

Pactos en materia de alimentos

JOSE ANTONIO DORAL

(Profesor de Derecho civil en la Universidad de Navarra)

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

INTRODUCCION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

excesivamente generalizadora así como desajustadas sus consecuencias prácticas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Alimentos convencionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Calificación jurídica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

e) *Indicios acreditativos de una deuda alimenticia.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. REGIMEN JURIDICO DE LA OBLIGACION DE ALIMENTOS CONVENCIONALES

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

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

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

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

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

1. La heterogeneidad de las disposiciones legales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aparte de su diverso origen es también distinto su fundamento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Ambito del artículo 153 del Código civil.

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

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

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

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

Por otra parte puede inducir a error la colocación misma del

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) La analogía en la práctica jurisprudencial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Disposiciones legales para supuestos convencionales.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. LOS SUJETOS DE LA RELACION OBLIGATORIA DE ALIMENTOS

1. *Posición jurídica del alimentista.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Posición jurídica del obligado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este punto de vista se confirma con argumentos históricos. El

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) *Los alimentos en la separación convencional.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Podríamos fijar así esta tendencia jurisprudencial:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. CARACTERISTICAS PECULIARES DE LA PRESTACION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Modalidades de la prestación de alimentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Contenido mínimo adecuado.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Su contenido variable.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. *Modos de garantía.*

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

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

a) *Medidas legales.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como medida de garantía ha incluirse también lo previsto en el

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

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

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

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

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

b) *Modos convencionales.*

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

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

a) *Medidas directas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. LIMITACION DE LA AUTONOMIA EN MATERIA DE ALIMENTOS

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

1. Límites legales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Criterios correctores.

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

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

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

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

(202) Cfr. J. PELISSIER, *Les obligations alimentaires*, pág. 329.

lia legítima. Entre éstos, señala Pelissier, el principio de solidaridad extensible a la familia ilegítima que entraña un deber particularmente imperioso en cuya virtud pueden anularse los actos que limitan la obligación de alimentos impuesta al deudor (203).

Las obligaciones de alimentos, dice, que resultan de un lazo de solidaridad no son susceptibles de renuncia y si, por el contrario, las que resultan de la actividad del hombre.

A los «altos deberes de solidaridad familiaridad» se refiere la Sentencia de 21 de marzo de 1958 y declara que «no son susceptibles de una aplicación absoluta que no tenga en cuenta todas las circunstancias concurrentes».

Entre estas circunstancias han de pesar también los actos propios, de tal modo que no resulte protegido quien creó por acto propio, una situación anómala (204).

Por consiguiente, confluyen en el supuesto de referencia principios de distinta adscripción que ponen en tela de juicio la firmeza de esa línea jurisprudencial hasta ahora consignada y que, como se verá, introducen un cambio de criterio que permite deducir la posibilidad de un régimen específico a los alimentos, caso de separación convencional, sin abandonar por ello principios tradicionales.

Del conjunto de estos principios resulta a las claras una conclusión, que la aplicación de uno no contradice la influencia de los otros y que ningún precepto legal puede «bloquear» en exclusiva el orden público.

c) *La nueva Jurisprudencia.*

Como veremos, la evolución experimentada en la jurisprudencia en decisiones recientes responde a este punto de vista. Podemos señalar, a título de ejemplo algunas de las sentencias más significativas en esta línea de reconocimiento de efectos cuando la separación sea libremente consentida o de denegación de facultades concedidas por la ley al obligado cuando su reconocimiento contradice la finalidad pretendida.

El orden público ha de proteger por igual los intereses que quedan comprendidos en su ámbito y no sólo aquel que recibe legalmente una consagración. En este sentido la Sentencia de 21 de diciembre de 1953, interpreta el artículo 149, ajustándose a esa dirección aquí se-

(203) Mantener las limitaciones procedentes de la prestación a la familia legítima no justifica un trato discriminatorio a los hijos nacidos fuera del matrimonio en cuanto al mantenimiento y a la instrucción y educación. Como ordinariamente estos hijos viven fuera del entorno de la familia legítima sólo por vía pacticia, en el estado actual de nuestra legislación, pueden acomodarse esos criterios adecuadamente.

(204) El reconocimiento de los actos propios como principio general aplicable en virtud del art. 6.º es criterio jurisprudencial. Entiende, por el contrario, la doctrina que no es principio general propiamente dicho sino que viene a ser en cierto sentido como un subproducto de la buena fe. Cfr. L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos (Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo)* (Barcelona, 1962).

ñalada; el ámbito y finalidad del referido precepto se opone a «producir a la demandante una situación incómoda y en cierto modo violenta que le hiciera amargos los alimentos recibidos, si acaso éstos, no eran prestados con los sentimientos de cordialidad y afecto que los antecedentes no garantizan plenamente, o con una insuficiencia que sería tan real como delicadamente comprobable». El supuesto, por más que sea compatible con los deberes matrimoniales que impone el artículo 56, rebasa la finalidad del artículo 149. Aplicar el artículo 149 de manera rígida vendría a significar la destrucción del propio fundamento de la sentencia recurrida que concede alimentos basándose en la separación.

Y de modo explícito la Sentencia de 27 de abril de 1956, en un caso de abandono por el marido a la mujer, que carece de medios y que esa situación no le es atribuible, declara, que, aunque los alimentos están subordinados a la convivencia, la aplicación del derecho de opción en estos casos en que la obligación de prestarlos fuera del domicilio originario nace con motivo del rompimiento de la vida común, constituiría una contradicción «in terminis».

La Sentencia de 4 de diciembre de 1959, expresa con claridad la idea de que los artículos 56 y 57 se ciñen más al ámbito de la conciencia que «al frío precepto legal». De aquí que, de probarse la necesidad, incluso caso de separación, sería procedente la acción para solicitarlos.

La Sentencia de 17 de marzo de 1960, reafirma el criterio tradicional de que carece de acción la casada que de hecho y por su propia voluntad está fuera del domicilio del marido.

En relación con la separación y el incumplimiento del acuerdo sobre alimentos, la Sentencia de 28 de febrero de 1969, ya referida (205), en uno de los considerandos declara que la separación de hecho libremente consentida entre los esposos, si bien implica, una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que el artículo 56 del Código civil impone, lo que origina el que sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles, no por ello les priva de un modo genérico y sin atención a las circunstancias personales que concurren en el caso concreto, del derecho a recibir alimentos de su consorte, conforme a las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código civil. Esta sentencia, recoge el criterio jurisprudencial

(205) Como ya se dijo anteriormente, en uno de los considerandos de esta sentencia, de que fue ponente Rodríguez Solano, se establece una analogía con los cánones 1.130 y 1.131 del Código de Derecho canónico que permiten una separación por autoridad propia en los casos respectivamente señalados. Especialmente en el canon 1.131 se prevén como medidas provisionales, antes de que recaiga resolución administrativa, que permite a los cónyuges separarse, o sentencia. La doctrina y también la jurisprudencia canónica indican, quizá con excesiva rigidez, que no produce efectos antes de la decisión administrativa en el fuero externo. Vid. sobre la cuestión E. MONTERO y GUTIÉRREZ, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, (Madrid, 1965), 393. Se trata de una separación temporal cuya duración depende de la naturaleza de las causas. La incertidumbre a que esta duración indeterminada podría dar lugar, impone la fijación convencional o jurisdiccional de alimentos.

anterior a la misma, que niega el derecho a percibir tal prestación «a los esposos que hubieren incurrido en adulterio (S. de 10 de diciembre de 1959, R. 4883) o causa de divorcio (S. de 11 de abril de 1946, R. 444) o vivían separados del otro sin consentimiento de éste y por su exclusiva voluntad (SS. de 5 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916 y 17 de marzo de 1960, R. 967) e incluso a los que no acreditasen la necesidad de recibirlos por gozar de la administración de determinados bienes (S. de 3 de noviembre de 1905); en cambio le ha reconocido expresamente, cuando la separación sea mutuamente consentida y no existan méritos suficientes para estimar que quien los solicita lo hace derivar de una situación ilícita y contraria a derecho provocada por su exclusiva iniciativa (SS. de 16 de octubre de 1903, 27 de abril de 1956, R. 2684 y 9 de noviembre de 1957, R. 3401)».

Pero la referida sentencia, parece sustituir por la prestación de alimentos *ex lege* a la convencional, sin conceder especial valor al acuerdo sobre el mantenimiento. Ordinariamente los alimentos convencionales tienden a acomodar a estos casos, los surgidos de la ley. No se ve la razón de que, por mantener la situación «como anómala e incompatible con los deberes matrimoniales», se otorgue mayor relieve al artículo 143, n.º 1, que al artículo 153, si no les priva del derecho a recibirlos (206).

3. *La moral, las buenas costumbres y los pactos de alimentos.*

Este punto ofrece en la práctica indudable interés y su tratamiento es problemático y difícil de abordar en el espacio reducido de este trabajo.

Por eso nos fijaremos especialmente en los aspectos de mayor relevancia en orden a los alimentos convencionales, el de la moral como límite de la autonomía y el de la conversión en obligación civil de un deber moral o de conciencia, cuya temática incide directamente en la doctrina acerca de la novación.

(206) La jurisprudencia ha empleado, con frecuencia, el argumento de la prohibición de las donaciones entre cónyuges, sin hacer frente a la cuestión de fondo, el tema de la validez de estos pactos en materia de alimentos, prejuzgando, de modo indirecto, su validez. Coincido con el profesor Lacruz en que el argumento de la donación entre cónyuges viene a relegar a un segundo plano la cuestión principal: si es o no contrario a las buenas costumbres un contrato, en estos casos, para garantizar alimentos. Lacruz opta por la negativa, en el comentario ya referido a la Res. de 25 de mayo de 1917. La razón que aduce es que no cabe sustituir obligatoriamente la forma de prestación normal de alimentos por entregas en dinero. Coincido con el profesor Lacruz en esta conclusión pero, abundando en su razonamiento, añado: porque en tales supuestos no se mantiene la deuda alimenticia, sino que se *sustituye* por otra de naturaleza distinta, una prestación de dar, dineraria, que, indirectamente, implica la renuncia a una obligación de alimentos propiamente dicha; pero entiendo que sí cuando, salvando el *mínimo* legal, se respetan convencionalmente los presupuestos de la deuda alimenticia que el mantenimiento supone y adecúa a las circunstancias concretas.

a) *La moral como límite de la autonomía.*

Alega Bonfante que los alimentos constituyen un *mínimum* no susceptible de extensión porque se trata de un deber moral de intenso contenido; por eso, dice, como la inobservancia de los deberes morales no menos imperiosos se sustrae a la sanción jurídica y su incumplimiento lleva consigo más una condena social grave que estrictas consecuencias jurídicas (207).

Este punto de vista es inexacto y significa una concepción estrecha de los alimentos como deberes morales de beneficencia.

Pero sin duda alguna refleja una idea verdadera, la influencia que en su consistencia jurídica tiene la moral. En buena medida el surgir mismo de una deuda alimenticia se debe a impulsos morales, incluso cuando no vengan éstos vinculados por exigencias imperiosamente jurídicas. Si falta el reconocimiento formal de los hijos, la ley no obliga al padre a proveerles de alimentos, no obstante la *pietas* impone una obligación moral o natural de mantenimiento, educación, e instrucción. Es ese mismo deber moral, válido para todos los padres, correlativo al deber de reconocer a los hijos. Se explica así que entre los indicios de la posesión de estado figure el hecho de proveer alimentos.

El desenvolvimiento de la obligación de alimentos está también presidido por una exigencia de equidad; el legislador deja a la equitativa apreciación del juez la adaptación a las nuevas circunstancias, imposibles de definir «a priori».

El modo de suministrarlos se pliega también a tendencias morales, la conveniente tutela de la dignidad personal del alimentista cuando los alimentos han de prestarse en casa; aunque la convivencia conyugal es condición del fin social y moral del matrimonio, y, por tanto, también obligación jurídica, no es susceptible de material coerción por lo que no puede convertirse el deber recíproco de alimentos entre cónyuges en un cauce artificioso para imponer una convivencia acaso de modo abusivo. La ley debe fomentar, como lo exigen los fines morales y sociales inherentes al matrimonio, la reconciliación de los cónyuges pero no siempre, y menos en supuestos anormales, es el medio más eficaz la imposición de límites y condicionamientos de la obligación de asistencia.

Por motivaciones morales, incluso lo estrictamente necesario es relativo, ya que toma en consideración circunstancias personales y sociales del alimentista, la obligación del trabajo, la conducta ordenada o reprobable... y del deudor, no gravarle con cargas superiores a las que sus posibilidades le permiten, etc. En los Derechos forales la costumbre ha ido acuñando fórmulas que expresan esta recíproca colaboración. Conocida es la fórmula aragonesa «al haber y poder de la casa». Los alimentos se extienden a mantenerlo sano y enfermo, médicos, medicinas, y demás requisitos necesarios para la vida humana con

(207) Cfr. BONFANTE, *L'obbligazione alla prestazione degli alimenti e le spese funerarie*, en *Scritti Giuridici varii*, vol. IV (Roma, 1925), pág. 553.

arreglo al haber y poder de la casa, lo que lleva, por otro lado, una réplica de obligar al favorecido a trabajar en la casa, en beneficio de la casa.

En los alimentos debidos por fuerza de convenio o de testamento —*iure actionis*—, ni las partes, ni el testador podrán derogar *in peius* las disposiciones legales que contienen específicas normas de orden público o de buenas costumbres.

Una cláusula contra la moral o las buenas costumbres sería inválida conforme a lo prescrito en el artículo 1.116 y 1.255 del Código civil, sin perder de vista que en materia de alimentos, precisamente por su íntima referencia a las necesidades de la vida ha de tomarse en consideración el *favor juris*.

Como cláusulas contrarias a las buenas costumbres señala Scaevola la de estipular que, aunque la fortuna del alimentante disminuya en los términos referidos en el párrafo 2 del artículo 152, ha de seguir prestando los alimentos. El efecto de dicha cláusula, dice, sería invalidar el contrato. Asimismo el pacto en cuya virtud la obligación de alimentos continuará aunque el alimentista incurra en alguna falta de las que dan lugar a desheredación. Del mismo modo, un pacto contrario a lo dispuesto en la causa 5.^a del repetido precepto merecería el que fuera reprobado como inmoral y opuesto a las buenas costumbres «ya que con el se estimularía el vicio y la ociosidad» (208).

b) *Estipulaciones novatorias.*

La convención puede ser un medio de dar vigor jurídico a originarias obligaciones naturales; de canalizar, por cauces jurídicos, deberes morales y obligaciones de conciencia (209).

Cuando una de estas obligaciones naturales se reviste de una forma contractual, puede pensarse en dos hipótesis: que no cambien ni las personas, ni el objeto, ni sus modalidades en cuyo caso la obligación imperfecta primitiva subsiste como base de la obligación civil, o que cambien esencialmente.

En el primer caso, la obligación natural preexistente figura como causa del negocio; puede decirse por eso que el acuerdo, aunque fuente de la obligación, es instrumento técnico para la «receptibilidad» de la causa, limitada originariamente a una potencial *soluti retentio*.

Por esa preexistencia de una obligación natural puede explicarse la afirmación de Sinay de que las convenciones sobre la obligación de alimentos «no tienen fuerza creadora»; cuando la obligación es im-

(208) Cfr. M. SCAEVOLA, *ob. cit.*, págs. 494 y ss.

(209) La jurisprudencia francesa admite la promesa de sostenimiento que se basa en una previa obligación natural de los padres respecto a sus hijos ilegítimos. Una sentencia del Tribunal de París de 18 de febrero de 1910 estableció que el hecho de que un padre se ocupara regularmente del hijo ilegítimo constituye una promesa implícita civilmente obligatoria. Cfr. F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español. Derecho de familia*, II, pág. 290.

perfecta, dice, el acuerdo asegura precisamente aquella obligación (210).

Para este autor las convenciones sobre alimentos presentan una particularidad que les impone una fisonomía especial; versan todas sobre una obligación preexistente, ya sea una obligación legal o una obligación natural.

Esta preexistencia de una obligación introduce necesariamente —dice— una cierta alteración en la estructura del convenio; pero, de una parte, la convención no tiene fuerza creadora, puesto que la obligación ha nacido antes que ella, y, de otra, la convención no puede modificar ni extender la obligación preexistente.

Entiendo, por el contrario, que esta regla no puede ser absoluta (211). En la segunda hipótesis de que la obligación natural difiera esencialmente de la civil, ¿puede pensarse en una convención novatoria? En este caso el contrato ha de tener con mayor motivo una cierta fuerza creadora: «La fuerza creadora» que permite convertir en obligación dotada de acción a las obligaciones naturales. «La perfección» de una obligación natural implica un cambio sustancial una «recreación»; sobre todo, el convertir en obligaciones civiles lo que pueden no ser otra cosa que obligaciones de conciencia.

Esa fuerza creadora puede, en cambio, faltar en las convenciones relativas a la esencia de una obligación legal, cuya existencia presupone de tal modo que transigir sobre ella implicaría la nulidad absoluta del acuerdo.

En cambio, aplicar el mismo criterio a las obligaciones naturales, deberes morales o al mero reconocimiento vinculante de los «pactos de honor, significa generalizar en exceso; en ocasiones llevaría a soluciones injustas como obstaculizar a quien afrontando un deber moral pretendiese reconducir o reparar las consecuencias de una conducta irregular anterior. De no admitir la fuerza creadora de la convención, quedaría sin cauce jurídico para hacer efectiva, con las debidas garantías, una auténtica responsabilidad por hechos propios, un daño causado sin suficiente protección jurídica.

El negocio jurídico que genera la obligación civil constituida para cumplir una obligación natural, es siempre de índole causal, siendo

(210) Cfr. H. SINAY, *Les convention sur les pensions alimentaires*, en *Revue Trimestrelle de Droit civil*, 52 (1954), pág. 264.

(211) Es preciso distinguir aquellos supuestos en que se trate de personas con derecho a alimentos, artículo 143 del Código civil, de aquellos otros en que las partes no estén entre sí previamente vinculadas con una obligación exigible. En este caso, la autonomía de la voluntad permite un radio de acción más amplio como fuente directa de la relación alimenticia.

Cuestión distinta sería el establecimiento *ex novo* de una relación de alimentos por contrato, no la modificación de una deuda legal alimenticia en vigor. En estos casos, como se ha dicho ya, la obligación de alimentos *ex lege* permanece latente, porque falta uno de sus requisitos de esencia, la necesidad del alimentista. La obligación que impone el art. 143 es subsidiaria de la contraída en documento público por el obligado a darlos, y mientras no se pruebe que el contrato no se cumple no cabe pedirlos con fundamento. S. de 6 de octubre de 1904.

su causa ese deber de justicia (deber moral, obligación natural). No es, por consiguiente, la misma obligación la que se recibe inmutable amparada en una forma negocial, sino que este negocio tiene como base la relación natural preexistente (212), aunque ésta se apoye en un hecho en su origen ilícito.

El artículo 1.901 puede ser aplicable como comprensivo de la *causa* para retener: si la obligación natural constituye uno de los supuestos del artículo 1.901, lo pagado será irrepitable, precisamente por la *justa causa* para retener de que dispone el *accipiens*.

Si existe convención la *obligatio naturalis* es la causa del negocio jurídico que justifica el desplazamiento, la adquisición. La obligación natural, por consiguiente, interviene siempre de ese modo como causa: en un caso, como causa de la exigibilidad, en otro, como causa de la *retención* (213).

La voluntad tiene, por tanto, fuerza creadora en orden a la obligación de alimentos, aunque preexista una obligación natural.

En la concepción clásica de obligación natural esta se presenta como una obligación jurídica imperfecta, pero obligación que preexiste.

En cuanto que obligación jurídica imperfecta, es un deber moral con acreedor y objeto determinados.

Por eso se dice que cuando el deudor de una obligación natural paga, no «crea» la obligación sino la «ejecuta»; sanciona una obligación de alimentos imperfecta.

En relación con estas obligaciones naturales, ¿si por una convención se da carácter de obligación jurídica perfecta, se ha operado una novación?

En su trabajo acerca de las convenciones sobre las convenciones alimenticias, Sinay afirma que estas obligaciones de alimentos no son otra cosa que obligaciones naturales novadas (214).

Entiendo que este punto de vista es inexacto. En efecto, la obligación natural preexistente no se extingue sino que se mantiene como causa; lo que era causa de una *soluti retentio* potencial, para caso de cumplimiento voluntario, pasa a ser causa de la exigibilidad coactiva de ese cumplimiento es decir, causa de la obligación.

Tiene interés al respecto el supuesto que dio origen a la sentencia de 17 de octubre de 1932. Se trataba de poner término a las relaciones ilícitas mantenidas durante tiempo entre un seductor y una mujer, de la que tuvo tres hijos; pretende aquel recomponer su vida y otorga

(212) Cfr. A. FUENMAYOR CHAMPIN, *El cumplimiento post mortem de las obligaciones naturales*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», X (1959), 18.

(213) El juego de las causas del desplazamiento patrimonial tiene gran interés práctico; los alimentos tienen una influencia en el régimen jurídico de las instituciones dentro de las que operan, pueden ser causa, causa alimenticia desde el punto de vista teleológico, pero no prestación y pueden intervenir como prestación imprimiendo al contrato en que se inserten un carácter singular, donación moral, etc.

(214) Cfr. SINAY, *ob. cit.*, pág. 267.

al efecto un documento comprometiéndose al pago de una suma compensatoria de las responsabilidades civiles contraídas. La validez de dicho documento se hace cuestionable.

La razón originaria de este compromiso de abonar una pensión se basa en un hecho ilícito por la índole de las relaciones hasta entonces mantenidas, pero no, en cambio, si se tienen en cuenta los deberes morales y sociales surgidos; la necesidad de responder de los propios actos cuando existen además otros intereses protegidos como los de los hijos nacidos de esas relaciones concubinarias. La obligación jurídica resulta «creada» en el compromiso formalizado en el documento, pero la causa de la prestación del deudor tiene un basamento remoto. En este motivo se funda la nueva obligación que tiene allí su porqué jurídico su razón causal, la obligación natural preexistente, que, por eso, no desaparece.

El paso de obligación natural a civil no es novación por que no hay *prius obligatio* (215).

Veamos ahora la modificación convencional de las deudas alimenticias legales.

¿Cabría estipular la solidaridad entre deudores en una obligación legal ya existente? En este caso, sí puede hablarse de una novación. La obligación nueva solidaria cambia el carácter de la legal (216), *extingue la prior obligatio*. Desde luego la solidaridad no limita la obligación del deudor por lo que el pacto no sería ilícito, ya que, además aumenta la garantía; pero respecto de la obligación originaria es *aliquid novum*. La sustitución de una obligación *ex lege por otra* convencional implica novación y la novación extintiva de una obligación legal es en principio un acto nulo de versar sobre su esencia, (art. 1.855). *Un mutuus dissensus* no tiene distinta eficacia que un *mutuus consensus*.

Pero acreedor y deudor pueden evaluar convencionalmente el monto de la deuda debida, repartir la deuda alimentaria entre codeudores, prever el modo de ejecución (217), por lo que en este caso de aumen-

(215) La obligación natural actúa como *causa* de la obligación civil, pero no implica novación porque no hay *prius obligatio*. En cambio sí puede hablarse de novación en un sentido analógico, Cfr. F. de A. SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones* (Madrid, 1962), pág. 60.

(216) Por Derecho romano pesaba la obligación de alimentos a los hijos cuando el matrimonio no existe: 1.º sobre el padre; 2.º sobre los ascendientes paternos; 3.º sobre la madre, 4.º sobre los ascendientes maternos. Nuestras leyes de Partida copiaron el Derecho romano; pero la Ley del matrimonio civil, vigente en este punto, ha señalado un orden distinto y más en armonía con los vínculos de parentesco y de afección. Cfr. NAVARRO AMANDI, *Código civil de España*, (1880), 86.

(217) En el desenvolvimiento de la deuda alimenticia han de discernirse estos dos aspectos característicos de toda obligación, la responsabilidad y la garantía. La garantía se refiere a los bienes. Esta distinción aparece marcada con claridad en S. de 11 de octubre de 1951. La esposa del causante de una herencia solicita la obligación de alimentos como anticipo a su haber hereditario y a cargo del mismo en una cantidad equivalente al 8 por 100 del valor líquido de las rentas de los bienes relictos, a pesar de haber formulado demanda de nulidad de las operaciones particionales, por no haber concurrido

to de garantía si no hay perjuicio de terceros entiendo que será admisible.

Las reglas de la novación han de adaptarse también al régimen peculiar en las obligaciones alimenticias; su carácter personal, más o menos acusado, es un criterio fundamental para la delimitación convencional de su contenido, así como el *modo* en que ha de verificarse la prestación, de tanta influencia en el patrimonio del obligado (218).

Por lo que respecta a las convenciones en torno a deudas alimenticias *ex lege* nos parecen, dice Sinay, comparables a los decretos de aplicación que toman en consideración situaciones particulares, ajustan, adaptan, ponen en obra la ley. La existencia de la obligación es debida a la ley, pero su adaptabilidad puede ser convencional (219)

La obligación legal puede ser adaptada, pero no mediante una nueva obligación que ponga en tela de juicio el *minimum* de asistencia de la creada por la ley, De aquí la importancia de la distinción entre convenciones relativas a la *existencia* de la obligación y convenciones relativas a su *adaptabilidad*.

La convención de alimentos de origen contractual se configura según las reglas de las obligaciones contractuales; son transmisibles pasivamente, susceptibles de renuncia, de transacción. Los principios de autonomía, de la voluntad presiden su desenvolvimiento jurídico, el principio de la equivalencia, y sus límites son también los límites de la libertad contractual (220).

a la liquidación de la sociedad conyugal. La controversia gira, entre otros extremos, en torno a la recta interpretación del art. 1.430 del Código civil, al oponer el demandado que dicha masa común no existía por haberse llevado a efectos un inventario, avalúo, participación y ejecución e, incluso haberse hecho a la demandante ofrecimiento de los bienes que le fueron adjudicados.

El Tribunal Supremo considera que «estando sometida la nulidad o validez de la referida escritura particional a los Tribunales de Justicia, no puede calificarse de injustificada la causa que impide a la demandante de hacerse cargo de bienes que estima son inferiores a los que la corresponden al liquidarse debidamente la sociedad de gananciales y señalarle su parte en la herencia como viuda del causante; continuando, en consecuencia, con derecho al percibo de alimentos».

(218) A la novación de obligaciones alimenticias por contrato se refiere la S. de 12 de junio 1968. No es novación declara en uno de sus considerandos cuando se trata de la sustitución de una obligación por otra distinta, sino de la regulación del lugar y modo de la prestación de la obligación subsistente.

Este criterio es discutible entendido en su generalidad, ya que puede amparar el fraude de acreedores. Si se cambia el modo de prestación *in natura* por una prestación económica cuya fecha y rango se retrotraen al momento en que nació la obligación «preexistente» puede, sin duda, implicar un fraude.

(219) Cfr. H. SINAY, *ob. cit.*, pág. 231.

(220) Cuando el derecho de alimentos proviene de un contrato o de un legado, ya la romanística permitía su renuncia; renuncia libremente a los provenientes de un contrato, y en cuanto a los que tenían su vigor en un testamento, podían renunciarse del mismo modo los que se referían a un tiempo pasado; pero los futuros sólo en virtud del decreto del Pretor (Ley 8.ª tít. IV, libro II Cód.). Sin embargo, los intérpretes del Derecho creen

4. Límites institucionales.

Dentro de las instituciones más diversas puede insertarse una deuda de alimentos. ¿En qué medida influye esa institución en los límites de la prestación de alimentos? Además de los límites de la disposición que concede el derecho de alimentos, testamento, contrato, que han de tenerse en cuenta las reglas por las que se rige la institución de que se trate (221).

Ocurre con el contrato como con la declaración de la existencia de la obligación de prestar alimentos por los Tribunales, que, ordinariamente, sirven de base para determinar su alcance y contenido, pero no agotan todas las cuestiones suscitadas conexas con su cumplimiento. A este respecto la Sentencia de 25 de abril de 1968 considera que, «si bien es cierto que los efectos civiles del matrimonio deben ser declarados por los Tribunales civiles, también lo es que aquellos surgen de la existencia o no del vínculo, que ha de ser necesariamente tomada como base para su determinación, y la existencia de la obligación de prestar alimentos ha sido declarada por el Tribunal civil» (222).

que puede renunciarse no mediante precio, del mismo modo que se renuncia a cualquier otro legado. Cfr. NAVARRO AMANDI, *o. c.*, pág. 89.

La S. de 9 de mayo de 1870 (núm. 172), con relación a la renuncia hecha por la mujer de no pedir al marido cantidad alguna por alimentos pasados, presentes y futuros, declara que tal pacto es ineficaz por ser contrario a las leyes; a pesar de que no existía prohibición de contratar entre cónyuges ni de renunciar al derecho de alimentos la sentencia rechaza la aplicación al caso la ley 1 título 1. 10 de la Novísima recopilación que impone la ley del contrato, a que se refieren también las SS. de 2 de abril de 1961 y 26 de abril del mismo año.

(221) Una típica institución admitida en los Derechos forales es el «acogimiento a la casa». Cuando en capitulaciones matrimoniales, testamento u otras disposiciones se establezca en favor de alguna persona derechos de vivir en la casa, de ser alimentada y atendida tanto en salud como en enfermedad y otros similares, con o sin obligación de trabajar para la casa, se estará a la disposición que los concede y a la costumbre del lugar». Ley 90 de la *Recopilación privada del Derecho Privado General de Navarra* (Pamplona, 1967), 56.

(222) Seguido un proceso canónico de separación a instancia de la esposa, se declara a la actora culpable a causa de la vida licenciosa y de la presunción de adulterio por ella cometido, y se decreta la separación por tiempo indeterminado. La esposa promueve pleito de alimentos que fue desestimado en Sentencia del Tribunal Supremo el 13 de octubre de 1953. En 1965 el Tribunal eclesiástico decreta que quedaba cesante y sin ningún valor en el futuro la sentencia de separación y devolvía a los esposos los derechos canónicos y civiles derivados del matrimonio. Hasta ese momento el marido pasaba a la mujer graciosamente una cantidad de 500 pesetas mensuales y dejó de hacerlo desde que el Tribunal canónico resolvió en 1965. La mujer vivía de la caridad pública y sin medio alguno de subsistencia, mientras que el marido gozaba de buena posición económica. En una carta decía estar dispuesto a dar a su mujer una pensión de 5.000 pesetas mensuales. Esta situación insostenible la hacía, a su juicio, acreedora de la prestación de alimentos, mientras que el marido no se consideraba deudor por ser él el ofendido y en base al artículo 73, 5.º

Como puntos litigiosos entre las partes figura la cosa juzgada que afecta a la pensión de alimentos, al ser firme la sentencia de 1953. La sentencia

Antes de su exigibilidad, incluso a pesar de la subsistencia de causa excluyente del deber de alimentos por incumplimiento del cónyuge de sus obligaciones, la prestación hecha por el alimentista voluntariamente, graciosamente, ¿qué carácter tiene? Sin duda se trata de una obligación de alimentos convencionales, unilateral adscrita a un círculo familiar. ¿Qué diferencia existe entre la obligación legal, que desconoce el Tribunal y la obligación civil impuesta voluntariamente y graciosamente? Difiere su origen, pero pueden coincidir sus presupuestos y contenido si el obligado así lo ha previsto.

Pero la obligación de alimentos convencionales no «debidos» jurídicamente sigue, en principio, las reglas de las obligaciones contractuales (223).

En cambio, si la obligación ha surgido ya de la ley, esta marca los límites a la convención.

La voluntad cuando preexiste una obligación legal, queda sujeta a una acción restringida; su ámbito es residual. La subsistencia de la obligación, atrae las causas excluyentes, etc., fuera del marco de autonomía.

Está también fuera de ámbito de autonomía el concepto de «alimentos», señalado en el artículo 142 (224). La Sentencia de 10 de octubre de 1967, declara, en uno de los considerandos que «teniendo en cuenta que el artículo 142 del Código civil establece con perfecta claridad el concepto de «alimentos» comprendiendo en él «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia».

La cantidad abonada por alimentos se caracteriza por su destino «las 15 pesetas mensuales que, como alimentos están señaladas a la esposa, lo tuvieron por ser, estimada la posición de la familia, para

eclesiástica, según alegación del demandado, produce efectos civiles pero no declara ni concede derechos civiles, con lo que no puede producir la inexistencia de la sentencia dictada en 1953 por el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Al haber sido dictada por la jurisdicción eclesiástica, dentro de sus atribuciones, sentencia declarando nula aquella por la que se acordó la separación temporal, desaparición la cuasa impeditiva o excluyente del deber de alimentos por incumplimiento del cónyuge de sus obligaciones.

(223) En el Derecho histórico el tercero que recoge y cría a un expósito, podía reclamar después los gastos hechos en su crianza, si antes manifestó que no los hacía gratuitamente sino con intención de recobrarlos. Cfr. Ley 3 y 4 tít. XX, Partida 4.^a y Ley 5, cap. 25 y 26, tít. XXXVII (libro VII, Novísima Recopilación).

A uno de estos supuestos se refiere Tapia en el Febrero Novísimo, quien recoge una fórmula de petición para la protestación de alimentos ya reseñada. Cfr. «Febrero Novísimo», pág. 337.

(224) El destino concreto de la deuda alimenticia tiene singular interés a la hora de determinar la normativa aplicable y la especial afectación del patrimonio del que han de deducirse. Así por ejemplo, no es aplicable el art. 1.408, núm. 5 del Código civil y no se deducen, por tanto, de la sociedad de gananciales los alimentos que no responden a educación del alimentista, sino a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, a que es aplicable exclusivamente el art. 143 núm. 2 del Código civil. S. de 20 de diciembre de 1952.

cubrir las atenciones antes citadas». (SS. de 15 de diciembre de 1896, 27 de mayo de 1955 y 24 de enero de 1959).

Lo que excede de la prestación mínima adecuada cabe acordarlo por vía de convención; pero, en tal caso, no tiene por qué seguir la pauta de la obligación legal, si se ha operado una novación (225), sí, en cambio, si la *novatio* es impropia.

Por último, las obligaciones convencionales de alimentos entre personas no unidas por vínculos de parentesco, entran en el ámbito de la autonomía negocial y las reglas interpretativas, así como su establecimiento, están sujetas a las normas generales de las obligaciones contractuales.

Cabe también que uno sea el deudor y un tercero, no obligado, quien verifique el pago; en tal caso, el pago hecho por quien no es deudor viene a ser un supuesto de *negotiorum gestio* (226).

Puede la obligación de suministrar alimentos, vestido y educación, ser correlativa de otra; es el caso de la tutela con asignación de frutos por alimentos, en que el incumplimiento por parte del tutor de dichos deberes entrañaría un lucro indebido. En tal caso es la institución de que se trate la que ejerce su influencia en el ámbito y fijación de la deuda alimenticia.

En la tutela con asignación al tutor de frutos por alimentos se advierte esta idea que ha sido recogida por la jurisprudencia. El incumplimiento de los deberes —administrar los bienes del tutelado, suministrarle alimentos, vestido y educación—, «debe privar necesariamente al tutor, conforme a los más elementales principios de equidad, del derecho de hacer suyos los frutos y productos del caudal de su pupilo, y la interpretación contraria entraña un lucro para el tutor en perjuicio de los intereses del tutelado, opuesto a los principios de confianza y beneficencia sustentadores cardinales de la institución tutelar», Sentencia de 15 de junio de 1958. Lo que no excluye el derecho que tienen el menor o el incapacitado, de exigir al tutor, por

(225) Si nace una nueva obligación convencional de tal modo que entraña un *aliquid novi* se ha producido una novación. Para determinar su eficacia es preciso tomar en consideración el beneficio que de ella se sigue para el alimentista y el posible perjuicio que puede irrogarse a terceros. Vid. sobre la cuestión F. A. SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, pág. 60.

(226) También en estos supuestos es preciso analizar las reglas del correspondiente instituto jurídico en que se enmarca la deuda alimenticia, que pueden determinar su fijación o medida. Es el caso, v. g., del usufructo de fidelidad en Navarra. El usufructuario debe prestar alimentos, en el sentido más amplio, a los hijos y descendientes del cónyuge premuerto, en todos los casos en que éste hubiera tenido obligación de prestarlos y dentro de los límites del disfrute. Sin embargo, el viudo no estará obligado a alimentar a los hijos o descendientes de un matrimonio anterior del cónyuge premuerto, salvo que estos justifiquen hallarse en situación legal de pedir alimentos conforme al artículo 142 y siguientes del Código civil. Ley 220, *Recopilación privada del Derecho privado foral de Navarra*.

Como puede advertirse el concepto de alimentos excede del deber mínimo que se señala como límite en casos de excepción.

acción distinta, la reparación de cualquier clase de perjuicios que haya podido irrogarles durante el desempeño del cargo (227).

VI. INTERPRETACION COMPLEMENTARIA DE PACTOS EN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia ha trazado los rasgos más característicos de la relación obligatoria valiéndose de otras normas complementarias o supletorias procedentes del Derecho de obligaciones.

A algunas decisiones, entre las más importantes, ya se ha hecho referencia. Especial interés ofrece la Sentencia de 12 de junio de 1968 que accede a las reglas generales de las obligaciones para determinar el incumplimiento y la extinción.

Uno de los considerandos de esta sentencia analiza las diversas formas de incumplimiento total y parcial, y sus efectos; el alcance del artículo 1.124 del Código civil aplicado a una deuda alimenticia. Apunta la posibilidad de acudir, también en este campo, a los criterios interpretativos comunes a los contratos, interpretación gramatical, lógica y sistemática, para descubrir el sentido de lo realmente querido, «el sentido de lo racional, lógico y moral».

Aplicando el procedimiento de interpretación deduce esta sentencia las posibles defensas frente a un incumplimiento del obligado. Para dar lugar a la resolución del contrato se requiere, por parte del que incumple, «una conducta o actitud persistente y rebelde», como se deriva de la recta interpretación del artículo 1.124 del Código civil, y sólo procede, añade el Tribunal Supremo, la resolución en el caso de incumplimiento esencial de la obligación. Asimismo se aplican las reglas generales de las obligaciones en orden a la modificación de la relación obligatoria a los cambios operados en lo que respecta al modo y lugar de cumplimiento.

De dicho razonamiento llega a una conclusión, ciertamente discutible, y a la que ya hemos hecho referencia: no es novación extintiva el acuerdo entre el beneficiario y los deudores de trasladar en el supuesto concreto el domicilio en que se prestaban estos (el de los obligados), al suyo propio (del alimentista), y, a pesar de que, por mutuo acuerdo, se haya operado un cambio en el modo, sustituyendo una inicial prestación *in natura* (asistir al alimentista en su propia casa en todas sus necesidades), por otra prestación de dar una suma de dinero.

Dado que lo discutido era el problema acerca de si había o no

(227) Cuando el tutor obtiene el cargo con la asignación de frutos por alimentos la pensión alimenticia no tiene por qué fijarse atendiendo a las rentas o productos del sujeto a tutela. La obligación gravita entonces en el patrimonio del tutor en cuyo patrimonio figuran los frutos de esos bienes. Parece equitativo que quien *recibe* unos *frutos* con el fin de dar *alimentos* no pueda quedarse con esos frutos sin proporcionar alimentos, S. 15 de junio de 1948. Vid. Comentario a esta Sentencia de G. ORTEGA PARDO, en ADC, II (1949), pág. 291.

incumplido lo acordado, la declaración no parece ser extensible como criterio jurisprudencial a otros supuestos. Sin duda alguna al cambiarse una prestación *in natura* por otra de dar una cantidad fija y determinada, la deuda alimenticia originaria, al menos, se desnaturaliza, y, las consecuencias a que puede dar lugar ese punto de vista, excluyente de la novación podrían resultar injustas de conservar la preferencia de rango correspondiente a la prioridad de fecha frente a otros acreedores, así como la posición de posibles fiadores, etc., que puede quedar comprometida sin su conocimiento.

Ahora bien, lo realmente querido ocupa en la interpretación de deudas alimenticias convencionales un primer plano.

También en este punto el criterio es general a las obligaciones surgidas de la autonomía privada. En un inédito e ignorado manuscrito de la obra *De alimentis* de Martino de Fano, jurista del Siglo XII, se hace un elenco de las diversas acciones según las vías convencionales en que puede contenerse una prestación de alimentos, *actiones ex testamento, actiones ex eo contractu, actione ex stipulatu, actione prescriptis verbis* (228), en que la voluntad es criterio determinante.

Es una constante histórica en tema de alimentos convencionales la elección de tipos establecidos en que la voluntad, lo realmente querido, se denota como sustancial.

Pero la interpretación de lo realmente querido por las partes, al emplear una diversa gama de prestaciones y permitir la elección de moldes tan dispares, no es siempre tarea fácil; frecuentemente habrá que acudir a criterios extrínsecos a la deuda alimenticia pero sin perder nunca de vista la verdadera finalidad pretendida (229).

2. Criterio objetivo.

Para la debida configuración como alimenticia podemos apoyarnos también en otros indicios objetivos, que acreditan los rasgos característicos de la prestación.

Si se ha señalado un módulo de estabilización a la prestación, unos criterios de determinabilidad, una cuantía variable en función de las necesidades o una especificación del destino alimenticio, etc.

Estos indicios aparecen ordinariamente en interconexión con otras prestaciones o formando parte de instituciones en que la obligación de alimentos es pieza principal, Consejo de parientes, tutela, adopción, etcétera. Como se ha dicho ya, los alimentos engloban prestaciones

(228) Cfr. U. NICOLINI, *Il Trattato «De alimentis»*, di Martino da Fano, página 360.

(229) De ahí la importancia de atender a una interpretación teleológica al desenmarañar la influencia de los límites impuestos por la institución en que la deuda alimenticia se alberga. En el referido manuscrito, De Martino se plantea una cuestión, que recuerda mucho a las que ya hemos analizado como problemas actuales en la doctrina más reciente: *Maritus testans dixit: relinquo uxorem meam dominam et usufructuariam omnium meorum bonorum; numquid istud legatum valet?...* Expresión vulgar que significaba el mantenimiento de la mujer como si viviese el marido: «*sicut viro vivo*».

diversas, de *dare* y *facere*, que pueden recaer en obligados distintos, prestaciones de hospedaje, educación, de asistencia, dinerarias, etc.

Pero la recta inteligencia del carácter alimenticio permitirá enlazar estas prestaciones dentro de una relación jurídica organizada por unos mismos principios en una unidad de fin. De otro modo, su fragmentación resulta perturbadora, v. g., calificar de acto de liberalidad lo que es una exigencia impuesta por un deber, como préstamo cuando no implica obligación de restituir, etc. Ya se ha hecho referencia al valor de estos indicios en el Derecho histórico, lo que confirmó la *praxis*, forzada a declarar —si tal era su deseo— la intención de repetir lo entregado en concepto de alimentos (230).

3. *Negocios complejos con prestación de alimentos.*

La deuda alimenticia puede surgir combinada con otras prestaciones tomadas de los contratos más diversos.

Como contrato atípico señala Albadalejo aquel en que alguien transmite a otro la propiedad de una cosa a cambio de que se realicen a su favor ciertos servicios, y, además, le sean prestados, si los necesita, alimentos de por vida; pues entonces, dice, se desvirtúa la función que el contrato típico de renta vitalicia (arts. 1.802 y 595) desempeña, que es el de, a cambio de una cosa, percibir una pensión estable durante la vida de una persona (231).

En estos casos la regulación aplicable es la que corresponde en general a los contratos atípicos. En primer lugar, las normas legales de carácter *imperativo* adecuadas al caso; en este supuesto habrá que contar, además de las que tienen ese carácter en los contratos, con preceptos imperativos pertinentes a los alimentos. Ya se han expuesto antes aquellos a que la jurisprudencia concede esta característica. En segundo lugar lo establecido por las partes dentro de los límites señalados por la ley, la moral y el orden público, y, por último, las normas legales de Derecho supletorio; el artículo 153 con peculiar redacción equivale, dentro de la extensión que comprende su ámbito propio, al artículo 1.258 del Código civil y, por consiguiente, juega un importante papel complementario, lo que se deduzca de la *buena fe* y lo que el uso establece.

(230) El problema de la repetibilidad de lo suministrado en concepto de alimentos cuando el que los recibía llegaba a una mejor situación económica ha dado lugar en la historia a opiniones dispares. La cuestión lleva implícita un problema interpretativo; en caso de duda se presume el ánimo de donar. GLUCK, entendía que los alimentos, sean prestados por una obligación jurídica, por mero amor o compasión, no pueden repetirse, y confirma este principio la *condictio indebiti*. Porque en la base de los alimentos, dice, hay un deber natural que las leyes positivas han elevado a obligación jurídica. En el *officium pietatis* va implícito el *animus donandi* y las prestaciones se hacen *animus donandi, non repetendi*. La ausencia de *animus donandi* ha de probarse, Cfr. *Commentario alle Pandette*, pág. 321.

(231) Cfr. M. ALBADALEJO, *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, página 297. Vid. sobre la configuración y modos más frecuentes de contratos atípicos, J. JORDANO BAREA, *Los contratos atípicos*, en RGLJ, 195 (1953), 90 ss.

En lo que discrepa el contrato absorbente, es criterio marcado por la jurisprudencia el de atender a la unidad del fin económico, Sentencia de 27 de febrero de 1950, que coordina las dos posturas doctrinales, la *combinación* y la aplicación analógica (232).

Especial relevancia merece a la hora de la interpretación ver su enlace con otras prestaciones con quienes entra a formar un entramado causal como base de concurrencia de varios contratos unidos.

En este sentido arroja mucha luz la Sentencia 1 de julio de 1969, que toma como punto de referencia la ligazón de las distintas cláusulas de un contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil. Una de estas cláusulas, la que mostró la controversia, era esta: Una vez que el señor S. B. haya satisfecho a sus padres el importe total estipulado como precio de la fábrica que adquiere, si sigue con la misma en funcionamiento, el referido señor S. B. pasará a sus padres una pensión de 6.500 pesetas mensuales que aumentaría en la cuantía que estime posible tan pronto como lo permita el buen desenvolvimiento y prosperidad del negocio y que distribuirá por partes iguales entre sus padres, siendo esta una condición que el señor S. B., fija, llevado de su deseo de contribuir al mayor bienestar de sus padres» (233).

La aludida sentencia utilizando el sentido gramatical del texto de la cláusula, plantea el tema acerca de si la expresión «llevado de deseo de contribuir al mayor bienestar de sus padres» se refiere a la propia constitución de la pensión o sólo al aumento de su cuantía y se inclina por esto último.

Pero a través de la interpretación sistemática «desvanecer tales dudas merced a lo dispuesto en el artículo 1.285 del Código civil., a través de la conexión de la cláusula litigiosa con las distintas cláusulas del contrato». De este medio interpretativo deduce que la «citada cláusula no atribuye a la pensión que en ella se establece el carácter de pura liberalidad, sino, por el contrario, el de una contraprestación de aquél para con éstos «a modo de pensión o renta vitalicia por la adquisición de la fábrica».

La razón fundamental para esta calificación procede de que la repetida cláusula está inserta en un contrato de compraventa y «el carácter del mismo excluye en principio toda idea de gratitud». Tal onerosidad se refleja en el conjunto del contenido contractual y se desprende del texto mismo de las cláusulas y condiciones establecidas. En una de ellas se obliga el hijo, sin limitación alguna en cuanto al tiempo, a sufragar todos los gastos extraordinarios que ocasione una enfermedad de sus padres «independientemente de la pensión a devengar». Se prevén en cláusulas sucesivas las fluctuaciones posibles

(232) Cfr. ALBADALEJO, *ob. cit.*, pág. 298.

(233) Entre otras cuestiones controvertidas figura la eficacia de la renuncia a la referida pensión llevada a cabo por el marido sin el mandato de su mujer y en fraude de ésta, así como el mantenimiento de la pensión a pesar de que la beneficiaria no se encontraba en estado de necesidad merced a un caudal adquirido por herencia.

del valor de la moneda y también el rendimiento del negocio. El conjunto del clausulado contractual puesto en armónica relación arroja, como conclusión, que «se ha pactado la continuidad en el percibo de la renta o pensión convenida como obligada contraprestación del hijo por la adquisición de la fábrica».

Tratándose, declara en otro de los considerandos, de un contrato oneroso como la compraventa y conteniendo la referida cláusula una estipulación de carácter aleatorio al estar constituida la pensión o renta sobre la vida de los beneficiarios, el hecho de que la actora haya mejorado de fortuna y no necesite de dicha renta o pensión es intrascendente, a efectos de enervar su derecho a reclamarla, por no implicar tal circunstancia cambio alguno en las recíprocas prestaciones y menos aún la destrucción del equilibrio de las mismas, requisito este último sin cuya concurrencia no cabe aplicar la cláusula «*rebus sic stantibus*».

Esta sentencia, sin duda ponderada en su fundamentación y ajustada a los más encomiables sentimientos de justicia, se enfrenta con una cuestión cuya solución técnica es discutible. Concurren todos los elementos que caracterizan la deuda de alimentos convencional y, sobre todo, de tomar la expresión, como lo hace el Supremo, en el sentido de «aumento», difícilmente puede calificarse de renta vitalicia. El Tribunal Supremo advierte la dificultad al añadir un «a modo de pensión o renta vitalicia».

A estas dudas se añade otra que resulta del máximo interés: ¿al cesar la situación de necesidad merced al caudal que recibe en calidad de herencia el beneficiario, debe cesar también la obligación de alimentos?

El problema se traslada al modo peculiar en que, en el caso concreto, se encuentren enlazadas las prestaciones.

En caso de contratos unidos, concurrencia de diversas prestaciones que se entrecruzan en una misma relación obligatoria, los criterios doctrinales se basan en el papel que desempeñan cada una de las prestaciones dentro del conjunto, atendida la finalidad y su relevancia causal.

Larenz, por ejemplo, se apoya en la «conexión» con el sentido y la «idea fundamental». El juez puede resolver una cuestión no disciplinada expresamente en el contrato —en el caso concreto el incremento del patrimonio del acreedor— sin acudir a la reglamentación general en sus normas complementarias de carácter positivo, ya que «se explica por su sentido y del mismo deriva la consecuencia que ofrece» (234).

Al estudiar el supuesto de la «coexistencia de varios contratos diferentes entre sí, aunque ligados por determinadas razones, Albada-lejo, presupuesta la existencia de varios contratos, distingue los supuestos en que estén unidos sólo *aparente* o *externamente* (un mismo documento, etc, de aquellos otros en que están unidos como un

(234) Cfr. R. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, trad. esp. Santos Briz (Madrid, 1958), 118.

conjunto querido globalmente como un todo). En este caso, la fijación se manifiesta de diferentes modos, como *subordinación* del uno al otro (de forma que la nulidad de este arrastra la desaparición de aquel pero no a la inversa), como *dependencia recíproca* y como unión alternativa (235).

En el supuesto controvertido la sentencia se basó en el compromiso de satisfacer una pensión en concepto de alimentos para llegar a la conclusión de que por tratarse de una dependencia recíproca el hecho de que la actora mejore de fortuna es intrascendente.

En el caso concreto la prestación de alimentos se enlaza con la contraprestación de pagar un precio por la venta. ¿Se trata de un sólo contrato de compraventa en el que el precio cierto se añade para lograr a un precio justo una prestación de alimentos?, ¿o se tratan más bien de dos contratos unidos de alimentos y de compraventa? El Tribunal Supremo parece inclinarse a la primera solución al basar la sentencia en el equilibrio de las prestaciones en un sólo contrato, «la conexión de las diversas cláusulas de un contrato, declara en uno de sus considerandos, constituye un factor fundamental para fijar su sentido y alcance».

La cuestión acerca de cuando hay un sólo contrato y cuando pluralidad de contratos unidos, tiene indudablemente transcendencia práctica.

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

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

Ahora bien, ¿en todos estos casos a pesar de que surgen deberes estipulados de convivencia y de asistencia estamos ante una deuda alimenticia? ¿No se tratará, sin más, de un simple eslabón en una cadena de causas, una prestación injertada en un haz de recíprocas prestaciones y contraprestaciones? En tal caso, su interpretación, como ocurre con los negocios complejos, ha de hacerse dentro de un contexto propio: interpretar las cláusulas unas por otras, atribuyendo el sentido que resulte del conjunto de todas, artículo 1.285 del Código civil, sin acudir a otras reglas supletorias que pueden resultar entorpecedoras de lo realmente querido por las partes, puesto que al com-

(235) Cfr. M. ALBADALEJO, *ob. cit.*, pág. 300.

binarse entre sí prestaciones heterogéneas se borran las características y efectos normales propios de los componentes (236).

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

RECAPITULACION. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

Como ha podido comprobarse a lo largo de este trabajo la deuda alimenticia, especialmente a través de la vía convencional, sigue abriéndose paso en inequívoca trayectoria entre preceptos legales que son resíduos de una peculiar sensibilidad.

He intentado describir ese proceso extrínseco de abrirse camino a través de diversos cauces que imprimen su huella en la prestación de alimentos forzándola a adoptar un desarrollo multiforme.

Advertir las variaciones experimentadas desde la publicación del Código civil, que parecía culminar el proceso del desenvolvimiento histórico en sede de alimentos, así como analizar la extensión de la deuda alimenticia en áreas cada vez más amplias, ayuda a comprender el permanente impulso que las circunstancias sociales introducen en la vida jurídica.

De este modo, el artículo 153 del Código civil, que pudo parecer un cajón de sastre donde verter lo no previsto por el complejo legislativo adquiere mayor virtualidad y permite ampliar la visión de una nueva panorámica.

El simple hecho de describir estos nuevos procesos de cristalización y la toma de conciencia del interés que el tema ofrece para la recta inteligencia de muchas cuestiones actualmente controvertidas, justificaría de suyo el esfuerzo realizado.

La hermética separación entre alimentos convencionales y legales no es posible porque el supuesto de hecho ha de ser común; de ahí la propensión a desvirtuar la esencia de la deuda alimenticia con el fin de eludir la anacrónica resonancia de algunos preceptos que frenan su desenvolvimiento y acomodo a los tiempos. Es esta la razón última de muchas dificultades que quedan en pie.

Esta deformación de la figura se explica también por la cautelosa selección de cauces establecidos que, bordeando prohibiciones, encuentra siempre la amenaza de su validez. Quizá en este punto el histórico «favor legal» de que gozaron los alimentos se haya frenado por esa tergiversación que ofrece la noción al desfigurarse sus contornos y perspectivas. A este riesgo cabe añadir la visión de los límites con sentido netamente amputador lo que lleva consigo una irreductible separación entre los alimentos legales, que gozan de protección, y los convencionales que se disfrazan de formas sinuosas para defenderse en entorpecedoras interpretaciones de la ley, ocultando, en todo o en parte, su verdadera fisonomía.

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

De aquí la importancia que tiene insistir en el sentido típico de la deuda alimenticia, en su perfil general, por más que se haga con una amplia orientación.

La deuda alimenticia es por esencia variable. El carácter determinable que es genuino de la prestación de alimentos y la variabilidad específica del supuesto de hecho, permite distinguirla de otras prestaciones con las que acaso coincida en la misma finalidad pero cuyo régimen jurídico es distinto.

De otra parte, las medidas para prever la continuidad en el mantenimiento y las garantías para asegurar el cumplimiento de la prestación, reclaman una revisión de criterios y una particular sensibilidad del intérprete a la vista de su verdadera finalidad. El principio de *favor iuris* concedido a los alimentos ha de constituirse en principio coordinador que dé unidad al eslabón de prestaciones y contraprestaciones, ordinariamente heterogéneas, cuando estas juegan como piezas enlazadas de un conjunto.

Por último, es preciso, de *jure condendo*, facilitar un sistema que permita tanto las garantías adecuadas a la prestación de alimentos como medidas que faculten la extensión de su finalidad, asegurar el mantenimiento de otro a partir de un mínimo adecuado para la subsistencia, con la flexibilidad que ha de imprimirle su destinación sobre el vivir mismo.

