO, E., “La tipificación del contrato de alimentos”, en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, p. 210) que afirma que “la única interpretación sensata de la expresión “vivienda, manutención y asistencia de todo tipo”, contenida en el artículo 1791, obliga a entender esos tres elementos de la obligación alimenticia en términos disyuntivos o meramente enunciativos”.

⁶⁷⁷ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 93-94.

⁶⁷⁸ También en este sentido BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 519.

en prestarle determinados servicios de carácter asistencial⁶⁷⁹. Así, por un lado el alimentante se obliga a proporcionar bienes meramente materiales y, por otro, servicios o actividades de naturaleza eminentemente personal⁶⁸⁰.

Al existir una *pluralidad de prestaciones*, entendiendo que, algún autor apunta, debe poder conocerse cuál de ellas es de mayor importancia para el alimentista, para poder establecer, en caso de cumplimiento parcial, si se ven satisfechas las necesidades que ha querido cubrir mediante el contrato. MESA MARRERO destaca la utilidad en este punto de configurar la prestación más importante como principal y como accesorias las demás⁶⁸¹.

En lo que se refiere a la cuantía, es importante destacar que no depende de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal del que las recibe. Por ello, dice ECHEVARRÍA DE RADA, en ausencia de pacto, la cuantía de la prestación se valorará en función de las necesidades del alimentista, con independencia de la situación económica de las partes⁶⁸². Ello, sin embargo, como opina la mayoría de la doctrina, sin llegar a acabar con el fin asistencial del contrato: “Mientras en el caso de los alimentos legales ha de existir una situación de necesidad determinada por la falta de recursos económicos para subsistir, en el contrato de alimentos la situación de necesidad se basa, fundamentalmente, en la carencia de una atención y cuidado personal y afectivo; de hecho, en el contrato que examinamos ha existido una previa transmisión patrimonial por parte del cedente –que, por tanto, no carece totalmente de recursos económicos –”⁶⁸³.

Por lo que se refiere a la calidad de la prestación⁶⁸⁴, en defecto de pacto, éste debe ser la calidad media del art. 1167 CC. En este sentido, dice COBACHO GÓMEZ en el caso de la STS de 21 de octubre de 1992, que la sentencia no tiene en cuenta “el

⁶⁷⁹ Cfr: MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 92.

⁶⁸⁰ Cfr: BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, op. cit., p. 519.

⁶⁸¹ MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 94.

⁶⁸² Cfr: ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 101.

⁶⁸³ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 103.

⁶⁸⁴ Es famoso y lo citan con frecuencia los autores, el caso de la STS de 21 de octubre de 1992, en el que el alimentante se había comprometido a dar en su restaurante la comida de medio día y la cena durante toda la vida a los alimentantes.

alcance que deba darse a la circunstancia de que el deudor haya estado más de dos años cumpliendo la prestación de una determinada forma. No debe olvidarse a este respecto el artículo 1282 CC que dice que para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato. Es decir que el artículo ordena atender en la interpretación del contrato a todo el comportamiento completo de las partes, desde los tratos preliminares hasta los actos ejecutivos de los pactado”⁶⁸⁵. En todo caso, por lo que especifica el art. 1793, la prestación, salvo pacto de las partes, no puede depender de los cambios que afecten a la capacidad económica y a las necesidades del alimentante ni de las que afecten al caudal del alimentista. Sí dependerá, lógicamente, de las necesidades del alimentista.

En cuanto al lugar de cumplimiento⁶⁸⁶, me extenderé más en este tema cuando trate la convivencia de las partes.

La obligación del alimentante es continuada durante cierto tiempo.

4.3. Incumplimiento de la prestación del alimentante

El incumplimiento⁶⁸⁷ se trata por parte de los autores, de la jurisprudencia⁶⁸⁸, y del propio CC, desde la perspectiva de que incumpla el alimentante, dado que el incumplimiento del cedente, sea alimentista o no, es muy infrecuente, porque

⁶⁸⁵ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Comentarios a la STS de 21 de octubre de 1992”, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (septiembre-diciembre de 1992), p. 945.

⁶⁸⁶ Existe gran variedad de supuestos que se dan en la jurisprudencia, por ejemplo: SAP de Cuenca de 5 de junio de 2003, SAP de Lugo de 29 de octubre de 2004 y la STSJ de Galicia de 7 de abril de 2004, STS de 21 de octubre de 1992 (ver COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Comentarios a la STS de 21 de octubre de 1992”, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil –septiembre-diciembre de 1992 – p. 935 a 947).

⁶⁸⁷ Con carácter general, existe incumplimiento de la obligación en todos aquellos casos en que el deudor no ejecuta la prestación debida o éste no se realiza conforme a lo pactado, es decir, en las condiciones y en el tiempo previsto, lo que impide la satisfacción del interés del acreedor. *Cfr.* MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 121. BERENGUER ALBALADEJO dice que “con carácter amplio y general podemos afirmar que *incumplir* una obligación equivale a no llevar a cabo la exacta prestación debida. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 614.

⁶⁸⁸ ECHEVARRÍA DE RADA dice que, de hecho, no se ha encontrado ninguna sentencia al respecto del incumplimiento del cedente. *Cfr.* ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 125.

normalmente entrega el bien o derecho inicialmente, y porque plantea pocos problemas, ya que puede el cesionario acudir al art. 1124 CC y solicitar la resolución. El art. 1795 CC sólo regula la resolución para el caso de incumplimiento por parte del alimentante.

En caso de incumplimiento por parte del cedente, que responde también por el saneamiento por evicción, vicios ocultos y gravámenes ocultos, en términos similares a como lo hace el vendedor en un contrato de compraventa, cuando incumpla la obligación correspondiente podrá escoger entre resolver el contrato o exigir el cumplimiento forzoso junto con el resarcimiento de los daños e intereses.

En caso de incumplimiento del alimentante, el alimentista, por aplicación de las normas sobre obligaciones recíprocas⁶⁸⁹ y por lo establecido expresamente en el artículo 1795 CC, puede exigir el cumplimiento o la resolución del contrato⁶⁹⁰. En caso de exigir el cumplimiento se abonarán también los alimentos devengados con anterioridad a la demanda. La dificultad de su abono es obvia en el caso de los cuidados y el afecto no satisfechos en su momento. Igualmente, “debe valorarse que tal prestación, además del abono de unas cantidades para la manutención o la prestación de vivienda, comprende la asistencia de todo tipo y, por tanto, si el deudor no quiere colaborar, no podrá obtenerse la ejecución coactiva de tales obligaciones, por lo que la demanda continuará en su caso para obtener un cumplimiento equivalente pecuniario, solución que rara vez satisfará al alimentista, que puede verse abocado a nuevos incumplimientos, por lo que seguramente optará por hacer uso de la posibilidad que la brinda el artículo 1792, si está en situación de hacerlo, o por la resolución del contrato”⁶⁹¹. La dificultad no estriba sólo

⁶⁸⁹ Actualmente el art. 1795 del CC expresamente concede esta posibilidad. Antes de esto en la doctrina y jurisprudencia se discutía si podía aplicarse la resolución y el art. 1805 CC por analogía con la renta vitalicia, en ausencia de pacto sobre el respecto. Así, en la STS de 1 de julio de 1982 (en la misma línea, la STS de 2 de julio de 1992) afirmaba que el vitalicio, como contrato innominado y atípico, debía regirse por lo pactado entre las partes “con la cobertura legal, común a toda clase de vitalicio como contrato oneroso que el Código civil regula, es decir la renta vitalicia, cuyas normas establecidas en los arts. 1802 a 1808, ambos inclusive, habrán de ser aplicadas, analógicamente, atemperadas a las especialidades de cada supuesto”; Por su parte, la STS de 21 de octubre de 1992 y la STS de 17 de julio de 1998 afirmaban que al ser un contrato atípico y unilateral (porque entiende que sólo contiene obligaciones para una de las partes), no es aplicable la facultad resolutoria del art. 1124 CC por lo que, a falta de pacto expreso, el incumplimiento sólo puede dar lugar a exigir el cumplimiento. El art. 99 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, lo admitía expresamente.

⁶⁹⁰ No cabe el ejercicio simultáneo de ambas, por lo que debe elegir una, como expresa la STS de 29 de julio de 1996.

⁶⁹¹ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 134; GÓMEZ LAPLAZA, MARÍA DEL CARMEN, “Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato...”, *op. cit.*, p. 172; COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Del antiguo al nuevo contrato...”, *op. cit.*, p. 86.

en los *cuidados devengados* sino también en los que se deban a partir de la condena al cumplimiento forzoso, que plantea grandes dificultades dado lo peculiar de la prestación, que no sólo consiste en proporcionar vivienda y manutención sino también asistencia de todo tipo⁶⁹².

Debe aplicarse aquí también la modificación de la prestación y su sustitución por una pensión periódica (se trata más adelante), dado que puede concurrir una circunstancia grave que impida la convivencia de las partes y que tal circunstancia surja por el incumplimiento del alimentante, por lo que nada impide que pueda aplicarse también en este supuesto, contando entonces el alimentista con tres opciones a elegir cuando exista incumplimiento: exigir el cumplimiento, la resolución o la modificación de la prestación⁶⁹³. Así lo afirma, además, el art. 1795 al remitirse al 1792 expresamente. NÚÑEZ ZORRILLA incluye también esta opción pero como una modalidad de cumpliendo forzoso englobándola dentro de él. Y expresa que “dentro de esta segunda opción, cabe perfectamente la posibilidad, a mi parecer, de que el acreedor pueda exigir la conversión de la prestación de hacer en la entrega de una pensión dineraria periódica... no hay inconveniente en que el cumplimiento por equivalente se lleve a cabo de esta forma, que a mi modo de ver permite además expresamente el propio art. 1795 C.c... quedando englobada dentro del art. 1795 C.c también esta otra posible forma de cumplimiento forzoso”⁶⁹⁴.

Determinar la existencia de incumplimiento del contrato por el alimentante plantea importantes dificultades de prueba⁶⁹⁵, por el contenido ético y personal de las

⁶⁹² *Cfr.* COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Acerca del contrato..., *op. cit.*, p. 928.

⁶⁹³ Entre otros, BERENGUER ALBALADEJO, que dice que a raíz de la tipificación del contrato el alimentista cuanta con una triple vía de actuación cuando exista incumplimiento del alimentante: exigir el cumplimiento, solicitar la resolución o pedir que la prestación de alimentos se convierta en una obligación de pagar, por plazos anticipados, una cantidad de dinero actualizable, en la cuantía prevista en el contrato o, en defecto de pacto, en la cuantía fijada por el juez. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 630.

⁶⁹⁴ NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos..., *op. cit.*, p. 621.

⁶⁹⁵ *Vid.*, entre otras: STS de 7 de abril de 1960, STS de 28 de mayo de 1965, STS de 9 de julio de 2002, STS de 1 de julio de 2003, SAP de Córdoba de 8 de febrero de 1994, SAP de Alicante de 18 de noviembre de 2005, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 11 de julio de 2007, SAP de Cáceres de 22 de enero de 2007, SAP de Málaga de 5 de marzo de 2007, SAP de Navarra de 7 de marzo de 1992, SAP de La Coruña de 26 de septiembre de 2009, SAP de Baleares de 19 de enero de 1998, SAP de Baleares de 13 de mayo de 1997, SAP de Badajoz de 18 de septiembre de 2000, SAP de Murcia de 18 de febrero de 2003, SAP de Vizcaya de 1 de febrero de 2006, SAP de La Coruña de 26 de noviembre de 2009. La STS de 2 de julio de 1992, por su parte, estimó la pretensión de resolución con fundamento en el art. 1124 CC

obligaciones asumidas. La naturaleza de las prestaciones que integran la obligación de alimentos derivada del contrato dificulta la apreciación del incumplimiento, sobre todo cuando se trata de valorar si efectivamente el alimentante ha cumplido con los deberes de índole personal o asistencial, es decir, cuidar, acompañar y asistir al alimentista⁶⁹⁶. En estos casos, la apreciación del incumplimiento es más subjetiva que objetiva, de hecho, lo que suele ocurrir es que la relación personal entre alimentista y alimentante se deteriora hasta tal punto que las fricciones impiden el normal cumplimiento de la prestación, especialmente cuando se ha pactado la convivencia⁶⁹⁷. En este sentido, afirma MESA MARRERO que “las dificultades probatorias se complican en algunos casos hasta el punto de que, como en el supuesto comentado anteriormente, resulta prácticamente imposible acreditar el incumplimiento de la obligación”⁶⁹⁸. GÓMEZ LAPLAZA, por su parte, dice que “estamos ante un terreno en el que las obligaciones asumidas por el alimentante se tiñen de carácter ético y de un personalismo de perfiles poco nítidos”⁶⁹⁹.

Una cuestión de especial importancia es cuando existe una conducta obstativa por parte del alimentista que hace imposible el cumplimiento de la prestación del alimentante⁷⁰⁰. En estas situaciones, es fundamental que el alimentante mantenga la voluntad de cumplir la obligación a pesar de la conducta del alimentista⁷⁰¹. LA STS de

dado que consideró probado el incumplimiento. En este mismo sentido también, la STS de 26 de febrero de 2007, la SAP de Jaén de 8 de octubre de 2002, la SAP de Asturias de 26 de julio de 2004, la SAP de Pontevedra de 30 de octubre de 2007 y la SAP de Murcia de 18 de febrero de 2003, que revocó la sentencia de Primera Instancia, que había desestimado la demanda por considerar aplicable al caso el art. 1805 CC, que impide la posibilidad de resolución contractual por incumplimiento, y declara resuelto la Sala el contrato por aplicación del art. 1124 del CC.

⁶⁹⁶ BERENGUER ALBALADEJO se pregunta ¿cómo saber si el alimentante ha llevado a cabo su prestación con el cariño o afecto que el alimentista requería? ¿cómo valorar si la compañía o el apoyo moral eran adecuados para evitar la sensación de soledad del alimentista?, *cf.* BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 617.

⁶⁹⁷ *Cfr.* MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 122.

⁶⁹⁸ MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁹⁹ GÓMEZ LAPLAZA, MARÍA DEL CARMEN, “Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato...”, *op. cit.*, p. 162.

⁷⁰⁰ *Vid.* la SAP de La Coruña de 25 de noviembre de 2009, SAP de Baleares de 22 de noviembre de 2004, STSJ de Galicia de 7 de abril de 2004, SAP de Valencia de 12 de septiembre de 2005, SAP de Córdoba de 13 de enero de 2005, SAP de Tarragona de 2 de julio de 2008, STS de 1 de julio de 2003.

⁷⁰¹ *Cfr.* ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato...*, *op. cit.*, p. 129. LAMBEA RUEDA plantea la posibilidad de que pueda haber consignación aunque reconoce su dificultad práctica, LAMBEA RUEDA, ANA, “Caracteres del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 37.

9 de julio de 2002 considera que no hay incumplimiento imputable a los alimentantes que tienen la voluntad de cumplir, sino que es la alimentista quien ha vulnerado el desarrollo del contrato pactado al mantener una conducta obstativa⁷⁰².

ECHEVARRÍA DE RADA opina que “para evitar toda duda, ante un contrato de alimentos en el que las obligaciones del alimentante dejan de cumplirse, si se debe a una conducta obstativa por parte de la alimentista, aquél debe manifestar su voluntad de seguir cumpliendo; si, por el contrario, el alimentante deja de cumplir por causas a él imputables, el alimentista debe practicar el correspondiente requerimiento”⁷⁰³.

Los efectos de la resolución se producen *ex tunc*, de manera que el alimentante deberá restituir los bienes o derechos que recibió como contraprestación y el alimentista el equivalente pecuniario de las prestaciones recibidas. Del mismo modo que el alimentista devolverá el equivalente pecuniario dada la imposibilidad de devolver las prestaciones recibidas *in natura*, si el alimentante no pudiera devolver lo que recibió, deberá también resarcir al alimentista con un equivalente pecuniario. La restitución a la que debe proceder el alimentista puede quedar aplazada total o parcialmente por decisión judicial en atención a las circunstancias, en su beneficio.

El art. 1796 CC establece que, resuelto el contrato, “habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit que le permita constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida”. Para ECHEVARRÍA DE RADA, “el artículo 1796 debe interpretarse en conexión con el artículo 1795, de forma que, puesto que la restitución de las prestaciones, en principio y sin perjuicio de los matices contemplados por éste último precepto, debe realizarse por ambas partes contractuales, tal obligación pueda implicar una situación para el alimentista, derivada de la resolución de la relación contractual, que no le permita concertar un nuevo contrato de alimentos, posibilidad ésta que, entiendo, quiere evitar el legislador cuando menciona la constitución de una pensión análoga. Es decir, en caso de resolución el alimentista debe recibir un capital en bienes o derechos suficientes para constituir un nuevo contrato de alimentos”⁷⁰⁴. COBACHO GÓMEZ manifiesta que no se entiende bien el por qué de la

⁷⁰² Cfr. ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 130.

⁷⁰³ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato...*, op. cit., p. 133.

⁷⁰⁴ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 143-144.

previsión de ese superávit, dado que los bienes deben restituirse, y entiende que la explicación que cabe darle al término es que se pretende que si al alimentista no pueden devolver los mismos bienes que previamente se transmitieron al alimentante, que reciba bienes que le permitan instituir una pensión. Entiende también que exista una confusión en el art. 1796 al prever que el alimentista pueda constituir de nuevo una pensión análoga, pretendiendo que el contrato de alimentos se sustituya por uno de renta vitalicia, adoleciendo la redacción de una confusión porque se parte de la existencia de un contrato de alimentos y no existía pensión alguna⁷⁰⁵.

Ante las variadas cuestiones que se plantean con respecto a la resolución contractual, entre otras, si debe tenerse en cuenta el patrimonio del alimentista a la hora de decidir sobre la restitución, la autora afirma que “el Legislador ha introducido la regulación del contrato de alimentos en el Código civil, aprovechando una Ley promulgada con la finalidad de proteger patrimonialmente a las personas con discapacidad. Sin embargo, en esa regulación no se ha contemplado distinción alguna en función de los sujetos, o mejor dicho de la situación personal o patrimonial de las partes contratantes. Como sabemos, donde la Ley no distingue el intérprete no debe distinguir, y como el artículo 1796 Cc no contempla distinción alguna, en principio, debe considerarse aplicable a todo supuesto de resolución de un contrato de alimentos por incumplimiento de alimentante. En apoyo de esta interpretación, podemos invocar, además, el artículo 1793 Cc en virtud el cual la extensión y calidad de la prestación será la pactada y, en defecto de pacto en contra, no va a depender de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado, ni de las del caudal del que las recibe. Por tanto, a mi juicio, las consecuencias de la resolución tampoco tienen que depender de la situación patrimonial del alimentista”⁷⁰⁶.

Otra de las cuestiones polémicas acerca del incumplimiento del contrato de alimentos, y que ya se planteaba en el vitalicio, es la disparidad de criterios sobre la aplicación de la facultad de resolución del art. 1124 CC, puesto que algunas sentencias consideran que es de carácter unilateral⁷⁰⁷, y lo consideran una modalidad de la renta

⁷⁰⁵ Cfr. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Acerca del contrato...”, *op. cit.*, p. 930.

⁷⁰⁶ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato...*, *op. cit.*, p. 144-145.

⁷⁰⁷ *Vid. la STS de 21 de octubre de 1992.*

vitalicia⁷⁰⁸, por lo que deben aplicársele sus normas analógicamente. Dice MESA MARREO, respecto del primer argumento, que “se trata de un criterio aislado que no coincide con la verdadera estructura y naturaleza de la relación contractual constituida, pues resulta erróneo afirmar que del contrato sólo surgen obligaciones para una de las partes; por el contrario, es obvio que son dos las obligaciones que surgen; la del alimentante que se compromete a realizar la prestación alimenticia convenida, y la del alimentista que a cambio de ello le transmite un bien o derecho”⁷⁰⁹. La mayoría de las sentencias, no obstante, lo consideran bilateral y sinalagmático y le aplican la facultad resolutoria del art. 1124 CC⁷¹⁰. Todo ello, cuando no existía la regulación actual del contrato de alimentos, pues actualmente, los arts. 1795 y 1796 recogen expresamente esta posibilidad. Así, dice que 1795.1 que cuando el alimentante no cumpla la obligación de alimentos el alimentista podrá optar entre exigir el cumplimiento o resolver el contrato, igual que en el art. 1124 CC. De hecho contiene una remisión expresa a éste al disponer que, tanto si opta por el cumplimiento como si se decanta por la resolución, se aplicarán las reglas generales de las obligaciones recíprocas. Esta remisión implica dos consecuencias: junto con la posibilidad de optar por una de las dos cosas el alimentista puede exigir también una indemnización por los daños y perjuicios sufridos y que en todo lo no previsto por el art. 1795 se aplicará subsidiariamente la doctrina sentada respecto al art. 1124 CC⁷¹¹.

4.4.Modificación del contrato: la pensión sustitutiva

Cuando la prestación del alimentante no pueda cumplirse por prelación del obligado al alimentista o por la concurrencia de circunstancias graves que dificulten la

⁷⁰⁸ Entre otras, la STS de 1 de julio de 1982.

⁷⁰⁹ MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 134.

⁷¹⁰ *Vid.* STS de 28 de mayo de 1965, STS de 3 de noviembre de 1988, STS de 2 de julio de 1992, STS de 17 de julio de 1998, STS de 1 de julio de 2003 (esta ya con la aplicación de la nueva regulación que la contempla expresamente), SAP de Córdoba de 29 de marzo de 1995, SAP de Jaén de 8 de octubre de 2002, SAP x de 5 de junio de 2003, SAP de Orense de 2 de diciembre de 2003, STSJ de Galicia de 11 de junio de 1996, STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 1997.

⁷¹¹ *Cfr.* BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 615.

pacífica convivencia de las partes⁷¹², el art. 1792 del Código Civil posibilita que pueda sustituirse por el pago de una pensión periódica, si lo solicitan, en caso de fallecimiento del alimentante, sus herederos o el propio alimentista⁷¹³, o ambas partes también, en el otro supuesto. En cualquier caso, la modificación debe solicitarse, y no se aplica automáticamente⁷¹⁴.

Se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de esta prestación sustitutiva. Cierta sector doctrinal afirma que se trata de una transformación del contrato de alimentos en una de renta vitalicia⁷¹⁵. Para otros, sin embargo, la sustitución no desnaturaliza el contrato de alimentos⁷¹⁶.

La facultad de solicitar la modificación es irrenunciable, puesto que “el contrato de alimentos puede celebrarse por personas que busquen una atención o cuidado esencialmente asistencial, no sólo de contenido económico, sino también afectivo y emocional”⁷¹⁷, y para que la relación entre los obligados resulte beneficiosa para ambos, éstos deben *congeniar*. En este sentido, se debe destacar lo que dice la ya citada STS de 9 de julio de 2002, que afirma que “no se puede obligar a quien no quiere en una

⁷¹² Aunque no se haya pactado la convivencia, también puede aplicarse la sustitución. Entre otros, afirma esto *cf.*: MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 101. Dice NÚÑEZ ZORRILLA que “la aplicación del precepto queda circunscrita no únicamente a los supuestos de convivencia en los que las partes habitan en una misma casa, sino también a los casos en los que no conviviendo en el mismo hogar, la prestación implique un tipo de asistencia o de cuidados personales que aun no llevándose a cabo en un domicilio común, exijan de todas formas una relación de confianza, afecto y entendimiento que sigue siendo necesaria y esencial para que la relación tenga continuidad y pueda alcanzar la finalidad que persigue”, NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 616.

⁷¹³ Afirma ECHEVARRÍA DE RADA que es lógico que el CC dé también esta posibilidad a los herederos y no sólo al alimentista, puesto que habrá que valorar si existe para ellos una dificultad extraordinaria en la ejecución, así como si existe una alteración tan relevante para el acreedor que ya no pueda satisfacer sus intereses. *Cf.*: ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 110.

⁷¹⁴ Esto afirma COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Del antiguo al nuevo contrato...”, *op. cit.*, p. 83.

⁷¹⁵ Como COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Del antiguo al nuevo contrato...”, *op. cit.*, p. 74, donde afirma que “la muerte del obligado o la dificultad impeditiva de la convivencia provoca que el contrato de alimentos se convierta en un contrato de renta vitalicia”; También, LAMBEA RUEDA, ANA, “Caracteres del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 31 y MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 101.

⁷¹⁶ *Vid.* RAGEL SÁNCHEZ, “El contrato de alimentos”, en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, p. 310; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, “El contrato...”, *op. cit.*, p. 1556.

⁷¹⁷ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 111. En este sentido también NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “Comentarios a los artículos 1791 a 1797 del Código Civil...”, *op. cit.*, p. 323-324.

relación como la que nos ocupa, donde por encima de lo establecido, de ámbito económico o patrimonial, incide el necesario ajuste de dos o más personas en carácter, costumbres o aficiones para lograr la convivencia, es decir, en lo que se denomina congeniar⁷¹⁸.

Un punto que ha suscitado polémica es el de la interpretación que deba darse al término *circunstancia grave* que impida la convivencia, para que una de las partes pueda solicitar la sustitución de la prestación. El problema, además, será de prueba. ECHEVARRÍA DE RADA cree que debe interpretarse de manera amplia⁷¹⁹, incluyendo los casos de enfermedad grave, el traslado a un lugar en el que no pueda cumplir su obligación o su incapacitación. Desde luego, no es circunstancia grave la de que venga el alimentante a peor fortuna, porque no se trata de la obligación de alimentos entre parientes. Afirma MESA MARRERO que “la intención del legislador no es otra que posibilitar la modificación de la prestación siempre que exista alguna razón de peso que afecte seriamente la pacífica convivencia de las partes, de forma que cualquier situación que altere el desarrollo normal de la relación obligatoria podrá justificar la modificación de su prestación para lograr así la conservación del contrato”. La autora señala los casos más frecuentes son: la falta de entendimiento o de no congeniar o de otro tipo de diferencias irreconciliables, o un cambio sustancial en las circunstancias personales del alimentante, como por ejemplo una enfermedad grave que le impida el cumplimiento de la obligación o un nuevo matrimonio que no agrade al alimentista⁷²⁰. Para NÚÑEZ ZORRILLA la circunstancia que impida la continuidad de la prestación debe ser, como dice el precepto, *grave*, para que pueda dar lugar a la modificación, por lo que, para la autora, no sería suficiente una riña aislada o roces puntuales entre los sujetos⁷²¹. No puedo estar de acuerdo con la autora, dado que si el contrato de alimentos se fundamenta en la relación de confianza, aun incluso no dándose ninguna “riña” entre los sujetos, el mero hecho de que uno de ellos no desee continuar con la relación debería ser suficiente para poder solicitar la modificación, pues no hay causa más grave que la de la

⁷¹⁸ En este sentido ver también STS de 1 de julio de 2003, SAP de Navarra de 7 de marzo de 1992, SAP de Baleares de 2 de mayo de 2001.

⁷¹⁹ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 114.

⁷²⁰ *Cf.*: MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 101.

⁷²¹ *Cf.*: NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 616.

pérdida de confianza, se justifique en un hecho conflictivo concreto entre las partes o en la mera esfera íntima de uno de ellos.

Por otro lado, es también importante la cuestión de la determinación de esta prestación sustitutiva. Si las partes han pactado en el contrato la cuantía de dicha prestación, habrá que estar a lo acordado. El problema surge cuando las partes no hayan previsto nada al respecto. En este caso, el art. 1792 establece que debe acordarla el Juez, pero no proporciona ningún criterio para su establecimiento. Así, la SAP de Navarra de 7 de marzo de 1992, antes pues de la regulación del contrato, establece que debe estarse a lo que dice el art. 142 CC pero que también debe determinarse ponderando la contraprestación recibida. Por su parte, y con un criterio contrario a éste, la SAP de Baleares de 2 de mayo de 2001⁷²² dice que dado que el vitalicio no es un contrato conmutativo no tiene que existir equiparación entre las prestaciones, por lo que no tiene por qué tenerse en cuenta la contraprestación, y que sí deben tenerse en cuenta las prestaciones realizadas cuando se cumplían en especie, entre otros criterios⁷²³. COBACHO GÓMEZ afirma que la redacción originaria del artículo 142 CC se refería a la posición social de la familia que era un criterio que servía de medida para calcular la cuantía de las prestaciones en la obligación de alimentos entre parientes y que aunque se haya suprimido subyace a la hora de fijar los alimentos⁷²⁴. ECHEVARRÍA DE RADA propone como solución la de “realizar una valoración comparativa de los bienes al día de la fecha de la reclamación judicial respecto del de su fecha de entrega, de no haberse practicado reclamación anterior por cualquier otra vía, en su caso, pactada. A continuación, sobre el resultado de dicha comparación se realizaría una capitalización que podría matizarse por razones de equidad; así se podría proceder a calcular la variación porcentual en la determinación de las prestaciones efectivamente realizadas al alimentista, tomando como puntos de comparación la fecha inicial de dichas prestaciones. El porcentaje resultante podría, a su vez, verse variado por el incremento o

⁷²² Para ver más sentencias sobre el tema: SAP de Asturias de 31 de mayo de 2002, STS de 9 de julio de 2002.

⁷²³ A ambas sentencias las cita ECHEVARRÍA DE RADA en *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 117. La autora no está de acuerdo con este criterio de la segunda de ellas, dado que, como dice, “dentro de lo que permita dicha incertidumbre debe existir equiparación –o al menos proporcionalidad –... Lo cierto es que la aleatoriedad del contrato no resulta afectada en modo algún por el hecho de que se valoren las prestaciones de cada parte, porque ello no incide en la esencia de este tipo de relaciones jurídicas”, ECHEVARRÍA DE RADA en *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 118.

⁷²⁴ *Cfr.* COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Acerca del contrato...”, *op. cit.*, p. 927.

disminución de los bienes, como antes se ha indicado. De esta forma, restándose la aleatoriedad típica de este contrato podría fijarse una pensión que supondría el equivalente económico de las prestaciones que venían realizándose a la fecha del abandono del alimentista, teniendo en cuenta la evolución en el incremento de las prestaciones hasta ese preciso momento⁷²⁵.

En cualquier caso, el término *actualizable* que incluye el art. 1792 CC deja ver el interés del legislador por el hecho de que la pensión no pueda cumplir su función cuando haya transcurrido un cierto tiempo desde su establecimiento judicial o desde el pacto sobre la misma, por lo que el legislador entiende que la prestación debe ser revisada, como si de una pensión de alimentos entre parientes se tratase.

Por otro lado, la pensión debe abonarse por anticipado, en vez de a su vencimiento, como en el contrato de renta vitalicia.

Por su parte, debe destacarse que la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia no contempla esta posibilidad y establece la extinción del contrato por desistimiento unilateral del cesionario en el art. 152 y la resolución ejercitada por le cedente en el art. 153.

Muchos autores destacan, por último, que aunque razonable, la sustitución de la prestación por una pensión periódica no satisface el interés del alimentista. Así, MESA MARRERO, que propone una solución alternativa consistente en que los contratantes previeran en el propio contrato la posibilidad de desistimiento unilateral con las consecuencias económicas correspondientes. Según la autora, ello permitiría que ambas partes se liberasen de un vínculo contractual que ya no desean mantener y también sería beneficioso para el alimentista porque podría celebrar un nuevo contrato de alimentos para obtener la prestación que realmente satisfaga sus intereses⁷²⁶.

⁷²⁵ ECHEVARRÍA DE RADA en *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 118-119, citando a MARTÍNEZ HENS, H., “El contrato de alimentos en el Código Civil. Reflexión en torno a su sustantividad”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 3165.

⁷²⁶ *Cfr.* MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 106.

5. Distinción de otras figuras similares en Derecho Común⁷²⁷

5.1. La obligación legal de alimentos

De un análisis comparativo entre la institución de la obligación legal de alimentos entre parientes y el contrato de alimentos resultan más diferencias que similitudes⁷²⁸. Podemos resumir las diferencias entre ambas en cinco básicas: la obligación legal de alimentos se establece *ex lege*, mientras que el contrato de alimentos tiene su origen en el acuerdo de voluntades; los alimentos legales vinculan a ciertas personas entre sí que son consideradas parientes, mientras que en el contrato de alimentos puede regir entre cualesquiera personas; la obligación de alimentos surge cuando el beneficiario se encuentra en un estado de necesidad en el que necesita de los alimentos para subsistir, en cambio, en el contrato de alimentos, el origen es exclusivamente voluntario y nace por el mero acuerdo de voluntades sin que sea necesario que uno de ellos se encuentre en ese estado de necesidad; en cuanto al contenido, en la obligación legal de alimentos viene determinado por el art. 142 CC que dice que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como la educación e instrucción del alimentista, mientras que en el contrato de alimentos el contenido depende de lo que acuerden las partes, pudiendo pactar un contenido más amplio o más reducido del que prevé orientativamente el art. 1791 cuando dice que por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos; en la obligación legal de alimentos no existe contraprestación⁷²⁹ de

⁷²⁷ Aunque aquí se trata la distinción del contrato de alimentos respecto de algunas otras figuras jurídicas, éstas no son las únicas que han suscitado el interés de los autores para ser delimitadas respecto de aquél. Así, por ejemplo, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO también estudia las diferencias entre el contrato de alimentos y el seguro de vida y el censo. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, “El contrato...”, *op. cit.*, p. 1540.

Debe señalarse, además, que en el caso de la donación, trato aquí sólo la donación modal y la remuneratoria, dejando sin mencionar a la donación de alimentos, que es perfectamente posible pero que no entraña ningún problema a la hora de distinguirse del contrato de alimentos dado que es gratuita, unilateral y carece de alea, no suscitando ningún problema de delimitación.

⁷²⁸ *Cfr.* MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato...*, *op. cit.*, p. 45.

⁷²⁹ Esta contraprestación es para BERENGUER ALBALADEJO el fundamento del contrato, mientras que el de la obligación legal de alimentos es la solidaridad familiar, primera diferencia destacada por la autora

los alimentos recibidos, mientras que en el contrato de alimentos el alimentista o cedente transmite a cambio de la prestación de alimentos una capital en cualquier clase de bienes o derechos; en cuanto a la modificación, la obligación legal de alimentos viene sometida a la eventualidad que pueda surgir si varía la situación de necesidad del alimentista y a la capacidad económica del alimentante, de modo que los alimentos aumentarán o disminuirán según aumente o disminuya el caudal de quien los da y las necesidades de quien los recibe, mientras que en el contrato de alimentos la prestación no viene sometida a las modificaciones que puedan alterar la fortuna del alimentante; por último, en cuanto a la extinción, la obligación legal de alimentos se extingue cuando el alimentante no tenga medios suficientes para atender sus propias necesidades o las de su familia, cuando el alimentista deje de necesitar los alimentos que recibe o por la muerte de cualquiera de ellos, sin embargo, en el contrato de alimentos la prestación no depende de los medios e quien proporciona los alimentos y no se extingue por la muerte del alimentante, que transmite *mortis causa* la obligación.

BERENGUER ALBALADEJO destaca también una diferencia respecto a la convivencia de las partes. Así, mientras que el art. 149 CC otorga la posibilidad al deudor de los alimentos de elegir la forma de cumplimiento de la prestación llevando consigo a su hogar al alimentista, en el contrato la convivencia no puede ser impuesta unilateralmente por una de las partes⁷³⁰.

Cabe plantearse qué ocurre cuando se pacta un contrato de alimentos entre dos personas que podrían estar vinculadas por una obligación legal de alimentos. Si no existe necesidad y desean concertar los alimentos, no hay problema. Pero, si una de ellas se encuentra en un estado de necesidad, entiendo que no, salvo si supera cuantitativamente a la obligación legal, motivo por el que podría justificarse la contraprestación y que, en cualquier caso, no podría extinguirse, en lo mínimo legal, por alguna de las circunstancias que pueden extinguir el contrato, como el desistimiento, el incumplimiento, etc. La STS de 14 de febrero de 1976 señala que pueden establecerse pactos sobre alimentos, pero que tales pactos carecen de eficacia cuando se conciertan

entre uno y otra. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 211.

⁷³⁰ *Cfr.* BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 214.

entre personas obligadas a dispensarse alimentos, en lo concerniente a la proporcionalidad, renuncia y transmisibilidad⁷³¹.

Dice PADIAL ALBÁS, destacando distintas diferencias entre el contrato de alimentos y los alimentos legales, que en aquél, dado que sus obligaciones derivan de un acto voluntario, son éstas, a diferencia de las que proceden de la obligación legal de alimentos, transmisibles, renunciables y lógicamente susceptibles de compensación y transacción, a no ser que se disponga otra cosa⁷³².

5.2.La renta vitalicia

QUIÑONERO CERVANTES lo define como aquel negocio de ejecución periódica que genera una situación jurídica en cuya virtud el que ostenta la posición pasiva se vincula a satisfacer al que ostenta la posición activa una renta, en dinero u otras cosas fungibles, por el tiempo de duración de un módulo objetivo (la vida humana)⁷³³.

Sobre la distinción entre el contrato de vitalicio y el contrato de renta vitalicia decía la STS de 28 de mayo de 1965 que “al amparo del principio de libertad contractual las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarse alimentos con la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado “vitalicio” que no es una modalidad de la renta vitalicia, sino un contrato autónomo, innominado y atípico susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no son contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones”⁷³⁴.

⁷³¹ Sentencia citada por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Del antiguo al nuevo contrato...”, *op. cit.*, p. 74.

⁷³² Cfr: PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 55.

⁷³³ Cfr: QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica de la renta vitalicia*, Universidad de Murcia, 1979, p. 24.

⁷³⁴ Ver también: STS de 16 de diciembre de 1930, STS de 29 de mayo de 1965, STS de 6 de mayo de

En España se admite unánimemente que el precedente más claro de la renta vitalicia es el llamado censo vitalicio, regulado actualmente en Cataluña como “violario” –DEL MORAL afirma que “la entraña histórica de la renta vitalicia se localiza con precisión en el censo vitalicio” –, que se creaba en forma de compraventa del derecho a percibir una renta o pensión anual, con lo que la construcción del censal tenía una causa jurídica y se lograba que el titular del derecho, o comprador, no tuviera la facultad de exigir la devolución del precio o capital⁷³⁵.

Para BERENGUER ALBALADEJO la diferente naturaleza jurídica de las prestaciones de uno y otro contrato es un criterio que asume gran trascendencia para diferenciarlos; así, mientras que el contrato de renta vitalicia es del género *do ut des* –doy para que me des –, el de alimentos es del género *do ut facias* –doy para que hagas –⁷³⁶.

La primera diferencia entre una y otra que salta a la vista es la onerosidad que caracteriza al contrato de alimentos, que no siempre se da en el contrato de renta vitalicia, pues éste puede constituirse también a título gratuito, tanto *inter vivos* como *mortis causa*; en cuanto al contenido, mientras que en la renta vitalicia se trata es exclusivamente económico, en el contrato de alimentos tiene normalmente un contenido complejo, incluyendo prestaciones de dar y de hacer; además, la vida módulo que determina la duración del contrato, mientras que en la renta vitalicia la obligación de pagar la pensión viene determinada por la vida del cedente, la de un tercero o la de varias personas, en el contrato de alimentos la vida que determina la duración es la del alimentista; en el contrato de alimentos, además, la prestación viene sometida a las variaciones de las necesidades cambiantes del acreedor, mientras que en la renta vitalicia no, pues, salvo que las partes acuerden otra cosa, la pensión es fija y constante en su cuantía y se determina en el momento de la celebración del contrato⁷³⁷.

1980, STS de 1 de julio de 1982, STS de 13 de julio de 1985, STS de 30 de noviembre de 1987, STS de 3 de noviembre de 1988, STS de 8 de mayo de 1992, STS de 18 de enero de 2001. Aisladamente y antes de la tipificación del contrato de alimentos se llegó a defender que el vitalicio era una variedad de la renta vitalicia: STS de 1 de julio de 1982 y STS de 1 de julio de 1998.

⁷³⁵ BELTRÁN DE HEREDIA rechaza esta opinión, como expresa QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *op. cit.*, p. 17-18.

⁷³⁶ BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 199.

⁷³⁷ Por este motivo se ha dicho también que el contrato de renta vitalicia es *menos aleatorio*. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 202.

BERENGUER ALBALDEJO destaca otra diferencia entre ambas referida a la ejecución de la prestación del alimentante: aunque tanto el pago de la renta como de la prestación de alimentos son obligaciones de tracto sucesivo, la primera se caracteriza por ser de ejecución periódica y la segunda por ser *naturalmente continuada*. Así, en la renta vitalicia, el deudor se compromete a pagar una pensión periódica, mientras que en el contrato de alimentos, la asistencia y cuidados no son susceptibles de fragmentación sino que se proporcionan “minuto a minuto” y día tras día⁷³⁸.

5.3.La donación modal

La doctrina ha definido la donación modal como “aquella en que el donante, guiado por un espíritu de liberalidad e impulsado también por algún especial motivo, se empobrece en favor del donatario al que impone una carga o la obligación de dar a lo recibido determinada aplicación o de destinarlo a algún fin u objeto, sin que en ningún caso estos gravámenes, de valor inferior al objeto de la donación, tengan el carácter de prestaciones equivalentes”⁷³⁹. El donatario puede, por tanto, comprometerse a cualquier comportamiento susceptible de ser objeto de una obligación como contraprestación a la donación, siendo muy frecuente que la carga que se imponga al donatario sea la de cuidar y asistir al donante hasta su muerte, finalidad idéntica a la del contrato de alimentos.

Destaca BERENGUER ALBALADEJO que el criterio para distinguir una y otra, cuando la finalidad perseguida en la donación onerosa es la misma que en el contrato de alimentos, es el señalado por algún autor y por el Tribunal Supremo, que ha calificado de una manera o de otra los contratos en función del mayor o menor grado de concreción de la prestación⁷⁴⁰. Así, si la determinación de la prestación es difusa y sólo

⁷³⁸ Cfr. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 204.

⁷³⁹ BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 234.

⁷⁴⁰ La autora no está de acuerdo con este criterio, y dice que es complicado distinguir ambas figuras atendiendo exclusivamente al contenido de la prestación. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 235.

se pacta la *asistencia y convivencia*, será donación onerosa⁷⁴¹, y cuando el grado de concreción es mayor y se pacta *asistir y dar alimentos*, será vitalicio⁷⁴².

Las diferencias entre una y otro son, pues: mientras que la donación modal es un contrato gratuito, a pesar de la carga⁷⁴³, no existiendo dependencia entre una u otra prestación, en el contrato de alimentos la obligación del alimentante es principal, dado que es un contrato *genuinamente oneroso*; además, dado que la aleatoriedad sólo puede darse cuando el contrato es oneroso, no puede darse en la donación modal; en la donación con carga el donante impone al donatario el contenido del contrato, pero en el contrato de alimentos ambas partes pactan los extremos del contrato; respecto al incumplimiento, mientras que el donante puede revocar la donación por incumplimiento de la carga (art. 647 CC), el alimentista puede solicitar la resolución (art. 1795 CC); por último, en la donación con carga los alimentos se deberán dentro del límite del valor de lo donado⁷⁴⁴.

5.4.La donación remuneratoria

El art. 619 CC establece que es también donación la que se hace a una persona por los servicios prestados al donante. Las diferencias son: los servicios que se desea remunerar no son deudas exigibles sino que se prestan de manera liberal sin que exista obligación; además, normalmente los servicios se han prestado con anterioridad⁷⁴⁵, mientras que en el contrato de alimentos se da para recibir en el futuro; la liberalidad y

⁷⁴¹ Vid. STS de 16 de mayo de 1957, STS de 12 de julio de 1984, STS de 22 de junio de 1982.

⁷⁴² STS de 28 de mayo de 1965, STS de 12 de noviembre de 1973, STS de 6 de mayo de 1980, STS de 13 de junio de 1985, STS de 30 de noviembre de 1987, STS de 3 de noviembre de 1988.

⁷⁴³ La causa del negocio es la mera liberalidad respecto de la que el modo es un elemento extraño que no la altera. Cfr: BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, op. cit., p. 237.

⁷⁴⁴ Así lo afirma CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, "El contrato...", op. cit., p. 1551.

⁷⁴⁵ Existe discusión a este respecto, entendiendo parte de la doctrina que los servicios también pueden ser futuros.

los servicios prestados no están en una relación de mutua dependencia; es una donación por lo que está presente el *animus donandi*.

6. Distinción de otras figuras similares en Derecho Foral

6.1. El contrato de vitalicio gallego

El contrato de vitalicio de Galicia, recogido en los arts. 147 a 156 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia es el que más similitudes presenta respecto al contrato de alimentos del Código Civil.

El art. 147 de la citada Ley lo define como el contrato por el que una o varias personas se obligan respecto a otra u otras a prestar alimentos, en los términos que convengan, a cambio de la cesión de determinados bienes o derechos. El art. 148, por su parte, establece que la prestación deberá comprender el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes.

Una de las diferencias más marcadas respecto al contrato de alimentos del CC es que el art. 148.2 establece que en caso de pluralidad de alimentantes la obligación tiene carácter solidario salvo pacto en contrario. Otra es la exigencia del art. 150 de que el contrato sea formalizado en escritura pública para tener efectos frente a terceros. Y otra, la facultad de desistimiento que la Ley gallega concede al cesionario que reconoce el art. 152. Por último, en el vitalicio gallego se prevé también la posibilidad de solicitar la resolución del contrato además de por incumplimiento, por alguna de las circunstancias establecidas en el art. 153: conducta injuriosa o vejatoria del alimentante o de su pareja o hijos, el incumplimiento total o parcial de la prestación en los términos en que fue pactada y la falta de cuidados o de atenciones por parte del cesionario, en todo cuanto haga posible el capital cedido procurando el mantenimiento de su calidad de vida.

6.2. El pacto de acogida catalán

En Cataluña el nombre de vitalicio se emplea para referirse a un censo regulado antiguamente en el 336 de la Compilación⁷⁴⁶.

La Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores, regula “la convivencia originada por la acogida que una persona o pareja ofrecen a una persona o pareja mayor, en condiciones parecidas a las relaciones que se producen entre ascendientes y descendientes”. Ello, a cambio de una contraprestación que puede realizarse mediante la cesión de bienes muebles, inmuebles o en dinero (art. 2).

Las diferencias más marcadas son: en cuanto a los sujetos que pueden celebrarlo, el art. 3.1 prohíbe que puedan hacerlo cuando entre las personas acogidas y las acogedores exista un vínculo de parentesco hasta el segundo grado; sólo se permite acoger a una persona salvo cuando se trate de un matrimonio o pareja estable o tengan relación de parentesco hasta el segundo grado por consanguinidad o adopción; la persona acogida no puede ser menor de sesenta y cinco años y si son dos los acogidos se exige que entre el acogedor y el menor de los acogidos exista una diferencia de al menos quince años, salvo que uno de los acogidos sea discapacitado o requiera atenciones especiales; por su parte, las personas acogedoras deben ser más jóvenes que las acogidas cuando el contrato se celebra por motivo de la edad y deben ser siempre mayores de edad y tener plena capacidad de obrar. Todos estos requisitos respecto de los sujetos del contrato lo diferencian del contrato de alimentos que no impone ninguno. Otra diferencia importante es la temporalidad del contrato, pues en el pacto de acogida se exige que tenga una duración mínima de tres años, con lo que se entiende que se le puede imponer una duración determinada, mientras que el contrato de alimentos dura lo que la vida del alimentista. Además, la Ley exige la convivencia de las partes, a

⁷⁴⁶ Derogado por la disposición final primera de la Ley 6/1990, 16 marzo, de los Censos. La Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los Censos regula en sus arts. 28 y ss. el censo vitalicio que otorga al censalista el derecho a recibir una prestación periódica anual durante la vida de una o dos personas que vivan en el momento de la constitución del censo. La Ley 6/2000, de 19 de junio, de Pensiones Periódicas regula el censo y el violarlo o pensión vitalicia que consiste en el derecho de crédito a percibir y la consiguiente obligación de pagar una pensión periódica en dinero, durante el tiempo definido por la vida de una o más personas que estén vivas en el momento de su constitución. En resumen, las distintas figuras existentes en derecho catalán tienen como característica común el abono de pensiones dinerarias y no una prestación alimenticia en especie. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Acerca del contrato...”, *op. cit.*, p. 920.

diferencia del contrato de alimentos, por el que debe pactarse expresamente. En cuanto a la extinción, el pacto de acogimiento permite varias causas: por voluntad de una de las partes manifestada en escritura pública, debiendo notificarse a la otra parte de forma fehaciente con seis meses de antelación, por voluntad de una de las partes cuando haya incumplimiento por parte de la otra o si le es imputable alguna causa que haga difícil la convivencia, por los motivos que hayan pactado las partes en la escritura de formalización del contrato, por mutuo acuerdo manifestado en escritura pública o por fallecimiento de cualquiera de ellas.

6.3. La dación personal en Aragón⁷⁴⁷

El art. 19 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, que menciona la dación personal y otras instituciones familiares consuetudinarias⁷⁴⁸, establece que cuando las estipulaciones hagan referencia a instituciones familiares consuetudinarias, tales como “dote”, “firma de dote”, “hermandad llana”, “agermanamiento” o “casamiento al más viviente”, “casamiento en casa”, “acogimiento o casamiento a sobre bienes”, “consorcio universal o juntar dos casas”, y “dación personal”, se estará a lo pactado, y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre y a los usos locales.

Es una institución familiar consuetudinaria que se define como la costumbre por la que un soltero o un viudo, ordinariamente sin hijos, dona o da a una casa a una familia, haciéndole irrevocable cesión de todos sus bienes, y comprometiéndose a trabajar en provecho de ella en cuanto se le ordene y ofrezca, y a mantenerse en dicho estado toda la vida, a cambio de ser sustentado, sano o enfermo, con todo lo necesario, hasta el fin de sus días⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ Para saber más, ver, entre otros, SAPENA TOMÁS, J., “Comentario al art. 33”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, Zaragoza, 1988, p. 805 y ss.

⁷⁴⁸ Vigente hasta el 23 de abril de 2011.

⁷⁴⁹ Cfr. MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 64.

Se asemejan en el fin asistencial a favor de la persona que se integra en la familia a cambio de una contraprestación. Las diferencias son evidentes, entre ellas la exigencia de convivencia.

6.4. El acogimiento en La Casa en Navarra

Es otra institución consuetudinaria que consiste en que por medio de capitulaciones matrimoniales, testamento u otras disposiciones, una persona pueda vivir en La Casa⁷⁵⁰, ser alimentada y atendida, tanto en la salud como en la enfermedad, con o sin obligación de trabajar para aquella, rigiéndose por la disposición que los conceda y por la costumbre del lugar⁷⁵¹.

7. Derecho comparado

7.1.El *bail à nourriture* francés

El conocido como *bail à nourriture*, que no se encuentra específicamente regulado, se ha venido configurando por la jurisprudencia y, en menor medida, por la doctrina. Por medio de este contrato, una persona cede sus bienes a cambio de ser alimentada, alojada, mantenida y liberada de todo gasto durante su vida⁷⁵². A falta de una definición legal, la doctrina y la jurisprudencia consideran que se trata de un contrato por el que una de las partes se compromete a alojar, alimentar y mantener a la

⁷⁵⁰ La figura de La Casa es muy importante para explicar algunas figuras del Derecho foral de Navarra. Cfr: MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 65.

⁷⁵¹ Cfr: MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, op. cit., p. 65.

⁷⁵² Cfr: BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, op. cit., p. 36. La autora menciona otra definición que suele darse de contrato (en el mismo trabajo, p. 39): “convención por la que un individuo se compromete a alojar, alimentar, vestir, lavar, dar calor, cuidar y mantener a otro individuo, tanto en la salud como en la enfermedad, a cambio de una contraprestación”.

otra durante su vida, tanto en la salud como en la enfermedad, a cambio de la entrega de un capital o la cesión de un bien que podrá llevarse a cabo por el propio beneficiario de los cuidados o por una tercera persona en su favor⁷⁵³.

Al igual que en el contrato de alimentos, son características de este contrato: innominado, oneroso, aleatorio, personal, sucesivo y vitalicio.

7.2.El vitalizio alimentare italiano

En Italia el contrato de alimentos o vitalicio (*vitalizio alimentare*) se considera por algunos como un tipo de renta vitalicia, por lo que se trataría de un contrato típico, y para otros es considerado atípico⁷⁵⁴.

El llamado vitalicio impropio⁷⁵⁵ no viene regulado en el *Codice civile*. Con ello, y con el hecho de que la renta vitalicia sí se encuentra regulada, la doctrina y la jurisprudencia se plantean si se trata de una figura autónoma de ésta o no, marcando un punto de referencia la sentencia de la *Corte de Casación* de 28 de julio de 1975, que dividió a la doctrina y a la jurisprudencia en dos posiciones contrapuestas. Actualmente, se le considera una figura autónoma, mayoritariamente⁷⁵⁶.

La Corte de Casación lo ha definido como aquel en virtud del cual una persona, a cambio de la cesión de un bien o un capital, se obliga a proporcionar al cedente servicios y asistencia completa y vitalicia atendiendo a su edad y a su estado de salud⁷⁵⁷. No obstante, debe decirse que en realidad no se trata de una única figura sino que en el vitalicio impropio suele entenderse que incluyen tres especies distintas: el *vitalizio*

⁷⁵³ Cfr. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 41.

⁷⁵⁴ Cfr. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Acerca del contrato...”, *op. cit.*, p. 920.

⁷⁵⁵ También llamado *vitalizio alimentare* o *contratto di mantenimento*. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 90.

⁷⁵⁶ “La jurisprudencia suele basarse para mantener su autonomía en diversos factores que van desde la *acentuación del elemento aleatorio*, ligado no sólo a la duración de la vida del alimentista sino también a la variación de sus necesidades vitales, al *contenido de la obligación asumida por le alimentante* consistente en un hacer personalísimo, pasando por la *concreta finalidad* perseguida por las partes al celebrar el contrato”. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 105.

⁷⁵⁷ Cfr. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 108-111.

alimentare, dirigido a satisfacer las necesidades primarias del beneficiario, el *contratto di mantenimento*, algo más amplio que el primero, y el *vitalizio assistenziale* o *contratto di assistenza vitalizia*, que se refiere más a la asistencia moral o asistencial⁷⁵⁸.

7.3.El *Verpfründungsvertrag* suizo

En Suiza existe el llamado *contrat d'entretien viager*, *Verpfründungsvertrag* o *il vitalizio*, quedó en un primer momento regulado por el Derecho de cada región⁷⁵⁹, siendo en la parte oriental donde en mayor medida se aplicaba. Posteriormente, ya el Código de las obligaciones de 1911 lo recoge. Lo define en el art. 521 como aquel en virtud del cual una de las partes se obliga frente a la otra a transferirle un patrimonio o ciertos bienes, a cambio de que esta última se comprometa a proporcionarle manutención y cuidados durante su vida. El alimentante se comprometa a “alimentar y cuidar”.

Son rasgos de este contrato: carácter vitalicio, que se ha discutido y se considera que puede ser lícito el pacto del límite temporal; es *inter vivos*, sin embargo, es frecuente que se combine con un pacto sucesorio en virtud del cual el deudor es instituido heredero del acreedor realizándose la atribución de los bienes a través de un acto *mortis causa*.

Llama la atención la exigencia de forma, dado que en el resto de países no se exige. Como explicaré, considero que es un error y que debería exigirse en nuestro contrato de alimentos⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ BERENGUER ALBALADEJO cree que se trata de la misma figura y que no existen motivos suficientes para distinguir tres tipos. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 109.

⁷⁵⁹ En el proyecto del Código federal de las obligaciones de 1881 se regulaba detalladamente pero en su redacción final se remitía a la legislación cantonal. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 122.

⁷⁶⁰ El art. 522.1 del Código de obligaciones dice que debe llevarse a cabo bajo la forma de los pactos sucesorios, incluso si no implica una institución de heredero. El contrato es nulo si existe defecto de forma.

7.4.Derecho alemán

En Alemania, el BGB no regula el vitalicio pero algunos lo consideran próximo a la renta vitalicia⁷⁶¹, mientras que otros lo consideran un contrato autónomo. Así, ENNECERUS y LEHMAN dicen que una obligación dirigida a prestaciones reiteradas de servicios o de obras o un derecho de Alentail (literalmente: “parte del viejo”; se denomina así al conjunto de prestaciones debidas al viejo labrador que se retira y cede su hacienda agrícola a otro) dirigido a la concesión de habitación, manutención y dinero para los gastos corrientes no puede calificarse como renta vitalicia⁷⁶².

8. Cuestiones controvertidas

8.1.La no exigencia de forma

El contrato de alimentos es considerado por la mayoría como consensual, como ya he explicado, por lo que, en el sentido que nos interesa ahora, no se exige forma alguna para su perfección⁷⁶³, y es válido por el mero acuerdo de las partes. Se le aplica el principio de libertad de forma consagrado en el art. 1278 CC, siéndole de aplicación también art. 1280.1 CC cuando el capital cedido consista en bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos cualquiera de las partes tiene la facultad de una vez concluido válidamente el contrato exigirse recíprocamente que conste en escritura pública para tener acceso al Registro de la Propiedad para su exigencia frente a terceros o para que constituya un medio más eficaz de prueba⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Acerca del contrato...”, *op. cit.*, p. 920.

⁷⁶² *Cfr.* COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 369.

⁷⁶³ Como ya he explicado, COBACHO GÓMEZ considera que por vía indirecta el CC opta por la exigencia de forma. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Del antiguo al nuevo contrato...”, *op. cit.*, p. 90.

⁷⁶⁴ NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 588.

Lo cierto es que el Código Civil, a diferencia de la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia⁷⁶⁵, en los arts. 1792 y ss. no menciona la exigencia de forma para el contrato. Ello ha sido criticado por gran parte de la doctrina, que considera que, dada la gran cantidad de problemas que suscita y dada la amplitud de posibilidades en que pueden haber querido establecer las partes su acuerdo, sería muy recomendable, incluso imprescindible, que se formalizara. Conociendo los antecedentes problemáticos del vitalicio el legislador podría haber aprovechado la ocasión, ahora que lo ha tipificado, para incluir la exigencia de forma. Dice EXHEVARRÍA DE RADA que, “si en todo contrato resultan fundamentales los términos en los que se redacte y su claridad, en el contrato de alimentos, por su naturaleza, caracteres y especial función, lo anterior tiene un significado especial”⁷⁶⁶ y que “se propone no sólo la exigencia de escritura pública para la formalización del contrato de alimentos, sino también la necesidad de una información exhaustiva por parte de los Notarios sobre el contenido y consecuencias de este contrato en el que, en definitiva, deberán implicarse de forma especial, sin perjuicio de que, tal y como me consta, en los casos en los que el contrato se otorgue en escritura pública, dicha necesidad es atendida por la actividad notarial”⁷⁶⁷.

Por algunos se ha afirmado que la exigencia de forma inhibe generalmente a la gente a su celebración. Más bien creo lo contrario, sobre todo por parte del posible alimentista, que probablemente prevé que, transmitido un bien, pueda luego encontrar problemas para exigir el cumplimiento de la prestación alimenticia, por lo que parece que en realidad muchas personas no decidan celebrarlo por este motivo. Dice NÚÑEZ ZORRILLA en este sentido que “la realidad sin embargo nos demuestra que las partes prefieren acudir a la forma escrita y, dentro de ella, mayoritariamente a su documentación en escritura pública para acreditar de una forma más segura y clara la existencia de los derechos y obligaciones asumidos con la celebración de este

⁷⁶⁵ La Ley gallega declaraba que “este contrato se formalizará en documento público”. Actualmente, el art. 150 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, exige que el contrato sea formalizado en escritura pública para tener efectos frente a terceros. Por su parte, la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, de Cataluña y la Ley 34/2002, de 10 de diciembre, de Acogimiento de Personas Mayores, de Navarra, aunque regulan figuras diferentes al contrato de alimentos, exigen otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro.

⁷⁶⁶ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 81.

⁷⁶⁷ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 86. En el mismo sentido, critica la no exigencia de forma BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 458 y ss.

contrato”⁷⁶⁸. La formalización daría seguridad jurídica a un contrato que, por tener su razón de ser en la protección de personas que necesitan la ayuda o la compañía de otras –lo que ya de por sí sería motivo suficiente para que el Código Civil hubiera exigido una forma concreta –, su contenido es esencialmente asistencial y plantea numerosos problemas de interpretación, destacando: la capacidad de las partes, el contenido del contrato, en especial las obligaciones de contenido moral y afectivo, la fijación de la pensión sustitutiva e incluso la propia existencia del contrato⁷⁶⁹.

8.2.La simulación

A través del contrato de alimentos, en ocasiones, se defraudan los derechos hereditarios de los herederos forzosos del alimentista, dado que, como contrato oneroso que es, no puede impugnarse por perjudicar la legítima⁷⁷⁰. En multitud de ocasiones, esos herederos forzosos reclaman los perjuicios económicos que les causa la atribución patrimonial hecha a favor del alimentante y los consideran una donación encubierta, que pretenden se declare inoficiosa en cuanto excede de la parte de libre disposición. El resultado de estos litigios, como destaca MESA MARRERO, depende en gran medida de las circunstancias concurrentes en cada caso así como la valoración de la prueba practicada, por lo que en función de tales factores los Tribunales pueden apreciar si existe o no simulación negocial⁷⁷¹. En los casos enjuiciados en multitud de ocasiones viene todo esto relacionado, además, con el carácter oneroso del contrato y las equivalencia y proporcionalidad de las prestaciones, que ya he tratado.

Interesante en este sentido son la STS de 18 de enero de 2001, en la que estableció para el caso concreto que se trataba de “un contrato de vitalicio, contrato

⁷⁶⁸ NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 589.

⁷⁶⁹ Esta cuestión plantea numerosos pleitos entre el cesionario y los herederos del alimentista cedente que intentan que se declare la simulación de una donación que escape a la lesión de las legítimas.

⁷⁷⁰ Uno de los reproches que se le hace al contrato de alimentos es precisamente el de servir de mecanismo de desheredación. Así, BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 274. El art. 918 de *Code français* presume *iuris et de iure* que los contratos de alimentos celebrados entre parientes en línea recta son donaciones encubiertas.

⁷⁷¹ *Cfr.* MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 28.

autónomo, innominado o atípico, que participa en parte del carácter del de renta vitalicia aunque no es enteramente el mismo, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes... es claro que no puede calificarse como contrato gratuito; es oneroso y al no poder predecirse la duración de la vida de los cedentes es aleatorio. En definitiva, es un contrato vitalicio”⁷⁷².

Dice ROCA GUILLAMÓN que “la calificación de estas situaciones requiere discernir si efectivamente existe una notoria y real desproporción entre la entidad económica de las prestaciones a que las partes respectivamente se hayan obligado, lo que habrá de conducir necesariamente a la calificación de negocio de atribución patrimonial gratuita. Donación, pues, aunque naturalmente disimulada, bien por un contrato de vitalicio simulado, bien por algún otro negocio (compraventa) o combinación de varios de ellos dirigidos a obtener la efectiva transmisión de unos bienes a cambio de ciertas prestaciones frecuentemente personales (cuidados, compañía) que suelen ir unidas a algún tipo de prestación pecuniaria de más o menos entidad, pero que no absorbe y ni siquiera compensa suficientemente la atribución recibida”⁷⁷³. Para DÍEZ-PICAZO, para determinar si existe onerosidad o gratuidad se debe “examinar la estructura económica del acto y detectar si en él existen atribuciones o ventajas patrimoniales para ambas partes o sólo para una de ellas, aun cuando estas ventajas pueden en ocasiones ser indirectas”⁷⁷⁴.

MESA MARRERO matiza, además, que, teniendo en cuenta la aleatoriedad que caracteriza a este contrato, difícilmente puede hablarse de atribuciones

⁷⁷² En este sentido también la STS de 11 de enero de 2007, STS de 26 de febrero de 2007, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 29 de mayo de 2003, SAP de Valladolid de 28 de marzo de 2007, SAP de Gerona de 14 de marzo de 2002 (ésta sí estimó la existencia de simulación), STSJ de Galicia de 18 de octubre de 2005, STSJ de Baleares de 16 de junio de 2005, SAP de Las Palmas de 14 de julio de 2008, SAP de Orense de 18 de enero de 2005 (también estima la simulación), SAP de Asturias de 17 de abril de 2002, SAP de La Coruña de 30 de septiembre de 2004, SAP de Lugo de 16 de septiembre de 2002, STS de 1 de octubre de 1991, STS de 6 de abril de 2000, STS de 16 de julio de 2004, STS de 9 de mayo de 1988, STS de 19 de noviembre de 1992, STS de 2 de noviembre de 1999, STS de 18 de enero de 2001, STSJ de Galicia de 15 de diciembre de 2000, SAP de Madrid de 6 de marzo de 2007, SAP de Pontevedra de 16 de junio de 2003, SAP de Baleares de 7 de mayo de 2008, SAP de Alicante de 29 de junio de 2007.

⁷⁷³ ROCA GUILLAMÓN, JUAN, “El vitalicio: Notas sobre el contrato de alimentos en el Código Civil (Ley 41/2003)”, en *Estudio de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, 1ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, p. 649.

⁷⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. I, *Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993, p. 84.

desproporcionadas cuando las partes desconocen inicialmente si habrá una equivalencia entre el valor del bien que se transmite y el valor de la prestación de alimentos⁷⁷⁵.

Habría que tener en cuenta si existe cierto equilibrio, que no equivalencia, entre los bienes entregados y los alimentos prometidos, así como cierto alea o riesgo para ambas partes, en cuyo caso el contrato será oneroso y eficaz aunque perjudique las legítimas, y si falta el normal equilibrio o falta el riesgo en exclusivo beneficio del cesionario, será un negocio simulado⁷⁷⁶.

BERENGUER ALBALADEJO sintetiza los casos que en pueden darse en la práctica: puede ocurrir, en primer lugar, que la intención de las partes sea celebrar un verdadero contrato de alimentos; en segundo lugar, puede pasar que a pesar de existir un intercambio de prestaciones, una de las partes actúe con ánimo de favorecer a la otra. En este caso, el contrato no pierde la onerosidad típica, pero en la medida en que se celebra en condiciones más ventajosas para una de ellas con la intención de beneficiarla, podría calificarse de *negotium mixtum cum donatione*. Por último, puede ocurrir que la intención de las partes no sea celebrar un contrato de alimentos sino otro bajo su apariencia, por lo que habría una discordia entre la voluntad declarada y la interna, y entraríamos en el peliagudo campo de la simulación contractual⁷⁷⁷.

8.3.La convivencia de las partes

El art. 1791 establece que una de las partes se obliga a proporcionar a la otra *vivienda, manutención y asistencia*. Como dice ANDERSON parece preferible entender que la previsión respecto de la vivienda puede llevarse a cabo de manera directa o indirecta, como se prevé en los alimentos legales en el art. 149 CC. Aunque en este caso dependerá del pacto entre las partes y no de la elección del deudor⁷⁷⁸. Sin embargo, la

⁷⁷⁵ Cfr. MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁷⁶ Cfr. ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁷⁷ Cfr. BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 273.

⁷⁷⁸ ANDERSON, MIRIAM, “El contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 193. La autora también señala que “la única virtualidad de la previsión contenida en el art. 1791 CC radica en que, en la actualidad, la convivencia se configura como elemento natural del negocio, sin perjuicio de que quepa pacto en contra”. En este mismo sentido, ECHEVARRÍA DE RADA considera que no se trata de un elemento esencial,

Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, de Cataluña, establece en su art. 2.1 que las partes deben convivir en una misma vivienda habitual. Igualmente establece la misma obligación el art. 2.1 de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Acogimiento de Personas Mayores de Navarra.

Son de destacar las siguientes Sentencias sobre la convivencia de las partes: STS de 13 de julio de 1985, SAP de Asturias de 31 de mayo de 2002, SAP de La Coruña de 13 de abril de 2007, STS de 2 de julio de 1992, STS de 28 de julio de 1998, STS de 27 de noviembre de 2001, STS de 1 de julio de 2003, SAP de Orense de 10 de febrero de 1996, SAP de Cuenca de 14 de enero de 1997, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de diciembre de 2003, SAP de Málaga de 8 de abril de 2003, SAP de Jaén de 8 de octubre de 2002, SAP de Cuenca de 5 de junio de 2003.

Anteriormente a la regulación del contrato, el vitalicio suscitaba abundantes problemas con respecto a la convivencia cuando éste se hacía difícil por desavenencias entre las partes. Es evidente que no se trata de un elemento esencial, primero porque no lo impone la regulación contenida en el Código Civil y segundo porque de haberse pactado la misma, puede desaparecer por incumplimiento o porque por la misma dificultad de la convivencia en concreto lleve a la transformación de la obligación en el pago de una pensión periódica.

Lo que suscita un serio problema de apreciación es la *imposibilidad* de la convivencia de la que trata el Código Civil para poder solicitar esa modificación de la prestación. De ello ya he tratado al hilo de prestación sustitutiva.

ANDERSON destaca que la imposibilidad no se predica en términos absolutos, sino que la inclusión del adjetivo “pacífica” señala que debe configurar el presupuesto de aplicación de la norma toda falta de entendimiento que imposibilite una convivencia normal, sin más roces que los derivados de lo cotidiano⁷⁷⁹. La autora también destaca que precisamente la posibilidad de conversión de la deuda en una pensión, refleja claramente que la convivencia no es un requisito esencial.

dado que puede excluirse por pacto expreso, pero sí es un elemento natural, por lo que de no pactarse en contra, se entenderá que deben convivir las partes. ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos...*, *op. cit.*, p. 100.

⁷⁷⁹ Cfr. ANDERSON, MIRIAM, “El contrato de alimentos...”, *op. cit.*, p. 194.

Capítulo 6

LEGADO DE ALIMENTOS

El artículo 880 del Código Civil se refiere a los legados de pensión periódica al decir que legada una pensión periódica o cierta cantidad anual, mensual o semanal, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar a la devolución aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado. Este legado de pensión, por tanto, y a diferencia del de alimentos como luego explico, no requiere de un estado de necesidad del legatario, sino de la simple voluntad del testador.

El artículo 879 del Código Civil regula el legado de alimentos y el de educación, que constituyen ambos legados de pensión⁷⁸⁰. Así, entiende PADIAL ALBÁS, que “el legado de alimentos es un legado típico, que tiene por objeto la creación de una obligación de alimentos, *entre el gravado y el legatario a costa de los medios que la sucesión proporciona a aquél*”⁷⁸¹.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ define el legado de alimentos, siguiendo a SERRANO, como “aquel que tiene por objeto la creación de una obligación de alimentos voluntarios a favor del legatario y a cargo de los bienes de la herencia, obligación que permite al beneficiario reclamar del gravado alimentos en la cuantía y durante el tiempo previsto en el testamento o, en su defecto, en la ley”⁷⁸².

⁷⁸⁰ PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 57. En este sentido también, ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XII, 1ª parte, 1981, p. 254. CASTÁN TOBEÑAS afirma en este sentido, que aunque el Código los regula por separado, todos ellos tienen como nota común ser legados de pensión, que originan en el legatario un derecho de tracto sucesivo, caracterizándose lo de alimento y educación únicamente por el fin especial alimenticio o educativo que se les asigna. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, VI-2, 8ª ed., revisada por BASTIDA MONTERO-RÍOS, CASTÁN VÁZQUEZ y VALLET DE GOYTISOLO, 1979, p. 302.

⁷⁸¹ Lo dice la autora citando a SERRANO GARCÍA. PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁸² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 41.

Respecto del legado de educación, dice ROGEL VIDE que “no me parece descabellado entender, más allá de la literalidad del precepto, que, a imagen y semejanza de lo establecido, al respecto y en materia de alimentos, en el artículo 142 del Código civil, la educación podría prolongarse más allá de la mayoría de edad, pero me percató de que, en ausencia de una declaración del testador al respecto, con la literalidad del texto en la mano y sabida la presencia, posible, de personas con intereses contrapuestos a los del legatario, sería difícil que tal tesis prosperase”⁷⁸³.

El legado de alimentos, que viene escasamente regulado en el Código Civil, requiere para ser tal que exista un estado de necesidad del legatario, pues, de lo contrario, se trataría de un simple legado de pensión⁷⁸⁴. Sin embargo, como dice PADIAL ALBÁS, nada obsta para que el testador, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueda establecer un legado de pensión destinado a proporcionar al legatario todo lo indispensable para su subsistencia, aunque no lo necesite para vivir, ya que, no siempre es preciso que el legatario se encuentre necesitado para exigir el legado de alimentos, al prevalecer en todo momento la voluntad del testador. De ahí, que dicho criterio, haya sido considerado por DÍAZ CRUZ, para distinguir entre el legado de alimentos y el legado a *título de alimentos*, en base, a que mientras el primero no da derecho a ellos, sino cuando el legatario se encuentre en un estado de necesidad, en el segundo caso el testador otorga la pensión alimenticio aunque el legatario, efectivamente, no la necesite para alimentarse; clasificación que ha sido adoptada por la

⁷⁸³ ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁸⁴ Así lo afirman, entre otros, PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 58; ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 56. Destaca COBACHO GÓMEZ la distinción que hace CRESPO ALLÚE de ambas figuras, que dice que el legado de pensión periódica tiene una duración temporal fija, determinada por el legislador, o bien asume el carácter de renta vitalicia. El legado de alimentos tendrá la duración que señale la necesidad del legatario, pudiendo tener una vigencia intermitente, según que aparezca o desaparezca dicha necesidad y dura mientras viva el legatario si el testador no dispone otra cosa. El legado de pensión, para su efectividad, no requiere cualidad especial alguna en el legatario, salvo el cumplimiento de la condición que, en su caso, hubiera establecido el testador, para el percibo de la pensión. En el legado de alimentos deberá probar el legatario encontrarse en estado de necesidad, esto es, en la imposibilidad total o parcial de proveerse de los medios necesarios para su subsistencia. El objeto del legado de pensión... es una *res certa*... El objeto del legado de alimentos es la satisfacción de una necesidad, bien mediante el pago de una periódica cantidad de dinero o mediante la opción que otorga el artículo 149 del Código Civil. En el legado de pensión la prestación consiste normalmente en dar una suma de dinero. En la deuda alimenticia el dinero tiene la mera función de representar el valor de los alimentos que, en definitiva, son los que constituyen el objeto verdadero y propio de esta forma de legado. El legado de alimentos, por último, constituye una deuda de valor, sujeta, por tanto, a las normales revalorizaciones y a las variaciones derivadas de la fluctuación de las necesidades del legatario. Por el contrario, el legado de pensión, por su misma naturaleza, está sujeto al principio nominalístico”, COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 284-285.

mayoría de la doctrina⁷⁸⁵. Averiguar la verdadera intención de testador es fundamental por la gran dificultad de delimitar ambas figuras⁷⁸⁶.

Debe tenerse en cuenta que, aunque el legado de alimentos y el de educación sean figuras distintas e independientes, el primero comprende también el segundo, y no al revés. En este sentido, cita COBACHO GÓMEZ a DE DIEGO y a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, que se manifiestan en este sentido, y dice que el de alimentos comprende al de educación, ya que éste es un subtipo de aquél, porque en los alimentos se encuentra comprendida siempre la educación e instrucción del alimentista mientras es menor de edad⁷⁸⁷.

Para ROGEL VIDE, el testador puede establecer el legado de alimentos tanto de manera vitalicia como durante un determinado período de tiempo, pero, de no establecer nada al respecto, debe entenderse vitalicio⁷⁸⁸. Creo, sin embargo, que se ser el legado auténticamente de alimentos y no simplemente de pensión, y requiriendo por ello la necesidad del legatario, deberá durar lo que dure dicha necesidad, por el contrario de lo que ocurriría si fuese un legado de pensión⁷⁸⁹.

⁷⁸⁵ Cfr. PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos...*, *op. cit.*, p. 58-59. También en este sentido afirma COBACHO GÓMEZ que “conviene advertir, aunque la cosa es obvia, que, por supuesto, prevalece siempre lo querido por el testador, que puede legar alimentos para si los necesita el legatario, o aunque no los necesite”, COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 293.

⁷⁸⁶ Para saber más *vid.* COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 313-320.

⁷⁸⁷ COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 289.

⁷⁸⁸ ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁸⁹ En este sentido *vid.* lo que dice CRESPO ALLÚE, citado por COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda...*, *op. cit.*, p. 284.

TERCERA PARTE: ÁMBITO INTERNACIONAL EN MATERIA DE ALIMENTOS

Capítulo 7

COBRO INTERNACIONAL DE ALIMENTOS

1. La proliferación normativa de Derecho Internacional en materia de alimentos

Los alimentos internacionales se rigen en estos momentos por un abanico importante de normas de distinta naturaleza y de distinto origen, lo que pone a prueba el sistema de jerarquía de fuentes⁷⁹⁰.

Así, cronológicamente se pueden relacionar:

- Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, elaborado en el seno de las Naciones Unidas. No contiene disposiciones sobre reconocimiento y ejecución, pero es de gran importancia dado que por medio de él se pretende facilitar la obtención de las obligaciones alimenticias en el extranjero, cuando el acreedor y el deudor de alimentos se encuentren es Estados parte del mismo⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ Cfr. AZCÁRRAGA MONZONÍS, CARMEN, “El nuevo Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia: sobre la negociación de determinados artículos en la sesión diplomática de 5 a 23 de noviembre de 2007”, Revista española de derecho internacional, vol. 60, núm. 2 (julio-diciembre de 2008), p. 492. La autora cita a ELVIRA BENAYAS cuando dice que “el núcleo duro del problema... se encuentra en una obstinada actitud de toda organización a mantener inalterados los que consideran sus propios y exclusivos territorios. Inexorablemente esta ceguera conduce a la existencia de múltiples normas para regular una misma relación jurídica. Situación ésta que conduce, siempre, a la sobrerregulación, lo que, a su vez, genera incertidumbre sobre cuál sea la norma aplicable al supuesto concreto y, en ocasiones, la inaplicación de las normas concurrentes”. Dice PARRA RODRÍGUEZ en este sentido que “Esta proliferación normativa, más que facilitar las cosas crea inseguridad jurídica, ya que se necesita un mapa conceptual para conocer los ámbitos y los contenidos que regula cada Convenio; no estando todo ello ajeno a solapamientos y lagunas que aún dificultan más su aplicación”, PARRA RODRÍGUEZ, CARMEN, “Aspectos prácticos en la aplicación de la normativa internacional de obligaciones de alimentos”, revista Sepin Persona y Familia, núm. 57 (julio-agosto de 2006), p. 19. RUIZ MORENO habla de “*superproducción de instrumentos internacionales*”, RUIZ MORENO, JOSÉ MARÍA, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de alimentos”, en *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, t. 1, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 593.

⁷⁹¹ Cfr. RUIZ MORENO, JOSÉ MARÍA, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones...”, *op. cit.*, p. 595.

- Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de menores. Éste se aplica sólo entre España, Austria, Bélgica y Liechtenstein, por no haber ratificado estos países el Convenio de La Haya sobre ley aplicable de 1973.
- Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores. Éste se aplica sólo entre España, Austria, Bélgica y Liechtenstein, por no haber ratificado estos países el Convenio de La Haya sobre ley aplicable de 1973.
- Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de las decisiones en materia civil y comercial. Éste sólo está en vigor entre los países de la Comunidad Europea en sus relaciones con Dinamarca actualmente.
- Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.
- Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias.
- Convenio entre España y Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos de 4 de noviembre de 1987.
- Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y ejecución de las decisiones en materia civil y comercial de 16 de septiembre de 1988, que sólo está en vigor entre los países miembros de la Unión Europea en sus relaciones con Dinamarca, Islandia, Noruega y Suiza.

En cuanto a la regulación comunitaria:

- Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968.
- Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ha sustituido al Convenio de Bruselas en las relaciones intercomunitarias, excepto con Dinamarca.
- Convenio de Lugano II de 30 de octubre de 2007, aplicable a las decisiones en materia de alimentos procedentes de Estados partes en este Convenio pero que no son Estados miembros del RAL.

- Reglamento 665/2009 del Consejo, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos.
- Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (Reglamento Bruselas III), conocido como RAL, que sustituye en materia de alimentos a las disposiciones del Reglamento de Bruselas entre los países que se adhieran al Protocolo de La Haya de 2007⁷⁹².

Además de los acuerdos a que se llegan en organizaciones internacionales y en el ámbito europeo, dedicadas a sincronizar y armonizar la regulación de los Estados al respecto, otras organizaciones a nivel regional también han puesto su mirada en este tema. Así, en el continente americano, la IV Conferencia interamericana sobre Derecho internacional, privado de 1989, de la Organización de Estado Americanos, adoptó la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, que entró en vigor en 1996, y que hoy está vigente en Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Uruguay. Además, deben añadirse varias normas que todavía no están en vigor: el Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias⁷⁹³ y el Convenio de Roma de 6 de noviembre de 1990 sobre la simplificación de procedimientos para el cobro de alimentos.

España es parte de numerosos instrumentos y convenios internacionales en este ámbito que se ocupan de las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional,

⁷⁹² Sobre la cuestión conflictiva de la entrada en vigor del RAL y su dependencia del Protocolo de La Haya de 2007 ver RUIZ MORENO, JOSÉ MARÍA, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones...”, *op. cit.*, p. 596 y siguientes.

⁷⁹³ El 8 de abril de 2010, durante la celebración del Consejo de Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Unión Europea ratificó el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias. De momento, la de la UE es la única ratificación, por lo que este texto convencional todavía no ha entrado en vigor. GARAU, FEDERICO, <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2010/05/la-ue-ratifica-el-protocolo-de-la-haya.html>.

la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de sentencias y la cooperación judicial⁷⁹⁴. En cuanto a la competencia judicial internacional, España es parte de los siguientes: Convenio de Montevideo de 4 de noviembre de 1987 entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones transaccionales judiciales relativas a alimentos; el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁷⁹⁵; el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y su Protocolo anejo; el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y su Protocolo anejo⁷⁹⁶. Los tres últimos se aplican jerárquicamente por el mismo orden. En cuanto a la ley aplicable: Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973⁷⁹⁷ y Convenio de La Haya de 1956. En cuanto al reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia de alimentos, España ha suscrito dos Convenios: Convenio de La Haya de 1958, que se refiere sólo a las obligaciones alimenticias respecto a menores y que está parcialmente derogado por el siguiente, y sólo se aplica en las relaciones entre España, Bélgica y Liechtenstein; y el ya mencionado Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973⁷⁹⁸. Y en cuanto a la cooperación para la obtención de alimentos, el Convenio de Nueva York de 20 de junio

⁷⁹⁴ Cfr: CALVO BABÍO, FLORA, “Las relaciones internacionales de alimentos”, revista *Iuris*, núm. 113 (febrero de 2007), p. 54.

⁷⁹⁵ Se aplica entre los Estados miembros de la Unión Europea con excepción de Dinamarca, que en 2005 firmó un Acuerdo con la Comunidad Europea por el que accedía a la aplicación en su territorio del Reglamento pero que todavía no está en vigor pues no ha sido todavía aprobado por el parlamento danés.

⁷⁹⁶ Se aplica entre los catorce Estado Miembros anteriores a la última ampliación e Islandia, Noruega y Suiza.

⁷⁹⁷ En la práctica, y por desgracia, la aplicación de este Convenio es casi inexistente, como ocurrió en las SAP de Madrid de 25 de abril de 2006 y en la SAP de Barcelona de 4 de enero de 2006, en las que ni siquiera se menciona. Cfr: CALVO BABÍO, FLORA, “Las relaciones internacionales...”, *op. cit.*, p. 56.

⁷⁹⁸ Se aplica sólo cuando las resoluciones provengan de Australia o Turquía porque el resto de Estados parte lo son también del sistema Bruselas-Lugano, con el que es compatible –el art. 71.1 del Reglamento 44/2001 establece que el Reglamento no afectará a los convenios de los que sean parte los Estados miembros y que regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de resoluciones –, y se considera que el sistema Bruselas-Lugano favorece en mayor medida el reconocimiento (entre otras cosas, prohíbe el control de la competencia del juez de origen y de la ley aplicable) por lo que se suele aconsejar su aplicación con preferencia a los demás. Cfr: CALVO BABÍO, FLORA, “Las relaciones internacionales...”, *op. cit.*, p. 57.

de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero que establece la intermediación de las Autoridades Centrales (en España, la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional perteneciente al Ministerio de Justicia) designadas por los países miembros para facilitar la interposición de la demanda en ellos y para ayudar al reconocimiento de las resoluciones dictadas en el extranjero sin que el demandante tenga que acudir al país donde se encuentra el deudor de los alimentos⁷⁹⁹.

España también ha suscrito Convenios bilaterales con distintos países de la Unión Europea sobre conflictos de leyes en materia de alimentos y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos⁸⁰⁰, que carecen de trascendencia práctica al haber sido sustituidos por el Reglamento Bruselas.

Aquí voy a analizar sólo dos de los instrumentos mencionados: el Reglamento número 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos y el Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre el cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia.

2. Reglamento número 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos

En el ámbito europeo, El Reglamento número 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, ofrece una completa regulación de las distintas cuestiones que plantea una reclamación internacional de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable,

⁷⁹⁹ CALVO BABÍO advierte que, aunque la aplicación de este Convenio es compatible con los demás, la intermediación de las Autoridades Centrales puede provocar mayor lentitud en la obtención de la ejecución de la resolución, por lo que es preferible prescindir de este Convenio, especialmente en el marco comunitario, si se puede utilizar otro de los instrumentos. CALVO BABÍO, FLORA, "Las relaciones internacionales...", *op. cit.*, p. 57.

⁸⁰⁰ Así, existen Convenios firmados con Alemania, de 14 de septiembre de 1984, con Francia de 28 de mayo de 1969, con Austria de 17 de febrero de 1984 y con Italia de 22 de mayo de 1973.

reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y cooperación entre autoridades centrales. Se trata del primer instrumento del legislador europeo con estas características⁸⁰¹. Nace con vocación de convertirse en la norma aplicable para resolver cualquier controversia de Derecho Internacional Privado relacionada con las reclamaciones de alimentos transfronterizas en el ámbito de la UE, sustituyendo en su aplicación a otros preceptos de normas reglamentarias que hasta la fecha se ocupaban parcialmente de algunos aspectos⁸⁰². Este Reglamento ha modificado dos ya existentes, el Reglamento número 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el Reglamento 805/2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

Es el instrumento legal vigente para España en el sector de las obligaciones de alimentos con carácter internacional, que ha venido a solucionar los problemas de unificación en el ámbito comunitario desde el punto de vista de Derecho internacional privado y es el instrumento internacional más relevante en materia de alimentos porque intenta solucionar los tres grandes problemas que, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, puede plantear un litigio internacional en materia de alimentos: la determinación del juez competente, la fijación de la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de las decisiones dictadas por los Estado miembros en materia de alimentos⁸⁰³.

⁸⁰¹ Cfr. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, MARÍA, “Un nuevo instrumento para la reclamación internacional de alimentos: el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008”, *Revista de derecho patrimonial*, núm. 26 (2011-I), p. 221.

⁸⁰² Cfr. GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO, “Ámbito de aplicación y sistema de atribución de la competencia”, en *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, t. 1, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 568. CASTELLANOS RUIZ destaca como novedades materiales del RAL la voluntad de universalidad, el deseo de mostrar la importancia de una Unión Europea próxima a los ciudadanos y el hecho de abordar temas mucho más prácticos, y como novedades metodológicas, la remisión a un texto extracomunitario como es el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, la evolución del Derecho comunitario en el espacio judicial europeo hacia una administración jurídica de los actores implicados y la tendencia en la Unión Europea de elaborar un procedimiento civil transfronterizo construido sobre “formularios uniformes”. CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, “La obligación de alimentos en el derecho internacional privado”, en *Tratado de derecho de la familia*, vol. 1, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 335-336.

⁸⁰³ Cfr. CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 322-323.

En este sentido, el RAL es una norma ambiciosa⁸⁰⁴, pues es de aplicación a distintas cuestiones referentes a las obligaciones de alimentos de carácter transfronterizo, así, la competencia, reconocimiento y ejecución, ley aplicable, cooperación entre autoridades y asistencia jurídica gratuita.

2.1.Ámbito material de aplicación: significado de la exigencia del carácter internacional y concreción de los términos derecho de alimentos y relación familiar, se parentesco, matrimonial o de afinidad

El art. 1 RAL establece que el Reglamento sólo se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad.

Deben definirse varios conceptos –lo que debe entenderse, por un lado, por obligación de alimentos, por otro, por relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad y, además, debe aclararse qué sentido debe dársele al carácter internacional de la obligación –dado que difieren según la regulación de cada Estado miembro.

En primer lugar, por lo que se refiere al *carácter internacional* de las obligaciones de alimentos, puede derivar tanto de elementos objetivos como subjetivos, independientemente de la naturaleza, grado o intensidad del elemento extranjero. Es suficiente que la relación jurídica esté conectada con varios ordenamientos jurídicos, desde el punto de vista del juez que está conociendo del caso. En este sentido, se incluyen tanto la relaciones “objetivamente internacionales” como las relaciones “objetivamente internas pero subjetivamente internacionales”, es decir, relaciones que tienen todo sus elementos objetivos en un mismo Estado, pero que son subjetivamente internacionales, porque el juez que conoce el caso pertenece a un Estado distinto respecto a donde están localizados los elementos jurídicos de la relación. También se aplica el RAL si todos los elementos de la relación están localizados en el mismo

⁸⁰⁴ GUTIÉRREZ BERLINCHES dice esto y, además, que va mucho más allá de las anteriores regulaciones comunitarias en materia de cooperación judicial civil porque “hasta hace bien poco, solían limitarse a los problemas de competencia de los tribunales y reconocimiento y ejecución de las resoluciones”. GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO, “Ámbito de aplicación...”, *op. cit.*, p. 569.

Estado, incluso el juez que conoce, pero la decisión debe reconocerse o/y ejecutarse en un país distinto⁸⁰⁵.

Por lo que se refiere al *derecho de alimentos*, se refiere a un concepto amplio en el que se incluyen distintas instituciones jurídicas, aunque teniendo siempre en común que un sujeto proporciona los medios económicos necesarios para asegurar la subsistencia de quien carece de recursos. El contenido de la obligación consiste, pues, en la satisfacción de las necesidades vinculadas al derecho a la vida: alimentación, vestido, habitación, asistencia sanitaria y educación, es decir, el obligado ha de mantener o sustentar al alimentista, asistiéndole para que sufrague sus gastos más apremiantes⁸⁰⁶.

El Considerando 11 RAL señala que el concepto de obligación de alimentos “debería interpretarse de manera autónoma” para “garantizar la igualdad de trato a todos los acreedores de alimentos”⁸⁰⁷. Son *alimentos* a efectos del RAL, todas aquellas prestaciones que la Ley establece con el objetivo de paliar las necesidades económicas de ciertas personas y que se imponen sobre ciertos parientes o personas que disponen de mayores recursos económicos o las prestaciones cuya cuantía se establece teniendo en cuenta las condiciones económicas del deudor y las necesidades del acreedor (STSJCE de 20 de marzo 1997, *Farrell*)⁸⁰⁸. CASTELLANOS RUIZ destaca que partiendo de un concepto tan amplio⁸⁰⁹, no importa la denominación jurídica de la prestación a satisfacer: pensión compensatoria, alimentos, deber de socorro, manutención, cargas matrimoniales, etc., ni importan la modalidad de la prestación, siendo indiferente que consista en el pago de una suma monetaria o en la cesión de un bien⁸¹⁰.

⁸⁰⁵ Cfr. CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 326.

⁸⁰⁶ Cfr. GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO, “Ámbito de aplicación...”, *op. cit.*, p. 570.

⁸⁰⁷ Ver STS de 21 de julio de 2000 y STS de 14 de marzo d 2007.

⁸⁰⁸ Cfr. CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 329-330.

⁸⁰⁹ El RAL utiliza un concepto autónomo diferente del concepto de alimentos que manejan los Derechos de los Estados miembros y que es el mismo que ya se manejaba en el ámbito comunitario gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la interpretación del art. 5.2 del Reglamento del Convenio de Bruselas de 1968, de 27 de septiembre, relativo a las competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil, de redacción idéntica al art. 5.2 del Reglamento 44/2001. Cfr. CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 328.

⁸¹⁰ Cfr. ASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 330.

Por lo que se refiere a la otra cuestión, por el contrario, la determinación de qué sea una *relación familiar, se parentesco, matrimonial o de afinidad* no viene delimitada en un concepto autónomo.

El art. 1.1 establece que “el presente Reglamento se aplicará a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad”. Pueden plantearse problemas por los nuevos modelos familiares que vienen surgiendo y por cuanto, en relación con ello, como he señalado, se refiere a una *relación familiar*. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ afirma que desde el momento que el establecimiento de las relaciones familiares sigue estando regulado por el Derecho nacional de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho internacional privado, serán dichas normas las que determinen quiénes van a ser deudores y beneficiarios, por lo que la aplicación uniforme del Reglamento puede verse comprometida por lo que una posible solución sería atribuir un “significado autónomo a los términos que aparecen en el Reglamento 4/2009”⁸¹¹.

Según lo que establece el Considerando 11, se pretende garantizar, según dispone, la igualdad de trato a todos los acreedores de alimentos. Pero, sin embargo, guarda silencio respecto a qué deba entenderse por “relación familiar”. En ausencia de una noción autónoma debe calificarse *lege fori*, lo que lleva a excluir la aplicación del Reglamento 4/2009 a las relaciones alimenticias entre cónyuges del mismo sexo y/o convivientes de hecho por las autoridades de un Estado miembro cuya Ley no considere que tales sujetos forman una “familia”⁸¹². Dice GUTIÉRREZ BERLINCHES que el elemento clave para determinar a qué clases de obligaciones alimenticias es de aplicación el RAL no viene constituido por la clase de obligación de que se trate (legal o convencional) sino por el hecho de que los alimentos debidos deriven de una relación familiar, de parentesco, matrimonial o afinidad, por lo que algunas obligaciones legales quedarán excluidas del ámbito de la RAL y, por el contrario, obligaciones

⁸¹¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, MARÍA, “Un nuevo instrumento para la reclamación internacional de alimentos...”, *op. cit.*, p. 223.

⁸¹² *Cfr.* CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 327. La autora señala que el Reglamento “debería haber acogido la propuesta de la Comisión Europea, de considerar incluidas también las obligaciones de alimentos derivadas de una relación con “efectos similares” a las relaciones familiares, según el Derecho aplicable al fondo del asunto. Con ello, se hubieran incluido, dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 4/2009, las uniones de hecho registradas o los matrimonios entre personas del mismo sexo”.

convencionales en las que esté presente la relación familiar quedarán incluidas⁸¹³. Y, dado que el RAL no define el tipo de relaciones a que se refiere habrá que interpretarlo a la luz de lo que las legislaciones nacionales entiendan por relación familiar, matrimonial, de parentesco o afinidad.

Por otro lado, es también conflictivo lo que deba entenderse tanto por *acreedor* como por *deudor* de alimentos. El art. 2.1.10 RAL establece que acreedor es “toda persona física a quien se deban o se alegue que se deben los alimentos” y el art. 2.1.11 que será deudor “toda persona física que deba o a quien se reclamen los alimentos”. Ambos conceptos deben ser interpretados de manera autónoma y amplia⁸¹⁴.

2.2.Ley aplicable

El art. 15 del Reglamento se limita a establecer en materia de ley aplicable que se realizará de acuerdo al Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento⁸¹⁵, cuya finalidad es precisamente armonizar las normas de conflicto de leyes en materia de obligación de alimentos.

Para ello, ha fijado que la norma aplicable será la de cada Estado, como regla general, y ha establecido a parte una serie de normas especiales. Así, en primer lugar, el art. 8 establece que las partes pueden hacer uso de la autonomía de su voluntad y elegir la ley aplicable, con ciertos límites: no se aplica a las obligaciones de alimentos en las que el beneficiario sea menor de 18 años o adulto que no se encuentre en condiciones de proteger sus intereses; además, en realidad, la norma que pueden elegir tiene que ser una

⁸¹³ Cfr. GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO, “Ámbito de aplicación...”, *op. cit.*, p. 574-575.

⁸¹⁴ Para saber más, CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, “La obligación de alimentos...”, *op. cit.*, p. 331 y ss.

⁸¹⁵ Explica RODRÍGUEZ VÁZQUEZ que cuando se presentó al Propuesta de Reglamento sobre alimentos el legislador sabía que en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado se estaba precisamente trabajando en paralelo sobre la misma materia, por lo que se optó por la elaboración de un Reglamento sin normas sobre ley aplicable y la adhesión de la Comunidad al Protocolo de La Haya. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, MARÍA, “Un nuevo instrumento para la reclamación internacional de alimentos...”, *op. cit.*, p. 228.

de las enumeradas por el Protocolo, esto es, la ley del Estado de la nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de las partes, la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o las que se apliquen a ellas, la ley elegida por las partes para regular su divorcio o separación o la ley que se aplique para ello; dicha elección, además, está sujeta a estrictas condiciones de forma. En defecto de ejercicio de la autonomía de la voluntad, la ley aplicable será la del Estado de la residencia habitual del acreedor de los alimentos. Por su parte, el art. 4 del Protocolo establece para el caso de obligaciones alimenticias de los padres a favor de sus hijos, de los hijos a favor de los padres o a favor de personas menores de 21 años, salvo que se trate de cónyuges o excónyuges, se aplica la ley del foro si el acreedor no puede obtener alimentos en virtud del art. 3; también se aplica la ley del foro si el acreedor hubiese acudido a la autoridad competente de la residencia habitual del deudor, si el acreedor no puede obtener alimentos ni por la ley de su residencia habitual ni conforme a la ley del foro, se aplicará la nacionalidad común del deudor y acreedor si existe. En cuanto a cónyuges, excónyuges o entre personas cuyo matrimonio se haya declarado nulo, el art. 5 dice que no se aplica la regla general del art. 3 si una de las partes se opone y si existe vinculación más estrecha con la ley de otro Estado⁸¹⁶. Si ninguna de las partes se opone y no existe esa especial vinculación, se aplica la norma general.

Para determinar la cuantía de los alimentos, establece el art. 14 que se deben tener siempre en cuenta las necesidades del acreedor y los medios con que cuenta el deudor, así como cualquier compensación recibida por el acreedor en lugar del pago periódico aunque la ley aplicable prevea algo distinto. Los arts. 12 y 13 establecen que la ley designada como aplicable sólo puede rechazarse en la medida en que sus efectos sean manifiestamente incompatibles con el orden público del foro.

2.3.Eficacia extraterritorial de las resoluciones

⁸¹⁶ Dice RODRÍGUEZ VÁZQUEZ que esta solución “se caracteriza por su flexibilidad al permitir a la autoridad competente, en función de las circunstancias del caso, aplicar la ley más vinculada al matrimonio”. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, MARÍA, “Un nuevo instrumento para la reclamación internacional de alimentos...”, *op. cit.*, p. 230.

En cuanto a la eficacia extraterritorial de las resoluciones en materia de alimentos, el Capítulo IV del Reglamento contiene tres secciones⁸¹⁷: una para la eficacia de las resoluciones dictadas en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de la Haya de 2007, otra para la supresión del exequátur para las resoluciones dictadas en un Estado miembro sí vinculado por el Protocolo, y otra que afecta a todas las resoluciones.

En cuanto a la eficacia de las resoluciones dictadas en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo, los arts. 23 y 26 recogen las soluciones del Reglamento 44/2001 (Reglamento Bruselas I): reconocimiento automático y procedimiento de exequátur simplificado de la resolución en el Estado miembro requerido. Las resoluciones dictadas en Estados miembros sí vinculados por el Protocolo tienen fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de otorgamiento de la ejecución⁸¹⁸ (art. 17), aunque con algunas especialidades. Así, el Reglamento elimina la exigencia de otorgamiento de la ejecución pero limitando esa posibilidad tanto cuantitativa como cualitativamente, primero, porque se hace depender de que los Estados miembros queden vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 y, en cuanto a lo segundo, porque pese a que ya no es necesario el otorgamiento de la ejecución, se mantienen ciertos motivos de denegación o suspensión de la ejecución. La denegación parcial o total de la ejecución se da cuando se haya producido una prescripción del derecho tanto en virtud del Derecho del Estado miembro de origen, como en virtud del Derecho del Estado miembro de ejecución, si éste establece un plazo de prescripción más largo. Dicha prescripción no puede ser apreciada de oficio por el desconocimiento de la autoridad competente del Estado miembro de ejecución, por lo que debe ser

⁸¹⁷ Dice RODRÍGUEZ VÁZQUEZ que la doble regulación se justifica porque si el Reglamento “parte de la premisa de que la armonización de las normas de conflicto es una condición previa para la supresión del exequátur de la resolución en el Estado miembro requerido había que establecer, en consecuencia, un doble sistema de eficacia extraterritorial. Uno, basado en la supresión del exequátur, para aquellas resoluciones dictadas en los Estados miembros vinculados por el Protocolo y otro para aquellas decisiones dictadas en aquellos Estados miembros no vinculados por dicho Protocolo”. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, MARÍA, “Un nuevo instrumento para la reclamación internacional de alimentos...”, *op. cit.*, p. 230.

⁸¹⁸ El Consejo Europeo de Tampere celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999 estableció que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales debía ser “*la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la UE*”. La evolución hacia la libre circulación de resoluciones judiciales en la UE –la llamada “*quinta libertad comunitaria*” –, ha sido recorrida en dos fases: la primera va desde la exigencia de *exequatur* en la mayoría de instrumentos legales hasta su simplificación (modelo de *exequatur* “*de plano*”), y la segunda, que comprende desde la simplificación del *exequatur* hasta su total eliminación (modelo *anti-exequatur*). Cfr. RUIZ MORENO, JOSÉ MARÍA, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones...”, *op. cit.*, p. 600.

alegada por el deudor. Pero la denegación será facultativa cuando se base en la incompatibilidad de la resolución dictada por un órgano jurisdiccional de origen con una resolución dictada en el Estado miembro de ejecución o con una resolución dictada en otro Estado miembro o en otro Estado tercero que reúna las condiciones necesarias para ser reconocida en el Estado de la ejecución. La suspensión se da cuando el deudor solicite el reexamen de la resolución dictada en un órgano del Estado miembro de origen interpuesta con arreglo al art. 19 del RAL, en cuyo caso la autoridad competente *podrá* suspender total o parcialmente la ejecución, o cuando se suspenda su fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, cuando lo ha solicitado el deudor, en cuyo caso la suspensión de la ejecución será obligatoria.

2.4.Cooperación: Autoridades Centrales

Por su parte, el art. 50 establece que cada Estado miembro designará una autoridad central que tendrá como función cooperar con las autoridades centrales de los demás Estados miembros y resolver las dificultades que puedan surgir en la aplicación del Reglamento. Además, esta autoridad central tiene como funciones específicas transmitir y recibir las solicitudes de cobro de alimentos e iniciar y facilitar la iniciación de procedimientos sobre esas solicitudes y tomar las medidas adecuadas para ayudar a localizar al deudor o acreedor, facilitar la obtención de información sobre los ingresos y sobre el patrimonio del deudor o acreedor, incluida la localización de sus bienes, facilitar el cobro y la transferencia rápida de los pagos de alimentos, etc.

2.5.Competencia judicial

La RAL establece un amplio sistema de distribución de la competencia internacional⁸¹⁹, fijando unos foros generales y alternativos que remiten sobre todo a los tribunales del Estado donde tenga su residencia el demandado o el acreedor de los

⁸¹⁹ Arts. 3 y ss. RAL.

alimentos, o a los tribunales del Estado que conozca de la acción principal a la que van ligados los alimentos. A ello deben añadirse los tribunales a los que expresa o tácitamente se hayan sometido las partes. Como foro residual el RAL establece los tribunales de la nacionalidad común de las partes y, por último, cualquiera de los tribunales de los Estado miembros con el que el litigio presente conexión suficiente⁸²⁰.

El art. 8 RAL establece una especie de “perpetuación de la jurisdicción”⁸²¹ a favor de los tribunales que hayan conocido ya de la causa, de manera que el deudor “no podrá iniciar en ningún otro Estado miembro un procedimiento para que se modifique la resolución o se adopte una nueva mientras el acreedor continúe residiendo habitualmente en el Estado en que se dictó la resolución”. Como dice GUTIÉRREZ BERLINCHES, en definitiva, “en estos casos, se obliga al deudor a pretender la reducción o extinción ante los tribunales del Estado de residencia habitual de quien ya goza de un pronunciamiento favorable concedido por estos mismos tribunales”⁸²². Esto tiene dos excepciones: que las partes hayan pactado la competencia de los tribunales de otro Estado miembro mediante la sumisión expresa, o que el acreedor se haya sometido tácitamente a los tribunales de ese otro Estado miembro.

3. Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre el cobro internacional de alimentos para niños y otro miembros de la familia

En el entorno internacional es el Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre el cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia el que más debemos tener en cuenta. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una organización de alcance mundial dedicada a la armonización del Derecho internacional privado de los Estados que ratifican sus textos. Otras organizaciones se dedican a la misma labor, entre ellas, a nivel universal, la

⁸²⁰ Para que estos tribunales puedan atribuirse la competencia amparados por este excepcional “foro de necesidad” se exige que no sean competentes los tribunales de ningún otro Estado miembro, que el litigio presente conexión suficiente con los tribunales del Estado que vaya a conocer del pleito y que se justifique que concurre alguna causa excepcional para postergar la competencia de los tribunales del Estado no miembro con el que el litigio sí presente conexión.

⁸²¹ GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO, “Ámbito de aplicación...”, *op. cit.*, p. 585.

⁸²² GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO, “Ámbito de aplicación...”, *op. cit.*, p. 585.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y la Comisión Internacional del Estado Civil, y a nivel regional, la Organización de Estados Americanos y la Unión Europea.

AZCÁRRAGA MONZONÍS justifica su existencia porque “las obligaciones de alimentos que presentan elementos extranjeros se están multiplicando en el tráfico externo como consecuencia del aumento de divorcios internacionales y el incremento de la dispersión familiar, lo que requiere una regulación internacionalprivatista adecuada”⁸²³.

Los antecedentes de este Convenio son la decimoséptima sesión de la Conferencia de La Haya y las dos posteriores comisiones especiales de 1995 y 1999 donde se examinó el funcionamiento práctico del Convenio de Nueva York, de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero y de los cuatro convenios de La Haya ya existentes en la materia: el Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre ley aplicable a obligaciones alimenticias relativas a los niños, el Convenio de 15 de abril de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales relativa a obligaciones alimenticias con respecto a los niños, el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales relativas a obligaciones alimenticias y el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. La Comisión especial de 1999 que estudiaba las anteriores normas decidió elaborar un nuevo texto intentando dar solución a los problemas que planteaban los anteriores, surgiendo el que aquí comento, y para el que se marcaron las siguientes directrices: establecer disposiciones en materia de cooperación administrativa, considerar las posibilidades aplicables a esta labor de la tecnología de la información y comunicación, la necesidad de elaborar un texto que combinara flexibilidad y eficacia para que fuera ampliamente ratificado⁸²⁴. Debe destacarse también la influencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del

⁸²³ AZCÁRRAGA MONZONÍS, CARMEN, “El nuevo Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia...”, *op. cit.*, p. 492.

⁸²⁴ *Cfr.* AZCÁRRAGA MONZONÍS, CARMEN, “El nuevo Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia...”, *op. cit.*, p. 494.

Niño, de 20 de noviembre de 1989 que consagra el interés superior del niño como principio esencial⁸²⁵.

El Convenio se divide en nueve capítulos: el Capítulo I se refiere al objeto, ámbito de aplicación y definiciones, el Capítulo II a la cooperación administrativa, el Capítulo III a la solicitudes a través de las Autoridades Centrales, el Capítulo IV a las restricciones a la iniciación de procedimientos, el Capítulo V al reconocimiento y ejecución, el Capítulo VI a la ejecución por el Estado requerido, el Capítulo VII sobre Organismos públicos, el Capítulo VIII sobre Disposiciones generales y el Capítulo IX sobre Disposiciones finales⁸²⁶.

El Convenio tiene como objeto garantizar la eficacia del cobro internacional de alimentos mediante la adopción de las siguientes medidas, aunque los Estados pueden adoptar, además, otras complementarias: establecimiento de un sistema completo de cooperación entre las autoridades de los Estados Contratantes, proporcionar solicitudes para la adopción de decisiones sobre alimentos, garantizar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones sobre alimentos y exigir medidas efectivas para la rápida ejecución de las decisiones sobre alimentos.

El art. 2 trata el ámbito de aplicación, y establece que el Convenio se aplicará a las obligaciones alimenticias derivadas de relaciones paterno-filiales en relación con una persona menor de 21 años⁸²⁷, al reconocimiento y ejecución de decisiones sobre

⁸²⁵ Dicho principio viene contemplado en su art. 3, mientras que en el art. 27 impone la responsabilidad primordial de los padres u otras personas encargadas del cuidado del niño de asegurar, dentro de sus posibilidades y capacidad económica, las condiciones necesarias para su desarrollo.

⁸²⁶ De las conclusiones derivadas de cada omisión se aprecia cómo los objetivos se fueron reduciendo a medida que pasaban los años, siendo el resultado final más modesto en términos globales, a pesar de que el objetivo principal era la revisión de los Convenios sobre ley aplicable y reconocimiento elaborados durante la década de los cincuenta y setenta, así como la reforma y actualización de los mecanismos de cooperación de autoridades del Convenio de Nueva York de 1956. No aborda, por tanto, ni la competencia judicial internacional ni el Derecho aplicable, que ha quedado relegado al Protocolo que lo acompaña. *Cfr.* AZCÁRRAGA MONZONÍS, CARMEN, “El nuevo Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia...”, *op. cit.*, p. 502.

⁸²⁷ La edad máxima fue objeto de discusión, llegándose al acuerdo que se expresa en el art. 2.2, por el que se establece que el límite está en los 21 años de edad, permitiendo a los Estados con dificultades en aceptar la prolongación de la edad formular una reserva de conformidad con el art. 62 con el fin de limitar la aplicación del Convenio en lo que se refiere al artículo 2.1 a) a aquellas personas que no hayan alcanzado la edad de 18 años, pero el art. 2.2 *in fine* establece que el Estado Contratante que formule una reserva de este tipo no podrá reclamar la aplicación del Convenio a las personas de la edad excluida por su reserva. *Cfr.* AZCÁRRAGA MONZONÍS, CARMEN, “El nuevo Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia...”, *op. cit.*, p. 506.

alimentos relativas a cónyuges cuando la solicitud se realiza con una demanda incluida en el ámbito de aplicación mencionado antes y a los alimentos relativos a cónyuges, a excepción de los Capítulos II (cooperación administrativa) y III (solicitudes a través de Autoridades Centrales). El art. 2.4 establece el trato igualitario de los niños con independencia del estado civil de sus padres.

Se discutió ampliamente la posibilidad de incluir a las *personas vulnerables*, llegando al final a la conclusión plasmada en el art. 2.3 por el que se permite a los Estados extender la aplicación de todo o parte del Convenio a cualquier obligación de alimentos derivada de una relación de familia, parentesco, matrimonio o afinidad, incluyendo específicamente las obligaciones relacionadas con personas vulnerables y matiza que tal declaración sólo generará obligaciones entre dos Estados Contratantes en la medida en que sus declaraciones cubran las mismas obligaciones alimenticias y partes del Convenio.

El art. 5 se encarga de enumerar las funciones de las Autoridades Centrales: cooperar entre sí y promover la cooperación entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para alcanzar los objetivos del Convenio y tratar de resolver, en la medida de lo posible, las dificultades que surjan en la aplicación del mismo. En cuanto a las funciones especiales de estas Autoridades Centrales, el art. 6 especifica una larga lista. Así, son funciones específicas transmitir y recibir solicitudes y e iniciar o facilitar la iniciación de procedimientos, adoptar las medidas apropiadas para prestar o facilitar que se preste asistencia jurídica cuando lo requieran las circunstancias, ayudar a localizar al deudor o al acreedor, ayudar a obtener la información pertinente relativa a los ingresos y a otras circunstancias económicas del deudor o del acreedor, incluida la localización de sus bienes, promover la solución amistosa de diferencias a fin de obtener el pago voluntario de los alimentos, recurriendo cuando sea apropiado a la mediación, la conciliación o mecanismos analógicos, facilitar el cobro y la transferencia rápida de los pagos de alimentos y proporcionar asistencia para la determinación de la filiación cuando sea necesario para el cobro de los alimentos. Pueden también adoptar medidas específicas a petición de otra Autoridad Central, en relación con un asunto que esté pendiente en el Estado requirente.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. Sobre los alimentos debidos a los hijos

Tras las reformas de 1981 y, sobre todo, a partir de la Ley 11/1990, de 15 octubre, es evidente que sigue existiendo una línea divisoria que separa el derecho de alimentos que corresponde a los hijos menores de edad y que deviene del hecho de la filiación, siendo reflejo de los deberes establecidos en los arts. 110 y 111 de la Constitución, de la figura de los alimentos entre parientes de los arts. 142 y ss. del Código Civil y que es donde se enmarca también el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad que todavía conviven en el hogar familiar.

Si bien, por lo analizado en el capítulo correspondiente, también es evidente que no encaja con exactitud en dicha figura, dado que viene acompañado de unas especialidades que le sitúan, por así decirlo, en un *espacio entre dos aguas*, ya que el hijo conviviente –en el sentido no estricto que antes he expresado –, aunque sea mayor de edad, ostenta un derecho que puede entenderse protegido con mayor rigor. De este modo, se puede afirmar que, dentro del derecho de alimentos entre parientes existen en realidad dos clases, esto es, la del hijo mayor de edad que todavía depende económicamente de sus progenitores y que se encuentra en unas concretas circunstancias de su formación, y el resto. De este modo, a pesar de ser mayor de edad, si todavía se está formando, y a pesar de poder compaginar su formación con un trabajo remunerado, si pueden sus progenitores proporcionarle la educación que desea, y el hijo la aprovecha, los progenitores deben de seguir manteniéndole y procurando su formación. Esta situación especial se refleja, no sólo en lo que acabo de mencionar, sino también en la legitimación procesal que se concede al progenitor conviviente con el hijo mayor de edad y que, como ya he explicado, se fundamenta en el art. 1894 del Código Civil.

Si bien, y a pesar de que la realidad social es hoy distinta a la de 1981 y la de 1990, y es cierto que los jóvenes cada vez encuentran más difícil su incorporación al mundo laboral, creo, como antes he expresado, que debería modificarse el Código Civil en el sentido de limitar temporalmente las pensiones de alimentos debidas a los hijos. Y

ello por las razones que antes he apuntado: en primer lugar, por economía procesal, dado que los pleitos de modificación de medidas solicitando la supresión de la pensión son tremendamente numerosos; en segundo lugar, por el efecto perjudicial que crea en el hijo la seguridad de la pensión; y en tercer lugar, por lógica con lo establecido en el art. 97 para la pensión compensatoria.

2. Sobre los alimentos en el matrimonio y en las uniones estables de pareja

En el ámbito matrimonial cabe destacar las reformas de la Ley 13/2005, que introdujo el llamado *matrimonio homosexual*, que influye sin duda en la manera de abordar los derechos reclamados por las parejas de hecho, ya que hace el matrimonio accesible a todos los tipos de uniones, y la Ley 15/2005 por lo que se refiere al que fue llamado *divorcio exprés* y, en lo que nos interesa, sobre todo en relación al capítulo segundo, la limitación temporal de la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil.

Como he explicado, por lo que respecta al matrimonio, el único caso en que en realidad hay un derecho de alimentos entre los cónyuges es en el de la separación de hecho, no pudiendo hablar de alimentos en el caso de la normal situación de convivencia de los esposos, dado que es asumido por el más amplio deber de ayuda y socorro mutuo. En el caso del divorcio, al extinguirse el vínculo matrimonial, no puede haber ya ningún tipo de deber conyugal, ni de socorro, ni simplemente de alimentos, subsistiendo sólo, de fijarse a favor del cónyuge en desequilibrio, una pensión compensatoria. En el caso de la separación judicial, al subsistir el vínculo, subsiste también el deber de alimentos entre los esposos; ahora bien, al haber sentencia de separación, lo normal será que, habiendo necesidad de uno de los cónyuges, se haya fijado a su favor una pensión compensatoria, como lógico reflejo del desequilibrio. En el caso de declararse la nulidad, sólo podemos hablar de la indemnización del art. 98 del Código Civil.

En el caso de las uniones de hecho, no existe regulación estatal sobre los derechos y deberes de sus miembros, aunque sí una profusa y confusa normativa autonómica al respecto. A pesar de ello, y a pesar de la crítica que hago en este trabajo de la reclamación del reconocimiento de una realidad que tiene una fácil y rápida solución contrayendo matrimonio, dado que hoy día pueden acceder a él las parejas homosexuales y divorciadas, creo que es tal la equiparación en la práctica en algunos aspectos, que debería haber equiparación en todo, o por lo menos en materia de alimentos, por analogía de lo que ocurre con la pensión compensatoria, que en un gran número de casos viene siendo concedida al miembro desfavorecido por la ruptura de la relación, basándose en la teoría del enriquecimiento injusto.

Debe tenerse presente que si se concede una pensión compensatoria y para ello se han tenido en cuenta los parámetros del art. 97 del Código Civil, siendo uno de ellos el estado de necesidad, no se puede rechazar sin más la idea que propongo, aunque yo misma la rechace técnicamente. Quien debe lo más, debe lo menos.

Otra cosa será, la dificultad de prueba de la existencia de la relación y el hecho de que este derecho en realidad sólo tiene proyección en el caso de la separación de hecho, que en el caso de las uniones estables es la única posible, dado que al no existir vínculo, no puede extinguirse. Durante la *vigencia* de la relación, no puede plantearse el puro deber de alimentos ya que en realidad debería ir más allá, y existir una especie de deber de ayuda y socorro mutuo como en el matrimonio, si es que todo esto puede establecerse dada la falta absoluta de seguridad del momento en que se encuentre la relación. En fin, si rota una pareja de hecho, uno de sus miembros se encuentra en una situación de necesidad, podría reclamar una pensión de alimentos al otro.

3. Sobre los demás alimentos legales

Por lo que se refiere al concurso de acreedores, la gran novedad desde 1981 es precisamente la introducción de toda la regulación del mismo, por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que cambia el espíritu y simplifica las anteriores regulaciones sobre la quiebra y la suspensión de pagos. Por lo que se refiere a los alimentos a favor del concursado y con cargo a la masa, así como los de las personas que dependen de él y

que conforman su núcleo familiar, debe entenderse como un crédito privilegiado. No cabe decir lo mismo, sin embargo, de los alimentos que deba el concursado según la figura de los alimentos entre parientes, exista decisión judicial antes o después de la declaración del concurso, que deberá el necesitado reclamar a quien sea el siguiente en la prelación de deudores alimenticios. En cualquier caso, los alimentos se extinguen con la fase de liquidación del concurso.

En cuanto a la tutela y el acogimiento, cabe destacar que el deber de procurar alimentos tanto del tutor como del acogedor, y salvo que sean los precisamente obligados a prestar alimentos al pupilo, consiste únicamente en hacer todo lo posible para que las necesidades del mismo sean cubiertas, debiendo reclamar, cuando sea necesario, los alimentos para el tutelado o acogido a quien corresponda.

Por lo que respecta a los alimentos a favor de la viuda encinta, como he explicado, no se trata en puridad de alimentos, ya que no se exige la necesidad de la misma.

En lo relativo a los alimentos del donante, en mi opinión y como he aclarado antes, debe destacarse que no es necesaria la previa existencia de una obligación de alimentos del donatario respecto del donante para que éste pueda revocar la donación por ingratitud, ya que la facultad de revocación proviene precisamente de la ingratitud del donatario, no de la existencia de una relación de parentesco que obligue a los alimentos; lo que el donatario debe al donante no son alimentos, sino gratitud.

Por último, en referencia a los alimentos del cónyuge y los hijos durante la liquidación de la sociedad de gananciales, según la opinión más extendida, este derecho no es un genuino derecho de alimentos entre parientes, cuyas reglas, en principio, no le son aplicables. No se genera una auténtica relación obligatoria alimenticia entre dos partes y, ni siquiera, puede hablarse en puridad de un derecho de alimentos sobre una masa de bienes, sino simplemente de un derecho a pedir anticipos a cuenta de las cantidades detraídas en concepto de frutos y rentas de los bienes de los que son o van a ser propietarios.

4. Sobre el contrato de alimentos

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, vino a introducir el llamado contrato de alimentos tras un largo recorrido del llamado *vitalicio*, cuya figura atípica venía siendo tratada ampliamente por doctrina y jurisprudencia. Por supuesto, la regulación del mismo, en sí, debe ser valorada positivamente. Pero, habiendo pasado ya diez años desde su vigencia como institución reglada, hoy día se aprecian ciertas carencias que he tratado en la parte correspondiente del trabajo.

Entre ellas, deben destacarse, en primer lugar, el problema de la no especificación en el articulado de las personas que pueden celebrar el contrato teniendo en cuenta su finalidad. Como he explicado, la figura está pensada para personas consideradas *vulnerables*, como pueden ser ancianos o discapacitados, sin embargo, y aunque no es la intención de la Ley, al no haberlo exigido como requisito, puede acogerse a él cualquier persona. En los casos más graves, una persona que no necesite de los cuidados, atención ni manutención de otra persona, puede, por ejemplo, beneficiarla con la transmisión de un bien, perjudicando las legítimas de sus herederos forzosos, siendo tremendamente difícil probar la realidad de la realización de los cuidados y atenciones. Por ello, considero que debería exigirse como requisito el estado de vulnerabilidad del alimentista o cedente, dado que de lo contrario puede ser fácilmente utilizado para encubrir una donación. Además, creo que podría adolecer de falta de causa el contrato celebrado por una persona que no fuera considerada vulnerable.

Otro punto criticable y que da pie a numerosos pleitos es la no exigencia de forma del contrato. Como ya he explicado, la complejidad de las obligaciones del alimentante referidas a la compañía, la atención y cuidados, en su vertiente asistencial, debería exigir la formalización del contrato ante Notario. Además, facilitaría enormemente la prueba de la existencia del contrato, muchas veces discutida por los herederos forzosos del alimentista.

Por lo que se refiere a la convivencia de las partes, que debe ser pactada expresamente, suscita un serio problema la apreciación de la *imposibilidad* de que la misma sea *pacífica* para poder solicitar la modificación de la prestación. Como antes he explicado, el contrato de alimentos es una figura que requiere para su cumplimiento

normal de la *buena voluntad* y de la relación de confianza de ambas partes, por lo que, entiendo, que una mala relación entre ellas debería ser motivo suficiente para su modificación, siempre que quede debidamente cubierta la satisfacción de la asistencia del alimentista. De no ser así, debe poder permitirse igualmente la resolución del contrato, siempre que haya habido incumplimiento del alimentante, para que el alimentista pueda, si quiere, celebrar uno nuevo.

Por último, y en cuanto a su duración, estimo que sólo puede concebirse de manera vitalicia, durante la vida del alimentista. De celebrarse con una limitación temporal, no se trata de un contrato de alimentos, sino de un pacto atípico con cabida en el art. 153 del Código Civil.

5. Sobre el legado de alimentos

En referencia al legado de alimentos cabe destacar que, para ser tal, requiere que exista un estado de necesidad del legatario, pues, de lo contrario, se trataría de un simple legado de pensión. Por lo tanto, el legatario sólo puede reclamarlo cuando llegue ese estado de necesidad.

6. Sobre el cobro internacional de alimentos

La profusa normativa internacional y europea sobre el cobro de alimentos de alimentistas que he comentado en el capítulo correspondiente, y entre los que he destacado el Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre el cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia y el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, como he comentado, pone a prueba el sistema de fuentes jurídicas internacionales en materia de alimentos.

Como siempre, la dificultad de que los Estados sometan su soberanía y cumplan con lo acordado en los numerosos pactos internacionales, la integración y homogenización con las normas estatales, la interpretación de los distintos conceptos, la tradicional reticencia de los juzgadores a aplicar normas internacionales que modifican la concepción de determinadas figuras, como la familia, el matrimonio o el concepto de alimentos, dificulta sobremanera la eficacia de todas estas normas que con tan buena voluntad salen adelante en el entorno internacional.

JURISPRUDENCIA

1. Sobre el fundamento de la obligación de alimentos:

- STS de 17 de febrero de 1925
- STS de 14 de junio de 1929
- STS de 7 de octubre de 1970
- STS de 8 de mayo de 1981
- STS de 23 de octubre de 2000

2. Sobre la imprescriptibilidad del derecho:

- STS de 20 de octubre de 1924
- STS de 7 de octubre de 1970

3. Sobre su carácter personal:

- STS de 6 de julio de 1895
- STS de 26 de mayo de 1906
- STS de 20 de octubre de 1924
- STS de 2 de marzo de 1967

4. Sobre los efectos de la crisis económica sobre el derecho de alimentos:

- SAP de Málaga de 2 de marzo de 2005
- SAP de Madrid de 14 de marzo de 2005
- SAP de La Coruña de 16 de febrero de 2007
- SAP de Córdoba de 12 de mayo de 2009
- SAP de Vizcaya de 24 de mayo de 2011

5. Sobre la suspensión del derecho de alimentos de los hijos menores:

- STS de 5 de octubre de 1993
- STS de 16 de julio de 2002
- STS de 24 de octubre de 2008

- SAP de Murcia de 29 de septiembre de 2011
- SAP de Murcia de 18 de octubre de 2011
- SAP de Murcia de 22 de diciembre de 2011
- SAP de Murcia de 28 de diciembre de 2011
- SAP de Murcia de 28 de febrero de 2012

6. Sobre la preferencia de los alimentos debidos a los hijos menores de edad:

- STS de 24 de abril de 2000

7. Sobre el distinto tratamiento jurídico de los alimentos debidos a los hijos menores respecto de los de los hijos mayores:

- STS de 5 de octubre de 1993
- STS de 16 de julio de 2002
- STS de 3 de octubre de 2008
- STS de 24 de octubre de 2008

- SAP de Palma de Mallorca de 7 de octubre de 1991
- SAP de Barcelona de 18 de mayo de 1992
- SAP de Lérida de 29 de enero de 1993
- SAP de Tarragona de 6 de octubre de 1995
- SAP de Valencia de 9 de abril de 1996
- SAP de Madrid de 4 de julio de 2013
- SAP de Madrid de 8 de julio de 2013
- SAP de Murcia de 23 de julio de 2013

8. Sobre el carácter dispositivo de los alimentos de los hijos mayores de edad:

- STS de 10 de mayo de 1907
- STS de 12 de febrero de 1982
- STS de 2 de diciembre de 1987

- SAP de Jaén de 24 de abril de 1992
- SAP de Cáceres de 17 de febrero de 1996
- SAP de Cuenca de 18 de abril de 1997
- SAP de Madrid de 22 de septiembre de 2000
- SAP de Madrid de 28 de junio de 2001
- SAP de Pontevedra de 19 de octubre de 2006

9. Sobre el carácter no dispositivo de los alimentos de los hijos mayores de edad:

- SAP de Valencia de 15 de noviembre de 1991
- SAP de Badajoz de 17 de febrero de 1992
- SAP de Alicante de 20 de julio de 1993

10. Sobre el arbitrio del Juez a la hora de establecer la cuantía:

- STS de 2 de diciembre de 1970
- STS de 24 de marzo de 1976
- STS de 16 de noviembre de 1978

11. Sobre el requisito de la convivencia del hijo mayor de edad:

- SAP de Cáceres de 12 de mayo de 1997

12. Sobre la aplicación del art. 93.2 del CC a los hijos no matrimoniales:

- STS de 30 de diciembre de 2000

13. Sobre la *lucha generacional*:

- STS de 23 de febrero de 2000

14. Sobre la legitimación del progenitor conviviente con el hijo mayor de edad para reclamar sus alimentos:

- STS de 24 de abril de 2000

15. Sobre las críticas a la reforma del art. 93.2 CC:

- SAP de Navarra de 15 de septiembre de 1994
- SAP de Valencia de 21 de junio de 2006

16. Sobre la tesis alimentista de la legitimación del progenitor conviviente:

- SAP de Sevilla de 24 de enero de 1992
- SAP de Soria de 27 de mayo de 1992
- SAP de La Coruña de 15 de mayo de 1993
- SAP de Valencia de 14 de septiembre de 1993
- SAP de Palma de Mallorca de 16 de noviembre de 1993
- SAP de Oviedo de 9 de diciembre de 1993
- SAP de Cádiz de 27 de abril de 1994
- SAP de Barcelona de 17 de mayo de 1996
- SAP de Cantabria de 24 de septiembre de 1996
- SAP de Cádiz de 17 de abril de 1998
- SAP de Cádiz de 29 de junio de 1999
- SAP de Castellón de 4 de mayo de 1999
- SAP de Málaga de 8 de junio de 1999
- SAP de Granada de 8 de febrero de 2000
- SAP de Granada de 31 de octubre de 2000

17. Sobre la tesis del levantamiento de las cargas de la legitimación del progenitor conviviente:

- SAP de Pontevedra de 12 de abril de 1996
- SAP de Navarra de 28 de enero de 1999
- SAP de Barcelona de 3 de mayo de 2000
- SAP de Barcelona de 29 de junio de 2000
- SAP de Oviedo de 13 de noviembre de 2000

- SAP de Zaragoza de 4 de diciembre de 2000
- SAP de Badajoz de 15 de enero de 2001
- SAP de Cádiz de 8 de febrero de 2001
- SAP de Almería de 14 de marzo de 2001

18. Sobre la tesis de la legitimación por sustitución de la legitimación del progenitor conviviente:

- SAP de Málaga de 6 de marzo de 1991
- SAP de Pontevedra de 12 de abril de 1991
- SAP de Bilbao de 19 de diciembre de 1991
- SAP de Badajoz de 17 de febrero de 1992
- SAP de Oviedo de 25 de julio de 1992
- SAP de Zaragoza de 7 de julio de 1993
- SAP de Valencia de 14 de septiembre de 1993
- SAP de Córdoba de 5 de octubre de 1995
- SAP de Navarra de 15 de marzo de 1996
- SAP de Valencia de 14 de noviembre de 1997
- SAP de Málaga de 15 de julio de 1999
- SAP de Zamora de 17 de marzo de 2000
- SAP de Cádiz de 4 de julio de 2000
- SAP de Jaén de 11 de octubre de 2000
- SAP de Córdoba de 24 de noviembre de 2000
- SAP de Zaragoza de 4 de diciembre de 2000
- SAP de Almería de 14 de marzo de 2001

19. Sobre la legitimación para solicitar alimentos en la reclamación de la paternidad:

- STS de 5 de noviembre de 1987
- STS de 10 de marzo de 1988
- STS de 23 de febrero de 1990
- STS de 2 de marzo de 1999

20. Sobre la titularidad del crédito de alimentos del hijo mayor de edad:

- STS de 30 de diciembre de 2000

- AAP de Valencia de 14 de febrero de 2000

21. Sobre la falta de legitimación del hijo mayor de edad:

- SAP de Barcelona de 17 de enero de 1998
- SAP de Barcelona de 25 de enero de 1999
- SAP de Madrid de 19 de octubre de 1999
- SAP de Madrid de 7 de febrero de 2000
- AAP de Valencia de 14 de febrero de 2000
- SAP de Granada de 4 de diciembre de 2001
- SAP de Madrid de 13 de junio de 2003

22. Sobre la teoría del mandato tácito de la legitimación del progenitor conviviente:

- SAP de Murcia de 2 de julio de 1997

23. Sobre la teoría del derecho de reembolso de la legitimación del progenitor conviviente:

- SAP de Tarragona de 17 de enero de 1992
- SAP de Barcelona de 10 de febrero de 1992
- SAP de Barcelona de 22 de enero de 1998
- SAP de Barcelona de 14 de abril de 1998

24. Sobre la no necesidad de demandar a ambos progenitores:

- STS de 2 de diciembre de 1983

25. Sobre la necesidad de demandar a ambos progenitores:

- STS de 12 de abril de 1994
- STS de 5 de noviembre de 1996

26. Sobre la teoría del interés legítimo de la legitimación del progenitor conviviente:

- SAP de Málaga de 21 de enero de 2000

27. Sobre la legitimación pasiva del progenitor conviviente:

- SAP de Pontevedra de 27 de abril de 2005
- SAP de Asturias de 22 de diciembre de 2005
- SAP de Asturias de 14 de marzo de 2006
- SAP de Asturias de 2 de junio de 2006
- SAP de Badajoz de 14 de julio de 2006
- SAP de Pontevedra de 2 de noviembre de 2006

28. Sobre la pensión compensatoria:

- STS de 2 de diciembre de 1987

- SAP de Barcelona de 10 de abril de 1987

29. Sobre el límite temporal de la pensión compensatoria:

- STS de 10 de febrero de 2005
- STS de 28 de abril de 2005
- STS de 5 de septiembre de 2011

- SAP de Madrid de 5 de junio de 1991
- SAP de Pamplona de 27 de noviembre de 1993
- SAP de Pontevedra de 14 de octubre de 1994
- SAP de Zaragoza de 5 de octubre de 1998
- SAP de Madrid de 6 de julio de 1999
- SAP de Asturias de 5 de abril de 2000
- SAP de Badajoz de 12 de enero de 2001
- SAP de Cantabria de 19 de enero de 2001
- SAP de Granada de 29 de enero de 2001

30. Sobre el límite temporal de la pensión de alimentos:

- STS de 1 de marzo de 2000
- STS de 30 de noviembre de 2000

- SAP de Álava de 28 de febrero de 1996
- SAP de Pontevedra de 15 de enero de 1998
- SAP de Palencia de 24 de marzo de 1998
- SAP de Guipúzcoa de 11 de mayo de 1998
- SAP de Barcelona de 25 de mayo de 1998
- SAP de Guipúzcoa de 15 de diciembre de 1998
- SAP de Zamora de 11 de noviembre de 1999
- SAP de Zamora de 28 de enero de 2000
- SAP de Las Palmas de 9 de marzo de 2002
- SAP de Barcelona de 28 de marzo de 2002
- SAP de Córdoba de 11 de julio de 2002
- SAP de Murcia de 23 de marzo de 2010
- SAP de Murcia de 31 de mayo de 2011
- SAP de Murcia de 28 de febrero de 2012

- SAP de León de 25 de mayo de 2012

31. Sobre la modificación de la pensión de alimentos:

- STC 86/1986
- STC de 17 de marzo de 1997

- STS de 8 de noviembre de 2012
- STS de 30 de abril de 2013

- SAP de Valladolid de 8 de marzo de 1986
- SAP de Granada de 24 de enero de 1990
- SAP de Palma de Mallorca de 17 de diciembre de 1990
- SAP de Albacete de 21 de enero de 1991
- SAP de Castellón de 2 de junio de 1992
- SAP de Madrid de 24 de septiembre de 1992
- SAP de Madrid de 15 de octubre de 1992
- SAP de Madrid de 13 de noviembre de 1992
- SAP de Madrid de 2 de febrero de 1993
- SAP de Badajoz de 17 de marzo de 1993
- SAP de Murcia de 5 de mayo de 1993
- SAP de Madrid de 22 de mayo de 1993
- SAP de Toledo de 27 de junio de 1993
- SAP de Toledo de 27 de noviembre de 1993
- SAP de Toledo de 21 de marzo de 1994
- SAP de Teruel de 26 de abril de 1994
- SAP de Valencia de 21 de julio de 1994
- SAP de Madrid de 21 de octubre de 1994
- SAP de Huesca de 30 de noviembre de 1994
- SAP de Albacete de 23 de enero de 1995
- SAP de Toledo de 30 de enero de 1995
- SAP de Granada de 20 de septiembre de 1995
- SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 1995
- SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 1995
- SAP de Barcelona de 22 de enero de 1996
- SAP de Madrid de 6 de febrero de 1996

- SAP de Madrid de 24 de mayo de 1996
- SAP de Barcelona de 13 de marzo de 1997
- SAP de Barcelona de 9 de abril de 1997
- SAP de Madrid de 19 de septiembre de 1997
- SAP de Ciudad Real de 23 de marzo de 1998
- SAP de Barcelona de 6 de abril de 1998
- SAP de Albacete de 10 de julio de 1998
- SAP de Jaén de 2 de octubre de 1998
- SAP de Palma de Mallorca de 16 de noviembre de 1998
- SAP de Madrid de 12 de enero de 1999
- SAP de Palma de Mallorca de 26 de enero de 1999
- SAP de La Coruña de 29 de junio de 1999
- SAP de Las Palmas de 1 de julio de 1999
- SAP de Madrid de 16 de julio de 1999
- SAP de Murcia de 19 de octubre de 1999
- SAP de Ciudad Real de 25 de enero de 2000
- SAP de La Coruña de 4 de febrero de 2000
- SAP de Asturias de 12 de abril de 2000
- SAP de Toledo de 17 de abril de 2000
- SAP de Badajoz de 26 de mayo de 2000
- SAP de Almería de 9 de junio de 2000
- SAP de Badajoz de 15 de julio de 2000
- SAP de Alicante de 26 de octubre de 2000
- SAP de Madrid de 24 de enero de 2001
- SAP de Baleares de 11 de junio de 2001
- SAP de Madrid de 29 de junio de 2001
- SAP de Soria de 17 de enero de 2002
- SAP de Madrid de 5 de febrero de 2002
- SAP de Murcia de 12 de febrero de 2002
- SAP de Málaga de 12 de febrero de 2002
- SAP de Barcelona de 25 de febrero de 2002
- SAP de Pontevedra de 6 de marzo de 2002
- SAP de Guipúzcoa de 10 de abril de 2002
- SAP de Baleares de 9 de mayo de 2002

- SAP de Almería de 10 de mayo de 2002
- SAP de Alicante de 10 de mayo de 2002
- SAP de Guadalajara de 13 de mayo de 2002
- SAP de Navarra de 27 de mayo de 2002
- SAP de Navarra de 31 de mayo de 2002
- SAP de Baleares de 9 de junio de 2002
- SAP de Madrid de 12 de junio de 2002
- SAP de Alicante de 7 de octubre de 2002
- SAP de Madrid de 20 de noviembre de 2002
- SAP de Córdoba de 3 de diciembre de 2002
- SAP de Barcelona de 14 de enero de 2003
- SAP de Málaga de 19 de enero de 2003
- SAP de Burgos de 7 de febrero de 2003
- SAP de Baleares de 11 de febrero de 2003
- SAP de Navarra de 11 de febrero de 2003
- SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2003
- SAP de Málaga de 19 de febrero de 2003
- SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2003
- SAP de Asturias de 11 de marzo de 2003
- SAP de Badajoz de 3 de abril de 2003
- SAP de Cádiz de 4 de abril de 2003
- SAP de Granada de 5 de abril de 2003
- SAP de Cáceres de 2 de mayo de 2003
- SAP de Tarragona de 5 de mayo de 2003
- SAP de Córdoba de 12 de mayo de 2003
- SAP de Cuenca de 28 de mayo de 2003
- SAP de Asturias de 2 de junio de 2003
- SAP de Ciudad Real de 16 de junio de 2003
- SAP de Baleares de 1 de julio de 2003
- SAP de Sevilla de 14 de julio de 2003
- SAP de Valencia de 11 de septiembre de 2003
- SAP de Cáceres de 19 de septiembre de 2003
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 de noviembre de 2003
- SAP de Sevilla de 18 de noviembre de 2003

- SAP de León de 27 de diciembre de 2003
- SAP de Barcelona de 25 de febrero de 2004
- SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2004
- SAP de Valladolid de 18 de marzo de 2004
- SAP de Vizcaya de 14 de abril de 2004
- SAP de Almería de 6 de mayo de 2004
- SAP de Madrid de 1 de septiembre de 2004
- SAP de Barcelona de 9 de septiembre de 2004
- SAP de Las Palmas de 19 de octubre de 2004
- SAP de Valencia de 13 de enero de 2005
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de enero de 2005
- SAP de Córdoba de 18 de febrero de 2005
- SAP de Albacete de 3 de marzo de 2005
- SAP de León de 8 de abril de 2005
- SAP de Cuenca de 13 de abril de 2005
- SAP de León de 16 de mayo de 2005
- SAP de Málaga de 15 de junio de 2005
- SAP de Valencia de 30 de junio de 2005
- SAP de Valladolid de 8 de julio de 2005
- SAP de Gerona de 9 de septiembre de 2005
- SAP de Castellón de 22 de septiembre de 2005
- SAP de Málaga de 11 de octubre de 2005
- SAP de La Coruña de 3 de noviembre de 2005
- SAP de Cuenca de 23 de noviembre de 2005
- SAP de Madrid de 17 de febrero de 2006
- SAP de Alicante de 23 de febrero de 2006
- SAP de Sevilla de 24 de febrero de 2006
- SAP de Barcelona de 16 de marzo de 2006
- SAP de Córdoba de 20 de marzo de 2006
- SAP de Valencia de 10 de abril de 2006
- SAP de Cádiz de 10 de abril de 2006
- SAP de Barcelona de 11 de mayo de 2006
- SAP de Vizcaya de 20 de diciembre de 2006
- SAP de Granada de 22 de diciembre de 2006

- SAP de Madrid de 29 de marzo de 2007
- SAP de Valencia de 11 de junio de 2007
- SAP de Barcelona de 28 de junio de 2007
- SAP de Valencia de 10 de 10 de julio de 2007
- SAP de Castellón de 10 de diciembre de 2007
- SAP de Barcelona de 7 de abril de 2008
- SAP de Barcelona de 10 de abril de 2008
- SAP de Murcia de 27 de febrero de 2009
- SAP de Murcia de 27 de marzo de 2009
- SAP de Murcia de 29 de diciembre de 2011
- SAP de Madrid de 5 de julio de 2013
- SAP de Murcia de 5 de julio de 2013
- SAP de Murcia de 23 de julio de 2013
- SAP de Murcia de 25 de julio de 2013

32. Sobre los alimentos de los cónyuges en la separación matrimonial:

- STS de 3 de noviembre de 1905
- STS de 12 de febrero de 1912
- STS de 24 de octubre de 1951
- STS de 14 de enero de 1956
- STS de 9 de noviembre de 1957
- STS de 4 de diciembre de 1959
- STS de 17 de junio de 1972
- STS de 22 de octubre de 1985
- STS de 25 de noviembre de 1985
- STS de 30 de diciembre de 1986
- STS de 30 de mayo de 2012

33. Sobre los alimentos en el divorcio:

- STS de 29 de junio de 1988
- STS de 23 de septiembre de 1996

34. Sobre el desplazamiento de los alimentos a favor de la pensión compensatoria:

- STS de 9 de febrero de 2010

35. Sobre las uniones estables de pareja:

- STC de 15 de noviembre de 1990

- STC de 11 de diciembre

- STS de 9 de abril de 1979
- STS de 6 de febrero de 1992
- STS de 31 de marzo de 1992
- STS de 18 de mayo de 1992
- STS de 11 de diciembre de 1992
- STS de 16 de diciembre de 1996
- STS de 5 de julio de 2001
- STS de 27 de marzo de 2001
- STS de 5 de julio de 2001
- STS de 16 de julio de 2002
- STS de 12 de septiembre de 2002
- STS de 6 de julio de 2004
- STS de 12 de septiembre de 2005
- STS de 22 de febrero de 2006
- STS de 8 de mayo de 2006
- STS de 10 de octubre de 2006
- STS de 30 de octubre de 2008
- STS de 4 de febrero de 2010
- STS de 7 de julio de 2010

- SAP de Barcelona de 6 de junio de 1989
- SAP de Granada de 4 de abril de 1990
- SAP de Barcelona de 15 de noviembre de 1990
- SAP de Zaragoza de 25 de febrero de 1991
- SAP de Oviedo de 10 de abril de 1992
- SAP de Barcelona de 3 de noviembre de 1992
- SAP de Granada de 28 de junio de 1993
- SAP de Asturias de 22 de junio de 1994
- SAP de Valencia de 15 de marzo de 1996
- SAP de Asturias de 16 de enero de 1997
- SAP de Palencia de 2 de mayo de 2000

36. Sobre la comunidad de bienes en las uniones de hecho:

- STS de 6 de junio de 2011
- STS de 6 de octubre de 2011

- SAP de Murcia de 6 de noviembre de 2012
- SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2013
- SAP de Madrid de 26 de junio de 2013
- SAP de Madrid de 2 de julio de 2013

37. Sobre la validez de los pactos entre los miembros de parejas de hecho:

- STS de 8 de marzo de 1918

- SAP de Palma de Mallorca de 4 de febrero de 1993

38. Sobre los alimentos en el concurso de acreedores:

- STS de 5 de octubre de 1993
- STS de 16 de julio de 2002

39. Sobre los alimentos en el acogimiento de menores:

- SAP de Murcia de 26 de julio de 2013
- SAP de Murcia de 5 de septiembre de 2013

40. Sobre el vitalicio y el contrato de alimentos:

- STS de 14 de noviembre de 1908
- STS de 2 de abril de 1928
- STS de 16 de diciembre de 1930
- STS de 28 de mayo de 1965
- STS de 12 de noviembre de 1973
- STS de 6 de mayo de 1980
- STS de 1 de julio de 1982
- STS de 13 de julio de 1985
- STS de 30 de noviembre de 1987
- STS de 3 de noviembre de 1988
- STS de 2 de julio de 1992
- STS de 21 de octubre de 1992
- STS de 18 de enero de 2001
- STS de 1 de julio de 2003
- STS de 8 de enero de 2007

- SAP de Pontevedra de 1 de junio de 2001
- STSJ de Galicia de 17 de enero de 2002
- SAP de Tarragona de 2 de julio de 2008

41. Sobre el carácter bilateral y sinalagmático del contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 28 de mayo de 1965
- STS de 3 de noviembre de 1988
- STS de 2 de julio de 1992
- STS de 17 de julio de 1998
- STS de 9 de julio de 2002
- STS de 1 de julio de 2003
- STS de 12 de junio de 2008

- SAP de Córdoba de 29 de marzo de 1995
- STSJ de Galicia de 11 de junio de 1996
- STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 1997
- STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 1998
- SAP de Jaén de 8 de octubre de 2002
- SAP de Orense de 2 de diciembre de 2003

42. Sobre el carácter unilateral del contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 21 de octubre de 1992
- STS de 17 de julio de 1998

- SAP de Asturias de 17 de abril de 2002

43. Sobre el carácter oneroso del contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 23 de mayo de 1987
- STS de 18 de enero de 2001

- SAP de Tarragona de 2 de julio de 2008

44. Sobre el carácter aleatorio del contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 28 de julio de 1998

- SAP de Castellón de 15 de septiembre de 1999
- STSJ de Baleares de 3 de noviembre de 2000

- STSJ de Galicia de 15 de diciembre de 2000
- SAP de Badajoz de 17 de enero de 2002
- SAP de Badajoz de 29 de enero de 2004
- SAP de Pontevedra de 27 de diciembre de 2004
- STSJ de Baleares de 16 de junio de 2005

45. Sobre el carácter personal del contrato de alimentos y el vitalicio:

- SAP de Murcia de 18 de febrero de 2003

46. Sobre la pluralidad de alimentistas en el contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 13 de julio de 1985
- STS de 3 de noviembre de 1988
- STS de 2 de julio de 1992
- STS de 9 de julio de 2002

- SAP de Palma de Mallorca de 6 de julio de 1987

47. Sobre la pluralidad de alimentantes en el contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 13 de julio de 1985
- STS de 25 de mayo de 2004

- SAP de Cuenca de 14 de enero de 1997
- SAP de Lugo de 11 de abril de 2002

48. Sobre el pacto de la solidaridad en el contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 12 de julio de 2008
- SAP de Las Palmas de 15 de octubre de 1985
- SAP de Cuenca de 14 de enero de 1997
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 29 de mayo de 2003
- STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2003
- SAP de Castellón de 9 de enero de 2007
- SAP de Valencia de 15 de junio de 2009
- SAP de Jaén de 7 de junio de 2010

49. Sobre la divisibilidad de la deuda en el contrato de alimentos y el vitalicio:

- SAP de La Coruña de 4 de junio de 2000
- SAP de La Coruña de 4 de julio de 2000

50. Sobre el contenido del contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 1 de julio de 1982
- STS de 30 de noviembre de 1987
- STS de 2 de julio de 1992
- STS de 21 de octubre de 1992
- STS de 11 de julio de 1997
- STS de 17 de julio de 1998
- STS de 28 de julio de 1998

- SAP de Las Palmas de 15 de octubre de 1985
- SAP de Zaragoza de 6 de febrero de 1990
- SAP de Soria de 3 de octubre de 2004

51. Sobre la calidad de la prestación en el contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 21 de octubre de 1992

52. Sobre el lugar de cumplimiento del contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 21 de octubre de 1992

- SAP de Cuenca de 5 de junio de 2003
- STSJ de Galicia de 7 de abril de 2004
- SAP de Lugo de 29 de octubre de 2004

53. Sobre la resolución en caso de incumplimiento del contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 1 de julio de 1982
- STS de 2 de julio de 1992
- STS de 21 de octubre de 1992
- STS de 29 de julio de 1996
- STS de 17 de julio de 1998

54. Sobre la dificultad de prueba del incumplimiento en contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 7 de abril de 1960
- STS de 28 de mayo de 1965
- STS de 2 de julio de 1992
- STS de 9 de julio de 2002
- STS de 1 de julio de 2003

- STS de 26 de febrero de 2007
- SAP de Navarra de 7 de marzo de 1992
- SAP de Córdoba de 8 de febrero de 1994
- SAP de Baleares de 13 de mayo de 1997
- SAP de Baleares de 19 de enero de 1998
- SAP de Badajoz de 18 de septiembre de 2000
- SAP de Jaén de 8 de octubre de 2002
- SAP de Murcia de 18 de febrero de 2003
- SAP de Asturias de 26 de julio de 2004
- SAP de Alicante de 18 de noviembre de 2005
- SAP de Vizcaya de 1 de febrero de 2006
- SAP de Cáceres de 2 de enero de 2007
- SAP de Málaga de 5 de marzo de 2007
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 11 de julio de 2007
- SAP de Pontevedra de 30 de octubre de 2007
- SAP de La Coruña de 26 de septiembre de 2009
- SAP de La Coruña de 26 de noviembre de 2009

55. Sobre la conducta obstativa del alimentista en el contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 1 de julio de 2003
- SAP de Baleares de 22 de noviembre de 2004
- STSJ de Galicia de 7 de abril de 2004
- SAP de Córdoba de 13 de enero de 2005
- SAP de Valencia de 12 de septiembre de 2005
- SAP de Tarragona de 2 de julio de 2008
- SAP de La Coruña de 25 de noviembre de 2009

56. Sobre que el contrato de alimentos o vitalicio sea una variedad de renta vitalicia:

- STS de 1 de julio de 1982

57. Sobre que la facultad de solicitar la modificación del contrato de alimentos o el vitalicio es irrenunciable:

- STS de 9 de julio de 2002

- STS de 1 de julio de 2003
- SAP de Navarra de 7 de marzo de 1992
- SAP de Baleares de 2 de mayo de 2001

58. Sobre la determinación de la cuantía de la pensión sustitutiva en el contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 9 de julio de 2002
- SAP de Navarra de 7 de marzo de 1992
- SAP de Baleares de 2 de mayo de 2001
- SAP de Asturias de 31 de mayo de 2002

59. Sobre el contrato de alimentos o el vitalicio entre parientes obligados por los alimentos legales:

- STS de 14 de febrero de 1976

60. Sobre la distinción del contrato de alimentos o el vitalicio del contrato de renta vitalicia:

- STS de 16 de diciembre de 1930
- STS de 28 de mayo de 1965
- STS de 29 de mayo de 1965
- STS de 6 de mayo de 1980
- STS de 1 de julio de 1982
- STS de 13 de julio de 1985
- STS de 30 de noviembre de 1987
- STS de 3 de noviembre de 1988
- STS de 8 de mayo de 1992
- STS de 1 de julio de 1998
- STS de 18 de enero de 2001

61. Sobre la distinción del contrato de alimentos o el vitalicio de la donación:

- STS de 16 de mayo de 1957
- STS de 28 de mayo de 1965
- STS de 12 de noviembre de 1973
- STS de 6 de mayo de 1980
- STS de 22 de junio de 1982
- STS de 12 de julio de 1984

- STS de 13 de junio de 1985
- STS de 30 de noviembre de 1987
- STS de 3 de noviembre de 1988

62. Sobre la simulación en el contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 9 de mayo de 1988
- STS de 1 de octubre de 1991
- STS de 19 de noviembre de 1992
- STS de 2 de noviembre de 1999
- STS de 18 de enero de 2001
- STS de 16 de julio de 2004
- STS de 11 de enero de 2007
- STS de 26 de febrero de 2007

- STSJ de Galicia de 15 de diciembre de 2000
- SAP de Gerona de 14 de marzo de 2002
- SAP de Asturias de 17 de abril de 2002
- SAP de Lugo de 16 de septiembre de 2002
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 29 de mayo de 2003
- SAP de Pontevedra de 16 de junio de 2003
- SAP de La Coruña de 30 de septiembre de 2004
- SAP de Orense de 18 de enero de 2005
- STSJ de Baleares de 16 de junio de 2005
- STSJ de Galicia de 18 de octubre de 2005
- SAP de Madrid de 6 de marzo de 2007
- SAP de Valladolid de 28 de marzo de 2007
- SAP de Alicante de 29 de junio de 2007
- SAP de Baleares de 7 de mayo de 2008
- SAP de Las Palmas de 14 de julio de 2008

63. Sobre la convivencia de las partes en el contrato de alimentos y el vitalicio:

- STS de 13 de julio de 1985
- STS de 2 de julio de 1992
- STS de 28 de julio de 1998
- STS de 27 de noviembre de 2001
- STS de 1 de julio de 2003

- SAP de Orense de 10 de febrero de 1996
- SAP de Cuenca de 14 de enero de 1997
- SAP de Asturias de 31 de mayo de 2002
- SAP de Jaén de 8 de octubre de 2002
- SAP de Málaga de 8 de abril de 2003
- SAP de Cuenca de 5 de junio de 2003
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de diciembre de 2003
- SAP de La Coruña de 13 de abril de 2007

64. Sobre la interpretación autónoma del concepto de obligación de alimentos en el ámbito del RAL:

- STS de 21 de julio de 2000
- STS de 14 de marzo de 2007

BIBLIOGRAFÍA

1. DERECHO DE ALIMENTOS EN GENERAL

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 6ª ed., José María Bosch, Barcelona, 1994.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1974.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL y LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Derecho de Familia, el matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963.

ALBURQUERQUE SACRISTÁN, JUAN MIGUEL, *Prestación de alimentos en Derecho romano y su proyección en el Derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010.

ALBURQUERQUE SACRISTÁN, JUAN MIGUEL, “Aspectos de la prestación de alimentos en Derecho romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2007, p. 9-30.

AZAGRA MALO, ALBERT, “El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. Comentario al RD 1618/2007, de 7 de diciembre, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos”, *InDret*, www.indret.com/pdf/584_es.pdf.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, PABLO, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, 1958.

BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL, “Consideraciones generales sobre la obligación legal de alimentos entre parientes”, *Revista jurídica de Derecho Inmobiliario*, núm. 721 (septiembre-octubre de 2010), p. 2334-2393.

CÁMARA RUIZ, JUAN, *La pensión de alimentos y la caducidad de la acción ejecutiva*, 1ª ed., Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2010.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. V, *Derecho de Familia*, v. 2, *Relaciones paterno-filiales y tutelares*, 10ª ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, GABRIEL y CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉMARÍA, Reus, Madrid, 1995.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. V, *Derecho de Familia*, v. 2, *Relaciones paterno-filiales y tutelares*, 9ª ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, GABRIEL y CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉMARÍA, Reus, Madrid, 1985.

CEBREIROS ÁLVAREZ, EDUARDO, *El deber de alimentos entre parientes en el derecho de Partidas y su traslado a la Edad Moderna*, 1ª ed., Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2010.

COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, *La deuda alimenticia*, Montecorvo, Madrid, 1990.

COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO DE, *Instituciones de Derecho Civil*, II, *derechos reales, Derecho de Familia y Sucesiones*, 1ª ed., Alianza Universidad, Madrid, 1975.

DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, v. IV, *Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, 10ª ed., tecnos, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, MARÍA ÁNGELES, “El derecho y el deber de alimentos de las personas mayores”, revista *Actualidad Civil*, t. 4 (2001), p. 1447-1452.

GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO, “Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos”, revista *Foro*, núm. 0, 2004, p. 143-176.

HERNÁNDEZ ORBEGOZO, AINOA, *Alimentos familiares*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007.

JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER, “La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes”, *Anuario de Derecho Civil*, t. 59, fasc. 2 (abril-junio de 2006), p. 743-792.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Derecho de Familia, el matrimonio y su economía*, Thomson Reuters, 2011.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y otros, *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, 4ª ed., revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, JOAQUÍN, Dykinson, 2010.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Derecho de Familia*, fascículo 1º, *conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Bosch, Barcelona, 1982.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y otros, *El nuevo régimen de la familia, II, Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y la refirma en el derecho de sucesiones*, Civitas, 1982.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “Derecho de familia, crisis económica y mediación”, en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: cuestiones de actualidad*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, p. 197-218.

MARTÍNEZ GIJÓN, JOSÉ, *Alimentos en favor de los ascendientes en el Derecho medieval de Navarra*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1980.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *Últimas tendencias en derecho de alimentos*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *La obligación de alimentos entre parientes*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, Madrid, 2002.

MONTANOS FERRÍN, EMMA, *A propósito de alimentos en el esplendor del Derecho Común*, 1ª ed., Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2010.

MORENO AROCA, JUAN (coord.), *Los procesos matrimoniales: Comentarios a la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre los procedimientos en las causas de nulidad, separación y divorcio (comentarios, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MORENO VELASCO, VÍCTOR, “La crisis económica y las pensiones en los procesos de familia: cuestiones prácticas”, revista *La Ley*, t. 3, 2009, p. 1887-1889.

PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2011.

PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos entre parientes*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, “Comentarios sobre el título del Código Civil dedicado a la paternidad y filiación y sobre las siete primeras disposiciones transitorias de la Ley 11/1981, de 13 de mayo”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, v. 3, 2009, p. 1937-2279.

PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, y PÉREZ RUFÍAN, LAURA, “La crisis económica y la pensión alimenticia”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 57, 2012, p. 25-46.

PLANES MORENO, MARÍA DOLORES, “Derecho de alimentos”, en *Los procesos de familia: una visión judicial: compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, Colex, Madrid, 2007.

ROCA JUAN, JUAN, “Notas sobre la determinación de la cuantía en la prestación de alimentos”, *Anales de la Universidad de La laguna*, 1971.

ROGEL VIDE, CARLOS, *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Reus, Madrid, 2012.

ROGEL VIDE, CARLOS, “Crisis económica y solidaridad familiar. Los alimentos entre parientes”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 2012, p. 581-597.

SANTANA PÁEZ, EMELINA, “El futuro de las obligaciones de alimentos”, *revista Familia y Sucesiones*, núm. 91 (mayo-junio de 2010), p. 12-23.

SEOANE PRADO, JAVIER, *Prestaciones económicas: derecho de alimentos y pensión compensatoria*, Sepin, Pozuelo de Alarcón, Madrid, 2005.

SAURA MARTÍNEZ, LUIS FERNANDO, “Entorno a las normas procesales de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Dudas e incertidumbres”, *Boletín Oficial del Ilte. Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 4 (octubre-diciembre de 1981), p. 29-31.

VILLALTA, AURA ESTHER, *Alimentos entre parientes*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2005.

2. ALIMENTOS DEBIDOS A LOS HIJOS

ABOGADOS WALKER, *Pensiones alimenticias y compensatorias: modificación y extinción*, Leggio, 1999.

ALCALÁ NAVARRO, ANTONIO, “Criterios económicos sobre las prestaciones económicas en los procesos de familia”, *revisa Abogacía*, núm. 4 (marzo de 2010), p. 29-38.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales de sus progenitores”, *revista Familia*, núm. 10 (abril de 2000), p. 21-34.

AMAYA RICO, VÍCTOR, “La opción legal de la pensión compensatoria como un derecho limitado en cuanto al tiempo de su duración en el Derecho español”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005)*, El Derecho Editores, UNED, Madrid, 2006, p. 261-265.

ANDRÉS JOVEN, JOAQUÍN MARÍA, “Modificación de las medidas definitivas”, en *Tratado de Derecho de Familia: aspectos sustantivos y procesales: adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005*, Sepin, Pozuelo de Alarcón, Madrid, 2005, p. 890-945.

ANDRÉS JOVEN, JOAQUÍN MARÍA, “La modificación de las medidas definitivas”, *revista Iuris*, núm. 61, t. 1 (mayo de 2002), p. 62-68.

APARICIO AUÑÓN, EUSEBIO (y otros), “Tablas estadísticas para el cálculo de pensiones alimenticias en los procesos matrimoniales”, *revista Economist and Jurist*, año 13, núm. 80 (mayo de 2004), p. 22-32.

ARNAU MOYA, FEDERICO, “La temporalidad de la prestación compensatoria. Una evolución jurisprudencial y legítima”, en *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro Segundo del Código civil de Cataluña*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2011, p. 313-325.

BELO GONZÁLEZ, RAMÓN, “Los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores”, revista Actualidad Civil, núm. 2 (enero), 1991.

BELTRÁ CABELLO, CARLOS, “Derecho de Familia: modificación de medidas definitivas de sentencia de divorcio”, revista CEF Legal, núm. 109 (febrero de 2010), p. 19-23.

BELTRÁ CABELLO, C., “Derecho de Familia: modificación de medidas definitivas de sentencia de divorcio: requisitos de prueba y necesidad de la misma”, revista CEF Legal, núm. 96 (enero de 2009), p. 47-66.

BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL, “Los alimentos de los hijos mayores de edad y emancipados. A propósito del art. 93.2 del Código Civil”, revista crítica de Derecho Inmobiliario, año 88, núm. 731 (mayo-junio de 2012), p. 1568-1612.

CABALLERO GEA, JOSÉ ALFREDO, *Procesos matrimoniales: causas, hijos, pensiones, alimentos provisionales, embargos, tercerías, delitos, vivienda (atribución de uso, división, desahucios), tramitaciones : síntesis y ordenación de la doctrina de las Audiencias y Tribunales, Fiscalía General del Estado y Dirección General de los Registros y del Notariado, formularios*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

CABALLERO LOBATO, RAFAEL ENRIQUE., “Algunas consideraciones en torno a los alimentos en los procesos de crisis matrimonial”, en *Diez años de abogados de familia*, Asociación Española de Abogados de Familia, 1ª ed., La Ley, Las Rozas, Madrid, 2003, p. 371-376.

CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 CC)*, 1ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2010.

CABEZUELO ARENAS, A. L., “Reflexiones sobre la limitación temporal de la pensión compensatoria en España”, en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, p. 95-118.

CABEZUELO ARENAS, A. L., *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil. Estudio jurisprudencial y doctrinal*. Aranzadi, 2002.

CABEZUELO ARENAS, A. L., “La pensión compensatoria del art. 97 CC, ¿carácter indefinido o limitación en el tiempo?”, revista Aranzadi civil, t. 11, v. 1 (2002), p. 2307-2329.

CALVO ANTÓN, MANUELA, “El nuevo artículo 93 del C.C. y el sostenimiento de los hijos en la nulidad, separación o divorcio”, revista La Ley, núm. 4, 1990, p. 1106-1125.

CARPI MARTÍN, REBECA, “Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial”, revista La Ley, t. 5, 2009, p. 1315-1324.

CASIO LONGINO, CAYO, “Tablas estadísticas para el cálculo de pensiones alimenticias”, revista de Derecho de Familia, núm. 4 (julio de 1999), p. 23-52.

CASTILLA, MARGARITA, “La alteración de os presupuestos esenciales de la obligación como causa de reducción o extinción de las pensiones alimenticias a favor de los hijos”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año 150, núm. 2 (abril-junio de 2003), p. 199-230.

COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “Deber de mantenimiento y deuda alimenticia en el artículo 93 del Código Civil”, en Revista Jurídica de Castilla la Mancha, nº 11-12 (enero-agosto), 1991, p. 107-128.

CUTILLAS TORNS, JOSÉ MARÍA, “Algunas puntualizaciones y procedencia sobre la petición en los procesos matrimoniales de la conservación o extinción de los alimentos debidos a los hijos como consecuencia de haber alcanzado la mayoría de edad”, revista La Ley, 1991-1, p. 931-934.

DE MARINO Y GÓMEZ-SANDOVAL, BELÉN, “La fijación de alimentos para los hijos emancipados en los procesos matrimoniales”, Actualidad Civil, 1992, p. 559-583.

FERRER SAMA, JOSÉ ANTONIO, “La prestación de alimentos de los padres a los hijos aún después de su mayoría de edad. Reforma legislativa del art. 93 del Código civil”, revista La Ley, 1991-1, p. 1155-1159.

FONSECA HERRERO RAIMUNDO, ANTONIO JESÚS, “Alimentos de los hijos en situaciones de crisis matrimoniales”, Comunicación presentada a la ponencia sobre

“Efectos económicos de las situaciones de crisis matrimonial”, en *Sesiones Jurídicas de Jueces y Magistrados*, Salamanca, 7 de mayo de 1992.

GARCÍA GARCÍA, M^a ÁNGELES, “Los alimentos de los hijos menores en los procesos matrimoniales”, en revista de Derecho Privado, 1984, p. 1001-1023.

GARCÍA MANCEBO, MANUEL, “La pensión compensatoria entre cónyuges: su limitación temporal: estudio jurisprudencial”, Colegio de Abogados de Oviedo, 1995.

GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 “Fijación de alimentos en favor de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Legitimación activa del progenitor. Contribución al levantamiento de cargas familiares. Unificación de doctrina a través de recurso de casación de en interés de Ley”. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, núm. 54, 2000, p. 1177.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las Audiencias”, Aranzadi civil, t. 1, v. 2 (1998), p. 25-30.

GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PEDRO, “La ejecución forzosa por gastos extraordinarios en los procesos de familia tras la reforma introducida por la nueva regla 4^a del art. 776 de la LEC”, revista La Ley, t. 5, 2009, p. 1634-1646.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “La modificación de medidas”, en *Los procesos de familia: una visión judicial: compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, Colex, Madrid, 2009, p. 667-730.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “La modificación de medidas”, en *Los procesos de familia: una visión judicial: compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, Colex, Madrid, 2007, p. 595-652.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “¿Cabe la aplicación retroactiva del nuevo párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil?”, Poder Judicial (2.^a época), núm. 22, junio 1991, p. 33-64.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “Problemas procesales planteados por el nuevo párrafo 2 del art. 93 del CC”, Actualidad civil, núm. 13, 1991, p. 166 y ss.

GONZÁLEZ POVEDA, PEDRO, “La pensión compensatoria temporal”, en *Diez años de abogados de familia*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2003, p. 21-34..

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores. El artículo 93, párrafo segundo del Código Civil”, *Aranzadi Civil*, núm. 3, 1997, p. 177-190.

JIMÉNEZ LINARES, MARÍA JESÚS, “La modificación de la pensión de alimentos a hijos menores por alteración de las circunstancias”, *revista Aranzadi Civil*, t. 8, vol. 3, 1999, p. 2219-2238.

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, “De la pensión a la compensación: el triunfo de la temporalidad”, en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, 1ª ed., t. II, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2006, p. 115-132.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Comentario al artículo 1894 del CC”, en *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1193-1195.

LÁZARO PALAU, CARMEN, *La pensión de alimentos de los hijos: supuestos de separación y divorcio*, 1ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.

LÍBANO BERISTAIN, ARANTZA, “La tutela jurisdiccional civil y penal ante el impago de pensiones: El supuesto del progenitor que reclama los alimentos del descendiente mayor de edad”, en *Iguals y diferentes ante el Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 887-903.

LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ, CARMEN, “Análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la temporalidad de la pensión compensatoria y estudio de la reforma del art. 174 de la LGSS, que entró en vigor el 1º de enero de 2008 y su incidencia en la pensión compensatoria”, en *El Derecho de familia: Novedades en dos perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 11-74.

MAGRO SERVER, VICENTE, “La necesidad de un sistema de baremos para las pensiones alimenticias en los procesos matrimoniales”, *revista Familia*, núm. 5 (noviembre de 2001), p. 19-34.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “Temporalidad de la pensión compensatoria en la ley 15/2005 de 8 de julio”, en *Comentarios a las reformas de*

derecho de familia de 2005, 1ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, p. 213-232.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., “La temporalidad de los alimentos de los hijos mayores de edad”, revista *Familia*, núm. 21 (abril de 2003), p. 19-26.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., “El *favor progenitoris* en relación con los hijos mayores de edad”, *Aranzadi civil*, t. 10, v. 1 (2001), p. 1997-2011.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., “Libertad de los hijos y liberación de los padres: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000”, revista *La Ley*, núm. 5, 2000, p. 1847-1850.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores de edad (estudio del art. 93 del C.c.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *La temporalidad de la pensión compensatoria: Una realidad de nuestro tiempo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MARFIL GÓMEZ, JORGE, “Hacia un planteamiento racional de la pensión compensatoria: la tabulación”, revista de *Derecho de Familia*, núm. 6 (enero de 2000), p. 23-28.

MARTÍN NÁJERA, SOLEDAD, “Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: el artículo 93.2 y la legitimación”, *Actualidad Civil*, núm. 31 (septiembre), 1997.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “Legitimación para reclamar alimentos a favor de los hijos mayores”, revista *Actualidad civil*, t. 1 (2008), p. 590-600.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., “Legitimación para reclamar alimentos a favor de hijos mayores”, revista *Actualidad civil*, núm. 5, 2008.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., “Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria”, revista *La Ley*, t. 7 (2001), p. 1373-1384.

MONDÉJAR PEÑA, MARÍA ISABEL, “la mayoría económica como causa de extinción de la obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI (Jornadas*

Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005), El Derecho Editores, UNED, Madrid, 2006, p. 633-640.

MONTERO AROCA, JUAN, *Alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO MOZO, FERNANDO, *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008.

MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA LUISA, “Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28 (2006), UNED, p. 281-309.

PASTOR ÁLVAREZ, MARÍA DEL CARMEN. *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia, 1998.

PÉREZ MARTÍN, ANTONIO, “La modificación y extinción de las medidas: aspectos sustantivos y procesales”, en *Tratado de Derecho de Familia, IV*, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2007, 557 y ss.

POVEDA BERNAL, MARGARITA ISABEL, “Alimentos a los hijos mayores de edad. Cuestiones civiles y procesales a la luz de la nueva realidad familiar. Especial examen de la jurisprudencia”, *revista jurídica del Notariado*, núm. 68 (octubre-diciembre de 2008), p. 227-283.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, “Comentarios a los artículos 92 a 94 del CC”, en *Comentarios al Código Civil*, Coordinados por RAMS ALBESA y MORENO FLÓREZ, t. II, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 2000, p. 915-1006.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentarios a los artículos 92 a 94 del CC”, en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Coordinado por LACRUZ BERDEJO, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 991-1129.

ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentario al artículo 93 del CC*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

RUBIO TORRANO, ENRIQUE, “Los alimentos para el hijo mayor, del artículo 93.2 del CC”, *Aranzadi Civil*, vol. III, tomo IX, 2000, p. 2310 y ss.

RUIZ-RICO RUIZ, JULIA, “La compensación temporal de la pensión por desequilibrio”, *Aranzadi civil*, núm. 1, 1995, p. 1199-134.

SÁNCHEZ LÓPEZ, ANA DOLORES, “La ejecución forzosa de los procesos matrimoniales y de menores tras las últimas reformas procesales y la nueva oficina judicial: Especial referencia a los gastos extraordinarios”, en *El Derecho de Familia ante los nuevos retos legales*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 93-182.

SÁNCHEZ PEDRERO, ADOLFO, *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

SANTOS BRIZ, JUAN, “Comentario a los artículos 1888 a 1894 del CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, t. XXIV, Edersa, 1984, p. 44-71.

SEIJAS QUINTANA, JOSÉ ANTONIO, “Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos, guarda y custodia, régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas”, *Actualidad civil*, núm. 29 (1997), 637-662.

SERRANO CASTRO, FRANCISCO DE ASÍS, “Aspectos procesales de la reclamación de los alimentos de los hijos mayores de edad dentro del procedimiento matrimonial. Especial referencia a la nueva LEC y a la STS de 24 de abril de 2000”, *revista de Derecho de familia*, núm. 9 (octubre de 2000), p. 53-68.

VEIGA NICOLE, ELISA, “Las pensiones contempladas en ella Ley 30/1981 de 7 de julio”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo X, 1993, p. 269 y ss.

ZARRALUQUI NAVARRO, LUIS, “Los alimentos de los hijos mayores de edad como carga familiar”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1 (enero-marzo de 1990), p. 17-26.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, *El menor en las crisis matrimoniales de sus padres*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “¿Hasta cuándo los padres tienen que mantener a sus hijos?”, *Economist and Jurist* (junio de 2009), p. 36-48.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución”, www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf, Sevilla, 2005.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Dykinson, Madrid, 2002.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Alimentos y cargas familiares*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 1999.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Problemas candentes en los procesos de familia*, Dykinson, Madrid, 1995.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “El levantamiento de la carga alimenticia de los hijos después de la mayoría de edad en los procesos matrimoniales”, revista *La Ley*, 1988-3, p. 776-780.

3. ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES Y EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA

ALCALÁ NAVARRO, ANTONIO, “Criterios económicos sobre las prestaciones económicas en los procesos de familia”, revista *Abogacía*, núm. 4 (marzo de 2010), p. 29-38.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA DE, “Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005: uniones de hecho y enriquecimiento injusto”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 25-74.

BACHS ESTANY, JOSÉ MARÍA, “Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables de pareja y sus descendientes”, en *Las uniones estables de pareja*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (1-2003), p. 165-198.

BADAJÍ GÁLVEZ, MARÍA DOLORES, “La prueba de la convivencia en las uniones de hecho (especial referencia a la legislación catalana: parejas de hecho)”, en *La prueba judicial: Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativo*, 1ª ed., La Ley, Las Rozas, Madrid, 2011, p. 1167-1184.

BARCELÓ DOMÉNECH, JAVIER, *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital (de acuerdo con la Ley de 8 de julio de 2005 de reforma en materia de separación y divorcio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, MARÍA DEL SAGRARIO, “Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho: doctrina del Tribunal Supremo a partir de la STS de 12 de septiembre de 2005”, revista *Aranzadi civil*, núm. 11 (marzo de 2011), p. 81-99.

BLANQUER USEROS, JESÚS, “Las uniones de hecho frente a terceros”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, t. 39 (2009), p. 345-375.

CASO SEÑAL, MERCEDES, “Uniones de hecho”, en *Tratado de derecho de familia: aspectos sustantivos y procesales: adaptados a las leyes 13/2005 y 15/2005*, Sepín, 2005, p. 105-157.

CASO SEÑAL, MERCEDES, “Regulación legal de las uniones estables en el derecho español: Estudio comparativo de las leyes autonómicas sobre la materia”, en *Las uniones estables de pareja*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (1-2003), p. 49-98.

CERVERA SOTO, TERESA, “Breves reflexiones sobre la regulación jurídica de las uniones no matrimoniales”, revista de Derecho privado (marzo de 2000), p. 211-220.

CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES, “Pensión compensatoria y uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, revista de Derecho patrimonial, núm. 10 (2003), p. 575-585.

CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES, “El derecho a percibir una pensión compensatoria en las rupturas de las parejas de hecho”, revista jurídica del Notariado, núm. 44 (octubre-diciembre de 2002), p. 127-163.

CORDERO CUTILLAS, ICIAR, “Algunas precisiones en torno a la regulación de las uniones de hecho en las Leyes de Valencia, Madrid y Principado de Asturias”, revista *Actualidad civil*, t. 4 (2002), p. 1421, 1439.

CORRAL GIJÓN, MARÍA DEL CARMEN, “Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales. Parte segunda: efectos patrimoniales”, revista crítica de Derecho inmobiliario, año LXXVII, núm. 664 (marzo-abril de 2001), p. 559-622.

CUENA CASAS, MATILDE, “Uniones de hecho y abuso de Derecho: acerca de la discriminación en contra del matrimonio”, revista *La Ley*, t. 2 (2005), p. 1571-1584.

DÍAZ MARTÍNEZ, ANA, “Relaciones económicas de las uniones estables de pareja en el derecho civil de Galicia: convivencia y ruptura”, en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 579-629.

DÍAZ MARTÍNEZ, ANA, “La aplicación de las normas de régimen económico matrimonial a las uniones estables de pareja en el Derecho español (especial consideración de las singularidades del Derecho civil de Galicia)”, revista *Actualidad civil*, núm. 1 (2009), p. 269-285.

ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991.

FERRER-SAMA, JOSÉ ANTONIO, “Problemática patrimonial del cese de la convivencia en las uniones de hecho: criterios a seguir”, revista *SepínNET de Persona y Familia*, núm. 27 (noviembre de 2003), p. 21-39.

GADIVIA SÁNCHEZ, JULIO VICENTE, “Enriquecimiento injusto entre convivientes y respeto a las libre ruptura de la uniones no matrimoniales”, revista *La Ley*, t. 3 (2006), p. 1890-1909.

GADIVIA SÁNCHEZ, JULIO VICENTE, “Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales”, revista *La Ley*, t. 4 (2003), p. 1849-1856.

GADIVIA SÁNCHEZ, JULIO VICENTE, “Analogía entre matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no

matrimoniales (la unión libre en la jurisprudencia)”, revista Aranzadi civil, t. 11, v. 1 (2002), p. 2355-1418.

GADIVIA SÁNCHEZ, JULIO VICENTE, “Matrimonio y uniones libres: el matrimonio homosexual (consideraciones de política legislativa)”, revista La Ley, t. 7 (2001), p. 1499-1508.

GADIVIA SÁNCHEZ, JULIO VICENTE, “Uniones libres y competencia legislativa de ciertas comunidades autónomas para desarrollar su propio derecho civil”, revista La Ley, t. 5 (1999), p. 1970-1978.

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Las uniones de hecho*, 1ª ed., Civitas, 2012.

GARCÍA RUBIO, M. P., “La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, revista La Ley, t. 5 (2005), p. 1118-1131.

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, 1ª ed., Civitas, 1995.

GINEBRA MOLINS, MARÍA ESPERANZA, “El matrimonio y las uniones de hecho: una aproximación desde el derecho español”, en *Familia y discapacidad*, 1ª ed., Reus, Madrid, 2010, p. 113-164.

GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE, “Uniones de hecho y regímenes consorciales”, en *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 131-156.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, CARMEN, “Estudio comparativo entre la leyes de uniones estables de Cataluña y Aragón”, revista general de legislación y jurisprudencia, 3ª época, núm. 2 (marzo-abril de 2002), p. 189-207.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Los alimentos en la separación de hecho”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1981, p. 89-113.

HERNÁNDEZ MARTÍN, TOMASA, “Las uniones estables de pareja: regulación del more uxorio (proyecto de vida compartido)”, en *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Comares, Granada, 2009, p. 335-354.

HIDALGO GARCÍA, SANTIAGO, *Las pensiones de alimentos y compensatoria en los casos de separación y divorcio*, Tecnos, Madrid, 1995.

JIMÉNEZ LÓPEZ, MARÍA DE LAS NIEVES, “Régimen legal y registros de uniones de hecho: análisis comparativo de la legislación autonómica y efectos derivados de su inscripción”, revista práctica de derecho CEFlegal, núm. 95 (diciembre de 2008), p. 3-38.

LÁZARO GONZÁLEZ, ISABEL, *Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado Español*, Tecnos, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000.

LEÓN, MARCOS DE, “Uniones de hecho: una realidad social (crisis y régimen procesal)”, en *Diez años de abogados de familia*, Asociación Española de Abogados de familia, 1ª ed., La Ley, 2003, p. 75-84.

LÓPEZ JIMÉNEZ, DAVID, “Criterios generales de resolución en materia de reclamaciones económicas entre convivientes ampliamente invocados con limitado reconocimiento jurisprudencial”, revista de Derecho de familia, núm. 39 (abril-junio de 2008), p. 53-83.

LÓPEZ JIMÉNEZ, DAVID, *Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007.

LÓPEZ JIMÉNEZ, DAVID, “La aplicación analógica de la pensión compensatoria como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes”, revista Aranzadi civil, t. 15, v. 3 (2006), p. 2367-2387.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, MIGUEL, *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia. Guía práctica y jurisprudencia*, 4ª ed., Colex, 2000.

LUNA SERRANO, AGUSTÍN, *El nuevo régimen de la familia, matrimonio y divorcio*, Civitas, Madrid, 1982.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria”, revista La Ley, t. 7 (2001), p. 1373-1384.

MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006.

MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, 1999.

O'CALLAGHAM, XAVIER (dir.), *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, año 1997, XX, 1998.

ORTUÑO MUÑOZ, JOSÉ PASCUAL, “Familias no matrimoniales, uniones de hecho y conflictos jurídicos”, en *Las uniones estables de pareja*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (1-2003), p. 15-48.

PEREÑA VICENTE, MONSERRAT, “Las uniones de hecho en la legislación autonómica: análisis comparativo desde la Ley Catalana a la Ley Andaluza”, revista *La Ley*, t. 4 (2003), p. 1626-1636.

PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, *Procedimiento contencioso: separación, divorcio y nulidad, uniones de hecho, otros procedimientos contenciosos*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.

PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, “Relaciones patrimoniales en las uniones de hecho”, revista de Derecho de familia, núm. 35 (abril-junio de 2007), p. 25-49.

PÉREZ UREÑA, ANTONIO ALBERTO, *Compensación económica y alimentos en las parejas de hecho*, Difusión, 2009.

PÉREZ UREÑA, A. A., *Normativa sobre uniones de hecho: cuestiones candentes*, Edisofer, Madrid, 2002.

PÉREZ UREÑA, A. A., “Las uniones de hecho ante los nuevos procesos civiles”, revista de Derecho de familia, núm. 13 (2001), p. 21-43.

PÉREZ UREÑA, A. A., *Uniones de hecho: Estudio práctico de sus efectos civiles. Derecho sustantivo. Cuestiones procesales. Jurisprudencia. Formularios*, Edisofer, 2000.

PITTÍ, ULISES, “Las uniones de hecho”, en *Diez años de abogados de familia*, Asociación Española de Abogados de familia, 1ª ed., La Ley, 2003, p. 203-216.

POUS DE LA FLOR, MARÍA PAZ, “Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho”, revista crítica de Derecho inmobiliario, año 85, núm. 712 (marzo-abril de 2009), p. 805-832.

QUIÑONES ESCÁMEZ, ANA, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional: actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el derecho internacional privado*, Atelier, Barcelona, 2007.

RAMS ALBESA, JOAQUÍN, “Perspectivas legislativas sobre las uniones estables de pareja”, en *Las uniones estables de pareja*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (1-2003), p. 99-124.

REINA, VÍCTOR, *Las uniones matrimoniales de hecho*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ COARASA, CRISTINA, “La regulación de las uniones de hecho en la Comunidad de Madrid”, en *Derecho público y administración de la Comunidad de Madrid 1983-2008: XXV aniversario de la Comunidad de Madrid*, Instituto Madrileño de la Administración Pública, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 1365-1386.

ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *La indemnización entre cónyuges, excónyuges y parejas de hecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

RUBIO TORRANO, ENRIQUE, “¿Nueva Jurisprudencia sobre uniones de hecho?”, revista Aranzadi civil, t. 15, v. 3 (2005), p. 2159-2161.

RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL, “Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales”, revista crítica de Derecho inmobiliario, año 80, núm. 685 (septiembre-octubre de 2004), p. 2307-2376.

SALAZAR BORT, SANTIAGO, “Parejas de hecho y pensión compensatoria: Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001”, Actualidad civil, t. 2 (2002), p. 751-758.

SANZ CABALLERO, SUSANA, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las uniones de hecho”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, t. 2 (mayo-agosto de 2003), p. 2481-2498.

SAURA, LUIS FERNANDO, *Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO ANTONIO, “La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España”, revista *La Ley*, núm. (2001), p. 1519-1532.

TORRES LANA, JOSÉ ÁNGEL, “De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas”, *Aranzadi civil*, 1993-II, p. 2417-2418.

TORRES MATEOS, MIGUEL ÁNGEL, *Sociedad de gananciales y uniones extramatrimoniales*, 1ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.

TORRES MATEOS, M. A., *Uniones extramatrimoniales*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993”, Consejo General del Poder Judicial, núm. 33, p. 989 y ss.

VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE, “Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho”, en *Daños en el derecho de familia*, 1ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, p. 223-254.

VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE, “Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica”, revista *Actualidad civil*, t. 1 (2001), p. 59-80.

ZURILLA CARIÑANA, MARÍA ÁNGELES, “Las uniones de hecho: aspectos patrimoniales”, revista *Aranzadi civil*, t. 16, v. 3 (2007), p. 2739-2760.

4. ALIMENTOS LEGALES DEBIDOS EN OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

ARNAU REVENTOS, LIDIA, “La obligación de prestar alimentos ante la declaración de concurso (el artículo 47.2 y 3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal)”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del s. XXI: Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de Familia: ponencias y comunicaciones: Madrid, 27-29 de junio*, El Derecho Editores, UNED, Madrid, 2006, p. 557-562.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, “Tutela y protección de menores en Derecho Internacional Privado”, en *Tratado de Derecho de Familia*, 1ª ed., vol. 6, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 505-658.

CASTILLO TAMARIT, V. JOSÉ, “Tutela, autotutela, protección de menores”, *Revista jurídica del Notariado*, núm. 39 (julio-septiembre de 2001), p. 39-53.

COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “La obligación de alimentos y la tutela”, en *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 79-82.

CUENA CASAS, MATILDE, “El derecho de alimentos en el concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20 (mayo –agosto de 2012-2), p. 65-108.

DÍAZ ALABART, SILVIA, “Los alimentos del deudor en concurso”, en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 259-290.

GARCÍA RIVAS, FRANCISCO J., “Efectos del concurso de acreedores sobre el derecho de alimentos”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 33 (octubre-diciembre de 2006), p. 79-108.

GUTIÉRREZ GILSANZ, ANDRÉS, *Comentarios a la legislación concursal*, dirigidos por PULGAR EZQUERRA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU, Registradores de España y Dykinson, Madrid, 2004, p. 1059-1100.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, CARMEN, “Repercusiones de la declaración de concurso en la prestación civil de alimentos”, *revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011, p. 173-192.

MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, ROSA MARÍA, “Preferencia de los créditos alimenticios frente a otros existentes contra el patrimonio del alimentante”, *revista Sepin, Familia y Sucesiones*, núm. 97 (cuarto octubre-diciembre de 2011), p. 17-21.

NANCLARES VALLE, JAVIER, “De los efectos sobre el deudor. Art. 47. Derecho de Alimentos”, en *Comentarios a la Ley concursal*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 534-549.

NANCLARES VALLE, J., *Comentarios a la Ley Concursal*, dirigidos por CORDÓN MORENO, F., Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ LINDE, MARIO, “Notas sobre el derecho a la percepción de alimentos del deudor concursado”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28 (2012-I), Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p....

SANTANA PÁEZ, EMELINA, “Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 12 (2007-3), p. 165-175.

SANZ MARTÍN, LAURA, *La tutela del Código civil y su antecedente histórico la tutela romana*, Dykinson, 1998.

TORRES MATEOS, MIGUEL ÁNGEL, *Tutela, curatela, guarda de menores o incapacitados y defensor judicial*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Comentarios a la Ley Concursal*, Dijusa, 2003.

YÁÑEZ VIVERO, FÁTIMA, “¿Es necesaria una regulación específica del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?”, *Actualidad Civil*, t. 2, 2007, p. 2209-2227.

5. CONTRATO DE ALIMENTOS

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, HENAR, *La hipoteca inversa*, Lex Nova, 2009.

ANDERSON, MIRIAM, “El contrato de alimentos: consideraciones en torno a la convivencia de las partes”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI: Jornadas sobre las Reformas de Derecho de Familia: ponencias y comunicaciones*, UNED, El Derecho, Madrid, 2005, p. 189-197.

ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, *revista La Ley*, t. 1 (2008), p. 1598-1607.

BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, “Obligación de alimentos de origen convencional y legal. Contratos innominados. Diferencia entre contratos aleatorios y conmutativos”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 56, 2001, p. 745-752.

BADENAS CARPIO, J. M., “Comentarios y jurisprudencia sobre la hipoteca constituida en garantías de rentas y prestaciones periódicas”, *Anuario de Derecho Civil*, v. 49, núm. 4 (octubre-diciembre de 1996), p. 1509-1540.

BADENAS CARPIO, J. M., *La renta vitalicia onerosa*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

BELLO JANEIRO, DOMINGO, “El contrato de vitalicio en la jurisprudencia y en la Ley de Derecho Civil de Galicia”, *revista crítica de derecho inmobiliario*, año 86, núm. 717 (enero-febrero de 2010), p. 11-59.

BERENGUER ALBALADEJO, CRISTINA, *Contrato de Alimentos*, Dykinson, 2012.

BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, “El contrato de vitalicio en la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia: aproximaciones jurisprudenciales”, *revista de derecho privado* (julio-agosto de 2008), p. 3-30.

CALVO ANTÓN, MANUELA, “El contrato de alimentos como figura contractual independiente”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3 (mayo-junio de 1989), 639 y ss.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, “El contrato de alimentos”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 1533-1560.

COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, “El contrato de alimentos”, en *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 82-96.

COBACHO GÓMEZ, J. A., “Acerca del contrato de alimentos”, en *Libro homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 919-932.

COBACHO GÓMEZ, J. A., “Del antiguo al nuevo contrato de alimentos”, en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, p. 71-92.

COBACHO GÓMEZ, J. A., “Comentarios a la STS de 21 de octubre de 1992”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (septiembre-diciembre de 1992), p. 935-947.

CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Edersa, Madrid, 2000.

ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *El contrato de alimentos en el Código Civil*, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011.

ECHEVARRÍA DE RADA, T., “El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2019-20 (septiembre de 2006), p. 3461-3481.

ECHAVARRÍA DE RADA, T., “El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, 1ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, p. 537-561.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL, “Contrato vitalicio o de alimentos y normas sucesorias imperativas”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 959-976.

FERNÁNDEZ DE LOS RONDEROS MARTÍN, MIGUEL ÁNGEL, “Nuevas formas de protección de las personas con discapacidad: la autotutela y el contrato de alimentos”, *revista SepinNET*, núm. 48 (octubre de 2005), p. 13-22.

FERNÁNDEZ GALLARDO, ÍÑIGO, “La aportación de un bien con reserva de dominio o prohibición de disponer a un patrimonio protegido o a un contrato de alimentos”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, 1ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, p. 563-581.

FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, MARÍA SOLEDAD DE LA, “Presupuestos del contrato de alimentos: obligación legal versus obligación convencional”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 47 (abril-junio de 2010), p. 77-98.

GÓMEZ LAPLAZA, MARÍA DEL CARMEN, “El contrato de alimentos”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. 1, Colegio de Registradores de la Propiedad, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 2059-2082.

GÓMEZ LAPLAZA, M. C., “Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos”, *Revista de Derecho Privado* (marzo-abril de 2004), p. 153-173.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, “Comentarios al art. 1257 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1, Edersa, Madrid, 1992.

HERNÁNDEZ ALEXANCO, ÍÑIGO, “Hipoteca inversa, cómo transformar la vivienda en liquidez”, revista *Inmueble*, año 13, núm. 120 (octubre de 2012), p. 32-36.

IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales y régimen de ineficacia del contrato de renta vitalicia”, revista de derecho privado (enero-febrero de 2008), p. 43-82.

LAMBEA RUEDA, ANA, “Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de tercero”, revista *Aranzadi Civil*, t. 19 (febrero de 2007), p. 2447-2496.

LAMBEA RUEDA, A., “Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de tercero”, revista *Aranzadi Civil*, t. 15, v. 3 (2006), p. 2447-2496.

LÓPEZ PELÁEZ, PATRICIA, “La financiación de la calidad de vida de las personas mayores: renta vitalicia y contrato de alimentos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70 (2007), p. 107-133.

LÓPEZ PELÁEZ, P., “El contrato de vitalicio: la cesión de un inmueble a cambio de alimentos”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 52 (diciembre de 2004), p. 3-39.

LLAMAS POMBO, EUGENIO, “La tipificación del contrato de alimentos”, en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, p. 193-222.

MAGRO SERVET, VICENTE, “El nuevo contrato de alimentos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de modificación del Código civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores”, *Abogados de familia*, año 9, núm. 34 (30 de septiembre de 2004), p. 2-8.

MAGRO SERVET, V., “El nuevo contrato de alimentos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de modificación del Código civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores”, revista *La Ley*, t. 3 (2004), p. 1698-1706.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA, *La hipoteca inversa*, Fundación Registral, 2010.

MARTÍNEZ HENS, HELENA, “El contrato de alimentos en el Código Civil. Reflexión en torno a su sustantividad”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 3147 y 3212.

MARTÍNEZ ORTEGA, JUAN CARLOS, *El contrato de alimentos*, Dykinson, 2007.

MÉNDEZ SERRANO, MARÍA DEL MAR, “El contrato de alimentos vitalicio”, en *Protección del patrimonio familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 75-106.

MESA MARRERO, CAROLINA, *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

MILLÁN SALAS, FRANCISCO, “El contrato vitalicio”, *Actualidad civil*, t. 3 (2001), p. 831-848.

MILLÁN SALAS, F., “La cesión de la explotación agrícola a cambio de alimentos: el contrato de vitalicio”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año XVII, núm. 38 (enero-junio de 2001), p. 10-19.

MUÑOZ GARCÍA, CARMEN, “El beneficiado por el contrato de alimentos: posible acreedor privilegiado”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16 (enero de 2012), p. 201-214.

NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN, “La nueva regulación del contrato de alimentos vitalicio en el Código Civil”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 579-626.

NÚÑEZ ZORRILLA, M. C., “Comentario a los artículos 1791 a 1797 del Código Civil sobre el contrato de alimentos vitalicio”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3 (julio-septiembre de 2005), p. 401-458.

NÚÑEZ ZORRILLA, M. C., *El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, “La regulación del contrato de alimentos en el Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 88 (septiembre-octubre de 2004), p. 611-638.

PEREÑA VICENTE, MONSERRAT, “La regulación del contrato de alimentos: logros y carencias”, en *Estudio de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, 1ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, p. 553-574.

PÉREZ GURREA, ROSANA, “La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725 (mayo de 2011), p. 1707-1726.

PINTO MOLINA, MARÍA, “Protección del discapacitado: el nuevo contrato civil de alimentos”, *Iuris*, núm. 84 (junio de 2004), p. 27-30.

POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas consideraciones en torno al contrato de renta vitalicia”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 2003.

QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, “Comentario a los arts. 1802 a 1808 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

QUIÑONERO CERVANTES, E., *La situación jurídica de la renta vitalicia*, Universidad de Murcia, 1979.

RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, “El contrato de alimentos”, *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 38, 2004, p. 99-108.

RIERA ÁLVAREZ, JOSÉ ANTONIO, “Las instituciones de prevención patrimonial: La renta vitalicia, los contratos de alimentos y los seguros de dependencia”, en *La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007*, 1ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 249-290.

ROCA GUILLAMÓN, JUAN, “El vitalicio: Notas sobre el contrato de alimentos en el Código Civil (Ley 41/2003)”, en *Estudio de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, 1ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, p. 641-657.

ROCA GUILLAMÓN, J., *La protección jurídica de los mayores en el Derecho civil*, Murcia, 2004.

RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia gratuita*, Comares, 2006.

SABATER BAYLE, ELSA, “Contrato de vitalicio y resolución de las obligaciones”, *Aranzadi Civil*, t. 1, vol. II, Pamplona, 1997.

SEDA HERMOSÍN, MANUEL ANTONIO, “Protección por terceros: Constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”, en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de derecho judicial (20-2005) 2006, p. 125-178.

SERRANO GARCÍA, J. A., *Los legados de educación y de alimentos en el Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1994.

TORAL LARA, ESTRELLA, *El contrato de renta vitalicia*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas (Madrid), 2009.

TORAL LARA, E., “Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable”, *Actualidad civil*, t. 2 (2009), p. 1861-1879.

TORAL LARA, E., “El contrato de alimentos y los mayores. Especial referencia a la pluralidad de partes”, en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004.

TORRELLES TORREA, E., “La protección de las personas mayores en Cataluña: perspectiva civil”, en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, p. 244 y ss.

VEREDA IZQUIERDO, BEATRIZ, “El contrato de alimentos: Configuración actual”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI: Jornadas sobre las Reformas de Derecho de Familia: ponencias y comunicaciones*, UNED, El Derecho, Madrid, 2005, p. 27-29.

VILLALATA, AURA ESTHER y MÉNDEZ TOMÁS, ROSA MARÍA, *Contrato de alimentos*, Bosch, Barcelona, 2005.

ZURITA MARTÍN, I., “La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707 (mayo-junio de 2008), p. 1275-1317.

ZURITA MARTÍN, ISABEL, “Anotaciones al nuevo contrato de alimentos”, Revista de Derecho Patrimonial, núm. 12 (2004-1), p. 145-151.

6. COBRO INTERNACIONAL DE ALIMENTOS

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO “El Reglamento 4/2009 CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas”, Diario La Ley, núm. 7230, de 31 de julio de 2009.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, CARMEN, “El nuevo Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia: sobre la negociación de determinados artículos en la sesión diplomática de 5 a 23 de noviembre de 2007”, Revista española de derecho internacional, vol. 60, núm. 2 (julio-diciembre de 2008), p. 491-522.

CALVO BABÍO, FLORA, “Las relaciones internacionales de alimentos”, revista Iuris, núm. 113 (febrero de 2007), p. 54-57.

CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, “La obligación de alimentos en el derecho internacional privado”, en *Tratado de derecho de la familia*, vol. 1, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 319-426.

ESPINOSA CALABUIG, “El Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos”, en *Instrumentos europeos de Derecho internacional privado, Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 40, 2010.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO, “Ámbito de aplicación y sistema de atribución de la competencia”, en *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, t. 1, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 567-592.

HERNÁNDEZ GIL, FÉLIX, “El Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero: su aplicación en la práctica”, revista Actualidad Civil, t. 4, 2001, p. 1425-1446.

PARRA RODRÍGUEZ, CARMEN, “Aspectos prácticos en la aplicación de la normativa internacional de obligaciones de alimentos”, revista Sepin Persona y Familia, núm. 57 (julio-agosto de 2006), p. 19-32.

PÉREZ BEVIA, JOSÉ ANTONIO, “Hacia un nuevo instrumento internacional en materia de alimentos”, en *El Derecho de Familia en el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, p. 629-653.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, MARÍA ÁNGELES, “La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: Competencia judicial internacional, Ley aplicable y Reconocimiento y Ejecución de sentencias”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 19, 2010.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., “Un nuevo instrumento para la reclamación internacional de alimentos: el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008”, *Revista de derecho patrimonial*, núm. 26 (2011-I), p. 221-234.

RUIZ MORENO, JOSÉ MARÍA, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de alimentos”, en *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, t. 1, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 593-615.

SALINERO ROMÁN, FRANCISCO, “Cooperación judicial civil. Capítulo 2º. El cobro de las pensiones alimenticias en el ámbito internacional. Especial referencia a los reglamentos comunitarios”, en *Cooperación judicial civil y penal en el escenario de Lisboa*, Comares, Granada, 2011, p. 61-83.

