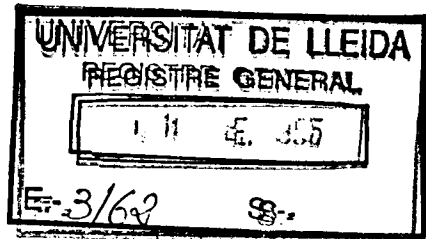


(043) "1994" Pad

PADIAL ALBAS, ADORACION
M.
Dret Públic
20/02/95
94/95 4

Adoración M^a Padial Albás 1600116272 X



LA OBLIGACION DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES



**Tesis Doctoral dirigida por el Dr. Carlos J. Maluquer de
Motes i Bernet**

Lleida, noviembre 1994

0110-42560

CAPÍTULO TERCERO

CAPITULO TERCERO: EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACION DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES. PRESUPUESTO FAMILIAR Y PRESUPUESTOS ECONOMICOS

1-EL VINCULO FAMILIAR

1.1-El parentesco como presupuesto subjetivo

En el Código civil el parentesco constituye el sustrato básico de la obligación legal de alimentos, al articular esta institución en atención al estrecho vínculo familiar que media entre alimentante y alimentista; no en vano, la regulación de esta institución, que se inserta en el título VI del libro primero, se incluye bajo la rúbrica *De los alimentos entre parientes*.

Los alimentos legales representan, por lo tanto, como evidencia CICU¹, una pretensión eminentemente familiar a la

1-Como pone de relieve Cicu, "un tale obbligo legale è nel nostro diritto principalmente contenuto nell'ambito della famiglia,... piuttosto che fondato sul riconoscimento giuridico di un dovere morale fra persone legate da vincoli di sangue, come spesso si afferma, abbia la sua ragion d'essere nell'interesse della società alla vita dei suoi membri; e che il soddisfacimento ne sia affidato anzitutto alla famiglia come organismo sociale, per ragioni varie di opportunità, fra le quali abbia parte rilevante l'affetto familiare." CICU, Scritti Minori, Volume Primo (Scritti di Teoria Generale del Diritto. Diritto di Famiglia), Tomo Primo, con introduzione di Francesco Messineo. Milano. Dott. A. Giuffrè. Editore 1965, págs. 713 y ss.

Asimismo, establece Tamburrino que "l'obbligo legale degli alimenti sorge solo quando sussista un certo vincolo personale tra alimentando ed

que afectan, consideraciones de interés público o social², dado que, la relación de parentesco que une a los sujetos obligados la inserta en el Derecho de Familia.

No obstante, ello no supone negar, el carácter obligacional de la prestación de alimentos, ya que, por lo que respecta a su contenido, ni que decir tiene, que este es eminentemente patrimonial³.

Pués, "aunque patrimonial sea el objeto de la prestación, la obligación se encuentra conexas con el desarrollo de la personalidad y de los derechos de este tipo", dice DIEZ PICAZO⁴; de ahí, que como establece el artículo 151 del Código civil, el derecho a los alimentos no sea irrenunciable, intransmisible y no pueda ser objeto de compensación.

Por lo tanto, la obligación legal de alimentos presenta un peculiar régimen jurídico que la distingue del resto de obligaciones, de tal manera, que la aplicación de las reglas propias del régimen general del Derecho Patrimonial sólo deben entrar en consideración, en tanto en cuanto, las peculiaridades que le infiere el Derecho de Familia no exijan un tratamiento especial⁵.

En consecuencia, se puede afirmar, que no nos encontramos con un derecho patrimonial puro, sino con el más típico de los

obligato." TAMBURRINO, ob. cit., pág. 26.

2-En este sentido, Diez Picazo habla de un orden público familiar, de modo que "lo que corresponde al orden público familiar es indisponible y queda más allá de las posibilidades de actuación de la autonomía privada". DIEZ PICAZO, Luis. *El convenio regulador y principios informadores del nuevo Derecho de familia. Teoría general*, págs. 37 y ss., en *Convenios reguladores de las crisis. Bases conceptuales y criterios judiciales*. (Segunda edición). Instituto de Ciencias para la Familia. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1989, pág. 44.

3-Como reconoce un amplio sector de la doctrina italiana, entre los que se encuentran, TEDESCHI, ob. cit., pág. 364, TAMBURRINO, ob. cit., pág. 30...

4-DIEZ PICAZO, *El convenio regulador...*, ob. cit., pág. 50.

5-DIEZ PICAZO, ob. cit., pág. 49.

derechos familiares de contenido económico, que debido a la trascendencia ética y social de su fin, conserva sus notas esenciales, el carácter personalísimo y su finalidad trascendente⁶.

1.1.1-La consanguinidad: la *caritas sanguinis*

Así pues, el parentesco⁷, bajo el criterio básico de la consanguinidad⁸, es el único presupuesto subjetivo a que atiende el Código civil para el establecimiento de la relación jurídica alimenticia; convirtiendo a la consanguinidad en un vínculo social, en un hecho al que el Ordenamiento jurídico concede relevancia jurídica, al erigirle en presupuesto básico de relaciones jurídicas y, en consecuencia, en fuente de derechos y obligaciones⁹.

Sin embargo, la obligación de alimentos no se deriva únicamente de la consanguinidad, ya que, se encuentra, igualmente, obligado a prestarlos el cónyuge, aunque no en cuanto integrante de la familia en sentido estricto¹⁰.

En este sentido, debemos tener presente, que la deuda alimenticia constituye un acto debido que no se extiende

6-COSSIO, ob. cit., pág. 379.

7-ALBALADEJO, ob. cit., pág. 10; DIEZ PICAZO, El convenio..., ob. cit., pág. 47; COSSIO, ob. cit., pág. 371...

8-PENA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 621.

9-Así pues, como establece Diez Picazo, "cuando la obtención de prestaciones vitales no se logre personalmente, se pone a cargo de los miembros de la familia, y, dentro de ella, de los parientes más próximos." DIEZ PICAZO, El convenio... ob. cit., pág. 47.

10-Ya que, la familia, en sentido estricto, como señala Ogayar, es el grupo formado por los cónyuges y por los hijos, con exclusión de los demás parientes, estando sólo integrado por relaciones conyugales y paternofiliales. OGAYAR AYLLON, Separación de hecho de los cónyuges y efectos que produce, en RGLJ, Año CXXI. Tomo LXV (233 de la colección), segunda época, Reus, S.A. 1972.

activa o pasivamente a todas las personas que pertenecen a la familia¹¹, sino, a un grupo restringido de parientes, señalados taxativamente por la ley en el artículo 143 del Código civil; y, que, además, no coincide con el vínculo familiar considerado a la hora de regular otras relaciones jurídicas¹².

Este vínculo familiar, el parentesco, constituye el presupuesto subjetivo que ocasiona el nacimiento de la deuda alimenticia desde el inicio de la regulación de esta institución, que, aunque apunta en la tardía edad clásica¹³, es fruto de la regulación justinianea¹⁴, en la que la

11-En un sentido jurídico amplio, la mayoría de la doctrina entiende por familia el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o por el parentesco, de modo que comprende tres órdenes de relaciones cónyugales, paterno-filiales y parentales. Así, CASTAN TOBEÑAS. Derecho civil español, común y foral. Tomo V, volumen 1, octava edición, Madrid 1960, pág. 25; PUIG BRUTAU. Fundamentos de Derecho civil. Tomo IV, volumen 1, pág. 7; ESPIN, Diego. Manual de Derecho civil español. Tomo IV, pág. 4.

12-Como es el caso de los llamados a la sucesión legítima del causante (art. 807 CC).

13-Como pone de relieve BONFANTE. Corso di Diritto Romano. I, Diritto di Famiglia, pág. 279.

14-Por lo tanto, a pesar de que la obligación de alimentos entre parientes apunta en la ya tardía Edad clásica romana, no que deja de ser un instituto poco representativo que contrasta con la estructura familiar que se encardina bajo la potestas del pater familias; "L'obbligo reciproco agli alimenti..., quando spunta, in relazione con l'elemento potestativo che tiene uniti i suoi componenti.", dice ALBERTARIO, Emilio. Studi di Diritto Romano. Volume primo, persone e Famiglia. Milano, Antino Giuffrè Editore, 1933, pág. 251.

En esta primera época, subsisten las diferencias entre los alimentos debidos a los hijos legítimos e ilegítimos, así, mientras que en la familia legítima la deuda de alimentos se origina entre el padre (Ulpiano, en D. 25, 3, 5, 1. ALBERTARIO, ob. cit., pág. 253), ascendientes paternos (D. 25, 3, 5, 2) e hijos, en la familia ilegítima son la madre y ascendientes maternos los obligados a prestarlos (D. 25, 3, 5, 5. y D. 1, 5, 19 y 24. ALBERTARIO, ob. cit., págs. 255 y 256). Por el contrario, en la época justiniana se reconocen los alimentos entre padres e hijos tanto en la familia legítima, como ilegítima (Novela 89, cap 12 y 13. ALBERTARIO, ob. cit., pág. 264), así, como una verdadera obligación recíproca entre ascendientes y descendientes (ALBERTARIO, ob. cit., pág. 256) y, también, es en el Derecho justiniano donde se establece la obligación de alimentos entre marido y mujer (D. 24, 3, 22, 8).

Por lo tanto, como evidencia Lavaggi, "Per diritto giustiniano

obligación recíproca de alimentos entre ascendientes y descendientes aflora como consecuencia de la *caritas sanguinis*; ya que, es precisamente la *caritas sanguinis*, la que permite distinguir los alimentos *ex officio iudicis* de los alimentos *ex voluntate*.

No obstante, la diferente valoración social y moral del fundamento de los alimentos legales o *ex officio iudicis* no se consolida hasta el *Ius commune*¹⁵, debido a la mentalidad religiosa, moral y equitativa que caracterizaba el pensar de la doctrina¹⁶, ya que, es precisamente el estrecho vínculo familiar, el que provoca que el deber moral de socorrer al pariente necesitado se convierta en una obligación positiva y, como tal sancionada por el Ordenamiento jurídico.

Así, lo pone de manifiesto, también, la tradición jurídica castellana, al iniciar el título XIX de la Partida IV, que bajo la rúbrica *Pietat é debdo natural* regula un deber con un fundamento eminentemente natural, la obligación paterna de criar y alimentar a los hijos, que deviene en obligación recíproca de alimentos entre ascendientes y descendientes, en atención al estrecho vínculo que les une¹⁷.

No obstante, los alimentos no sólo se deben entre los consanguíneos en línea recta, pues, en virtud del artículo

certissima è l'esistenza dell'obbligo alimentare tra ascendenti e discendenti senza distinzione di linea materna o paterna all'infinito". LAVAGGI, Giuseppe. *Alimenti*. Enciclopedia del Diritto II. Dott. A. Giuffrè-Editore. 1958, pág. 20.

15-Por lo tanto, en el *Ius commune* se consolida la distinción entre estos y los alimentos *ex voluntate*; como ponen de manifiesto, AZO, *Consiliorum...*, ob. cit, lib. V, *De alendis liberis a parentibus*; ODOFFREDUS, *Lectura super Codice...*, ob. cit; ALBERICUS DE ROSATE, *Comentarii in secundam infortiati partem*, ob. cit., lib. XXXIIII, tit. I; BALDUS, *Consiliorum*, ob. cit., consil. 103, V parte, núm. 3. BARTOLUS, *Tractatus de alimentis*, ob. cit; SURDUS, *Tractatus de alimentis*, ob. cit...

16-PENE VIDARI, Gian Savino, *Ricerca sul Diritto agli alimenti*. G. Giappichelli Editore, Torino 1972, pág. 112.

17-Como evidencia, también, la regulación del Fuero Real, en la ley I, tit. III, del libro tercero.

143 del Código civil, la prestación alimenticia, aunque sólo, los auxilios necesarios para la vida también se extiende a la línea colateral, en concreto en el caso de los hermanos.

Admitiendo, así, el Código civil, una de las materias más controvertidas en materia de alimentos hasta su promulgación, no sólo por el excepcional reflejo legal, que sólo tiene lugar en la ley I, tít. VIII del libro tercero del Fuero Real¹⁸ y, mucho más tarde en el artículo 77 de la Ley de matrimonio civil de 1870¹⁹, sino, porque no cuenta con el apoyo de la mayoría de la doctrina²⁰.

Por último, decir, que el vínculo conyugal se asimila al parentesco, siendo, además, los cónyuges los primeros obligados a prestarse alimentos, según el artículo 143 del Código civil.

En este sentido, el Código civil, poniendo fin a la confusión entre los alimentos conyugales y el deber de ayuda y socorro mutuo que también se deben los esposos²¹, no sólo reconoce la

18-La ley I, tít. VIII del libro tercero establecía: "Otrosí mandamos que si hobiere algun hermano que fuere pobre, sean tenudos de le gobernar."

19-El artículo 77 de la Ley de matrimonio civil establecía: "La obligación de satisfacer alimentos se extenderá, en defecto de ascendientes ó descendientes, ó por su imposición de satisfacerlos, á los hermanos legítimos, germanos, uterinos ó consangíneos por el orden con que van mencionados en este artículo."

20-Tal y como evidencia Garcia Goyena, para quien la obligación alimentaria entre hermanos "está en oposición con nuestras costumbres,...y, no pasó del Derecho Romano a la tradición jurídica española." GARCIA GOYENA, ob. cit, pág. 46.

21-Ya que, como se deja constancia en el capítulo segundo del presente trabajo, la regulación de los alimentos legales entre marido y mujer ha sido objeto, prácticamente, hasta la promulgación del Código civil de una confusión con el deber de ayuda y socorro mutuo que se deben los esposos como consecuencia de matrimonio, debido, en primer lugar, a la regulación de las Partidas, que sólo se refiere a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, regulando, además, esta institución en la Partida II y, no, en la Partida IV, como hace con el resto de los obligados en línea recta, y, en segundo lugar, a la controversia que plantea el hecho de que el Code regule la obligación de alimentos entre parientes como uno de los efectos que se derivan del matrimonio. De ahí, que ninguno de los sucesivos Proyectos de Código civil incluya al cónyuge entre los obligados a prestar alimentos y, por el contrario, regule el deber de asistencia y



existencia de este vínculo alimenticio, del que²², ya existe constancia en el Derecho Justiniano²³, sino que la hace primar incluso sobre el vínculo consanguíneo, siguiendo, sin embargo, la línea del resto de Códigos de nuestra esfera de influencia, *Codice civile*²⁴, *B.G.B.*²⁵ y, *Código civil Português*²⁶.

Por lo tanto, debemos reconocer que hasta la promulgación del Código civil no se establece una completa y detallada ordenación legal de los obligados alimentarios, como la que regula el artículo 143 del mismo, en primer lugar, por introducir de modo específico a los cónyuges, diferenciando esta institución del deber de ayudarse y socorrerse mutuamente que regula el artículo 68; en segundo lugar, por cuanto supone la inclusión definitiva de la controvertida obligación entre colaterales de primer grado.

socorro mutuo entre esposos. En este sentido, no es de extrañar que el artículo 70 del Proyecto de 1851, limite la obligación de alimentos entre parientes a los ascendientes y descendientes; precepto, que va a reproducir literalmente el artículo 96 del Proyecto de 1869 y, posteriormente, el artículo 77 de la Ley de matrimonio civil de 1870.

22-Vease en el capítulo anterior.

23-Concretamente en el D. 24,3,22,8, como evidencia ALBERTARIO, ob. cit., pág. 272.

24-Ya que, según el artículo 433 del mismo, "All'obbligo di prestare gli alimenti sono tenuti, nell'ordine:

1)il conniuge;"

25-Puesto que, como establece el párrafo segundo del artículo 1609 del mismo, el cónyuge que se equipara a los hijos menores solteros, precede a los otros hijos y al resto de parientes.

26-En el que, "Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicata:

a)O cónjuge ou o ex-cónjuge;"

1.2-La concepción privatista de los alimentos ante la nueva proyección del Código civil

El Código Civil de 1889 se sitúa bajo la concepción romanista que consagra la obligación de alimentos en el ámbito del Derecho Privado²⁷, atribuyendo dicha obligación a los familiares más próximos, en atención al estrecho vínculo de parentesco que les une²⁸.

En este sentido, la deuda alimenticia constituye una institución civil o de Derecho privado, en tanto que "su fin es el de realizar el derecho a la vida del alimentista, por medio de prestaciones sancionadas y reguladas por disposiciones del orden civil de individuo a individuo", dice

27-Como describe la mayoría de la doctrina, en pleno apogeo de los derechos de la personalidad, en este sentido, SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1225; MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., pág. 441; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 580; PIÑAR, ob. cit., pág. 7; BELTRAN de HEREDIA, ob. cit., pág. 22; DE COSSIO, ob. cit., pág. 373...

28-La conservación de la vida del hombre hace que tanto el Derecho natural, como el civil fijan una escala de personas que vengán obligadas a proveerle de los medios necesarios para conservar su existencia, y estos medios no deben agotarse jamás, pues el derecho a la vida tampoco la hace. "Así se explica que los padres, que los hijos, que los hermanos, que la sociedad por último representada por el Estado, tengan el deber de alimentar...., y toda persona en general, tengan el derecho de ser alimentados cuando, necesiten hacerlo efectivo para satisfacer el supremo de vivir", como afirma SANCHEZ ROMAN, ob. cit.

Asimismo, lo entiende Mucius, para quien el fundamento del derecho de alimentos es la necesidad del sujeto, el derecho a la vida física e intelectual que todos los individuos tienen, bastante influenciado por la tradición jurídica mencionada con anterioridad, considera que dada la organización económica actual de la sociedad, recae la obligación de alimentos ya sobre los que le han dado la existencia, como efecto inmediato de la procreación, considerada como un acto por el que se ha puesto en el mundo a una persona sin su consentimiento, ya sobre aquellos otros que se encuentran relacionados con el alimentista por el vínculo del parentesco. MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit.

Y en igual sentido, De Cossio afirma que el ser humano viene a la vida con un derecho absoluto de conservación, que en la organización actual de la familia se halla impuesto en primer lugar a los parientes (art 142 y ss..Cc) y, después al Estado (art 27, 39, 41, 49, 50 de la CE). COSSIO, ob. cit.

SANCHEZ ROMAN²⁹.

Así pues, en el título dedicado a los alimentos entre parientes, el Ordenamiento jurídico tutela un interés privado o individual que se fundamenta en el derecho a la vida³⁰, en virtud del cual, el derecho a recibir alimentos, como afirma PEREZ DUARTE³¹, "goza de todas las características propias de los derechos de la personalidad."

Desde esta perspectiva, el Código civil se encuentra en la corriente seguida por el resto de Códigos de su área de influencia, *Code*, *BGB*, *Código Português* y, se asimila en gran medida al *Codice civile*, en el que los alimentos se basan en la solidaridad familiar³², pero, el carácter típicamente familiar de los alimentos sobrepasa el estricto interés particular, ya que, la obligación de alimentos se inspira en

²⁹-Por el contrario, como establece este autor, cambia de naturaleza cuando en defecto de aquellos el derecho a la vida se protege por medio de la beneficiencia pública, entrando dentro de la esfera del Derecho público-administrativo. Y, debe igualmente separarse de la beneficiencia particular, por medio de fundaciones de carácter voluntario y con financiación privada. SANCHEZ ROMAN, ob. cit.

³⁰-Como señala BELTRAN de HEREDIA, ob. cit., pág. 22. Característica que destaca Blas Piñar, al entender que el fundamento de la obligación de alimentos se encuentra en el derecho a la vida, al hacer posible la existencia de una persona, además considera que todas las modalidades del *ius alimentorum ex lege, ex hominum dispoae* responden a esta misma función. PIÑAR, ob. cit., pág. 7.

³¹-PEREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. La Obligación Alimentaria. Deber Jurídico, Deber Moral. Primera edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989, pág. 30.

³²-El derecho de alimentos se justifica en la idea de un justo principio de solidaridad familiar, razón por la que afecta recíprocamente a los parientes y afines más próximos en el *Codice Civile*, según la mayoría de la doctrina, como BARASSI, Lodovico, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción y notas por Ramón García de Haro y Mario Falcón. Tomo I, Milán 1955. pág. 321; CICU, ob. cit., pág. 112; VICENZI AMATO, Diana. *Gli Alimenti. Struttura Giuridica e Funzione Sociale*. Milano-Dott. A. Giuffrè Editore- 1973, pág 71... Así pues, "...i vincoli familiari più importanti e più frequenti sorgono nell'ambito familiare e sono manifestazione della *aequitas* e della *charitas sanguinis*...", por esta razón no puede considerarse como un derecho privado de naturaleza patrimonial, sino como un derecho de naturaleza publicista que se explica en el ámbito de la familia. TAMBURRINO, ob. cit., pág. 26 y ss.

un derecho superior *il diritto alla vita*³³.

Dicha regulación se contrapone, por lo tanto, a la concepción publicista seguida por algún autor austriaco, así HUSSAREK³⁴, que funda la obligación de alimentos en el deber jurídico general del Estado de procurar que todos sus ciudadanos esten provistos de los medios suficientes para satisfacer sus necesidades.

De modo, que ni siquiera la consagración de la protección y defensa de la vida de la persona a nivel constitucional³⁵, que conlleva un deber general del Estado, como Estado social, de establecer los mecanismos precisos para que ningún ciudadano quede carente de los medios indispensables para el mantenimiento de las necesidades más acuciantes, va a conseguir restar importancia a la eficacia de esta institución jurídica, con respecto a la que pudo tener en el momento de la publicación del Código civil.

Por el contrario, debido, precisamente, a la especial protección que la Constitución³⁶ dispensa a la familia, la figura de los alimentos entre parientes adquiere una especial relevancia³⁷.

Así pues, el hecho de que la obligación de alimentos se ampare en un interés superior, que traspasa incluso la frontera del Derecho Privado, en el intento proteger el derecho fundamental a la vida de toda persona, justifica la actual importancia de dicha institución fundada en la

33-Como pone de manifiesto VINCENZI AMATO, ob. cit., pág. 201.

34-HUSSAREK, Die Familienrechtliche Alimentation nach Oesterreichischem in Grünhut's Zeitsch., XX, pág. 484.

35-En el artículo 15 de la CE.

36-En los artículos 39, 41, 43, 47 y 50 de la CE.

37-No cabe duda, como afirma Iglesias Pujol, que el interés por el tema de los alimentos ha aumentado con la introducción en el artículo 39 de la CE de una protección genérica tanto de la familia como de los hijos. IGLESIAS PUJOL, Luis. *Los alimentos en la Ley 30/1981 de 7 de julio*. Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio PEREZ-VITORIA. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona 1983., pág. 333.

solidaridad familiar³⁸; ya que, la acción social del Estado no prejuzga que el Ordenamiento jurídico privado deba continuar protegiendo al individuo que se encuentra necesitado, ni mucho menos que sea la familia más próxima a la que compete esta obligación legal.

En este sentido, conviene actualizar la tesis de CICU³⁹, en base a la cual el estudio de la relación alimenticia permite, especialmente, aproximar el Derecho de Familia al Derecho Público.

Por otro lado, no podemos ignorar que las circunstancias sociales y económicas en las que se desenvuelve la prestación legal de alimentos han variado notablemente desde la promulgación del Código civil⁴⁰, debido, principalmente, a los cambios que ha experimentado la familia, ya que, como evidencia la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 20 de octubre de 1987, por una parte, "ha dejado de ser una unidad económica en la que todos los miembros encontraban amparo en sus necesidades materiales" y, por otra, debido a que "la inmanencia de los vínculos familiares se difumina socialmente por la temprana independencia y el frecuente alejamiento territorial y aún emocional de sus componentes."⁴¹

Sin embargo, desde esta nueva proyección jurídica y social,

38-Como opina una parte importante de la doctrina, vease, BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. *Aspectos Civil y Penal del Abandono Familiar*. Revista de Derecho Privado. Enero de 1955, pág. 22; REVERTE NAVARRO, Antonio. *Intervención judicial en las situaciones familiares*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia 1980, pág. 129; DIEZ-PICAZO, ob. cit., pág. 48; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 23; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 522...

39-CICU, ob. cit., pág. 112.

40-Ya que, como pone de relieve Alvarez Caperochipi, "El Código civil regula la prestación legal de alimentos desde las coordenadas de un entorno agrario de riqueza estable y propiedad inmobiliaria;" ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, ob. cit., pág. 263.

41-Señalando "la modificación sociológica y aún jurídica que la familia moderna presenta frente a la concepción amplia de la misma en nuestro antiguo derecho histórico". RGD 1988, pág. 2999.

en el Código civil el vínculo familiar continua siendo el sustrato que comporta el nacimiento de la obligación de alimentos, presupuesto subjetivo que constituye una premisa personalísima.

No obstante, no debemos obviar que dicho presupuesto se caracteriza por su permanencia y, en este sentido, no conlleva el inmediato cumplimiento de la prestación, ya que, la obligación deviene exigible, sólo circunstancialmente, cuando concurre el estado de necesidad del acreedor y, cuando el deudor tiene disponibilidad económica para soportarla; presupuestos objetivos que se originan en cada supuesto de hecho y, cuya determinación, a diferencia del hecho natural del parentesco, se hayan sometidos, en cualquier caso, al buen criterio del Tribunal juzgador.

2-LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA OBLIGACION DE ALIMENTOS

2.1- El estado de necesidad del alimentista

2.1.1-La necesidad del alimentista en su doble vertiente

El estado de necesidad se debe analizar desde su doble perspectiva, dado que, por un lado, representa el presupuesto objetivo inicial y final de la obligación de alimentos; inicial, en cuanto que origina su exigibilidad, ya que, según el artículo artículo 148.1 del Código civil, "La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos"; final, en tanto que asegura su subsistencia, dado que, en virtud del artículo 152, "Cesará la obligación de dar

alimentos: 3.º Cuando al alimentista...no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia."

Y, por otro lado, el estado de necesidad constituye, junto a la posibilidad económica del alimentante, uno de los índices que determinan la cuantía de los alimentos, pues, como establece el artículo 146 del Código civil, "La cuantía de los alimentos será proporcionada...a las necesidades de quien los recibe."

Además, se puede afirmar, que el estado de necesidad del alimentista es el criterio básico entorno al cual gira la obligación de alimentos, no en vano, se entiende por alimentos todo lo necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida⁴².

2.1.1.1-Como hecho constitutivo y extintivo de la obligación de alimentos

a-El estado de necesidad como causa inductiva de los alimentos

A pesar, de que la obligación de alimentos nace cuando concurren todos los requisitos o presupuestos exigidos por la ley⁴³, es decir, tanto el vínculo subjetivo, como ambos presupuestos objetivos, necesidad del alimentista y

⁴²-Como opina la mayoría de la doctrina, GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 599; SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1224; MANRESA, ob. cit., pág. 791; MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., pág. 40; ALBALADEJO, ob. cit., pág. 14; LACRUZ, ob. cit., pág. 87; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 29; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 1029...

⁴³-Según la opinión unánime de la doctrina, MANRESA, ob. cit., pág. 831; MUCIUS, ob. cit., pág. 461; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 386; ALBALADEJO, ob. cit.; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 47; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 535; ALBACAR y MARTIN GRANIZO, ob. cit., pág. 950...

posibilidad del alimentante, el hecho que determina, circunstancialmente, su perfección⁴⁴ es la necesidad del alimentista, ya que, el derecho a los alimentos sólo se puede exigir, desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos⁴⁵, según el artículo 148. 1 del Código civil.

Por lo tanto, entendemos con PELISSIER⁴⁶, "L'exigibilité du droit aux aliments suppose en principe la constatation de l'état de besoin du créancier."

Así pues, dado que el fundamento de la obligación de alimentos se dirige a proteger la vida del pariente necesitado⁴⁷, resulta evidente, que el nacimiento de esta obligación sólo tiene lugar, desde el momento en que concurre el estado de necesidad del alimentista.

El párrafo primero del artículo 148 del Código civil supone, por lo tanto, la inequívoca constatación legal del estado de necesidad del alimentista, en cuanto hecho constitutivo, es decir, presupuesto básico del inicio de la obligación de alimentos.

Precepto que tiene su más inmediato precedente en el artículo 74 de la Ley de matrimonio civil, que en idénticos términos⁴⁸, dió lugar a que la mayoría de la doctrina⁴⁹

44-En este sentido, dice Sánchez Roman: "La obligación de alimentos es perfecta por razón de la necesidad del alimentista y, por tanto, exigible desde que esa necesidad existe," SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1264.

45-Pués, como señala Diez-Picazo, "La obligación surge desde que se da la menesterosidad.", DIEZ-PICAZO, Sistema de Derecho civil..., ob. cit., pág. 55.

46-PELISSIER, ob. cit., pág. 151.

47-Como afirma Diez-Picazo, "el entero fundamento de la obligación de alimentos radica en la necesidad del alimentista. DIEZ-PICAZO, Sistema..., ob. cit., pág. 57.

48-El artículo 74 de la Ley de matrimonio civil establece: "La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tuviere derecho a percibirlos."

49-Como, lo hace, Benito Gutierrez al afirmar que este artículo, junto a los dos de la misma ley que le preceden, "entrañan la doctrina capital en materia de alimentos." GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 622. En el

anterior a la promulgación del Código civil sostuviera la relevancia jurídica de dicho presupuesto legal, como *causa inductiva* de la obligación, denominación que utiliza GUTIERREZ FERNANDEZ⁵⁰.

Plasmando, además, una larga tradición jurídica que se remonta al Derecho Romano, en base al D. 25,3,5 (2,7,13,17,19,26) y C. 5,25,1 y, que adquiere especial relevancia en el *Ius commune*, tanto por los glosadores entre los que se hace mención a la *necessitas*⁵¹, utilizando diversas alusiones al *pauper*, vease AZO⁵² y al *egens*, expresión que utilizan ROFFREDUS⁵³ y ODOFREDUS⁵⁴, como entre los postglosadores⁵⁵ y comentaristas⁵⁶.

Y, que, redundando, asimismo, tanto en la tradición jurídica castellana, como los sucesivos Proyectos de Código civil, ya que, al igual, que en las leyes II y IV del tít. XIX de la Partida Cuarta, la prestación alimenticia se hace depender del hecho de que *les fuere menester*, asimismo, ocurre, en un principio, en el proceso codificador.

mismo sentido, mencionan dicho presupuesto, ELIAS, ob. cit., pág. 378; SABINO HERRERO, ob. cit., pág. 89; SANCHEZ DE MOLINA, ob. cit., pág. 55...

50-El cual afirma "que la ley determina las causas inductivas de esta obligación". GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 598.

51-Como hacen IRNERIUS, *Summa Codicis...*, ob. cit., pág. 302 (VIII, 42), ROGERIUS, *Summa...*, ob. cit., pág. 154 (VIII, 38).

52-AZO, *Summa Codicis...*, ob. cit., pág. 192 a C. 5,24(25).

53-ROFFREDUS, *Libelli iuris...*, ob. cit., c. 112.

54-ODOFREDUS, *Lectura super...*, ob. cit., c. 289 a Auth. licet a C. 5,27 núm.4...

55-Que se refieren a "non habet unde se alere", IACOBUS DE ARENA, *Commentaria...*, ob. cit., c. 8r. a C. 2, 18(19),11, "succurrere"; CINUS DE PISTOIA, *In Codicem...*, ob. cit., pág. 320 a C. 5,25,1.

56-Como BALDUS, ob. cit., III, c.12v. a D. 24,3,22(23),7, núm.7; BARTOLUS, *Tract. de al...*, ob. cit., núm. 17; SURDUS, ob. cit., tít. IV.

En efecto, así deja constancia, por un lado, el Proyecto de 1821, al establecer, en primer lugar, en el artículo 326, que "la mujer y el marido tienen derecho a ser alimentados y socorridos por los hijos comunes en caso de necesidad"⁵⁷ y, en segundo lugar, el artículo 377.7, al regular la obligación de los padres "de alimentar a los hijos en cualquier tiempo si se hallaren reducidos a pobreza involuntaria."⁵⁸

Y, por otra parte, como se desprende, también, del Proyecto de 1836, cuyos artículos 392.10 y 399.2 coinciden literalmente con el 326 y 377.7, citados con anterioridad⁵⁹, al regular asimismo la necesidad del alimentista en cuanto presupuesto inicial de la obligación.

Por lo tanto, el Proyecto definitivo de Código civil recoge la regulación del estado de necesidad, como presupuesto de exigibilidad, amparado en la doctrina de los exégetas⁶⁰, que evidencia LAURENT⁶¹, al afirmar, que *l'obligation alimentaire* "nait avec les besoins de celui qui y a droit".

En el mismo sentido, que los Proyectos de 1821 y de 1836 y, más recientemente del artículo 74 de la Ley de matrimonio civil, a pesar, de que no consta, de este modo, en los Proyectos de 1851 y de 1869⁶², ni siquiera en el Anteproyecto

⁵⁷-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 55.

⁵⁸-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 59.

⁵⁹-El artículo 392 establecía: "Corresponden a los padres sobre sus hijos legítimos los derechos siguientes: 10. El de exigir alimentos de sus hijos, siempre que tengan necesidad..."

Mientras que el artículo 399 decía: "Los padres están obligados: 2º A proveerles, según sus necesidades, de medios para subsistir mientras se hallen bajo la patria potestad, y en caso de necesidad aun cuando hubieren salido de ella."

⁶⁰-LAURENT, ob. cit., pág. 70; DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 61...

⁶¹-LAURENT, ob. cit.

⁶²-En este sentido, el artículo 71 del Proyecto de 1851 únicamente contempla "las necesidades de quien los recibe", como criterio al que se deben adaptar proporcionalmente los alimentos y, como causa determinante del cese de los alimentos en el artículo 72. LASSO GAITE, ob. cit., pág. 326. Al igual, que ocurre en el Proyecto de 1869, en los artículos 98 y 99, respectivamente. LASSO GAITE, ob. cit., pág 513.

de 1882⁶³, que al igual que la advertencia⁶⁴ que precede a la edición oficial de dicho texto, sólo contemplan el criterio de la necesidad del alimentista, como índice para determinar la cuantía de los mismos y, en cuanto causa del cese de los alimentos.

Por otra parte, el párrafo primero del artículo 148 del Código civil al contemplar, expresamente, el estado de necesidad como requisito imprescindible para que se produzca el nacimiento de la obligación de alimentos, se encuentra en la misma línea que el Code⁶⁵ y, que el resto de Códigos europeos, como el *Codice civile*⁶⁶ y el *BGB*⁶⁷.

b-La ausencia de necesidad del alimentista como causa de extinción de la obligación

La ausencia de estado de necesidad entraña, asimismo, la

63-Que sólo se refiere a la obligación de alimentos en el artículo 122, entre los efectos de la patria potestad respecto a las personas de los hijos, como deber recíproco entre padres e hijos y que se extiende a los demás ascendientes y descendientes según el orden de proximidad. LASSO GAITE, ob. cit., pág. 559.

64-Según la cual, a continuación del artículo 122 del Anteproyecto de 1882 deben figurar tres artículos más regulando la cuantía, el cese y la irrenunciabilidad del derecho a los alimentos. LASSO GAITE, ob. cit., como nota al pie, en la pág. 559.

65-Como se desprende del artículo 205 del Code, al establecer que "Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin."

66-En este sentido, el Codice Civile, en el artículo 438, de forma muy similar a como lo hace el artículo 148 establece, "Gli alimenti possono essere chiesti solo da chi versa in istato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento."

67-De idéntico modo, se reconoce en el artículo 1602 del *BGB*, al preceptuar que sólo es titular de los alimentos quien no esté en condiciones de alimentarse por sí mismo.

extinción de la obligación de alimentos, ya que, el párrafo tercero del artículo 152 regula, en sede, de las causas del cese de los alimentos, el hecho que al alimentista "no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia".

Recogiendo, de este modo, una larga tradición jurídica, que se remonta a la doctrina de los comentaristas durante el *Ius commune*, así, BARTOLUS⁶⁸ y SURDUS⁶⁹.

Además, el contenido de dicho artículo se constata a lo largo de todo el proceso codificador, ya que, el artículo 152.3 está en estrecha concordancia con el artículo 327 del Proyecto de 1821⁷⁰, el artículo el artículo 72 del Proyecto de 1851⁷¹, el artículo 99 del Proyecto de 1969⁷² y, también, con el artículo 75.2 de la Ley de matrimonio civil⁷³,

Pero, en atención al reconocimiento legal del estado de necesidad como hecho extintivo de la obligación de alimentos, merece, igualmente, especial consideración, el hecho de que la advertencia que figura en la página que precede al índice de la edición oficial del Anteproyecto de 1882, en este caso, al contrario de lo que ocurre en el anterior, recoja el cese

68-"quod statutum ob necessitatem, locum habet quatenus necessitas durat, & idem est in paupertate, qua ea cessante non procedunt;" BARTOLUS, ob. cit., núm. 1.

69-"inductum necessitatis causa non habet locum ubi cessat necessitas," SURDUS, ob. cit., tít. II, quaest. V, núm. 6.

70-Cuando establece que "Los alimentos recíprocos de que tratan los artículos anteriores se minoran o cesan, minorándose o cesando la necesidad." LASSO GAITE, ob. cit., pág. 55.

71-En este sentido, el artículo 72 del Proyecto de 1851, pone de relieve que "Cesa la obligación de dar alimentos, cuando...deja...de ser indigente el que los recibe."

72-Ya que dicho artículo , al igual que el 75.2 de la Ley de matrimonio civil, también establece que "Cesa la obligación de alimentos, cuando deja... de ser indigente el que los recibe." LASSO GAITE, ob. cit., pág. 513.

73-El artículo 75.2 de la Ley de matrimonio civil recoge de manera idéntica al 152.3, el estado de necesidad como hecho extintivo de la obligación de alimentos.

de los alimentos cuando deja de ser indigente el que los recibe, en el segundo de los tres artículos que la integran⁷⁴.

Por otra parte, en este aspecto, el Código civil se encuentra en la misma línea que el resto de Códigos europeos, ya que, en idéntico sentido, también el artículo 209 del *Code*⁷⁵, el artículo 1611 del *BGB*⁷⁶ y el 440 del *Codice civile*⁷⁷ regulan, asimismo, la ausencia de la necesidad del alimentista como causa del cese de la prestación.

c-La necesidad del alimentista como requisito de existencia de la obligación de alimentos

Sin embargo, la necesidad del alimentista no puede considerarse un presupuesto legal totalmente ineludible de la obligación de alimentos, ya que, aún subsistiendo dicha situación, el Código civil determina el cese de la prestación alimenticia, en primer lugar, en virtud del párrafo cuarto del artículo 152, "Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación", recogiendo una causa de extinción de la

⁷⁴-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 559.

⁷⁵-En este sentido, el artículo 209 del Code establece: "Lorsque celui...qui reçoit des aliments est replacé dans un état tel, que...n'en ait plus besoin en totu ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée."

⁷⁶-A pesar, de que en virtud de este precepto, quien por su culpa moral ha llegado a ser necesitado, sólo puede exigir los alimentos indispensables, no se extingue la prestación; ni se distingue a los hermanos y descendientes del resto de parientes con derecho a exigir alimentos.

⁷⁷-Ya que, según dicho precepto, "Se dopo l'assegnazione degli alimenti mutano le condizioni economiche de chi li somministra o di chi li riceve, l'autorità giudiziaria provvede per la cessazione, la riduzione ol'aumento, secondo le circostanze."

obligación de alimentos de aplicación general a todos los parientes afectados, que, según veremos en el último capítulo de este trabajo, constituye el reflejo de una larga tradición jurídica⁷⁸.

Y, en segundo lugar, en particular, al sancionar⁷⁹, asimismo, al alimentista por su mala conducta y, privarle de la prestación, como ocurre, por un lado, cuando se trata de la

78-Dado que, como veremos, supone el reflejo de una posición doctrinal que se remonta a la Magna Glosa; ya que, en atención al supuesto especialmente recogido por el Derecho Romano, en el que el hijo que denunciaba al padre perdía el derecho a los alimentos, D. 25,3,5,11 y, en base también al texto del C. 5,25,4, la *gl. detulerat* a C. 5,25,4 extiende el efecto de dicha causa de desheredación, es decir, la indignidad para recibir alimentos, al resto de las causas de desheredación que preveía la Novela 115; convirtiendo a la desheredación en una excepción general a la exigibilidad de la obligación de alimentos. Consagrándose, así, en las tesis de ODOFFREDUS, *Lectura super Infort...*, ob. cit., c.22v. a D. 25,3,5,11 y *Lectura super Cod.*, ob. cit., c.288v. a C. 5,25,1; de modo que, a pesar, de que Odoffredus limitaba la aplicación de las causas de desheredación al supuesto en el que el alimentista era el hijo del alimentante, la doctrina posterior va a extender dichos supuestos de ingratitud al resto de parientes, así ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria...*, ob. cit., c.34v. núm. 1 a D. 25,3,5,11. BARTOLUS, ob. cit., SURDUS., ob. cit., tít. VII.

En idéntico sentido, también veremos, como la ley 6 del tít. XIX de la Partida IV, prevee la ingratitud entre padre e hijo, como causa de denegación de alimentos, aunque, regulando expresamente el supuesto en que "uno dellos acusasse al otro, e le buscasse atal mal, por que meresciesse muerte o deshonna, o perdimiento de lo suyo."; siendo fruto de la glosa de Gregorio López, el ampliar la excepción de dicho supuesto, al resto de causas por las que el hijo puede ser desheredado, como señalan SANPONTS Y BARBA, MARTI DE EIXALA y FERRER Y SUBIRANA, ob. cit., pág. 1101.

Tal y como va a reflejarse en el proceso codificador, así el artículo 72.2 recoge el cese de la obligación de alimentos, cuando concurren las causas de desheredación, de manera general, sin restringir su aplicación a la relación paterno-filial, como hacia la tradición jurídica castellana. En idéntico sentido, las causas de desheredación van a ser reguladas en el artículo 99 del Proyecto de 1869, el artículo 75 la Ley de matrimonio civil y del Anteproyecto de 1882 van a pasar al artículo 152.4 del Código civil, como causa del cese de los alimentos.

79-En este sentido, como subraya Diez-Picazo, "Por vía de sanción civil se priva al alimentista del derecho a los alimentos cuando ha cometido alguna falta, sea o no heredero forzoso, de las que dan lugar a la desheredación y cuando la necesidad proviene de mala conducta o de falta de aplicación para el trabajo." DIEZ-PICAZO, *Sistema...* ob. cit., pág. 59.

obligación entre hermanos y, según el artículo 143 *in fine*, "los necesiten por cualquier causa que...les sea imputable" y, por otro, en atención al párrafo 5° del artículo 152, "Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa."⁸⁰

Por lo tanto, el mismo Código civil limita o restringe el rigor del párrafo primero del artículo 148, restando, pues, eficacia al estado de necesidad, no sólo, en cuanto hecho extintivo, sino como hecho constitutivo, ya que, la finalidad de proteger la vida del pariente necesitado parece soslayarse en pro de otros intereses, en principio, ajenos al fin de los alimentos.

Oponiéndose, inexplicablemente, al fundamento de la obligación de alimentos, ya que, el deber de ayudar al pariente necesitado es consecuencia directa del estado de necesidad del alimentista y, el derecho a los alimentos debería poder exigirse⁸¹, con independencia, de que el alimentista incurra en causa de desheredación y, con independencia de la causa que motivó el estado de necesidad.

Así, se pone de manifiesto, desde un principio, por la glosa⁸², al estimar que, dado que el único supuesto de ingratitud considerado para extinguir la prestación de alimentos, según el D. 25,3,5,11, era el caso específico del hijo que denunciaba al padre, carecía de sentido extender

⁸⁰-Artículo, que como haremos referencia al estudiar la extinción de la obligación de alimentos, se inspira en el artículo 107 del Código Bávaro, como pone de manifiesto GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 47, al estudiar su antecedente el artículo 72.2 del Proyecto de 1851, que asimismo sólo imputa esta causa cuando el alimentista sea descendiente del alimentante, ya que, se debe al artículo 75 de la Ley de matrimonio civil ampliar dicha sanción a los hermanos.

⁸¹-BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit.

⁸²-Como pone de relieve la Magna Glosa en la *gl. promerueris* y, como fué defendido por AZO, *Summa Codicis...*, ob. cit., pág. 192 a C. 5,25 y, por ROFFREDUS, *Libelli iuri...*, ob. cit., c.112r.

dicha consecuencia al resto de las causas de desheredación previstas por la Novela 115.

En la consideración, además, de que el D. 25,5,17, anteponeía el estado de necesidad del alimentista a las causas de desheredación, al conceder alimentos al padre *in summa egestas*; supuesto, que reproduce la ley VI del título XIX de la Partida IV, según la glosa de GREGORIO LOPEZ⁸³.

Por otra parte, redundante, asimismo, en favor de la subsistencia de la prestación alimenticia, mediando el estado de necesidad, la opinión de la mayoría de la doctrina anterior a la promulgación del Código civil⁸⁴, influenciada no sólo por la tradición jurídica, sino, igualmente, por la escuela de los exégetas⁸⁵, en cuanto que, como afirma GARCIA GOYENA⁸⁶, la negación de los alimentos al hijo no deja de ser un espectáculo bastante reprobable.

2.1.1.2-Como índice de la proporcionalidad de los alimentos

Por otro parte, además de presupuesto inicial y final de la obligación de alimentos, en el Código civil, el estado de necesidad constituye uno de los criterios imprescindibles

⁸³-SANPONS Y BARBA, MARTI DE EIXALA y FERRER Y SUBIRANA, ob. cit., pág. 1101.

⁸⁴-A pesar, de que al Derecho, en principio, no debería parecerle el motivo por el cual el alimentista se encuentra necesitado, en el caso en el que al descendiente y también el hermano se les considera responsables de esta situación cesa la obligación de alimentos, según el Sin embargo, a diferencia del anterior, este no cuenta con la aprobación doctrinal, GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 47; GUTIERREZ FERNANDEZ., ob. cit., pág. 602.

⁸⁵-Como afirma POTHIER, ob. cit., núm. 395, no se puede dispensar de modo alguno que los padres presten alimentos a los hijos, e, igual opinión resulta la mayoritaria entre los Exégetas, TOULLIER, ob. cit., pág. 460; DEMOLOMBE., ob. cit., pág. 57.

⁸⁶-GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 47.

para determinar la prestación alimenticia, puesto que, según el artículo 146, la cuantía de los alimentos, "debe ser proporcional a la necesidad del alimentista".

Que constituye, uno de los preceptos menos controvertidos en materia de alimentos, ya que, la proporcionalidad de los mismos a los presupuestos objetivos que los determinan constituye una de las peculiaridades más características de la naturaleza jurídica de la obligación de alimentos, como reconoce unánimemente la doctrina⁸⁷.

Consecuentemente, por tanto, tratándose de una obligación de tracto sucesivo⁸⁸, el estado de necesidad determinará la variabilidad de la obligación, que deberá irse adecuando a las diferentes vicisitudes de la situación del alimentista⁸⁹.

En este sentido, según el artículo 147 del Código civil, los alimentos "se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista".

2.1.2-Determinación de la necesidad del alimentista

2.1.2.1-La relatividad de dicho presupuesto

El estado de necesidad es la situación en la que se encuentra una persona a la que le resulta imposible subsistir y

87-GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 599; GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46; MANRESA, ob. cit., pág. 837; MUCIUS, ob. cit., pág. 461; SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1263; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 44; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 531; LACRUZ, ob. cit., pág. 87; ALBALADEJO, ob. cit., pág. 19; DIEZ-PICAZO, Sistema..., ob. cit., pág. 56...

88-BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 44.

89-Ya que, como establece TEDESCHI, la variabilità "e un logico corollario della natura dell'obbligo alimentare che esso debba riadeguarsi alle condizioni dell'alimentando e alle possibilità dell'obbligato." TEDESCHI, ob. cit., pág. 503.

proveerse para las elementales exigencias de la vida⁹⁰; situación, por tanto, a la que no puede hacer frente por sí mismo, no sólo por carecer de medios propios, sino ante la imposibilidad de procurárselos él mismo⁹¹.

Así pues, nos encontramos ante un concepto esencialmente relativo, que dependerá de las circunstancias de hecho y, que quedará circunscrito a la valoración judicial en cada caso concreto, ya que, "sólo desde el plano de la propia necesidad es posible determinarlo", dice REVERTE⁹².

En este sentido, la problemática que suscita la determinación de la necesidad del alimentista se agudiza, dado que, el Juez ha de valorar no sólo las circunstancias objetivas, sino, además, las circunstancias subjetivas⁹³.

De este modo, el estado de necesidad debe apreciarse en cada caso particular, según la condición de la persona; así se pone de manifiesto, ya, durante el *Ius commune*, entre otros⁹⁴, por ROFFREDUS⁹⁵, al señalar que los alimentos se deben *secundum dignitatem*.

Concepción de la que se deja, asimismo, constancia en la tradición jurídica castellana, en concreto, la ley II, tít. XIX de la Partida IV al establecer que los alimentos se deben

90-"Lo stato di necessità indica l'impossibilità di far fronte alle esigenze elementari di vita". PENE VIDARI., ob. cit., pág. 123.

91-SAVATIER. *Aliments* en Repertoire de Droit Civil, Dalloz, tomo I, pág. 229.

92-REVERTE, ob. cit., pág. 136.

93-COBACHO GOMEZ, *La deuda...*, ob. cit., pág. 115.

94-En el mismo sentido, "Item alimenta praestantur secundum qua itatem, & conditionem eius, cui debentur," dice SURDUS, ob. cit., tít. IX, quaest. XXXIX, núm. 3.

95-"si enim sit in bona valitudine, quod possit operari et ex operis sibi sufficere, alimenta prestanda : arg. ad hoc C. lib. XII de validis mendicantibus l. unica (C. 11,26), ss. de liberis agnoscendis l. si quis a liberis idem rescripsit (D. 25,3,5,6) quam legem intelligo de illa persona cui non sit verecundum operari; ceterum si sit persona cui sit verecundum operari quia nobilis non credo hoc locum habere". ROFFREDUS, *Libelli iuris...*, ob. cit., c.112r.

prestar, catando todavia la persona daquel que lo deue recibir; ya que, como afirma GREGORIO LOPEZ⁹⁶, en la glosa novena a esta ley, no es la misma, la necesidad, *aliter militi, vel doctori; aliter rustico, aliter servi, quan juveni staventur.*

Predominando, igualmente, entre la doctrina⁹⁷, con anterioridad a la promulgación del Código civil, en tanto, que "los alimentos no deben, regularse por una misma medida para todas las personas, sino por su calidad y circunstancias", dice ROMERO GUINZO⁹⁸.

En este sentido, bien podriamos hablar de la subjetividad de dicho presupuesto objetivo; subjetividad que se deriva del carácter personalísimo de los alimentos, en la medida que deben prestarse *intuitu personae*, es decir, siempre en atención a las circunstancias individuales del alimentista⁹⁹, en función de criterios tan diversos, como la edad, la salud, la profesión, la educación...

Por lo tanto, el estado de necesidad no tiene porque identificarse con la absoluta indigencia¹⁰⁰, porque la

96-SANPONTS, MARTI DE EIXALA y FERRER Y SUBIRANA, ob. cit., pág. 1098.

97-Entre los cuales, conviene destacar a Garcia Goyena, en cuanto que afirma, sin lugar a dudas, que la necesidad es individual y distinta en cada caso; "el necesario relativo no es igual, para todos los hombres, y ni aun lo es el absoluto", dice Garcia Goyena, pues "la vejez tiene más necesidades que la infancia; el matrimonio más que el celibato; la debilidad más que la fuerza; y la enfermedad más que la salud" GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46. Como evidencia, asimismo, Gutierrez Fernandez, al señalar, que "la equidad recomienda que se tenga en cuenta la calidad de las personas".

98-ROMERO GUINZO, ob. cit., págs. 43 y 44.

99-Ya que, como señala unánimemente la doctrina, "la necesidad a valorar es la del alimentista mismo y no de las personas que voluntaria o legalmente tenga a su cargo". COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit., pág. 115; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., pág. 85, ALBALADEJO, ob. cit., pág. 20...

100-Como evidencia Beltrán de Heredia, apoyándose en la Jurisprudencia del TS, concretamente en las Sentencias de 9 de diciembre de 1972 y de 12 de mayo de 1973. BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 47.

necesidad debe apreciarse en atención al contexto social¹⁰¹ y las circunstancias personales¹⁰² del alimentista, puesto que, los alimentos, generalmente, no se circunscriben a lo estrictamente necesario, dado que los auxilios necesarios para la vida, sólo se deben entre hermanos.

No obstante, los auxilios necesarios para la vida, también deben determinarse en atención al contexto y a la condición del alimentista, ya que, la edad, la enfermedad, la educación, la profesión, incluso el lugar de residencia de la persona, representan circunstancias que afectan, según GARCIA GOYENA¹⁰³, tanto, al *necesario relativo*, como, al *necesario absoluto*.

2.1.2.2-Delimitación del estado de necesidad

El artículo 152.3 del Código civil determina, a *sensu contrario*, en que consiste la necesidad del alimentista, al regular la desaparición del estado de necesidad, causa del cese de los alimentos.

En base a esta artículo, se considera necesitada, tanto a la persona que no dispone de bienes propios, en cuanto establece que cesará la obligación de dar alimentos, "cuando el alimentista haya adquirido un destino o mejorado de fortuna", como a la que, además, no pueda proporcionárselos por sus propios medios, al determinar que, cesará dicha obligación, "Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria"¹⁰⁴.

101-El estado de necesidad debe ser apreciado dentro de un contexto social y, no dentro de la más restringida acepción de *mínimo vital indispensable*. SAVATIER, ob. cit., pág. 229.

102-Como señala Tamburrino, "Bisogno, è quel che è necessario all'alimentando, perché questi possa sostentarsi e possa vivere secondo le proprie condizioni. TAMBURRINO, ob. cit., pág. 42.

103-GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46.

104-En este sentido, igualmente, el artículo 438 del Codice civile establece que "Gli alimenti possono essere chiesti solo da chi versa in

Concediendo una definición, que no tiene parangón a los largo del proceso codificador, ya que, si bien hasta el Proyecto de 1869, no se encuentra referencia alguna en ninguno de los sucesivos Proyectos, el artículo 99 de dicho Texto legal¹⁰⁵, se limita a regular, de manera genérica, que los alimentos cesan, "cuando deja de ser indigente el que los recibe"¹⁰⁶ y, por su parte, el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de matrimonio civil, de forma parcial, establece sólo una de las causas por las cuales la persona deja de ser indigente, "que el alimentista haya mejorado de fortuna".

Por lo tanto, el único precedente del artículo 152.3 podría encontrarse en la ley VI, tít. XIX de la Partida IV, al excusar a los padres de alimentar a los hijos, "quando el fijo vudiesse de lo suyo, en que pudiesse biuir, o vudiesse tal menester, por que pudiesse guarescer, usando del, sin mala estança de si".

Así pues, el Juez debe tener en cuenta dos parámetros distintos, a la hora de determinar si existe o no estado de necesidad, en primer lugar, si el sujeto carece o no de medios económicos para sobrevivir y, en segundo lugar, si tiene o no posibilidad efectiva de procurárselos.

a-La carencia de bienes, capital y rentas.

Se encuentra, pues, necesitada, la persona que carece de patrimonio propio con que subsistir; patrimonio que incluye, tanto los bienes y el capital, como los frutos y rentas de

istato di bisogno e non é in grado di provvedere al proprio mantenimento."

¹⁰⁵-LASSO GAITE, ob. cit.

¹⁰⁶-Del mismo modo a como lo hace la Advertencia a la primera redacción del Anteproyecto de 1882.

estos¹⁰⁷.

Pero, no se considera necesitado, el que percibe cualquier tipo de pensión que le permita vivir, pudiendo tratarse, incluso, de la prestación de alimentos pactados¹⁰⁸.

Por otra parte, tampoco se entiende necesitado, quien dispone de un patrimonio cuyos frutos y rentas no fueran suficientes para vivir, siempre y cuando pueda enajenar el patrimonio improductivo y con él atender a sus necesidades¹⁰⁹.

Pués, tal y como establecía, entre los exégetas, DEMOLOMBE¹¹⁰, "celui qui possède des immeubles n'est certes pas dans le besoin, s'il peut se procurer les moyens de vivre en les vedant".

Asímismo, habrá de consumirlo antes de poder exigir alimentos, el que dispone de capital propio, a no ser, que sea insuficiente para poder vivir algún tiempo de él¹¹¹, ya que, entendemos, con CASTAN TOBEÑAS¹¹², que "unicamente cuando el capital sea tan reducido que no sirva para cubrir los alimentos por un tiempo digno de mención, surgirá el derecho a los alimentos"

Por último, podría incluso apreciarse que no existe carencia de medios para subsistir, cuando el sujeto puede tomar dinero

107-BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 26.

108-En este sentido, como señala Puig Peña, no se considera necesitado, a efectos legales, al que deba recibir alimentos previamente pactados. PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 581.

109-Como señala la mayoría de la doctrina, vease, LACRUZ, ob. cit., pág. 84; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 581; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 531...

110-DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 51.

111-ALBALADEJO, ob. cit., pág. 19.

112-CASTAN TOBEÑAS, en ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLF, Martin. Apéndice Código Civil Alemán BGB. traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950 por Carlos Melon Infante. Prólogo del Dr. D. Antonio Hernández Gil. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, pág. 226.

a crédito y pagarlo en un tiempo prudencial, mediante la realización de valores de su capital, o con el producto de su trabajo¹¹³.

b-Imposibilidad de procurárselos por sí mismo

Sin embargo, tampoco se considera necesitada¹¹⁴, la persona, que sin disponer de medios propios con que subsistir, puede proporcionárselos por medio de su trabajo, es decir, según, el artículo 152.3, aquel que puede ejercer un oficio, profesión o industria.

Así se pone de relieve en base al D. 25,3,5,7, durante el *Ius commune*, que la persona que dispone de oficio, dice AZO¹¹⁵, o arte, como afirma, entre otros¹¹⁶, ROFFREDUS¹¹⁷ y, se encuentra en disposición de trabajar, no precisa de alimentos.

Doctrina latente, asimismo, en la tradición jurídica castellana, concretamente, en la glosa quinta a la ley VI, tít. XIX de la Partida IV, al establecer, *Nissi esset dedecus filio, vel filiae taliter operari*.

Y, que va a influir, decididamente, en la doctrina del XIX¹¹⁸;

113-Como señalan, entre otros, PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 581; CASTAN TOBEÑAS, ob. cit., pág. 226...

114-Tal y como se interpreta por la doctrina actual, en este sentido, BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 26; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 541; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 581; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 116; ALBALADEJO, ob. cit., pág. 20...

115-AZO, Summa..., ob. cit., pág. 192 a C. 5, 25.

116-ODOFFREDUS, Lectura super Infort..., ob. cit., I, c.22r. a D. 25,3,5,7; BARTOLUS, Tract. de alim..., ob. cit., núm. 12...

117-ROFFREDUS, Libelli iuris civ., ob. cit., c.112r.

118-Como ponen de manifiesto GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 602; ROMERO GUINZO, ob. cit., pág. 49...

amparada, igualmente, en la escuela de la Exégesis, que se muestra de la misma opinión.

Dice, en este sentido LAURENT¹¹⁹, "le travail est aussi un capital. Il est certain que celui qui peut se procurer les choses nécessaires à la vie en travaillant n'est pas dans le besoin."

Pués, no puede exigir alimentos la persona que insatisface sus necesidades, culpablemente, es decir, *que pudiendo y debiendo no obtenga él recursos para atender a la satisfacción de las necesidades en cuestión*¹²⁰.

Por lo tanto, "le juge peut même et il doit refuser tout secours alimentaire si celui qui le reclame ne fait aucun effort sérieux pour se procurer des moyens d'existence , si son dénûment provient du désordre et de l'oisiveté où el vit; accorder des aliments dans ce cas, serait chose immorale, puisque ce serait nourrir la fainéantise et les vices qu'elle engendre", afirma LAURENT¹²¹.

Ahora bien, no basta con la mera posibilidad subjetiva de realizar un trabajo, ya que, la efectividad de ejercer un oficio, profesión o industria, no depende únicamente de que la capacidad física¹²² e intelectual¹²³ de la persona necesitada, sino que debe valorarse, especialmente, desde una

¹¹⁹-LAURENT, ob. cit., pág. 98 y ss.

¹²⁰-Como afirma, textualmente, Albaladejo, a pesar, de que, para este autor, "no hay insatisfacción culpable sino trabajase por no poder, pero la causa de la que arranca la imposibilidad fué culpa suya." De ahí, que decida inclinarse a favor de la persona que no puede trabajar debido a las lesiones que él mismo se ha causado, dado que *actualmente* se encuentra imposibilitado para atender a su sustento. ALBALADEJO, ob. cit., pág. 20.

¹²¹-LAURENT, ob. cit., pág. 99.

¹²²-Pués, como señala, Tamburrino, "il bisogno sussiste...nel caso di invalidità al lavoro per causa di fisica incapacità." TAMBURRINO, ob. cit., pág. 42.

¹²³-Cabe poner de relieve, como el Tribunal Supremo reconoce, en Sentencia de 4 de noviembre de 1984, el derecho a continuar estudiando y, concluir los estudios o, una formación profesional, como causa que exime del deber de trabajar, a pesar de existir la posibilidad de hacerlo.

perspectiva objetiva¹²⁴, junto a la posibilidad concreta, inmediata y eficaz de realizarlo¹²⁵.

Por último, creemos, que se encuentra, asimismo, necesitada, la persona que, a pesar de trabajar, se ve obligada a vivir en una estrechez tal, que el ejercicio efectivo de un oficio, profesión o industria, no le permite cubrir sus necesidades vitales, como resuelve, indefectiblemente, la jurisprudencia¹²⁶ y, mucho más si se atiende, simultáneamente, a la posibilidad económica sobrada de los parientes más próximos¹²⁷.

2.2-La posibilidad económica del obligado a prestarlos

En el tratamiento de los medios económicos de que dispone el alimentante, en cuanto presupuesto objetivo de la obligación de alimentos, entendemos, al igual que la mayoría de la doctrina¹²⁸, que es preferible utilizar una rúbrica unificadora, que englobe las distintas acepciones empleadas por el Código civil, como es la posición económica del

124-"Cela suppose qu'il a non-seulement la capacité de travailler, mais qu'il a aussi du travail." LAURENT, ob. cit., pág. 98 y ss.

125-Como señala, unánimemente la doctrina, en este sentido, SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1268; ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, ob. cit., pág. 274; PUIG BRUTAU, ob. cit., pág. 353; LACRUZ, ob. cit., pág. 91; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 531; BELTRAN de HEREDIA, ob. cit., pág. 47...

126-STs de 27 de marzo de 1900, de 18 de abril de 1940, de 24 de octubre de 1951, de 29 de noviembre de 1958, de 9 de diciembre de 1972, de 10 de julio de 1979, de 4 de noviembre de 1984...

127-Como evidencian las STs de 27 de marzo de 1900 y 15 de diciembre de 1942.

128-PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 326; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 26; ALBALADEJO, ob. cit., pág. 19; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 532; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 112...

alimentante.

En la creencia de que dicho enunciado, que sólo utiliza, a nuestro juicio, con gran acierto el artículo 329 del Proyecto de 1821¹²⁹, subsume las diferentes terminos que se constatan, sin justificación aparente, en el Código civil.

Así, se refieren al *caudal* del alimentante, el párrafo primero del artículo 145 y, el artículo 146 del mismo, inspirados en los artículos 71 y 72 del Proyecto de 1851¹³⁰, en los artículos 98 y 99 del Proyecto de 1869¹³¹ y, en la advertencia al Anteproyecto de 1882¹³².

Por otro lado, según los artículos 145.3, 147 y 152, párrafo segundo y tercero, también se inserta en el Código la alusión a la *fortuna* del alimentante; termino que introduce la Ley de matrimonio civil, que lo utiliza, reiteradamente, en todo su articulado¹³³.

Sin embargo, el Código civil no alude a la *riqueza*, concepto que utilizaban, tanto la Ley II, tít. XIX de la Partida IV¹³⁴, como los artículos 75.1 del Proyecto de 1851¹³⁵ y el artículo 99 del Proyecto de 1869¹³⁶.

Y, por el contrario, introduce un término nuevo y, sin tradición jurídica, como es la referencia a los *medios* de que dispone el alimentante, en los artículos 145.1 y 146.

¹²⁹-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 55.

¹³⁰-GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46.

¹³¹-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 513.

¹³²-LASSO GAITE, ob. cit.

¹³³-Como son los artículos 75.1, el 76 y 78 de la misma.

¹³⁴-Cuando establece, que "deue cada uno fazer segund la riqueza...que ouire".

¹³⁵-GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46.

¹³⁶-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 513.

2.2.1-Doble aspecto de dicho presupuesto

2.2.1.1-Como presupuesto del nacimiento y extinción de la obligación de alimentos

La posibilidad económica del obligado a prestar alimentos constituye, al igual que la necesidad del alimentista, el presupuesto objetivo que determina la obligatoriedad de la prestación alimenticia¹³⁷ y, que, por tanto, junto a la existencia del vínculo subjetivo, suponen el nacimiento de la obligación de alimentos¹³⁸

Sin embargo, a pesar de representar, también, un hecho jurídico constitutivo de la obligación legal de alimentos, dicho presupuesto, a diferencia de la necesidad del alimentista, no determina el momento a partir del cual deviene exigible y, por tanto, perfecta; ya que, dicha obligación, sólo se perfecciona por razón de la necesidad y, únicamente, se puede exigir desde el preciso momento en que el pariente se encuentra necesitado¹³⁹.

137-Así se pone de manifiesto, expresamente, por la glosa, como evidencia AZO, *Summa...*, ob. cit., pág. 192 a C. 5,25; ROFFREDUS, *Libelli iuris civ...*, ob. cit., c.112r-v. e, incluso por la Glosa *accursiana*, como reflejan las *gl. pro modo facultatum* a D. 25,3,5,7, la *gl. ex his* a D. 25,3,5,10 y *gl. etiam si potest* a D. 25,3,6.

138-Como señala, unánimemente, la doctrina, en este sentido BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 47; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 629; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 531; ALBALADEJO, ob. cit., pág. 19; LACRUZ, ob. cit., pág. 85...

139-En este sentido, como ya se hizo referencia, Sánchez Román afirma que la obligación de alimentos es perfecta y exigible desde el momento en que concurre el estado de necesidad. SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1264. Asimismo, la mayoría de la doctrina asimila el nacimiento de la obligación de alimentos, con el momento en que se produce el estado de necesidad, de este modo, tanto Mucius, como Albacar y Martín Granizo, dicen textualmente que, "El nacimiento del débito alimentario se opera con el de la necesidad para subsistir." MUCIUS, ob. cit., pág. 461; ALBACAR y MARTIN GRANIZO, ob. cit., pág. 950.

Así pues, se puede afirmar, que no es tanta la relevancia de la posibilidad económica del obligado en el iter de la obligación de alimentos, sobre todo, por cuanto se refiere al nacimiento de la misma; dado que, la ley únicamente supedita este, al termino inicial que supone la existencia de necesidad por parte del alimentista.

En este sentido, resulta axiomático, que el propio Código civil, en el artículo 148.1, al igual que su precedente, el artículo 74 de la Ley de matrimonio civil¹⁴⁰, circunscriba la exigibilidad de la obligación de dar alimentos, al único presupuesto de que *los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos*, evidenciando, que el nacimiento de la obligación de alimentos es consecuencia inmediata del estado de necesidad del alimentista, es decir, exigible desde el momento en que este se produce.

El inicio de la obligación de alimentos se produce, así pues, desde que el alimentista los necesitare, dado que, generalmente, la posibilidad económica del obligado a prestarlos, no goza de la misma circunstancialidad¹⁴¹, sino que, por el contrario, constituye, al igual que el parentesco, un hecho jurídico, que existe con anterioridad a este momento.

Así, se desprende, también, de la regulación de los diferentes Proyectos de Código civil, en los que la posibilidad del alimentante se contempla, exclusivamente, en sede de la extinción de la obligación de alimentos¹⁴² y, como criterio al cual se debe adaptar proporcionalmente su

¹⁴⁰-Vease en la nota 47.

¹⁴¹-En este sentido, como señala Sánchez Román, "la necesidad es el fundamento del derecho del alimentista á percibir los alimentos, y la falta de ella ó el ser imputable á dicho alimentista la subsistencia de la necesidad, son las causas de que se considere relevado del cumplimiento de dicha obligación y, por consiguiente de la duración de la deuda alimenticia." SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1258.

¹⁴²-Como se desprende de los artículos 72 del Proyecto de 1851, del artículo 99 del Proyecto de 1869, del artículo 75.1 de la Ley de matrimonio civil e igualmente de la Advertencia, al Anteproyecto de 1882.

cuantía¹⁴³.

En este sentido, ni siquiera el artículo 392.10 del Proyecto de 1836¹⁴⁴, cuando establece que la prestación de alimentos de los padres a los hijos legítimos tendrá lugar, *siempre que puedan proporcionárselos*, logra ensombrecer dicha trayectoria jurídica, ya que, este precepto, únicamente reitera la presencia de la posibilidad económica del alimentante, en cuanto requisito imprescindible para que tenga lugar la prestación.

Por otra parte, como se desprende, *a sensu contrario*, del párrafo segundo del artículo 152 del Código civil, al establecer que, "Cesará también la obligación de dar alimentos: 2º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.", la ausencia de posibilidad económica del alimentante representa, también, la extinción de la obligación de alimentos.

No obstante, a pesar, de que la escasez de recursos económicos, impide que una persona pueda prestar alimentos al pariente necesitado, subsistente el estado de necesidad del alimentista, la extinción de la obligación del deudor supone en este caso, el nacimiento de una nueva obligación de alimentos entre el mismo alimentista y un nuevo alimentante, el siguiente en la escala jerárquica, según el artículo 144 del Código civil, por supuesto, con disponibilidad económica. Por lo tanto, la falta de posibilidad del alimentante no determina el cese definitivo de la prestación de alimentos¹⁴⁵, que subsiste, mientras el alimentista se encuentre necesitado; sino que supone el inicio de una nueva

¹⁴³-Como evidencian los artículos, 329 del Proyecto de 1821, el 71 del Proyecto de 1851, el 98 del Proyecto de 1869, el 73 de la Ley de matrimonio civil y, por último la *Advertencia* al Anteproyecto de 1882.

¹⁴⁴-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 162.

¹⁴⁵-En este sentido, dice Sánchez Román, que "sólo cuando cese la necesidad del alimentista se producirá la extinción definitiva de la prestación de alimentos". SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1268.

obligación, distinta de la anterior, en cuanto que la novación en la persona del deudor, supone correlativamente, un contenido distinto, ya que, la cuantía de los alimentos se fijará en atención a la posibilidad del nuevo alimentante.

Así pues, se puede afirmar que, a pesar de serlo, como presupuesto constitutivo y extintivo de la obligación de alimentos, la posibilidad del alimentante, no entraña la misma relevancia jurídica que la necesidad del alimentista.

2.2.1.2-Como presupuesto de la cuantía de los alimentos

No ocurre lo mismo, como criterio proporcional al cual se debe adaptar la cuantía de los alimentos, ya que, según el artículo 146 del Código civil, la cuantía de los alimentos "será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe", sin distinguir entre ambos presupuestos, es decir, en idéntica medida.

La posibilidad del alimentante, representa, por tanto, uno de los criterios objetivos a los que debe atender el Juez para determinar la prestación alimentos, en base al D. 25,3,5,7(10,19,26) y de la Nov. 89,1,12,6.

Asímismo recogido por la tradición jurídica castellana, en concreto, la ley II, tít. XIX de la Partida IV, cuando establece, "deue cada uno fazer, segund la riqueza, e el poder que ouire..."

Constituye, también, un criterio incuestionable en cada uno de los Proyectos de Código civil, así se pone de manifiesto, desde un principio, en el artículo 329 del Proyecto de 1821, al establecer, que "la cuota de alimentos..., se determina por la posibilidad del obligado y por la necesidad del que los reclama"¹⁴⁶.

¹⁴⁶-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 55.

No obstante, es el artículo 71 del Proyecto de 1851, el primero en introducir la nota de la *proporcionalidad*¹⁴⁷, que se va a ir reproduciendo a lo largo de los sucesivos textos, el artículo 98 del Proyecto de 1869¹⁴⁸, el artículo 73 de la Ley de matrimonio civil¹⁴⁹ y, en la advertencia al Anteproyecto de 1882¹⁵⁰, hasta llegar al artículo 146 del Código civil.

Por otra parte, si tenemos en cuenta que los alimentos deben ser proporcionados no sólo a la necesidad del alimentista, sino a la posibilidad del alimentante y, por tanto, que no se circunscriben al mínimo indispensable para vivir, a excepción de los alimentos debidos entre hermanos, entendemos que la posibilidad del alimentista constituye el único límite a la cuantía de los mismos, como lo hace TEDESCHI¹⁵¹, en base al artículo 438 del *Codice civile*¹⁵², cuyo contenido coincide plenamente con el del artículo 146 del Código civil.

Pudiendo incluso determinar el modo de prestar la obligación, ya que, el alimentante puede verse obligado a prestar los alimentos *in natura*, es decir, "recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos", según el artículo 149 del Código civil, cuando la escasez de los medios económicos, le impidan satisfacerlos pagando una pensión en metálico.

147-GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46.

148-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 513.

149-Revista de los Tribunales, ob. cit., pág. 207.

150-LASSO GAITE, ob. cit.

151-"Le possibilità dell'obbligato...costituiscono il limite dell'obbligo alimentare." TEDESCHI, ob. cit., pág. 503.

152-El artículo 438 establece: "Essi devono essere assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle condizioni economiche di chi deve somministrarli."

2.2.2-El cómputo del *caudal o medios* del alimentante

La determinación de la posibilidad económica del alimentante supone, igualmente, un parámetro sumamente relativo, ya que, la ley, al igual que en el caso de la necesidad del alimentista, no concreta a que criterios se debe atender para evaluar los recursos de que dispone el alimentante, quedando nuevamente al arbitrio del Juez su valoración en cada supuesto concreto¹⁵³.

No en vano, subrayando el relevante papel que representa el criterio judicial, dice GUTIERREZ FERNANDEZ¹⁵⁴, "En el cumplimiento de esta obligación debe como, se ha dicho, dejarse mucho á la prudencia y mucho á la posibilidad."

No obstante, en una primera aproximación, se puede afirmar, que el *caudal o medios de quien los da*, lo integran, tanto, las rentas que se derivan de sus bienes y de su capital, como, los rendimientos que obtenga con su trabajo¹⁵⁵.

Sin embargo, la posibilidad económica del alimentante, según el párrafo segundo del artículo 152 del Código civil, es el resultado de detraer de la *fortuna del obligado a darlos*, lo imprescindible para atender *sus propias necesidades y las de su familia*.

153-MANRESA , ob. cit., pág. 832; ROCA JUAN, ob. cit., pág. 9; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 45; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 532...

154-GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 599.

155-Como pone de relieve la mayoría de la doctrina, en este sentido, PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 326; CASTAN TOBEÑAS, ob. cit., pág. 227; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 530...

2.2.2.1-La diferente valoración de los bienes y del capital

Al pago de los alimentos legales entre parientes no se encuentran afectados, por igual, los bienes y, el capital del alimentante.

Así pues, mientras que, en la determinación del caudal y medios de que dispone el alimentante, sólo se tendrán en cuenta los frutos y rentas que produzcan sus bienes y, no el valor de los mismos; por lo que respecta al capital, debe este computarse, al igual que sus rentas¹⁵⁶.

Ya que, el interés protegido por la obligación de alimentos, el derecho a la vida del pariente necesitado, es suficientemente relevante y, justifica, por sí mismo, el sacrificio del capital, siempre y cuando no haga peligrar la subsistencia del propio alimentante y, la de la familia que se encuentra a su cuidado, que, en base al párrafo segundo del artículo 152 del Código civil, representan intereses preferentes.

No obstante, el alimentante no se encuentra obligado a tomar dinero a préstamo, aunque pudiera pagarlo en un tiempo prudencial¹⁵⁷, dado que, la solicitud de créditos, además de no contar con apoyo legal alguno, podría poner en peligro la situación económica del alimentante y de las personas que se encuentran a su cuidado en un futuro.

Además, entendemos, que el deudor, en ningún caso, deberá vender su patrimonio para atender a la estricta¹⁵⁸ obligación de alimentos¹⁵⁹, a pesar, de ser considerable y, de escasos

156-LACRUZ BERDEJO, ob. cit., pág. 85; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 530; CASTAN TOBEÑAS, ob. cit., pág. 227...

157-Como señalan Kipp y Wolff, en relación a la legislación alemana. KIPP y WOLFF, ob. cit., pág. 227.

158-Al contrario de lo que ocurre en el caso de los alimentos que se deben para subvenir a las cargas familiares, como son los que se derivan del matrimonio, en el ejercicio del deber de socorro y ayuda mutuos y, como consecuencia de la filiación, para con los hijos menores de edad. Como evidencia BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit.

159-Como establece la mayoría de la doctrina, así, REVERTE, ob. cit.,

réditos¹⁶⁰, como se desprende de una larga tradición jurídica. En este sentido, a la cuestión formulada por él mismo, "an alimenta sint praestanda de pecunia redacta ex venditione rerum, an ex fructibus earundem?", contesta BARTOLUS¹⁶¹, "dic, quod ex fructibus, & redivitibus debent alimenta praestari." E, igual solución, se desprende de la glosa novena a la ley II, tít. XIX de la Partida IV, al establecer, "Debent alimenta taxari, et limitari pro modo redivituum, non pro modo valoris bonorum"¹⁶².

2.2.2.2-Los rendimientos del trabajo

Constituyen, igualmente, medios o recursos computables a efectos de determinar la cuantía de los alimentos, los ingresos netos o rendimientos que se deriven del trabajo del alimentante¹⁶³, entre los que se deben incluir, no sólo los rendimientos actuales¹⁶⁴, sino, también, los que pudiera llegar a procurarse según su capacidad o posibilidad de trabajar¹⁶⁵.

pág. 137; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 326; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 530...

160-Que "deben tasarse y limitarse en proporción de la renta de los bienes, y no por el valor que tengan estos en venta aunque los haya de mucha estima, los que podrán ser de escasos rédivitos.", dice GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 599.

161-BARTOLUS, Tract. de alimen..., ob. cit., núm. 52.

162-SANPONTS Y BARBA, MARTI DE EIXALA y FERRER SUBIRANA, ob. cit., pág. 1097.

163-En este sentido, al igual que la STS de 8 de abril de 1897, la SAP de Cáceres de 22 de febrero de 1989, RGD 1990, pág. 6218, incluye en el concepto "salario", los ingresos netos provenientes del sueldo o salario, entre los que se encuentran los pagos extraordinarios.

164-Como señala una parte de la doctrina, como PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 326; CASTAN TOBEÑAS, ob. cit., pág. 227; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 636; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 114...

165-Como señala DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 530.

No obstante, el deudor de los alimentos no se encuentra obligado a trabajar, para colocarse en la posibilidad de prestarlos¹⁶⁶.

Pués, no existe ninguna obligación jurídica, en este sentido, como la que existe para subvenir a las cargas familiares, es decir, para atender los alimentos conyugales que se derivan del matrimonio en el ejercicio del deber de ayuda y socorro mutuos y, los alimentos que se derivan de la filiación para con los hijos menores de edad que se encuentran a su cuidado¹⁶⁷; sino, en opinión de la mayoría de la doctrina italiana¹⁶⁸, únicamente, una obligación moral.

Del mismo modo, que tampoco puede exigírsele que cambie de trabajo, para dedicarse a una profesión más lucrativa¹⁶⁹.

Sin embargo, no puede permanecer ocioso para sustraerse al cumplimiento de la obligación alimenticia, una vez interpuesta la demanda e, incluso, desde que tenga conocimiento de la necesidad del alimentista, ya que, según el artículo 148 del Código civil, los alimentos son exigibles desde que el alimentista los necesitare.

Porque esta actitud, si que constituye un acto fraudulento, como todos aquellos otros que puedan haber llevado al alimentante a colocarse voluntariamente en la imposibilidad de prestarlos.

Y, en este sentido, entendemos, con LACRUZ¹⁷⁰, que la impugnación no puede excluirse desde el momento en que se pruebe el *consilium fraudis*, para lo cual no es necesaria la previa demanda, sino la necesidad actual o al menos

166-DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 531...

167-Como ha señalado la doctrina del Tribunal Supremo en las STS de 10 de enero de 1906 y de 24 de noviembre de 1920 y, así, lo entiende una parte de la doctrina, entre los que se encuentra, REVERTE, ob. cit., pág. 157.

168-TEDESCHI ob. cit., pág. 402; SECCO REBUTATTI, ob. cit., pág. 49...

169-Como señala REVERTE, ob. cit., pág. 157.

170-LACRUZ, ob. cit., pág. 86.

previsible¹⁷¹.

2.2.2.3-La disponibilidad económica del deudor de los alimentos

Pero, los alimentos no se prestan, propiamente, en atención al caudal y medios del alimentante, sino, según sus facultades, como se establece, en base al D. 25,5,7(10,19,26) y, en la Nov.98, durante la Glosa¹⁷².

"Prestari at debent alimenta p. modo facultatum", dice, en este sentido, AZO¹⁷³

Por lo tanto, el alimentante no puede disponer de todos sus medios o recursos económicos, sino, únicamente, de cuanto no repercuta en su propia subsistencia y la de su familia en sentido estricto, es decir, el núcleo familiar¹⁷⁴.

Así, se pone de manifiesto en el párrafo segundo del artículo 152 del Código civil, al establecer el cese de la obligación de alimentos, "Cuando la fortuna del obligado a darlos, se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia."

171-A pesar de que una parte de la doctrina considera, que, dado que la rescisión en fraude de acreedores exige que el acto o contrato que se impugne sea posterior al crédito del actor y, el abono a los alimentos nace a partir de la reclamación judicial, no pueden ser impugnadas las enajenaciones de fecha anterior a la demanda de alimentos o al reconocimiento de la deuda por el obligado, como COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 114.

172-Como evidencia, ROFFREDUS, Libelli iuris civ..., ob. cit.; c.12r-v, así como, la *gl. pro modo facultatum* a D. 25,3,5,7, *gl. ex his* a D. 25,3,5,10", *gl. etiam si potest* a D. 25,3,6. Y, defendida, incluso, por BALDUS, ob. cit., III, c.17 v. a D. 24,3,43 núm. 1 y, CINUS DE PISTOIA, In Codicem..., ob. cit., c. 312r. a C. 5,13,1,7 y, c.320v a C. 5,25,2...

173-AZO, Summa..., ob. cit., pág. 192 a C. 5,25.

174-"il faut donc tenir compte de ses ressources et de ses propres charges, que doivent d'abord être satisfaites.", como señala MALAURIE, ob. cit., pág. 450.

Precepto, que recoge, el sentir de la ley II, tít. XIX de la Partida Cuarta, cuando declara que *deue cada uno fazer, no sólo segund la riqueza, sino, según el poder que ouire.*

Que va a trascender e inspirar a la doctrina del XIX¹⁷⁵, como evidencia la tesis de GUTIERREZ FERNANDEZ¹⁷⁶, cuando señala, "mal podrá levantar obligaciones extrañas aquel cuyas rentas apenas sufragan las suyas más urgentes."

Así pues, se puede afirmar, que el alimentante quedará exento de cumplir la prestación de alimentos¹⁷⁷, no sólo cuando carezca del caudal y de los medios precisos para prestarlos, sino, también, cuando no pueda satisfacerlos sin desatender su propia manutención y las cargas familiares que recaen sobre él¹⁷⁸.

Pues, no cabe duda, que la caridad empieza por uno mismo¹⁷⁹ y, que el deber de velar por la propia existencia y por la de los que componen el hogar familiar¹⁸⁰, según advierte ROCA

175-"Pues el que no tienen más que lo suficiente para alimentarse á sí, no está tenido á alimentar á otro." SANPONS Y BARBA, MARTI DE EIXALA, FERRER SUBIRANA, ob. cit., pág. 1098.

En el mismo sentido, Garcia Goyena entiende por el caudal al que se refiere el artículo 71 del Proyecto de 1851 "el sobrante de las rentas después de cubiertas las necesidades absolutas y relativas del contribuyente, porque la caridad bien ordenada comienza por sí mismo." GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46.

176-GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 599.

177-Aunque la causa de extinción que contempla el artículo 152 en su segundo párrafo es provisional, hasta que el obligado vuelva a contar con medios suficientes, así pues, no se trata propiamente de extinción, sino de suspensión del derecho, dado que, no consiste en un impedimento de carácter definitivo y, tan pronto como las condiciones del alimentante mejoren deberá continuar cumpliendo con la obligación, como evidencian, PUIG PEÑA, ob. cit.; pág. 598; LACRUZ, ob. cit., pág. 90...

178-SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1267.

179-Como señala PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 580.

180-Como señala la mayoría de la doctrina,, el termino familia, al que se refiere el artículo 152.2 del Código Civil, incluye al cónyuge e hijos, es decir, los que normalmente viven en el hogar y, no cualquiera de los parientes que acrediten su derecho a los alimentos, como señalan SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1267; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 540; MUCIUS, ob. cit., pág. 475...

JUAN¹⁸¹, deben primar sobre el cumplimiento de los alimentos entre parientes.

181-ROCA JUAN, Notas sobre la determinación de la cuantía. Murcia 1971, pág. 7.

CAPÍTULO CUARTO

CAPITULO CUARTO: NATURALEZA JURIDICA DE LA OBLIGACION DE ALIMENTOS

1-LOS ALIMENTOS DEBIDOS ENTRE PARIENTES COMO OBLIGACION LEGAL

1.1-Naturaleza legal de la obligación de alimentos entre parientes

La obligación de alimentos entre parientes, como se desprende de su regulación en los artículos 142 a 153 del Código civil constituye, ante todo, una obligación legal, en el sentido del artículo 1090 del Código civil¹.

Los alimentos son, pues, exigibles, según dicho artículo, en cuanto que, expresamente determinados por el Código, se regirán por los preceptos del mismo.

Pero, no constituye una obligación legal cualquiera, ya

¹-En este sentido, el artículo 1090 constituye una manifestación del principio de legalidad, pues, se trata de un precepto sobre competencia normativa, como establece SALVADOR CODERCH, Pablo. *EL artículo 1090 del Código civil*. Revista Jurídica de Cataluña. Año LXXVII, núm. 3, Julio-Septiembre. Barcelona 1978.

que, además, lo legal impregna, totalmente, el régimen jurídico de la obligación, regulada y determinada, tanto objetiva, como subjetivamente por el Código civil.

En este sentido, sólo la concurrencia del parentesco (art. 143 CC), como presupuesto subjetivo y, de los presupuestos objetivos, posibilidad del alimentante y necesidad del alimentista (art. 146 CC), determinan la exigibilidad y, por tanto, el nacimiento de esta obligación (art. 148 CC), que se impone de forma imperativa a los sujetos obligados.

Asimismo, únicamente, las causas de extinción de la obligación, que establecen los artículos 150 y 152 del Código civil determinan el cese de misma.

Se encuentra, igualmente, regulados por ley, los elementos de la misma², tanto, la determinación de deudor y acreedor (art. 143) y, el orden de preferencia entre los mismos (art. 144), en el supuesto de pluralidad de sujetos obligados y beneficiarios (art. 145), como, el contenido de la prestación alimenticia (arts. 146 y 147).

Además, el Código civil contempla, incluso, alguno de los caracteres propios y específicos que conforman la naturaleza personalísima de la obligación de alimentos, como son la irrenunciabilidad, intransmisibilidad y la imposibilidad de que sea objeto de compensación (art. 151).

Por lo tanto, la ley no deja más juego a la autonomía de la voluntad, que la limitada facultad de elegir entre la doble modalidad de cumplimiento que prescribe el artículo 149 del Código civil, de forma, que el deudor podrá elegir entre

²-Amparándonos en la afirmación de Cicu, "Gli elementi del rapporto obbligatorio appaiono indiscutibili: una prestazione, e di natura patrimoniale; un diritto relativo, esercibile cioè contro una determinata persona." CICU, La natura..., ob. cit., pág. 149.

pagar la pensión, o recibir y mantener en su casa al alimentista³.

Se trata, pues, de una obligación eminentemente personal e indisponible, supuesto el marcado interés de orden público de los alimentos entre parientes, que la distancia del resto de obligaciones jurídicas patrimoniales⁴; de ahí, que se encuentre estrictamente reglamentada por la ley⁵.

En este sentido, a pesar, de su contenido puramente económico patrimonial, la obligación de alimentos entre parientes no se puede desvincular jurídicamente del libro I del Código civil, debido a su carácter personal o familiar, en tanto, que persigue una finalidad más trascendental que el interés puramente individual, al proteger un interés superior, como es el de la familia⁶.

Por otro lado, es, precisamente, el carácter legal de la obligación de alimentos entre parientes, el que permite distinguirla, del resto de obligaciones de alimentos que

³-Se trata, pues, como señala Beltrán de Heredia, "de una obligación creada, impuesta y regulada por ley sin que para nada intervenga en ella el principio de autonomía de la voluntad que constituye el substratum de todas las obligaciones patrimoniales del libro IV del C.c." BELTRAN DE HEREDIA, Pablo. La obligación de alimentos entre parientes. Universidad de Salamanca 1958, pág. 22.

⁴-Como señala BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 23.

⁵-Ya que, las normas que regulan el Derecho Familiar tienen la consideración de "imperativas e inderogables", pues, como señala Ogayar Ayllón, "En el Derecho de Familia hay una clara primacía del interés social sobre el individual, que impone fortísimas limitaciones al principio de autonomía de la voluntad". OGAYAR AYLLON, *Separación de hecho de los cónyuges y efectos que produce*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año CXXI. Tomo LXV. Reus S.A. 1972, pág. 40.

⁶-Dado que, como afirma De Castro, en el seno de la familia se forman y desarrollan sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas, las fuerzas y virtudes que necesita para mantenerse saludable y próspera la comunidad política." DE CASTRO, *Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, 1960, tomo V, volumen primero, octava edición, pág. 25.

pueden establecerse como consecuencia de la autonomía de la voluntad, constituyendo la base de la tradicional distinción entre alimentos familiares o legales y alimentos patrimoniales o voluntarios⁷.

Sin embargo, este carácter no sirve para deslindar los alimentos legales entre parientes, regulados en el título VI del libro primero del Código Civil, de los contemplados específicamente por el mismo texto legal que se derivan de otras instituciones jurídicas; ya que, se tratan, igualmente, de alimentos legales, los alimentos conyugales que se derivan del matrimonio, como consecuencia del deber de los esposos de ayudarse y socorrerse mutuamente (art. 68 CC), los alimentos paterno-filiales (art. 110 CC) que determina la filiación, los alimentos que debe el tutor procurar al tutelado (art 269 CC) y, los alimentos que se deben a la mujer embarazada, como protección al concebido (art. 964 CC).

1.2-Los alimentos ex officio iudicis

Sin embargo, no debemos desconocer, que, al margen de la pronta constatación de esta institución, que se remonta al Derecho Romano, su consideración como obligación civil es muy reciente.

⁷-Es el carácter legal de los alimentos entre parientes, el que permite a Sánchez Román distinguir entre alimentos familiares o legales, los cuales regulados por las leyes civiles se deben con carácter recíproco entre parientes y, alimentos patrimoniales o voluntarios, que constituyen un derecho patrimonial, que se regula por los principios y reglas del contrato o de la sucesión mortis causa. SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1226.

En este sentido, a pesar de que el Digesto, además de regular el legado de alimentos⁸, preveía, también, los alimentos entre parientes, bajo la rúbrica, "De agnoscendis, et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel liberis"⁹, el derecho a los alimentos, en este último caso, carecía de acción civil, de modo, que correspondía al *iudicis officio* decidir en cada supuesto fáctico, en base a una *extraordinaria cognitio*.

Así, se pone de manifiesto, también, durante el *Ius commune*¹⁰, periodo del que procede la distinción entre los alimentos *ex voluntate* y los alimentos *ex officio iudicis*.

Concretamente, es ROFFREDUS¹¹, el primero en clasificar y definir, los alimentos debidos *ex officio iudicis* y, aquellos otros, *legata vel constituta inter vivos*, en base a los *libelli* procesales.

Bipartición, que, también, van a adoptar los comentaristas, en especial BARTOLUS¹², al distinguir entre alimentos "tam ex iure naturali quam ex iure sanguinis et affectionis", tutelados *ex officio iudicis* y, los alimentos que se derivan "tam ex hominis mortui dispositine quam ex

⁸-D. 34,1. *De alimentis vel cibariis legatis*.

⁹-D. 25,3.

¹⁰-ROFFREDUS, *Libelli iuris...*, ob. cit., c.111; AZO, *Summa Institut...*, ob. cit., pág. 382 a Inst. 4,17; IACOBUS DE ARENA. *Commentarii in universum Ius civile*. 1541. Reimp. Anast. Bologna 1971. c.297r, núms. 27 a 32; ALBERICUS DE ROSATE, *Comentarii in secundam infortiati partem*. Venetiis 1586 Reimp. anast. Bologna 1978, c.11v. núm. 5 a D. 1,1,1,3; CINUS, *Lectura super Digesto vet...*, ob. cit., cc 22r. a 23r. nums.23 a 26 a D. 2,1,1; BARTOLUS, *Tract. de alim...*, ob. cit.; BALDUS, ob. cit., c.203v. núm. 7 a C. 5,11,1...

¹¹-En este sentido, establece, "licet non sint actiones, instar tamen actionum obtinent, sicut est officium iudicis, bonorum possessiones et Senatusconsulta". ROFFREDUS, *Libelli iuris...*, ob. cit., c.111 *de officio iudicis*.

¹²-BARTOLUS, *Tractatus de alim...*, ob. cit., núm. 1.

dispositine viventis".

El *officium iudicis*, previsto en materia de alimentos, constituía, por lo tanto, uno de los específicos supuestos de extraordinaria cognitio, que debía resolver el Juez en cada caso concreto y, como tal, representaba un remedio procesal, especialmente previsto por el Derecho Romano, para solventar la falta de acción¹³.

Pero, en cuanto, que no existía ninguna acción prevista para reclamar los alimentos entre ascendientes y descendientes, el *officium iudicis*, representaba la tutela jurídica de una obligación natural, pero, en ningún caso de una obligación civil.

Dice, así, Bartolus, "nota quod iudicis officio alimenta petuntur. Oppone quod non subsit obligatio nisi naturalis, l. 1 in fine, de iustitia et iure (D. 1,1,1,3), ergo non datur actio. Solutio: verum est quod non datur actio, sed officium iudicis, l. si quis per collusionem, 1 supra, de actione empti (D. 19,1,49), quod non presupponit aliquam obligationem civilem, l. si res, in fine, de legatis (D. 30,1,57)"¹⁴.

No obstante, esta consideración se debe, al hecho de que la doctrina continuaba anclada en las fórmulas romanas, ya que, en realidad, la concepción, como obligación natural de los alimentos entre parientes, no debe entenderse en el sentido actual, como evidencian CINUS¹⁵, ROFFREDUS¹⁶, al

¹³- "preter hoc sciendum quod in quibusdam casibus omnino deficiente actione imploratur iudicis officium loco actionis, licet non sit actio". AZO, ob. cit., pág. 382 a Inst. 4,17.

¹⁴-BARTOLUS, Tractatus de alimentis, ob. cit., núm. 17.

¹⁵-CINUS, Lectura super Digesto veteri, ob. cit., c.22r. núm. 21 a D. 2,1,1.

¹⁶-ROFFREDUS, Libellis iuris civilis, ob. cit., c.111.

señalar, que se trata de una obligación natural *quibus assistit* el mismo *ius civile*.

Así pues, a pesar, del inicial reconocimiento de la obligación de alimentos entre parientes como deber moral derivado de la procreación, por el cual *benefacientibus nobis benefacere tenemur*¹⁷, en realidad, el derecho a los alimentos se encontraba efectivamente tutelado por el *Ius gentium*¹⁸.

Por lo tanto, a pesar, de su inspiración en la *naturalis ratio*, los alimentos entre ascendientes y descendientes se encontraban especialmente tutelados, mediante la *extraordinaria cognitio* romana; dado que, la *aequitas* y la *charitas* derivadas del *Ius naturale* se aproximan al *Ius gentium*, debido a la destacada influencia cristiana en el Derecho justiniano¹⁹.

1.3-La razón natural de los alimentos entre parientes

No es extraño, pues, dada la influencia del Derecho Romano en la tradición jurídica castellana, que, a pesar del

¹⁷-*quae procedunt a iure naturali primaevae*, es decir, que se incluyen en el *omnium animantium*, como señala ALBERICUS DE ROSATE, *Comentarii...*, ob. cit., c.11v. a D. 1,1,1,3.

¹⁸-En este sentido, como señala Baldus, la obligación de alimentos se presenta como una obligación natural, *efficax ad agendum*, expresamente tutelada por el *officio iudicis*: "est redacta ad precepta iuris civilis et iuris civilis adminicula corroborata, ista parit obligationem efficacem ex qua iudicis officium introducitur". BALDUS, ob. cit., IV-2, c.37r a Inst. 3,13.

¹⁹-Como subraya BALDUS, al afirmar, "obligatio naturalis in foro canonico idem operatur quam in foro Iustianini obligatio civilis". BALDUS, ob. cit., VI c.203v. núm. 7 a C. 5,11,1.

reconocimiento explícito de los alimentos entre parientes²⁰, el título XIX de la Partida IV se inicie alegando:

"Piedad e debdo natural deuen mouer a los padres, para criar a los fijos segund su poder. E esto deuen fazer, por debdo natural. Ca si las bestias, que non han razonable entendimiento, aman naturalmente, e crian a sus fijos, mucho más lo deuen fazer los omes que han entendimiento e sentido sobre todas las cosas. E otrosí los fijos tenudos son naturalmente de amar, e temer a sus padres, e de fazerles honra e seucio, e ayuda en todas aquellas maneras que lo pudiesen fazer."²¹

Aunque, tal y como advierte GREGORIO LOPEZ²², en la glosa a esta ley, no es que los hijos esten obligados a alimentar a los padres por derecho natural, sino que dicha obligación se induce de la misma razón natural.

No obstante, a pesar de la regulación de los alimentos entre parientes en el Code²³, así como, de la consideración legal de dicha obligación entre los exégetas²⁴ y, al margen de la incorporación legislativa de la obligación de alimentos, con mayor o menor extensión a lo largo de los sucesivos Proyectos de Código civil²⁵, la mayoría de la

²⁰-Dado que, se trata de una institución reconocida y normada, no sólo en las Partidas, sino, en el Fuero Real, en las Leyes de Toro y, en la Novísima Recopilación.

²¹-LAS SIETE PARTIDAS, Glosadas por el lic. Gregorio LOPEZ, ob. cit., pág. 51.

²²-SANPONS Y BARBA, MARTI DE EIXALA y FERRER Y SUBIRANA, ob. cit., pág. 1096.

²³-En el Capítulo denominado *Des obligations qui naissent du mariage*.

²⁴-Así, dice Demolombe, "c'est en effet une obligation, toujours et dans tous le cas, purement légale". DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 81.

²⁵-Aunque ni el Proyecto de 1821, ni el de 1836 regulen de manera general la obligación de alimentos entre parientes, no se olvidan de incluir en su articulado la deuda recíproca entre padres e hijos; el primero en los

doctrina²⁶, con anterioridad a la promulgación del Código civil, continua haciendo hincapié en la inspiración o razón natural de los alimentos entre parientes.

En este sentido, como *natural*, define GUTIERREZ FERNANDEZ²⁷, la obligación de los padres de alimentar a sus hijos, cuyo origen procede de la necesidad y, de obligación *casi natural*, la de *ampararse entre hermanos*; evidenciando la relevancia del carácter natural, al señalar, que, a pesar, de que la ley *menos poderosa que la naturaleza*, dice, *no debe desconocer obligaciones que esta reclama a voz en grito, lo que se hace por conciencia no es menester, mandarlo*.

Sin embargo, a raíz de la promulgación del Código civil, se desvanece cualquier duda sobre la legalidad de la obligación de alimentos entre parientes, dada su concreta regulación en los artículos 142 a 153 del mismo.

art 325 a 329, ambos inclusive, y el segundo en el 180, 392 y 399. Por su parte, el Proyecto de 1851 contempla de un modo genérico la obligación de alimentos entre parientes (arts. 94 a 100). También el Proyecto de 1969 y la Ley de matrimonio civil de 1870 regulan esta obligación y constituyen la más completa construcción de la obligación de alimentos entre parientes hasta la promulgación del Código civil.

²⁶-En este sentido, Gómez de la Serna y Montalbán afirman: "La obligación de dar alimentos al hijo es una obligación natural impuesta a todo el que ha dado el ser a otro". GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALBAN, ob. cit., pág. 265.

Igualmente, dice Elias, "Los herederos del hijo no están obligados a continuar los alimentos que este daba a su padre "por oficio de piedad", sino en el caso en que este se hallase en suma miseria".

En la misma posición doctrinal se encuentra Romero Guinzo al distinguir entre alimentos que se deben por el oficio del Juez, dictándolo la misma equidad fundada en la razón de la propia sangre y la piedad, basándose en la ley 2, tít. XIX de la Partida IV y, "los que se deben por derecho de verdadera acción de contrato, ó última voluntad, que los constituyó"; afirmando, que "La obligación de alimentos proviene de la piedad y amor natural que la ley supone entre ellos". ROMERO GUINZO, ob. cit., pág. 48. Sin olvidar a Garcia Goyena, que, también, diferencia los alimentos entre parientes que se deben *ex aequitate, caritativae sanguinis* de los que proceden de pacto o contrato. GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 44.

²⁷-GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 596.

Pués, como señala, entre la doctrina italiana, CICU²⁸, el derecho a los alimentos, "piuttosto che fondato sul riconoscimento giuridico di un dovere morale fra persone legate da vincoli di sangue, come spesso si afferma, abbia la sa ragion d'essere nell'interesse della società alla vita dei suoi membri."

Por lo tanto, la obligación de alimentos tiene un único fin social, salvaguardar el derecho a la vida de la persona necesitada; satisfacción que se atribuye a la familia, en consideración al afecto existente entre sus miembros más próximos²⁹ y, de ahí, la especial protección que le dispensa el Ordenamiento jurídico.

No obstante, la finalidad ética y social a la que atienden los alimentos entre parientes no merma el carácter legal de la obligación de prestarlos, por el contrario, se trata de una obligación legal que se enmarca en el ámbito del Derecho de familia y, como tal goza de un marcado carácter de interés público³⁰.

²⁸-CICU, La natura giuridica... ob. cit., pág. 146.

²⁹-En este sentido, como señala, el mismo Cicu, "il soddisfacimento ne sia affidato anzitutto alla famiglia come organismo sociale, per ragioni varie di opportunità, fra le quali abbia parte rilevante anche l'affetto familiare." CICU, ob. cit.

³⁰-CICU, ob. cit., págs. 167 y 168.

2-RECIPROCIDAD DE LA OBLIGACION DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

2.1-Alcance de la reciprocidad de la obligación

Por otro lado, la reciprocidad del vínculo subjetivo que media entre las partes, el parentesco³¹, determina otro de los caracteres más peculiares que definen la naturaleza de la obligación de alimentos: la reciprocidad³², en tanto que, como señala el artículo 143 del Código civil, "están obligados recíprocamente a darse alimentos", todos los parientes expresamente determinados en el mismo.

Es, pues, la relación personal que une a alimentante y alimentista, la que imprime a la obligación uno de sus rasgos más característicos³³, dado que, la naturaleza recíproca de

³¹-Dado que, como señala Peyrefitte, "Les liens de parenté ou d'alliance étant réciproques, l'obligation alimentaire sera elle-même réciproque." PEYREFITTE, Léopold. *Considérations sur la règle aliments n'arréragent pas*. Revue Trimestrielle de Droit Civil 1968, pág. 288.

³²-Pues, como evidencia, en particular Gutierrez Fernandez, con anterioridad, incluso, a la promulgación del Código civil la reciprocidad de los alimentos paterno-filiales se desprende del hecho mismo de la paternidad, al afirmar: "es la paternidad, la causa filosófica de esta reciprocidad: si el padre debe alimentos al hijo á quien ha dado el ser, todo lo que haba el hijo es poco para procurar la felicidad del hombre que le ha dado la vida." GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 596.

³³-En este sentido, dice Delgado Echeverria, que la nota de reciprocidad se refiere exclusivamente a la relación del parentesco, "al vínculo u obligación potencial de alimentos", no a la obligación ya nacida. DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 524.



la misma, como afirma PEYREFITTE, "est l'expression juridique du devoir de solidarité familiale."³⁴

Se advierte, por lo tanto, que el régimen normal de ésta obligación no concuerda con el del resto de obligaciones estrictamente patrimoniales³⁵, ya que, la posición jurídica deudor-acreedor, en este caso no responde a la concepción normal del Derecho Patrimonial, dado que, la relación alimentante-alimentista no representa una situación entre intereses contrapuestos.

Por el contrario, el vínculo familiar que media entre ellos implica que la obligación de alimentos responda a un fin común a ambos: asegurar la digna subsistencia de los parientes más próximos³⁶.

En este sentido, pueden recaer sobre la misma persona, aunque en periodos de tiempo distintos³⁷, la cualidad de deudor y acreedor, pues el alimentista de hoy puede convertirse en el alimentista de mañana y, a la inversa³⁸.

³⁴-PEYREFITTE, ob. cit., págs. 288 y 291.

³⁵-Pues, "Non viene tutelato nel diritto alimentare familiare un interesse patrimoniale dell'alimentando, perchè in esso non vien tutelato un interesse privato egoistico esclusivamente proprio di lui ma direttamente e principalmente un interesse d'ordine superiore." CICU, ob. cit., págs. 167 y 168.

³⁶-En este sentido, dice Peyrefitte, "le lien alimentaire a pour fondement une oeuvre commune à réaliser: assurer à tous les membres du groupe familial une existence décente. Cette communauté de but implique une collaboration, une participation agissante des divers membres." PEYREFITTE, ob. cit., págs. 299 y 300. Afirma, asimismo, Cicu, "la comunanza di vita e di affetti, forse anche unitamente nell'idea di una certa comunanza patrimoniale... è il fondamento di un dovere reciproco di soccorso..." CICU, ob. cit., págs. 146 y 147.

³⁷-Dado que, "rien ne dit que ces qualités ne seront pas inversées dans un avenir plus ou moins proche", como señala PEYREFITTE, ob. cit., pág. 300.

³⁸-Como señala LACRUZ, ob. cit., pág. 77.

Por lo tanto, la reciprocidad de la obligación de alimentos entre parientes, no supone la bilateralidad, propia de las obligaciones patrimoniales sinalagmáticas, en el sentido del artículo 1124 del Código civil, ya que, no comporta una concatenación de relaciones jurídicas, la una subordinada a la otra³⁹.

No existe, entonces, correspectividad, dado que, en este caso, la reciprocidad significa que todos los sujetos obligados en virtud del artículo 143 del Código civil, cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos, tienen vocación a los alimentos⁴⁰; de ahí, que convenga, más bien, hablar de reciprocidad eventual de la obligación de alimentos entre parientes⁴¹.

Así pues, el derecho a los alimentos del alimentista actual no es ni siquiera fundamento del derecho del alimentante de hoy, alimentista del mañana, dado que, sólo su posterior estado de necesidad determinará la exigibilidad del actual alimentista, si dispone de medios en ese momento.

De modo, que cada una de las obligaciones nacidas es independiente y autónoma⁴², pues, incluso, la identidad de

³⁹-La reciprocidad, dice Beltran de Heredia, no se debe entender, "como vinculación, concatenación de relaciones de derecho, el uno subordinado al otro, sino que toda la relación obligatoria alimenticia y todos los derechos y deberes que de la misma surgen están conexionados orgánicamente por este carácter de reciprocidad." BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 16.

⁴⁰-En este sentido, "l'obbligo correlativo rientri in quella serie di obblighi che tendono a mantenere la coesione dell'organismo familiare.", como establece CICU, ob. cit., pág. 169.

⁴¹-Como acertadamente, hace, entre la doctrina francesa, Peyrefitte, al señalar, que "Cette réprocité éventuelle est l'expression de la solidarité qui doit exister entre les membres d'une même famille." PEYREFITTE, ob. cit., pág. 288.

⁴²-Por lo tanto, entendemos con Tamburrino, , que el carácter recíproco de los alimentos significa, "coesistenza allo stato potenziale di diritti del tutto distinti l'uno dall'altro, ciascuno del quali potrà concretizzarsi solo con il verificarsi di condizioni e requisiti che sono

los sujetos, aunque en posiciones alternas no implica la similitud de la prestación, ya que, esta dependerá, en cada caso, de las necesidades del nuevo alimentista y, de la posibilidad económica del actual alimentante⁴³.

La obligación de alimentos entre parientes es, pues, a priori recíproca, constituyendo éste un rasgo diferencial del resto de obligaciones de alimentos, no sólo de los alimentos voluntarios o pactados, sino, en especial, de las demás obligaciones legales de prestar alimentos que se derivan de otras instituciones jurídicas; como se pone de relieve ya entre los exégetas, al advertir LAURENT⁴⁴, que la reciprocidad permite distinguir la *dette alimentaire* del *devoir d'éducation*.

No obstante, excepcionalmente, como conviene la mayoría de la doctrina⁴⁵, la obligación de alimentos puede devenir unilateral en aquellos supuestos específicamente previstos por el Código civil debido a la mala conducta del alimentista, por un lado, cuando el alimentista es hermano y descendiente del obligado a darlos, ya que, no llega a nacer en el primer caso, según el artículo 143 *in fine* del Código civil y, se extingue en el segundo, en virtud del párrafo 5º del artículo 152 y, por otro, al cesar, también, ésta, cualquiera que sea el parentesco que medie entre las partes, en el caso de que el alimentista hubiera cometido alguna de las causas que dan lugar a desheredación, según el artículo

suoi propri ed autonomi." TAMBURRINO, ob. cit., pág. 27.

⁴³-Como establece, COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 26.

⁴⁴-Dado que, como señala Laurent, "la obligation relative à l'éducation des enfants...ne peut jamais être réciproque". LAURENT, ob. cit., pág. 70.

⁴⁵-Así LACRUZ, ob. cit., pág. 54; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 524...

152.4, como veremos con más detenimiento con posterioridad⁴⁶.

2.2-Incidencia de la legitimidad e ilegitimidad del parentesco en la reciprocidad de los alimentos ex lege

Sin embargo, a pesar, de constituir un rasgo consustancial a la prestación alimenticia desde un inicio, tanto en el Derecho Romano, como en el *Ius commune*, no se pueda hablar de total reciprocidad de los alimentos *ex officio iudicis*, en primer lugar, dada la unilateralidad con la que se prevee la obligación del marido de prestar alimentos a su mujer⁴⁷ y, en segundo lugar y, principalmente, por la distinta relevancia jurídica del parentesco legítimo e ilegítimo⁴⁸.

Por lo tanto, a pesar, de que, ya entre los glosadores, AZO⁴⁹ y ROFFREDUS⁵⁰, hacen referencia a la reciprocidad de los

⁴⁶-Concretamente, en el Capítulo sexto de este trabajo, en sede de extinción de la obligación legal de alimentos entre parientes.

⁴⁷-Ya que, a partir del Derecho Justiniano, sólo se contempla, expresamente, la obligación del marido de prestar alimentos a su cónyuge, no de alimentos debidos al hombre por la mujer, como se desprende del D. 24,3,22,7.

⁴⁸-Dado que, los padres y abuelos paternos sólo debían prestar alimentos a los descendientes legítimos, como se deduce del D. 25,3,5,1(2); en tanto que, en el caso de los hijos ilegítimos era la madre a la que correspondía la prestación de los mismos, al igual que a los ascendientes maternos, como se desprende del D. 25,3,5,19(24).

⁴⁹-AZO, *Summa Codicis...*, ob. cit., pág. 192 a C. 5, 25.

⁵⁰-ROFFREDUS, *Libelli iuris civilis...*, ob. cit., c.112.

alimentos entre parientes, dicho carácter se exceptua cuando se trata del vínculo ilegítimo, pues, mientras que, cualquier hijo se encontraba obligado a prestar alimentos al padre, este último no los debía al hijo natural, incestuoso o adulterino, en base al D. 25,3,4.

Asímismo ocurre, en la tradición jurídica castellana, pues, a pesar de que la ley II, tít. XIX de la Partida IV establecía, sin distinción alguna, "los fijos deuen ayudar á proueer a sus padres, si menester les fuere, pudiendolo ellos fazer; bien assi, como los padres son tenudos a los fijos.", no se encontraban obligados, ni el padre, ni los ascendientes paternos, a prestarlos, a los hijos y descendientes ilegítimos, como se desprende de la ley III del mismo título⁵¹, ya que , ni siquiera lo estaban a su crianza, sino es movidos por un sentimiento puramente natural, "assi como farian a otros estraños, porque non mueran."

Sin embargo, la distinta relevancia jurídica del parentesco legítimo e ilegítimo convive con la regulación de los alimentos entre parientes, hasta la Reforma de 1981 del Código civil y, ello no obsta, para que tanto a nivel jurídico, como desde el prisma doctrinal y jurisprudencial⁵² se haya ido ratificando el carácter recíproco de la obligación legal de alimentos.

En este sentido, desde un inicio, el artículo 327 del Proyecto de 1821 califica de recíprocos, los alimentos que se deben marido y mujer, así como a los alimentos paterno-filiales⁵³, sin esgrimir distinción alguna; carácter

⁵¹-Cuando establece, "Mas los que nascen de las otras mujeres, assi como de adulterio, o de incesto, o de otro fornicio, los parientes que suben por la liña derecha, de partes del padre, non son tenudos de los criar, si non quisieren".

⁵²-Como evidencia la Sentencia de 20 de octubre de 1924.

⁵³-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 55.

recíproco de los alimentos entre parientes, que, igualmente, se deduce de los artículos 392.10 y 399.2 del Proyecto de 1936, aunque la prestación alimenticia se circunscriba al parentesco legítimo⁵⁴.

"La obligación de dar alimentos es recíproca: los hijos y descendientes los deben respectivamente á sus padres y ascendientes", dice, asimismo, el artículo 70 del Proyecto de 1851⁵⁵, inspirado en el artículo 207 del Code⁵⁶.

Reciprocidad, que, también, predomina entre los exégetas, como evidencia la dura crítica que desata TOULLIER⁵⁷, cuando debido a la confusión entre la *dette alimentaire* y *le devoir d'éducation*, niega el carácter recíproco de los alimentos paterno-filiales, provocando la tajante réplica de MARCADE⁵⁸, en defensa de la reciprocidad de los alimentos legales⁵⁹.

⁵⁴-LASSO GAITE, ob. cit., págs. 162 y 163.

⁵⁵-GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 45.

⁵⁶-El artículo 207 dice: "les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques."

⁵⁷-En este sentido, resulta objeto de crítica la tesis de Toullier, dado que, la confusión entre ambas figuras le lleva a defender que, "la reciprocité de l'art. 207 n'est pas établie pour l'art 205, mais seulement pour l'art. 206; en sorte que si la loi oblige les père et mère à la dette d'aliments, ce n'est pas par cet art. 205, mais par l'art. 203." TOULLIER. ob. cit., pág. 457.

⁵⁸-De ahí que, Marcadé, criticando la peligrosa confusión entre ambas instituciones, conteste a Toullier, diciendo, "Si la réciprocity de l'art. 207 ne s'appliquait pas à l'art. 205, ce ne seraient pas seulement les ascendants supérieurs, mais aussi les père et mère eux-mêmes, qui seraient exempts de la dette alimentaire, une foris le devoir d'éducation rempli." MARCADE, ob. cit., pág. 536.

⁵⁹-"l'existence de la dette alimentaire entre tous ascendants et descendants est évidente par la simple lecture des deux articles 205 y 207", dice, pués, MARCADE, ob. cit.

Así, dice DELSOL⁶⁰, "La dette alimentaire est réciproque, de telle sorte que toute personne qui peut en être débitrice peut aussi en être créancier" y, "ce principe de réciprocité domine toute la matière".

El carácter recíproco de los alimentos se plasma, igualmente, en el artículo 96 del Proyecto de Código civil de 1869⁶¹, que reproduce, íntegramente, el contenido del artículo 70 del Proyecto anterior; pero, adquiere especial relevancia, en la Ley de matrimonio civil de 1870, que le concede la prioridad de un único y primer artículo⁶².

Es, precisamente, este artículo, el que da lugar al unánime reconocimiento doctrinal⁶³, de la reciprocidad de los alimentos, uno de los pilares capitales en materia de alimentos, según GUTIERREZ FERNANDEZ⁶⁴.

No obstante, a pesar, de que, ni en esta Ley, ni tampoco en los distintos Proyectos de Código civil, a excepción del de 1836, se diferencia entre filiación legítima e ilegítima, a nivel doctrinal subyace tal discriminación⁶⁵,

⁶⁰-DELSOL, ob. cit., pág. 228.

⁶¹-Ya que, el artículo 96 del Proyecto de 1869, se expresa en iguales términos, al establecer: "La obligación de dar alimentos es recíproca: los hijos y descendientes los deben respectivamente a sus padres y ascendientes." LASSO GAITE, ob. cit., pág. 513.

⁶²-Dice la Ley de matrimonio civil de 1870, en el primer artículo dedicado a la materia alimentaria, el art. 72, "La obligación de dar alimentos será recíproca."

⁶³-GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 45; GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 596; SANCHEZ DE MOLINA, José. El Derecho Civil Español, en forma de Código. Leyes vigentes, Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y opiniones de los Jurisconsultos, precedido de un repertorio alfabético y un apéndice. Segunda edición. Madrid 1873, pág. 55; HERRERO, Sabino, El Código Civil Español, recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Valladolid 1872, pág. 88; ELIAS, ob. cit., pág. 67...

⁶⁴-GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 622.

⁶⁵-En este sentido, Gómez de la Serna y Montalbán, ponen de relieve que

llegando, incluso, a afirmarse, que es "recíproca la obligación de alimentar algunos hijos", como lo hace ROMERO GUINZO⁶⁶.

Sin embargo, dicha doctrina no parece tener reflejo, en un principio, a nivel legal, ya que, el artículo 122 del Anteproyecto de 1882 continua regulando, de modo genérico, el carácter recíproco de los alimentos entre parientes⁶⁷; ni mucho menos, en la primera redacción del Código civil, en la que el artículo 143 se hallaba redactado en términos mucho más amplios, dado que, se reconocían alimentos, en igualdad de condiciones, a los hijos ilegítimos, legítimos y naturales, lo mismo que sucedía en el caso de los hermanos⁶⁸.

No obstante, a pesar, de que en el Código civil, en su redacción definitiva y, hasta la Reforma de 1981, los padres sólo debían a sus hijos ilegítimos, los auxilios necesarios para la vida, contenido, que, igualmente, se dispensa a la prestación de alimentos entre hermanos, esta distinta relevancia jurídica de la filiación legítima e ilegítima, tampoco, permite cuestionar el carácter recíproco de los alimentos⁶⁹, en cuanto que, sólo afecta al contenido o

el padre sólo tiene la obligación de alimentar a los hijos legítimos y legitimados, mientras que la madre debe alimentar a los hijos ilegítimos, a pesar de afirmar que "Las obligaciones de alimentar son recíprocas entre ascendientes y descendientes." GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, ob. cit., pág. 206.

⁶⁶-ROMERO GUINZO, ob. cit., pág. 46.

⁶⁷-Carácter recíproco de los alimentos, que se incorpora a dicho Anteproyecto, a raíz de la aprobación por la Sección, de la adición de un segundo párrafo, al apartado primero del artículo 122, siendo ponente Gamazo, el 18 de noviembre de 1881, como expone LASSO GAITE, Vol. I, ob. cit., pág. 413.

⁶⁸-Como hace hincapié MANRESA, ob. cit., pág. 813.

⁶⁹-Como evidencia, unánimemente, la doctrina, así, BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., ob. cit., pág. 16; LACRUZ, ob. cit., pág. 77; COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit., pág. 26; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 524...

cuantía de la prestación, no así, a la existencia o no del deber a prestarlos, como ocurría en la tradición jurídica castellana, directamente inspirada en el *Ius commune*.

Por lo tanto, en el caso de los alimentos que los padres deben a sus hijos ilegítimos, así como los que deben satisfacerse los hermanos, se puede hablar de una relajación del vínculo, no de la desaparición del mismo.

3-CARACTER GRATUITO DE LOS ALIMENTOS LEGALES

3.1-La ausencia de causa de la obligación legal de alimentos

A pesar, de que es evidente el carácter gratuito de los alimentos, en cuanto, que la prestación alimenticia del alimentante, destinada a la satisfacción de las necesidades del alimentista, no comporta ningún tipo de contraprestación⁷⁰, no se puede, en ningún caso, hablar de causa gratuita, ya que, la obligación de alimentos entre parientes carece de causa.

En este sentido, si tenemos presente, que en un sistema como el nuestro, en el que sólo son causados los negocios patrimoniales de carácter atributivo que implican un acto de

⁷⁰-Como señalan, BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 18 y COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 32.

disposición⁷¹, la causa se excluye del amplio número de obligaciones *ex lege*⁷².

Así pues, la obligación legal de alimentos entre parientes no tiene causa, en primer lugar, debido a que no se trata de una obligación asumida voluntariamente⁷³, sino de un acto jurídico debido, ya que, es la ley, la que impone al alimentante cumplir con su obligación⁷⁴.

Precisamente, por esta razón, el Código civil, al igual que todos los Proyectos que le anteceden, no hace mención alguna a la causa de los alimentos legales⁷⁵.

Sin embargo, quienes si se referían a la *pietatis causa* son los tratadistas del Derecho común⁷⁶, lo cual se justifica en la consideración misma de los alimentos *ex officio iudicis*, dado que, como ya se ha puesto de relieve, no constituían, propiamente, un deber jurídico, sino un deber moral, inspirado en el Derecho natural, que carecía de acción civil.

⁷¹-Según GETE-ALONSO, en ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY, Hans Carl. Derecho Civil. Parte General, tomo I, vol. 2º, Parte primera, Edit. Casa Bosch, Barcelona 1981, pág. 127.

⁷²-Tal y como establece LLACER MATACAS, Mª Rosa. *La causa del negocio jurídico*, en Derecho de la persona y negocio jurídico, por Maluquer de Motes, pág. 273.

⁷³-"La causa como fundamento jurídico de los efectos se predica de todas las obligaciones asumidas voluntariamente", dice GETE-ALONSO, ob. cit., pág. 125.

⁷⁴-Como evidencia LLACER MATACAS, ob. cit.

⁷⁵-Y, no sólo en la regulación de los alimentos entre parientes, sino en el resto de prestaciones específicas, que se derivan de otras instituciones jurídicas previstas por el Código civil.

⁷⁶-AZO, *Summa Codicis*, ob. cit., pág. 324 a C. 8,51(52); ODOFREDUS, *Lectura super Codice*, ob. cit., II. c.176v a C. 8,51(52),1, núm. 1; ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria*, ob. cit., c.33v, núm. 5 a D. 25,3,4; BARTOLUS, *Singularia*, ob. cit., c.118 núm. 170; BALDUS, ob. cit., VII, c.425r a C. 8,51(52) y c.425v a C. 8, 51(52),3 núm. 2...

Dice, en este sentido, SURDUS⁷⁷, "Multa privilegia collata vidimus causis, in quibus de alimentis tractatur, multaque a iure alimentorum fauore speciali ratione inducta passim legibus. Et illud est praecipuum, quod alimentorum causa dicitur pia & fauoralis, est".

Por otro lado, en segundo lugar, carece de causa la obligación de alimentos, puesto que, a pesar, de que el alimentista recibe una atribución patrimonial, no existe enriquecimiento⁷⁸, por cuanto, los alimentos tienden a una única finalidad, satisfacer las necesidades vitales de quien los recibe⁷⁹.

De ahí, que, según el artículo 1041 del Código civil, no esten sujetos a colación los gastos de alimentos, dada la finalidad de los mismos⁸⁰; en el mismo sentido, que el artículo 885 del Proyecto de 1851⁸¹, ya que, como afirma GARCIA GOYENA⁸², los alimentos "son menester para la vida del hombre."

Por último, no constituye un acto causado, por cuanto tampoco se da, propiamente, un acto de disposición, dado que, la prestación alimenticia no supone, para el que los da, un

⁷⁷-SURDUS, ob. cit., núm. I, privilegium I, tit. VIII.

⁷⁸-BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 18.

⁷⁹-En efecto, como evidenciaba Garcia Goyena, los alimentos ex lege, se deben ex caritateque sanguinis, de modo que, "nunca se deben sino por el rico al pobre". GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 44.

⁸⁰-Como establecía MANRESA, ob. cit., pág. 792.

⁸¹-El artículo 885 establecía, igualmente, "tampoco pueden sujetarse a colación los gastos de alimentos y educación...", ni "los gastos hechos por el padre en la curación de su hijo, ni los gastos de educación", como señalaba el artículo 886. GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 444.

⁸²-GARCIA GOYENA, ob. cit.

sacrificio asumido voluntariamente⁸³, sino un acto jurídico necesario; esa necesidad impide que exista ánimo de liberalidad del alimentante⁸⁴.

En definitiva, no existe, pues, *causa donandi*⁸⁵ en la obligación de alimentos, ya que, no supone un acto de liberalidad del alimentante, ni se produce un enriquecimiento para el alimentista⁸⁶.

3.2-Gratuidad de los alimentos legales

Sin embargo, la prestación legal de alimentos constituye un acto jurídico gratuito, que se satisface desde el momento en que el alimentista se encuentra necesitado y, en atención a dicha situación, no admite la repetición de lo prestado en este concepto; porque cuando el alimentante los satisface está cumpliendo con un deber legal⁸⁷, del mismo

⁸³-GETE-ALONSO, ob. cit., pág. 126.

⁸⁴-En este sentido, como señala Beltran de Heredia, "el espíritu de liberalidad no es libre y espontáneo, sino impuesto por la ley" BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 18.

⁸⁵-Como opina, entre los Pandectista, Glück, para quien, en el officium pietatis va implícito el *animus donandi*, ya que, la prestación se hace con la "evidente intenzione di donare". GLÜCK, Federico. Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del regno d'italia sotto la direzione di Filippo SERAFINI, Direttori Pietro Cogliolo e Carlo Fadda. Libro XXV, tradotto et annotato dal Prof. L. GIANNANTONI. Milano 1907, págs. 316 y ss.

⁸⁶-BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit.

⁸⁷-Pues, como reconocen Secco y Rebuttati, los alimentos, como toda prestación que nace de una obligación legal, no hace surgir un derecho de crédito a favor del alimentante; en cambio, no excluyen la posibilidad de

modo, que el alimentista recibe aquello a lo que tiene derecho en virtud de la ley.

Así se deduce, a *sensu contrario*, del propio Código civil, ya que, a pesar, de que el párrafo tercero del artículo 152 prevee la extinción de la obligación, cuando mejora la situación económica del alimentista, *de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia*, no señala, sin embargo, la obligación del alimentista de reembolsar al alimentante en concepto de los alimentos prestados.

En este sentido, el Código civil recoge una larga tradición jurídica, que se remonta al Derecho Romano⁸⁸ y, que se pone de manifiesto, especialmente, durante el *Ius commune*⁸⁹, en el que, tanto la *caritas sanguinis*, como la *pietas*, en sí misma, justificaban la gratuidad de la prestación de alimentos.

Gratuidad, que se pone de relieve, también, entre los exégetas, por LAURENT⁹⁰, cuando señala, "celui que a reçu les aliments ne peut pas être tenu à une restitution, dans le cas où il acquerrait quelque fortune"; "l'obligation cesse donc pour l'avenir mais la loi ne permet pas de répéter ce qui a été payé; et, d'après les principes généraux, il ne peut pas être question de répétition."

que constituya una obligación natural, la del alimentista convertido en rico hacia el pariente que por ley se vió obligado a prestarle alimentos. SECCO REBUTTATI, ob. cit., págs. 14 y 15.

⁸⁸-Como se desprende del D. 3,5,26(27); D. 3,5,33(34); D. 10,2,50; D. 25,3,5,14; C. 2,18(19); C. 4,28,5; C. 5,4,16; C. 8,51(52).

⁸⁹-Como evidencia, a *sensu contrario*, SURDUS, cuando establece, "Qui ex legis, vel hominis dispositione non tenebitur aliquem alere, si praestitit alimenta poterit illa repetere, quia praesumitur praestitisse animo repetendi, non donandi". SURDUS, ob. cit., tít. VI, quaest. I, núm. 1.

⁹⁰-LAURENT, ob. cit., pág. 107.

En este sentido, la gratuidad significa que el obligado en virtud de la ley, no puede reclamar del alimentista el equivalente de cuanto este le ha suministrado en concepto de alimentos, cuando este venga a mejor fortuna⁹¹, aunque, como ya hemos visto, no se puede hablar, propiamente, de causa gratuita de la obligación de alimentos.

4-EL REGIMEN MANCOMUNADO DE LA OBLIGACION DE ALIMENTOS

4.1-Previsión de la pluralidad de alimentistas y alimentantes en el Código civil

Asimismo, como cualquier obligación, la de alimentos comporta siempre una doble posición: acreedor-alimentista y deudor-alimentante, que no tiene porque coincidir con el número de personas que componen ambas partes⁹²; en este sentido, puede darse el caso de que exista una pluralidad de

⁹¹-Como señala BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit.

⁹²-Aunque, como se ha puesto de relieve con anterioridad, en este mismo Capítulo y, como acertadamente dispone, entre la doctrina francesa, Peyrefitte, "L'exécution d'une obligation alimentaire ne saurait être appréciée au regard du fonctionnement normal d'un rapport de droit commun. L'inversion dans le lien alimentaire des positions sociales de créancier et de débiteur, en est déjà un témoignage. De plus le lien alimentaire ne répond pas à la même idée directrice que le rapport obligatoire de droit commun." PEYREFITTE, ob. cit., pág. 299.

alimentistas o bien una pluralidad de alimentantes.

El Código Civil prevee esta situación, aunque regulando de forma más completa y detallada el supuesto en que concurren dos o más obligados.

Así pues, en el intento de simplificar, lo que bien podría representar una deuda compleja, el artículo 144 establece, en primer termino, un orden preferencial de alimentantes, como no, en atención al parentesco, cuando sean *dos o más los obligados*; pasando, seguidamente, el artículo siguiente, el 145, a preveer la posible concurrencia de varias personas, con idéntico vínculo subjetivo y, por tanto, igualmente obligadas; decantándose, también, en este caso, por un régimen más personalizado, como es el de la mancomunidad de deudores.

En cuanto, a la regulación de la pluralidad de necesitados, esta se relega a un sólo párrafo, el último del artículo 145, en el que únicamente prevee el supuesto de pluralidad de alimentistas de vínculo distinto y, por tanto, con diferente derecho a los alimentos, remitiéndose, casi por completo⁹³, al orden preferencial del artículo 144 del Código civil; omitiendo, cualquier referencia a la posible concurrencia de varios alimentistas con idéntico derecho a los alimentos.

⁹³-Dado que, a pesar, de remitirse al orden establecido en el artículo 144, el párrafo tercero del artículo 145, lo altera, cuando "los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél."

4.2-Pluralidad de sujetos obligados

4.2.1-Simplificación de la deuda alimenticia: el sistema preferencial del artículo 144 del Código civil

En primer lugar, con la finalidad de simplificar la posible deuda alimenticia compleja, el artículo 144 del Código civil establece, previamente, un orden preferente de deudores, al señalar:

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

1° Al cónyuge.

2° A los descendientes de grado más próximo.

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

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

4.2.1.1-La primacia de la obligación entre conyuges

Por lo tanto, en concordancia con el artículo que le precede, el artículo 144 del Código civil establece, que el

cónyuge es el primer obligado a prestar los alimentos, determinando, igualmente, la primacia del vínculo conyugal, con respecto al resto de parientes en línea recta; a pesar, de que los cónyuges se deben, propiamente, alimentos en las situaciones de crisis matrimonial.

Sin embargo, a pesar, de contar con el beneplácito de la mayoría de la doctrina⁹⁴, dicho precepto no adopta el criterio de proximidad del parentesco, ni se adecua a la *affectio sanguinis* que debe prevalecer en la obligatoriedad de la deuda alimenticia, ya que, de atender a ambos criterios, en el caso de existir varios sujetos obligados, la reclamación de alimentos, debería dirigirse, en primer lugar, a los familiares más próximos.

En este sentido, el vínculo paterno-filial es el principal por exigencias de la naturaleza humana, el que debería primar sobre la relación conyugal, tal y como se desprende de la trayectoria emprendida por el Derecho Romano⁹⁵, que continua subsistente durante el *Ius commune*,

⁹⁴-En este sentido, resultan notorias las alabanzas de Beltrán de Heredia, quien refiriéndose al citado precepto, lo define como de gran claridad y precisión por su relación con lo establecido en el artículo 143, que además, en su opinión, obliga principalmente a los que están por naturaleza más íntimamente ligados. BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 41. Comparte, también, esta opinión, Puig Peña, al entender, creemos erróneamente, que primero deben regir los lazos del matrimonio, pues la obligación de los esposos proviene del amplio y primordial deber de socorro. PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 592.

En la misma línea, que algún autor del XIX, entre los que se encuentra Manresa, que asimismo, defiende la prioridad de la obligación conyugal, dado que, marido y mujer constituyen una misma entidad, dice y, existe entre ellos el mutuo deber asistencia. MANRESA, ob. cit., pág. 825; e, igualmente, Mucius, quien, a pesar de poner de relieve que el orden marcado por el Código se halla en íntima relación con el fundamento de la sucesión legítima, indica expresamente, "a excepción hecha de los cónyuges". MUCIUS, ob. cit., pág. 455.

⁹⁵-Así, en el Derecho Romano, la deuda de alimentos se inicia y reconoce, en primer lugar, entre ascendientes y descendientes, D. 25,3,2(5),8 y, sólo en una época tardía, se hace cierta referencia a la prestación de alimentos entre esposos, D. 24,3,22,7. Como señala ALBERTARIO, ob. cit.

como evidencia BARTOLUS⁹⁶, al afirmar, "Et primo pater tenetur alimentare filium".

Y, como se pone de relieve, además, por la tradición jurídico castellana⁹⁷, dado que, tanto, la ley II, tít. XIX de la misma Partida IV, como la ley I, tít. VIII, del Libro III del Fuero Real, sólo se refieren a los alimentos entre ascendientes y descendientes, obligación, que se deriva, precisamente, del hecho de la crianza.

Asímismo, se contempla en el artículo 77 de la Ley de matrimonio civil⁹⁸, que, al igual que el artículo 97 del Proyecto de Código civil de 1869⁹⁹, a pesar, de constituir el más inmediato precedente del actual artículo 144 del Código civil, en cuanto contiene una prelación de sujetos legalmente obligados, no hace alusión alguna a la obligación entre cónyuges; de modo que, en defecto de ascendientes o descendientes, la obligación se extiende, únicamente, a los hermanos.

Así pues, la incorporación legal del cónyuge, como sujeto de alimentos, que tiene lugar, a partir de la promulgación del Código civil, se debe a la influencia del

⁹⁶-BARTOLUS, ob. cit., núm. 8.

⁹⁷-Mientras que, por el contrario, en las Partidas, no se reconocen los alimentos entre cónyuges, en tanto que, la ley VII, tít. II de la Partida Cuarta, sólo se refiere al deber conyugal de ayudarse y socorrerse mutuamente.

⁹⁸-El artículo 77 de la Ley de matrimonio civil, al establecer, "La obligación de satisfacer alimentos se extenderá, en defecto de ascendientes ó descendientes, ó por imposibilidad de satisfacerlos, á los hermanos legítimos, germanos, uterinos ó consanguíneos por el orden con que van mencionados en este artículo.", inserta, en un sólo precepto, el contenido actual de los artículos 143 y 144 actuales.

⁹⁹-Ya que, también, establece: "...a falta de padres y ascendientes, se extiende a los hermanos legítimos de doble vínculo, uterinos o consanguíneos, subsidiariamente por el orden que van expresados..." LASSO GAITE, ob. cit., pág. 513.

Code¹⁰⁰, aunque, se inspira sobre todo, en la opinión dominante de la escuela de la exégesis.

Dado que, a pesar, de que el Code¹⁰¹, no recoge la posibilidad de que existan varios alimentantes y alimentistas, ni consecuentemente un orden preferencial semejante al del artículo 144 del Código civil, prevalece entre los exégetas¹⁰², la máxima de que "le conjoint doit les aliments avant les parents", como pone de relieve MARCADE¹⁰³.

El artículo 144 del Código civil, por tanto, al establecer la primacia del vínculo conyugal, supone un precepto inédito, en atención a sus precedentes legislativos, en cuanto que, directamente inspirado en la doctrina francesa, es fruto de las sesiones del Congreso de abril, mayo y junio de 1988¹⁰⁴.

No obstante y, a pesar de que el criterio seguido por el Código civil, es también el adoptado por el *Codice civile*¹⁰⁵, así como por el *BGB*¹⁰⁶, entendemos que hubiese sido

¹⁰⁰-Como pone de manifiesto MANRESA, ob. cit., pág. 825.

¹⁰¹-Precisamente, oponiéndose, a la prioridad del vínculo conyugal en materia de alimentos entre parientes, evidencia Laurent, que el Code no recoge ningún orden sucesivo de sujetos obligados, ni existe constancia legal, ni principio, ni regla al respecto, por lo tanto, señala, "invoquent le lien intime et étroit que le mariage crée entre les époux qui, par leur union, deviennent une chair et une âme." LAURENT, ob. cit., pág. 89.

¹⁰²-Entre los cuales se encuentran, Demolombe, para quien "la dette de l'époux est certainement la première de toutes". DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 34.

¹⁰³-MARCADE, ob. cit., pág. 536.

¹⁰⁴-LASSO GAITE, ob. cit.

¹⁰⁵-El art 433 del *Codice civile* regula como personas obligadas, "...nell'ordine: 1) il coniuge;..."

¹⁰⁶-El art 1608 del Código civil alemán dice textualmente que el cónyuge del necesitado responde antes que los parientes de éste.

más consecuente seguir primando el parentesco en línea recta, ya que, la obligación entre ascendientes y descendientes debería constar en el primer apartado del artículo 144 del Código civil, no sólo por encontrarse más de acorde con los precedentes jurídicos del mismo, sino, en atención a la relevancia jurídica en materia de alimentos del vínculo paterno-filial.

Además, si tenemos en cuenta, que los cónyuges sólo se deben reclamar alimentos en situaciones de crisis matrimonial, parece más razonable que sean los hijos, así como los descendientes, los primeros beneficiarios-deudores de sus padres y ascendientes, respectivamente, dado el valor de la *affectio sanguinis* que fundamenta la obligación de alimentos entre parientes.

4.4.1.2-La anteposición de la obligación de los descendientes a la de los ascendientes, como consecuencia del principio *ubi emolumentum sucessionis ibi onus alimentorum*

En segundo lugar, a falta de cónyuge, o cuando este carezca de medios suficientes, según el artículo 144 del Código civil, la reclamación del alimentista deberá dirigirse a los descendientes de grado más próximo, anteponiendo ésta obligación a la de los ascendientes de grado más próximo.

Cuestion, que también se presenta sumamente controvertida, por cuanto, el artículo 144 sustituye el orden establecido en el artículo 77 de la Ley de matrimonio civil¹⁰⁷, anteponiendo la obligación de los descendientes a la

¹⁰⁷-Dado que, en la Ley de Matrimonio Civil de 1870, los ascendientes estaban obligados preferentemente.

de los ascendientes, en aplicación del viejo adagio latino *ubi emolumentum sucessionis ibi onus alimentorum*.

Tal y como se desprende del párrafo final del mismo artículo, puesto que, al señalar, que "entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos", parece aplicar, parcialmente, las reglas de la sucesión intestada en materia de alimentos¹⁰⁸.

De este modo, el Código Civil se distancia, nuevamente, no sólo de sus más inmediatos antecedentes jurídicos, como son el Proyecto de 1869 y la Ley de matrimonio civil, sino del propio *Ius commune*, en el que se consideraba que el alimentista debía dirigirse preferentemente al ascendiente más próximo, como pone de relieve BARTOLUS¹⁰⁹, al afirmar "prius debet petere a patre quam ab avo", "a patre prius quam a filio".

Y, una vez más, acoge la posición dominante entre los exégetas, que, a pesar de que el Código no se pronuncia¹¹⁰, sostienen que, "l'ordre dans lequel les parents ou alliés serant respectivement tenus de la dette alimentaire, doit être le même que celui admis par le Code en matière de successions: "Ubi emolumentum foret, ibi onus esse debet"¹¹¹.

¹⁰⁸-Como señala parte de la doctrina, así, MANRESA, ob. cit.; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 592; ALVAREZ CAPEROCHIPI, ob. cit., pág. 271...

¹⁰⁹-BARTOLUS, ob. cit., III, c.36r-v. a D. 25,3,8.

¹¹⁰-Dado que, como señala, Laurent, "L'équite exige que la charge incombe à celui qui a les bénéfices. Mais là n'est pas la question. Il faut voir si la loi consacre cette maxime. Or, il est évident qu'elle ne la consacre point...". LAURENT, ob. cit.

¹¹¹-DELSOL, ob. cit., pág. 228.

Pués, como afirma, entre otros¹¹², MARCADE¹¹³, "Il est bien juste que la cause qui engendre le droit de recueillir les avantages dans la prospérité, fasse naître aussi l'obligation de supporter les charges dans le malheur."

Sin embargo, la remisión a las reglas de la sucesión legítima, aunque quizás estuviese destinada a resolver el caso de concurrencia entre descendencia legítima y natural¹¹⁴, carece de sentido, después de la Reforma de 1981, una vez suprimida toda discriminación filial.

Así, se pone de manifiesto el propio legislador, pues, a pesar, de no tener la suficiente decisión para desterrar del Código civil este último párrafo del artículo 144¹¹⁵, rechazó una enmienda del Grupo socialista catalán al mismo, que intentaba ampliar las reglas de la sucesión intestada, como criterio para graduar la obligación de los alimentos a la línea colateral¹¹⁶; mostrando, así, una posición, sino de

¹¹²-O, como afirma Demolombe, "quem sequuntur commoda, eundem sequi debent incommoda." DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 34.

Pretende dicha teoría, dicen Aubry et Rau, tomar como punto de partida "...les principes généraux du Droit, les règles de l'équité et l'analogie des dispositions sur la délation et le partage des successions." AUBRY ET RAU, ob. cit., pág. 158.

¹¹³-MARCADE, ob. cit., pág. 538.

¹¹⁴-DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 527.

¹¹⁵-Quizás, con la mira puesta en el BGB, cuyo artículo 1606, no sólo antepone la obligación de los descendientes a la de los ascendientes, sino que establece la graduación entre los descendientes, según el orden sucesivo legítimo y en proporción a las porciones hereditarias, a pesar de que este criterio no rige para el caso de los ascendientes, ya que, responden antes los más próximos en grado.

¹¹⁶-Así, la enmienda 199 pedía sustituir la expresión del mismo, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos, por la expresión, los señalados en el artículo 952 del Código civil, con el motivo de que hubiera una "Concordancia plena entre los artículos 144 y 952, pues realmente los hermanos uterinos o consanguíneos a que se refería el texto pueden serlo matrimoniales y por tanto no concuerda con el orden de sucesión ab intestato, en el que se llama en último lugar a los hermanos de vínculo sencillo extramatrimoniales." BOE 10-10-79. núm. 71-I-2.

rechazo absoluto a la aplicación de las reglas de la sucesión intestada al orden preferencial a seguir en la determinación del sujeto alimentante, la intención de no ampliar la eficacia de este párrafo¹¹⁷.

Por otra parte, además, no se puede obviar¹¹⁸, que la dicción del último párrafo del artículo 144 no siempre concuerda con la exclusiva proximidad en grado que debe mediar, según el mismo precepto, entre ascendientes y descendientes; de modo que, pueden plantearse varios supuestos problemáticos, como ocurre cuando existen descendientes de grado desigual, dado que, si la obligación de alimentos se atribuye sólo a los más cercanos, este no es el criterio que inspira la sucesión abintestato, ya que, son llamados todos los que no tienen mediador entre ellos.

Asimismo, tampoco se acomoda al principio de proporcionalidad que debe presidir en materia de alimentos, ya que, entre los ascendientes y descendientes, debiera regularse la gradación de acuerdo a la situación económica de los mismos, como se pone de manifiesto, entre los exégetas, por LAURENT¹¹⁹, cuando establece:

"C'est le Tribunal qui, décidera qui, parmi, tous ceux qui doivent les aliments, doit supporter cette charge, il se décidera en tenant compte de la fortune des débiteurs."

117-Lo cual podría suponer, convertir a la obligación de prestar alimentos en una carga anticipada a la posibilidad de heredar y, en este sentido, serían las palabras de Delvincourt al afirmar que "cette obligation est donc une charge de l'hérédité". DELVINCOURT, ob. cit., pág. 92.

118-Como afirma DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., págs. 526 y 527.

119-LAURENT, ob. cit., pág. 90.

4.4.1.3-La subsidiaria obligación de los hermanos

En tercer lugar, por último, según el artículo 144 del Código civil, estarán obligados a prestar alimentos, los hermanos; relegando, lógicamente, al último puesto del orden preferencial que prescribe dicho artículo, la obligación entre colaterales de primer grado, amparado, no sólo en la proximidad del parentesco¹²⁰, sino, principalmente, en el contenido de la prestación, en tanto, que debiendo sólo los auxilios necesarios para la vida, de existir obligados en línea recta, no se puede privar al alimentista de la prestación de alimentos en sentido estricto.

El Código civil, por tanto, en éste artículo, continua concediendo a dicha relación, el mismo tratamiento que preceptua el artículo 143, el de obligación subsidiaria, que sólo deviene, en defecto de que el alimentista disponga de mejor derecho frente al resto de parientes obligados.

Pero, es que, además, a raíz de la Reforma de 1981, el legislador introduce, a su vez, una subgradación entre los hermanos, en atención al vínculo personal que media entre ellos.

En este sentido, mientras que el Código civil, en su redacción originaria, a pesar, de que sólo reconocía obligados a los hermanos legítimos, no distinguía como prioritaria la obligación de los de doble vínculo a la de los uterinos o consanguíneos, según evidencia no sólo la

¹²⁰-Pues, como dice Diez-Picazo, "La obligación va disminuyendo a medida que el grado de parentesco se aleja, hasta que termina por extinguirse."
DIEZ-PICAZO, ob. cit., pág. 50.

referencia genérica del artículo 144, anterior a la Reforma, a los hermanos, sino, en especial, el artículo 143 del mismo Texto¹²¹, la Ley de 13 de mayo de 1981, influenciada por la Ley de matrimonio civil de 1870, introduce en el artículo 144 el orden entre hermanos, previsto en el artículo 77 de ésta Ley¹²², estableciendo, que entre *hermanos* estarán *obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos*.

Por lo tanto, en el artículo 144 del Código civil, aun entre hermanos, la obligatoriedad de los alimentos se hace depender del mayor vínculo afectivo y familiar que supone el parentesco de padre y madre, frente al vínculo sencillo¹²³; colocando, en primer lugar, la obligación de los unidos por un vínculo doble y, relegando, al segundo, la de los que sólo lo sean de padre o de madre¹²⁴.

4.4.1.4-El respeto al orden de prelación del artículo 144 del Código civil

No obstante, a la hora de reclamar alimentos, el alimentista no se encuentra sujeto, de una manera estricta, al orden de prelación entre los obligados a prestarlos,

121-Por el contrario, en la redacción originaria del Código civil, el artículo 144.4 únicamente se refiere a los hermanos, mientras que, el artículo 143 tampoco distingue entre los hermanos de doble o vínculo sencillo, al establecer que "Los hermanos deben también á sus hermanos legítimos, aunque sólo sean uterinos ó consanguíneos, los auxilios necesarios para la vida,..."

122-Aunque no se puede decir, como hace Falcon, que el Código civil adopte el orden establecido por la Ley de matrimonio civil, aunque introduciendo alguna novedad, como es el caso de anteponer los descendientes a los ascendientes. FALCON, ob. cit., pág. 34.

123-DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 527.

124-Art 77: "à los hermanos legítimos, germanos, uterinos ó consanguíneos por el órden con que van mencionados en este artículo."

establecido en el artículo 144.

Así lo estima, tanto la doctrina¹²⁵, como la jurisprudencia¹²⁶, en la convicción, de que el respeto a dicho precepto nunca debe derivar en la interposición de procedimientos sucesivos, dado que, el alimentista puede dirigir la acción contra cualquiera de los obligados de grado posterior, con tal que justifique, que los alimentantes obligados con anterioridad carecían de medios para satisfacerlos; evitando, de este modo, al reclamante en estado de necesidad, el gravamen de promover una serie de procedimientos escalonados contra los distintos alimentantes, hasta llegar, al que por sus recursos económicos, pudiera sobrellevar la obligación.

Esta parece ser¹²⁷, asimismo, la solución que adopta el párrafo segundo del artículo 441 del Codice civile¹²⁸; texto en el que se inspiró el legislador español para introducir en nuestro Ordenamiento el orden preferencial del artículo 144, a pesar, de que el Código civil no contiene un precepto parecido, limitándose, sin embargo, a transcribir la dicción de su homólogo el artículo 433 del Codice italiano.

¹²⁵-MANRESA, ob. cit., pág. 825; MUCIUS, ob. cit., pág. 454; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 592; CALVO ANTON, Manuela. *Comentario a la Sentencia del T. S. (Sala Primera) de 13 de abril de 1991. Alimentos. Reclamación. Orden de prelación entre los obligados a prestarlos.* en Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense. Curso 1990-1991, pág. 407...

¹²⁶-Y, en la misma línea se mantiene el tratamiento que el Tribunal Supremo concede a dicho precepto, como se desprende de las Sentencias de 5 de abril de 1902; de 10 de enero de 1906; de 27 de abril de 1911; de 6 de junio de 1917; de 24 de noviembre de 1920; de 30 de abril de 1923; de 20 de junio de 1959 y de 13 de abril de 1991.

¹²⁷-Como hace hincapié CALVO ANTON, ob. cit., pág. 407.

¹²⁸-Al establecer, "Se la persone chiamate in grado anteriore alla prestazione non sono in condizioni di sopportare l'onere in tutto o in parte, l'obbligazione stessa è posta in tutto o in parte a carico delle persone chiamate in grado posteriore."

Por lo tanto, la existencia de un orden preferencial no impide el derecho a pedir alimentos a un grado de parentesco posterior, según el orden establecido en el artículo 144, de modo que, la concurrencia de varios obligados no excluye el derecho a pedir alimentos a uno sólo de ellos, pues, el demandado sólo podrá librarse de la carga, señalando bienes suficientes del obligado preferentemente, sobre el que pueda hacerse efectiva la demanda.

Sin embargo, aunque, debido a que el interés preferente del Ordenamiento jurídico es atender al estado de necesidad del alimentista, rara vez se rechaza una demanda por no haberse demandado a un orden preferente, o por no haberse demandado a todos los obligados¹²⁹, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1991, frecuentemente, "Se confunde la no exigencia de respetar escrupulosamente el orden del artículo 144 del Código privado con libertad plena, y que podría peligrosamente revestir la vertiente de caprichosa o malintencionada si se prescindiese de la necesaria justificación de la carencia de medios de las personas llamadas preferentemente."

Así pues, a pesar, de que el artículo 144 no impide al alimentista dirigirse directamente contra el obligado en grado posterior, el respeto a dicho precepto implica, que para que la demanda pueda prosperar, el Juez no debe tener duda alguna de la imposibilidad económica del resto de obligados preferentemente.

4.2.2-Su configuración como obligación mancomunada

No obstante, como ya se ha puesto de relieve, el orden

¹²⁹-ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, ob. cit., pág. 271.

preferencial establecido en el artículo 144 del Código civil no resuelve todos los supuestos de pluralidad de alimentantes, ya que, puede darse el caso de varios obligados, unidos por el mismo grado de parentesco e, igualmente obligados, para el cual Código civil, tratando, nuevamente, de simplificar la relación jurídica alimenticia prevee el régimen de mancomunidad.

En este sentido, el primer párrafo del artículo 145 establece:

"Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo.

4.2.2.1-La alternativa de la solidaridad entre los sujetos obligados, como consecuencia de la indivisibilidad del objeto

De este modo, el Código civil, rompe definitivamente con la discusión doctrinal¹³⁰, que se inicia durante la exégesis, a raíz de la tesis de POTHIER¹³¹, a favor de la

¹³⁰-En este sentido, como dice Manresa, dicho artículo "...ha venido a resolver las dudas suscitadas, reconociendo que la obligación alimenticia no es solidaria, sino mancomunada...". MANRESA, ob. cit., pág. 827.

¹³¹-Sin duda, es Pothier el máximo defensor de la solidaridad de la deuda alimenticia cuando concurre una pluralidad de sujetos, sin embargo, no se debe ignorar, como se desprende de sus afirmaciones, que Pothier conjuga el valor distintivo de las obligaciones solidarias: *solidum a singulis debetur*, con el criterio, *posición económica del alimentante*, primando este último, como se deduce de la alocución, "...cette dette est solidaire, lorque chacun des enfants a le moyen de payer toute la pension.". De modo que, siendo varios los hijos y todos con fortuna bastante para pagar toda la pensión de alimentos, deberán ser condenados a pagarla solidariamente, dice Pothier, dado que cada hijo con posibilidad económica, está individualmente obligado por derecho natural a satisfacerla, prestando a sus padres todo cuanto necesiten, no sólo una parte. Sin embargo, concurriendo otros hijos ricos, podrá el obligado

solidaridad de la deuda alimenticia; solidaridad, que se apoyaba, fundamentalmente, en la indivisibilidad de la prestación alimenticia, dada la confusión entre ambos conceptos.

En este sentido, a raíz del criterio adoptado por PROUDHON¹³², en favor de la naturaleza indivisible de los alimentos, en cuanto que dirigidos a satisfacer el sustento de la persona necesitada, no se pueden prestar a medias, tesis, que ya había adoptado, durante el *Ius commune* por SURDUS¹³³, como evidencia su alocución, "quod obligatio alendi sit individua", tiene lugar una importante polémica doctrinal a favor¹³⁴ y, en contra¹³⁵ de la solidaridad de alimentantes.

Así, mientras que, unos, como DELVILCOURT¹³⁶ y TOULLIER¹³⁷, aducen, que el hecho de que la prestación de alimentos sea indivisible supone, que mediando varias personas obligadas, estarán obligadas todas ellas por el

reclamarles que le presten ayuda, pero nunca liberarse con respecto a los padres del cumplimiento de toda la obligación. Cada hijo es pues deudor por el total, pero teniendo presente la posición económica del hijo, pues si uno de ellos no pudiese pagar el total, sólo estará obligado a pagar una parte. Si todos tienen medios con que pagar se les condenará por partes iguales, y si alguno no pudiese contribuir vendrán obligados los que estén en mejor posición. POTHIER, R. J. Ouvres de Pothier, contenant Les Traités du Droit Français. Nouvelle Edition. Tome Troisième. Bruxelles 1831, ob. cit., pág. 429.

¹³²- "l'obligation du débiteur est donc corrélatif à la vie du créancier", dice, pues, PROUDHON, ob. cit., pág. 447.

¹³³-SURDUS, ob. cit., tit. IX, quaest. XIII, núm. 6.

¹³⁴-Entre los que se encuentra, DELVILCOURT, ob. cit., pág. 87; TOULLIER, ob. cit., pág. 159; DEMANTE, ob. cit....

¹³⁵-Así DURANTON, ob. cit., pág. 341; MOURLON, ob. cit., pág. 379; LAURENT, ob. cit., pág. 93; DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 71...

¹³⁶-DEVILCOURT, ob. cit., pág. 87.

¹³⁷-TOULLIER, ob. cit., pág. 159.

total de la obligación; otros, como DURANTON¹³⁸, poniendo de relieve la confusión entre indivisibilidad y solidaridad, defienden la mancomunidad de la obligación de alimentos, a la vez que se muestra, aparentemente¹³⁹, a favor de la indivisibilidad natural de la misma, "parce qu'elle a pour objet quelque chose d'indivisible, la vie".

No obstante, la idea de solidaridad, que parece descartarse, a partir de la escuela científica, como evidencia PLANIOL¹⁴⁰, se ha abandonado, definitivamente, tanto, por la moderna doctrina francesa¹⁴¹, como, por la jurisprudencia¹⁴²; principalmente, dado que, según afirma

¹³⁸-DURANTON, ob. cit., pág. 341.

¹³⁹-Decimos, aparentemente, porque, en cambio considera que "celui à qui les aliments sont dus peut former sa demande contre tel ou tel de ceux qui sont tenus de les lui fournir...", es decir, prescindiendo del "litis consorcio pasivo necesario" que define la acción de las obligaciones mancomunadas indivisibles; si bien, le aconseja que dirija su demanda contra varios o todos los alimentantes, dado que la demanda contra uno sólo de los obligados le expone a obtener una pensión menos importante. Además, considera que debe ser el deudor demandado, quien introduzca en la causa al resto de alimentantes, "si celui qui est attaqué pour la totalité des aliments néglige de metre en cause ceux qui en devraient être aussi tenus, il doit s'imputer sa négligence, et il sera obligé de faire régler par le tribunal leur part contributoire."

Por el contrario, "s'il les met en cause comme il en a incontestablement le droit, le tribunal ne doit point prononcer de condamnation solidaire; qu'il doit, au contraire, déterminer le montant que chacun doit annuellement fournir d'après ses moyens comparés avec ceux des autres..." DURANTON, ob. cit., pág. 341.

De ahí, que quepa objetarle, que no lleve la indivisibilidad a sus últimas, ya que, se limita a caracterizar como indivisible la obligación de alimentos, pero sin aplicar en su integridad dicho régimen.

¹⁴⁰-Al establecer, "La dette alimentaire n'est donc pas solidaire...", PLANIOL, ob. cit., pág. 676.

¹⁴¹-PELISSIER, ob. cit., págs. 264 y ss; MARTY et RAYNAUD, I, ob. cit., núm.371; SAVATIER, ob. cit., núm.245...

¹⁴²-Como pone de relieve Pelissier, desde 1861 la Cour de Cassation rechaza el caracter solidario de la obligación de alimentos, pasando pocos años más tarde a afirmar que la obligación de alimentos no es solidaria, al respecto, Cass. civ. 15 de julio 1861, D.P. 1861, I, 469. Cass. civ. 5 de agosto 1894, D.P. 1895, I, 199; S. 1894, I, 436. Cass. Req. 6 mars 1895, D. 1895, I, 237; S. 1896, I, 232.

PELISSIER¹⁴³, "l'article 1202 du Code civil prévoit justement que la solidarité ne se présume pas. Il faut qu'elle soit expressement stipulée, ou prévue par une disposition légale. Or aucun texte législatif n'établit la solidarité."

Por tanto, dice este autor, "si l'on veut bien admettre que les dettes alimentaires constituent des dettes distinctes, et si d'autre part on ne découvre aucun motif d'ordre juridique pour justifier une condamnation au tout, force est bien de reconnaître que chaque débiteur alimentaire ne peut être condamné qu'à régler le montant de sa propre dette."

Igual ocurre, con respecto al carácter indivisible de la prestación alimenticia, no sólo por el rechazo de la mayoría de los exégetas¹⁴⁴, que se basan en la divisibilidad de la prestación¹⁴⁵, "car l'objet même de cette obligation est très-divisible"¹⁴⁶.

Sino, en cuanto que, también, se pone de relieve, por la escuela científica, dado que, como constata PLANIOL¹⁴⁷, no se puede obviar, que la prestación "consistait en prestations pécuniaires, et rien n'est plus facilement divisible que l'argent", al igual que ocurre con las prestaciones in

¹⁴³-PELISSIER, ob. cit.

¹⁴⁴-En este sentido, conviene señalar las palabras de Dumoulin: "Quamvis enim quis pro parte vivere non possit, tamen alimenta dividua sunt; id est, res quibus alimus pro parte sive ab uno sive a pluribus praestari possunt, ut natura et experientia docent..." DUMOULIN. *De Divid. et Indvid.* T. III, pág. 515.

¹⁴⁵-Así, Mourlon afirma, "la dette indivisible est celle qui n'est point susceptible d'exécution partielle; or la dette alimentaire, ayant pour objet une somme d'argent ou des aliments à fournir en nature, peut très-bien s'exécuter par partie; rien n'y fait obstacle." MOURLON, ob. cit.

¹⁴⁶-DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 71.

¹⁴⁷-PLANIOL, ob. cit.

natura, ya que, "elles sont nécessairement susceptibles de plus ou de moins, ce qui implique la indivisibilité."

Consideración que perdura, asimismo, con el apoyo de la Jurisprudencia¹⁴⁸, en la moderna doctrina francesa¹⁴⁹; así, dice PELISSIER¹⁵⁰, "la fourniture d'aliments se fasse en nature ou à l'aide de prestations pécuniaires, elle est dans tous les cas susceptible d'exécution partielle".

No obstante, a pesar, de que también la mayoría de nuestra doctrina¹⁵¹, apuesta por la divisibilidad de la prestación alimenticia, como lo hace, igualmente, la italiana¹⁵², no falta, quien, como SANCHEZ ROMAN¹⁵³, continúe defendiendo, que la prestación de alimentos legales es indivisible, tanto para el que los recibe, como para el que los presta, aunque, respecto de éste, sólo en la medida de los recursos o del caudal con el que cuenta; lo cual significa, para este autor, "que lo debido por alimentos de una persona a otra no puede ser satisfecho en parte, porque el derecho de alimentos se tiene ó no por entero por el que los percibe, y se debe ó no por entero por el que los paga".

148-Cass. Req., 15 juillet 1861, D.P. 1861, 1, 469; Cass. Req., 6 mars 1895, D.P. 1895, 1, 237; Nancy, 18 décembre 1919, D.P. 1920, 2, 101; Lyon, 13 de novembre 1952, D. 1953, 755.

149-MARTY et RANAUD, I núm.371; SAVATIER, núm.245; PELISSIER, ob. cit., pág. 265...

150-PELISSIER, ob. cit.

151-"Desde luego, la deuda es perfectamente divisible, pues que, por su objeto lo es, y lo es también por la presunta voluntad de las partes.", además, nada obsta en principio a la repartición de la deuda, dice PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 584.

152-Divisibilità de la obligación de alimentos, que aunque no se discute, ponen de manifiesto, entre otros, SECCO, Luigi y REBUTTATI, Carlo. Degli Alimenti, Commento del Titolo XIII del Libro I del Codice Civile. Prefazione di Riccardo Orestano. Milano, Dott.A.Giuffre.Editore, pág. 146.

153-SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1229.

4.2.2.2-Como obligación mancomunada parciaria

En efecto, cuando sean varios los sujetos obligados, como establece el artículo 145.1, en el último intento de personalizar la deuda alimenticia, se repartirá entre ellos el pago de la pensión de alimentos.

Por lo tanto, el supuesto de pluralidad de alimentantes se resolverá por las reglas propias de la mancomunidad de obligaciones; régimen de mancomunidad, que supone, tanto la existencia de deudas parcialmente distintas, como la independencia de las diferentes posiciones jurídicas, que resultan de la consideración de la titularidad pasiva como dividida¹⁵⁴.

De manera, que cada una de las titularidades representa una parte *ideal* de la deuda, como señala BADOSA COLL¹⁵⁵ y, consecuentemente, cada codeudor se encuentra legitimado pasivamente en la parte que le corresponde, en atención al artículo 1138 del Código civil.

Ciertamente, se trata de una deuda mancomunada parciaria, en cuanto que la prestación es objetivamente divisible¹⁵⁶, dado que, nos encontramos ante una obligación

¹⁵⁴-Como dice Badosa la cotitularidad "té una doble característica: la "parcialització" de la titularitat del crèdit o deute mancomunats i l'independència recíproca entre relacions individuals de titularitat". BADOSA COLL, ob. cit., págs. 115 y ss.

¹⁵⁵-Así dice Badosa que "cadascuna de les titularitats.... no abasten la integritat sinó només una part del crèdit o deute i que aquestes "parts" son independents entre sí", pero que no se trata de una división efectiva, sino de una *parcialització* ideal, porque la suma de todas las partes da lugar a la integridad o totalidad del contenido y de las legitimaciones activa o pasiva. BADOSA COLL, ob. cit., pág. 116.

¹⁵⁶-Dado que, es la prestación el elemento a partir del cual se

susceptible de cumplimiento parcial¹⁵⁷.

No consiste, por tanto, en una prestación de dar *cuerpos ciertos* (art. 1151 CC), ya que, el objeto de la misma se encuentra integrado por una pluralidad de prestaciones, que la hacen susceptible de cumplimiento parcial.

Sobre todo, si la modalidad de la prestación se concreta en una pensión económica, dado que, es el propio Código civil, el que prescribe, en el artículo 148, el cumplimiento parcial de la prestación, en cuanto, que la obligación recae sobre cosas fungibles, en las que la unidad resulta irrelevante¹⁵⁸.

E, igualmente, ocurre, cuando los alimentos se prestan *in natura*, ya que, también en este caso se concreta en una serie de prestaciones de muy variada índole, como es la

establece la divisibilidad o indivisibilidad de una obligación. Entendiendo por prestación la conducta a la que se atribuye la cualidad de jurídicamente debida, tal y como la definen BADOSA COLL, ob. cit., págs. 51 y ss y, ESPIAU ESPIAU, Santiago. Las obligaciones indivisibles en el Código Civil Español. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid 1992, pág. 41.

157-En este sentido, asentimos a la formulación de Espiau, cuando mantiene que la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación depende de la susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial de su prestación, siendo irrelevante la concurrencia o no de una pluralidad de sujetos, principio implícito que se desprende de las disposiciones del artículo 1151 del Código civil. ESPIAU ESPIAU, ob. cit.

Entendiendo por *susceptibilidad* de cumplimiento parcial que la prestación se puede realizar por una pluralidad de actos, como afirma ESPIAU, ob. cit., pág. 61; de ahí, que como dice Badosa, la "*susceptibilitat* o *indivisibilitat*, li atribueix llibertat de configuració, com a dividit o com a acte únic". BADOSA COLL, Ferran. Dret d'obligacions, ob. cit., pág. 142.

Así pues, la conducta puede realizarse en un sólo acto o por partes, porque la susceptibilidad de cumplimiento parcial implica discrecionalidad, *llibertat configuradora*.

158-En este sentido, como señala ESPIAU, "son susceptibles de cumplimiento parcial y, por tanto divisibles, las obligaciones que recaen sobre cosas fungibles, que se pesan o miden y, en las que la unidad es irrelevante." ESPIAU ESPIAU, ob. cit., pág. 99.

comida, el vestido, la habitación, la asistencia médica y la educación, susceptibles, asimismo, de cumplimiento parcial.

Así pues, presupuesta la concurrencia de una pluralidad de sujetos, la obligación de alimentos es susceptible de cumplimiento parcial, ya que, nada obsta, para que exista una relación de correspondencia¹⁵⁹, entre las partes, en que la obligación es susceptible de descomponerse y, las diferentes cuotas en que se divide la titularidad de la deuda.

En favor de la divisibilidad de la obligación de alimentos, se puede, además, constatar que no resulta aplicable a la misma el régimen de las obligaciones mancomunadas indivisibles.

En primer lugar, dado que, la negativa de uno de los codeudores a contribuir en su parte, no puede nunca suponer el incumplimiento total de la deuda alimenticia, como ocurre según el artículo 1150 del Código civil, en el caso de las obligaciones indivisibles.

Y, en segundo lugar, en cuanto que parece contraria a la finalidad de los alimentos legales, la regulación, que en caso de insolvencia, concede el artículo 1139 del Código civil, ya que, la insolvencia de uno de los deudores, no debe perjudicar en ningún caso la prestación alimenticia.

4.2.2.3-Mancomunidad parciaria, pero en atención a la posibilidad de los alimentantes

No obstante, no se trata de una obligación mancomunada dividida en partes iguales, ya que, los sujetos obligados

¹⁵⁹-A la que se refiere ESPIAU ESPIAU, ob. cit., pág. 99.

deben los alimentos a prorrata de su caudal respectivo¹⁶⁰, es decir, en proporción a los medios económicos de que dispone cada uno, sino, por lo tanto, de una obligación mancomunada, de deudores simple o a prorrata de su caudal respectivo¹⁶¹.

De este modo, la mancomunidad de la obligación de alimentos concuerda, perfectamente, con los presupuestos objetivos que dan lugar a la misma, lo cual resulta imprescindible, como ya, evidenciaba GARCIA GOYENA¹⁶², en el comentario al artículo 71 del Proyecto de 1851, a pesar, de que, ni dicho Proyecto¹⁶³, ni tampoco el Code¹⁶⁴, hacen referencia alguna al respecto.

Se encuentra influenciado, dicho autor, por la doctrina mayoritaria entre los exégetas, que defendían la mancomunidad parciaria de la deuda alimenticia, no sólo en base a la negación de la solidaridad, que se deduce del silencio de la ley, en concreto del artículo 1202 del Code¹⁶⁵, sino, también,

¹⁶⁰-BELTRAN de HEREDIA, ob. cit., pág. 41.

¹⁶¹-Por lo tanto, como bien decía, Demolombe "un seul principe est posé nettement par la loi, savoir: que le débiteur d'aliments ex officio pietatis, ne peut, en aucun cas, être condamné à les fournir que dans le proportion de sa fortune personnelle". DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 73.

¹⁶²-Así, dice, Garcia Goyena, que si fueran dos o más personas las obligadas a prestar alimentos, contribuirán en proporción a su caudal respectivo, es decir, de acuerdo a las reglas de la mancomunidad, ya que, el alimentista no puede dirigirse por el todo contra uno sólo de los alimentantes. GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46.

¹⁶³-Sin embargo, el artículo 71 del Proyecto de 1851 constituye fiel reflejo del citado 208 del Code, ya que, al igual que el Código Francés el Proyecto de Código español guarda silencio respecto a la mancomunidad y divisibilidad de la deuda alimenticia, limitandose a decir que: "Los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los da, y á las necesidades de quien los recibe." GARCIA GOYENA, ob. cit.

¹⁶⁴-Artículo 208 Code: "Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit."

¹⁶⁵-"Cependant il suffit d'ouvrir le Code Napoleon et de lire l'article 1202 pour se convaincre que la dette alimentaire ne peut pas être solidaire", dice LAURENT, ob. cit., pág. 93, ya que, "la loi est muette

en base al artículo 208 del Code, que regula los presupuestos objetivos, dado que, en cualquier caso, los alimentos se deben prestar de acuerdo a las necesidades del alimentista y, como no, a las posibilidades del alimentante¹⁶⁶.

En el Código civil, sin embargo, al igual, que en el Codice civile¹⁶⁷, el carácter mancomunado parciario, en atención a las condiciones económicas de cada alimentante se desprende del propio texto legal.

Ya que, según el artículo 145.1, el alimentista deberá repartir su pretensión entre los distintos obligados, de manera, que no podrá compeler a ninguno de los deudores a pagar más de la porción que les corresponde, atendiendo a las posibilidades económicas respectivas de cada uno.

Así pues, la deuda alimenticia se divide en tantas deudas distintas como alimentantes y, cada uno de ellos lo es únicamente de su parte, en virtud del artículo 1138 del Código civil.

El alimentista podrá, por lo tanto, bien, ejercitar una acción conjunta contra todos los deudores, facilitando la equitativa distribución de la deuda entre los distintos codeudores, así lo entiende, entre la doctrina francesa,

en ce qui touche la solidarité..." afirma DURANTON, ob. cit., pág. 341. Por lo tanto, en cuanto, que no puede provenir de pacto expreso, dado que, como señala Laurent, "il ne peut pas s'agir des conventions en cette matière, l'obligation étant légale...", LAURENT, ob. cit. "...car la solidarité, lorsqu'elle n'est point stipulée par les parties, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi, et dans l'espèce, cette disposition expresse de la loi n'existe point...", opina MOURLON, ob. cit., pág. 379.

¹⁶⁶-Como afirma Demolombe, "non seulement il n'y a aucun texte qui déclare cette obligation solidaire ou indivisible; mais un texte tout à fait contraire se trouve dans notre article 208...", artículo que no permite condenar en ningún caso al deudor más que en proporción a su fortuna personal. DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 71; opinión, que comparte DURANTON, ob. cit.

¹⁶⁷-Según se desprende del artículo 441 del mismo.

PELISSIER¹⁶⁸, que califica de *dette personnelle*¹⁶⁹, a la parte proporcional que corresponde a cada uno de los alimentantes, cuando el alimentista dirige una acción conjunta contra todos los deudores; O, bien, dirigirse a cada uno de ellos, para obtener el cumplimiento de la deuda, en la parte que les corresponda.

Pero, si se dirige contra uno de ellos por el total, éste, a pesar de no estar obligado por entero, en virtud del artículo 145.1 del Código, podrá poner en conocimiento del Juez la existencia del resto de codeudores, no sólo para facilitar la satisfacción de la necesidad del alimentista, sino para reducir el montante de su propia deuda, como se constata entre la moderna doctrina francesa¹⁷⁰.

Por lo que respecta a la cuantía de los alimentos y, aunque no lo prevea expresamente el artículo 146 del Código civil, en el caso de pluralidad de alimentantes, esta, también deberá determinarse atendiendo al caudal y medios de cada uno de los obligados.

De modo, que podrá determinarse, bien, sumando el caudal económico de todos los obligados, bien, realizando el promedio medio sobre la totalidad¹⁷¹; siendo el Juez, en última instancia, el que adopte el criterio que mejor se

¹⁶⁸-En efecto, dice este autor, "la mise en cause de tous les débiteurs alimentaires dans un procès facilite une juste évaluation des devoirs de chacun." PELISSIER, ob. cit., pág. 271.

¹⁶⁹-PELISSIER, ob. cit., pág. 269.

¹⁷⁰-En este sentido, RIPERT et BOULANGER, ob. cit., t. I, núm. 2067; PELISSIER, ob. cit., pág. 270...

¹⁷¹-La mayoría de la doctrina considera, que resulta más adecuada la primera solución, es decir que la cuantía se calcule sumando todos los caudales de los obligados, pues siendo varios obligados sería incongruente que el alimentista percibiera menos que si el obligado único fuera el más rico de ellos, en este sentido, LACRUZ, ob. cit., pág. 62; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 529...

adecue al principio de proporcionalidad.

Sin embargo, a pesar, del regimen mancomunado de la obligación de alimentos, la finalidad de la misma implica que este no pueda aplicarse en su integridad, como ocurre en el supuesto de insolvencia de uno de los alimentantes, ya que, al contrario de lo que ocurre en las obligaciones mancomunadas (art. 1139 CC), cuando uno de los obligados deviene insolvente y, dado que esta situación no debe perjudicar al alimentista, tendrá que ser cubierta por el resto de sujetos obligados, que se harán cargo de la deuda de su codeudor en proporción a su caudal respectivo.

Así pues, como establecen COLIN y CAPITANT¹⁷², a pesar, de tratarse de una obligación mancomunada, rigen en favor del alimentista algunas de las consecuencias fundamentales de la solidaridad.

No obstante, la insolvencia de uno de los deudores obliga a replantear la cuantía de la deuda alimenticia, sobre todo, en el caso de que esta se hubiera efectuado sumando los caudales respectivos de todos los alimentantes, ya que, según el artículo 147 del Código civil, la obligación de alimentos aumentará o se reducirá en atención al aumento o reducción de la fortuna del alimentante.

Además, el régimen mancomunado de la obligación de alimentos no impide, en favor del alimentista, que pueda, asimismo, uno de ellos pagar el total de la prestación, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás codeudores la parte que les correspondiese, ejercitando la acción de reembolso contra cada uno de ellos¹⁷³.

¹⁷²-COLLIN y CAPITANT, ob. cit., tomo I, págs. 719 a 720.

¹⁷³-Como afirma, entre la doctrina italiana, TEDESCHI, ob. cit.

4.2.3-Designación judicial de un único deudor

Por otro lado, sin perjuicio el régimen mancomunado pasivo de la obligación de alimentos, el Código civil legitima al Juez para que obligue, excepcional y, provisionalmente, a uno sólo de los deudores, a cumplir con el total de la obligación.

De este modo, el segundo párrafo del artículo 145 dispone:

"Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sólo de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda."

4.2.3.1-Excepcionalidad del arbitrio judicial

Sin embargo, éste artículo, a pesar, de constituir una excepción a la regla general, prescrita en el párrafo precedente, no supone, como señala la mayoría de la doctrina¹⁷⁴, la aplicación excepcional del régimen de solidaridad de deudores a la obligación alimenticia.

Precisamente, porque, según preceptua el Código civil, en éste caso, es el Juez, el que tiene la facultad de obligar

¹⁷⁴-SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1262; DE COSSIO, ob. cit., pág. 375; LACRUZ, ob. cit., pág. 78; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 43; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 32...

a uno de los alimentantes por el total de la deuda y, por tanto, el alimentista no puede dirigirse contra cualquiera de los deudores, como ocurriría si se tratara de una deuda solidaria¹⁷⁵.

Así pues, el artículo 145.2 del Código civil no modifica la naturaleza mancomunada de la obligación de alimentos, sino que, obedece al fundamento de la misma, proteger la vida del alimentista; en este sentido, con el fin de facilitar el eficaz y urgente cumplimiento de la deuda, se delega en la equidad del Juez para que pueda obligar a uno de los obligados, a prestarlos provisionalmente.

De ahí, por tanto, la excepcionalidad que envuelve la aplicación de dicho supuesto en el Código civil, dado que, exige la concurrencia de *urgente necesidad y circunstancias especiales*; criterios ambos, que, a pesar, del intento doctrinal por definirlos¹⁷⁶, quedan, sin embargo, al prudente arbitrio del Juez, que, siempre y cuando tenga en cuenta el interés prevalente del alimentista, dispone de discrecionalidad absoluta, en tanto que, como evidencia la Sentencia de 24 de mayo de 1933, su decisión no puede ser constitutiva de infracción legal que motive recurso de casación¹⁷⁷.

Al mismo arbitrio judicial, acudían, ya los clásicos,

¹⁷⁵-Así lo entienden, también, LACRUZ, ob. cit., pág. 78; COBACHO, ob. cit., pág. 32...

¹⁷⁶-En este sentido, Manresa señala como *circunstancias especiales* y por tanto que implican *urgente necesidad* el hecho de no estar presentes todos los obligados a la prestación de alimentos, por desconocerse el domicilio o paradero o por otros varios motivos, se viere imposibilitado el alimentista de exigirlos prestación de alimentos.... MANRESA, ob. cit., pág. 828.

¹⁷⁷-Pues, como afirman Cian y Trabucchi, "Nell'esercitare il proprio potere discrezionale il giudice deve tenere in considerazione prevalente l'interesse dell'alimentando." CIAN y TRABUCCHI, ob. cit., pág. 362.

como BARTOLUS¹⁷⁸ y SURDUS¹⁷⁹, dada su concepción indivisible de la deuda alimenticia para concentrar, en este caso con carácter definitivo, la obligación en uno sólo de los obligados, en un supuesto análogo, de concurrir una pluralidad de herederos obligados a satisfacerlos.

Criterio, al que, también, se remite LAURENT¹⁸⁰, de un modo general, debido al silencio del Code, al señalar, "c'est la Tribunal qui décidera qui, parmi tous ceux qui doivent les aliments, doit supporter cette charge, il décidera en tenant en compte de la fortune des débiteurs."

Sin embargo, en el artículo 145.2 del Código civil, la remisión a la equidad y buen criterio judicial tiene lugar, únicamente, cuando resulte imprescindible el pronto e inmediato cumplimiento de los alimentos y, por tanto, con carácter provisional.

En este sentido, el párrafo segundo del artículo 145 Código civil, a pesar, de constituir una novedad, con respecto a sus precedentes jurídicos, es similar al artículo 443.3 del Codice civile de 1942¹⁸¹, que, al igual que el

178-"Quero quid si relinquuntur alimenta, & sunt plures haered. instituti in testamento, ita quod sit incommodum legatariis convenire singulos haeredes, pro haereditaria portione, qualiter consuletur legatario? Dic quod iudex constituet, per unum haeredem illi praestari alimenta,..." BARTOLUS, ob. cit., núm. 19.

179-"Et ideo, quando sunt plures haeredes debitores prouidendum est, quod unus eorum subeat totum onus alendi,..." "Et tamen hoc est falsum, quia non onus exigitur in solidum, sed iudex ex officio compellit eos ad inuicem conveniendum, quod ab uno praestentur,..." "ubi ait, neminem ex pluribus cogi posse ad insolidum praestandum alimenta licet iudicis officio cogantur in unum convenire, eosque omnes refert," SURDUS, ob. cit., tít. IX, quaest. XIII, núm. 5.

180-LAURENT, ob. cit., pág. 90.

181-El art 443.3 señala: "In caso di urgente neccesità l'autorità giudiziaria può altresì porre temporaneamente l'obbligazione degli alimenti a carico di uno solo tra quelli che vi sono obbligati, salvo il regresso verso gli altri."

145.3 del Codice civile de 1865, precepto en el que se inspiró, sin duda, el legislador español, establece, que el Juez puede obligar *temporaneamente* a uno sólo de los alimentantes *in caso di urgente necessità*, a cumplir con el total de la deuda.

4.2.3.2-Provisionalidad de la decisión judicial

Por otra parte, dicho precepto, cuando establece, "sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda", reconoce la acción de regreso, acción a la que, también, se refiere, de modo expreso, el artículo 443.2 del Codice civile, cuando señala, "salvo il regresso verso gli altri".

En este sentido, el alimentante que realiza el pago sólo puede reclamar de cada uno de sus codeudores, la porción de deuda que le correspondiese.

Por el contrario, si nos encontrásemos ante una obligación solidaria, el deudor obligado podría subrogarse en la posición del acreedor y, dirigirse por el total de lo prestado, en concepto de alimentos, contra cualquiera de los obligados, dejando a salvo los efectos de la confusión en cuanto a su propia deuda, tal y como se desprende del artículo 1210.3 del Código civil.

Igualmente, a pesar, de no preveerlo el Código civil, parece lógico, que pueda ejercer la acción de regreso el codeudor que paga voluntariamente el total de la deuda¹⁸².

²-Como establece DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 530.

Sin embargo, no puede asimilarse este supuesto, al de la prestación de alimentos por un tercero¹⁸³, por algo tan simple como, que en este caso el alimentante se encuentra legalmente obligado.

La acción de reembolso de que dispone el deudor designado judicialmente se deriva, precisamente, del carácter provisional de la decisión judicial.

Y, dicha provisionalidad implica, además, que, si alguno de los deudores estuviera imposibilitado de cumplir con la obligación y, el Juez no lo hubiese excluido, previamente¹⁸⁴, la porción de dicho obligado se deba concentrar en la de los demás del mismo grado¹⁸⁵.

A pesar, de que algún autor, como Puig Peña, considera que si nada dispone el juez, es decir, de no concurrir los presupuestos predeterminados por el artículo 145.2, cuando uno de los obligados paga voluntariamente el total de la prestación, parece que no podrá repetir de los demás. PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 197.

¹⁸³-Aunque, algún autor, como De Cossio considera, que esta misma idea es la que inspira el artículo 1897. DE COSSIO, ob. cit., pág. 375..

¹⁸⁴-Ya que, como señala Puig Peña, el juez debiera excluir de la división a aquellos deudores imposibilitados de cumplir con la obligación, PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 197.

¹⁸⁵-Aunque, si no lo ha hecho y, ha obligado a uno sólo de ellos a prestar el total de la prestación, como afirma, Delgado Echeverría, la provisionalidad de la decisión judicial, obligará a concentrar la porción de aquel deudor imposibilitado en los demás del mismo grado. DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 529.

4.3-Pluralidad de parientes necesitados

4.3.1-Supletoriedad del orden preferencial del artículo 144 del Código civil

Como ya se señaló, con anterioridad, a diferencia del extenso tratamiento que concede al supuesto anterior, en el caso de existir un alimentante y varios alimentistas, el Código civil carece de una regulación específica, ya que, se limita a remitir supletoriamente al orden establecido en el artículo 144 del mismo, previsto para el caso inverso, de existir un alimentista y varios alimentantes.

En este sentido, el último párrafo del artículo 145 del Código civil establece:

"Cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél."

La aplicación subsidiaria del artículo 144, al supuesto en que el alimentante no dispone de medios económicos suficientes para atender a todos los parientes necesitados, con derecho a reclamarle alimentos, implica una solución idéntica; de modo, que como en el caso anterior, se deberá guardar un orden preferente, en atención a la proximidad del

parentesco¹⁸⁶.

No obstante, en este caso, el artículo 145.3 introduce una particularidad, con respecto al artículo 144, anteponiendo los alimentos debidos al hijo sujeto a su patria potestad, a los del cónyuge.

Particularidad, que, sin embargo, no modifica el orden establecido por el artículo 144, ya que, la obligación de alimentar al hijo sometido a patria potestad se deriva de esta misma institución, como consecuencia del artículo 154.1 del Código civil y, según se puso de relieve en el capítulo segundo de este trabajo, es distinta e independiente de los alimentos debidos a los hijos emancipados o mayores de edad, a los cuales se refieren los artículos 143 y 144 del Código civil.

Por lo tanto, el artículo el artículo 145.3 no indica una prelación entre distintos alimentistas, sino que se limita a precisar que el cumplimiento de los deberes que se derivan de la patria potestad, como consecuencia de la finalidad de protección y guarda debe prevalecer, respecto al de los alimentos entre parientes, pero, no sólo de los debidos al cónyuge, sino a los del resto de parientes del artículo 143, incluidos los alimentos que se deben a los hijos¹⁸⁷.

¹⁸⁶-Criterio, al que, también, acude el Codice civile, como se desprende del artículo 442 del mismo, que establece, "Quando piú persone hanno diritto agli alimenti nei confronti di un medesimo obbligato, e questi non è in grado di provvedere ai bisogni di ciascuna di esse, l'autorità giudiziaria dà i provvedimenti opportuni, tenendo conto della prosimità della parentela e dei rispettivi bisogni e anche della possibilità che taluno degli aventi diritto abbia di conseguire gli alimenti da obbligati di grado ulteriore."

¹⁸⁷-Sin embargo, a nuestro entender, tras la dicción expresa del Código civil, sin duda, se oculta la verdadera finalidad de anteponer la necesidad del hijo necesitado a la del cónyuge, aunque debiera suprimirse la mención *sujetos a la patria potestad*.

4.3.2-Las lagunas del artículo 145.3 del Código civil

Sin embargo, la remisión al artículo 144 del Código civil no permite solucionar, la posible concurrencia de dos o más alimentistas con idéntico derecho a los alimentos, por encontrarse en el mismo grado de parentesco.

Por lo tanto, en este caso, cuando el alimentante no disponga de recursos para atender la petición de todos ellos, aunque el Código no lo prevea expresamente, será el Juez, en última instancia, el que deberá decidir que deudas son preferentes y, ante la imposibilidad de guiarse, en este caso, por la proximidad del parentesco, deberá atender a otros criterios, como a la *urgente necesidad y circunstancias especiales* que pueden concurrir en cada caso concreto, dado el reconocimiento de los mismos, en el artículo 145.2 del Código civil y, además debería tener en cuenta la posibilidad, de cada uno de los alimentistas, de obtener alimentos de cualquier otro pariente obligado.

Criterios ambos, que adopta, expresamente, el Codice civile en el artículo 442, al señalar, de un modo genérico:

"Quando piú persone hanno diritto agli alimenti nei confronti di un medesimo obbligato, e questi non è in grado di provvedere ai bisogni di ciascuna di esse, l'autorità giudiziaria dà i provvedimenti opportuni, tenendo conto della prosimità della parentela e dei rispettivi bisogni e anche della possibilità che taluno degli aventi diritto abbia di conseguire gli alimenti da obbligati di grado ulteriore."

Dado que, a diferencia del Código civil, el Codice civile, no sólo dedica la misma extensión a la regulación de

la posible pluralidad de alimentantes, que al de la pluralidad de alimentistas, regulando ambos supuestos en los artículos 441 y 442, respectivamente; sino que, además, en este último caso, atribuye, la decisión al Juez y, fija los distintos criterios a los que debe atender, de manera concurrente¹⁸⁸.

5-RELATIVIDAD Y VARIABILIDAD DE LOS ALIMENTOS LEGALES

5.1-La relatividad de la obligación de alimentos

Asimismo, de acuerdo, no sólo, a la finalidad de los alimentos, sino en atención a sus presupuestos objetivos, la obligación de alimentos entre parientes constituye, por un lado, una obligación indeterminada en el tiempo, dada la imposibilidad de establecer *a priori*, tanto el inicio¹⁸⁹, como la duración de la misma y, por otro, una prestación de cuantía relativa, ya que, según el artículo 146 del Código civil, "la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien

¹⁸⁸-Como afirma TAMBURRINO, ob. cit., pág. 41.

¹⁸⁹-En este sentido, Cicu, citando al germanista Opet, pone de manifiesto, como este último, con el objeto de excluir la obligación familiar del concepto de obligación, sostiene la falta de un termino inicial de la obligación de alimentos entre parientes. CICU, La natura... ob. cit., pág. 165.

los recibe."

Relatividad temporal y objetiva, que definen a la prestación de alimentos, desde el inicio de su regulación¹⁹⁰, como pone de relieve SURDUS¹⁹¹, al señalar, "ita alimenta sunt incerta, respectu temporis, & respectu rei pro alimentis praestandae."

5.1.1-El carácter relativo como consecuencia de la proporcionalidad de los alimentos

La relatividad objetiva de la obligación de alimentos, por su parte, es consecuencia inmediata de la proporcionalidad que debe presidir la prestación alimenticia, de acuerdo a los presupuestos objetivos de la misma, en cuanto que, tanto la necesidad del alimentista, como la posibilidad económica del alimentante, representan situaciones de hecho esencialmente relativas y, por ende, variables.

La proporcionalidad de los alimentos tiene, por tanto, doble alcance, ya que, no sólo determina, en primer lugar, que la cuantía de los alimentos se fije, en virtud del artículo 146, de acuerdo *al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*¹⁹², sino que, en

¹⁹⁰-Así, se pone de manifiesto por el Digesto, en sede de tutela; "si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, deminui debent, quae decreta sunt, quemadmodum solent augeri, si quid patrimonio accesserit" (D.27,2,3,6).

¹⁹¹-SURDUS, ob. cit., tít. IX, quaest. XIII, núm. 10.

¹⁹²-Presupuestos objetivos, ambos, suficientemente reconocidos por todos los antecedentes jurídicos del Código civil, como se constata, tanto, en la tradición jurídica castellana, concretamente en la ley II, tít. XIX, Partida Cuarta, al señalar, "E esto deue cada uno fazer, segund la

segundo lugar, implica que la proporcionalidad deba mantenerse, a pesar, de las nuevas vicisitudes o circunstancias que puedan devenir, en el periódico cumplimiento de la obligación.

En este sentido, pues, la proporcionalidad, también determina la variabilidad de la obligación de alimentos, como establece el artículo 147 del Código civil¹⁹³.

Por lo tanto, entendemos, con SANCHEZ ROMAN¹⁹⁴, que "Bien pudiera ser el 147 la segunda parte del 146, en cuanto que se limita a resolver que las reducciones ó aumentos de la necesidad del alimentista y la fortuna del alimentante harán que se reduzca ó aumente proporcionalmente la deuda alimenticia, como consecuencia inevitable del criterio de proporcionalidad, deducido de ambas circunstancias".

Asimismo, igualmente relativa y, por tanto, variable es la cuantía de los auxilios necesarios para la vida¹⁹⁵, aunque lo sea parcialmente, dado que, éstos deberán fijarse y, por

riqueza, e el poder que ouire; catando todavia la persona daquel que lo dice rescibir, en que manera le deuen esto fazer"; como, durante el proceso de Codificación, como evidencian los artículos 71 del Proyecto de 1851 y el 98 del Proyecto de 1869, al establecer, "Los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quién los dá, y á las necesidades de quien los recibe."

Dichos presupuestos, cuentan, además, con la mención, unánime, de la mayoría de la doctrina, como GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 622, para quién, la proporcionalidad de la prestación constituye doctrinal capital, en materia de alimentos; GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46; ELIAS, ob. cit., pág. 68; MANRESA, ob. cit., pág. 831...

¹⁹³-Puesto que, como afirma Peyrefitte, si bien "le montant de la prestation doit être proportionné aux besoins du créancier et aux ressources du débiteur. Toute variation soit dans les besoins de l'un, soit dans les ressources de l'autre, entraîne une modification du quantum des aliments. L'obligation est donc variable et intermittente dans son exigibilité." PEYREFFITE, ob. cit., pág. 289.

¹⁹⁴-SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1263.

¹⁹⁵-A pesar, de la oposición de parte de la doctrina, como PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 327.



tanto, serán proporcionales, en atención a uno sólo de los presupuestos objetivos del artículo 146 del Código civil, a las necesidades de quien los recibe.

En este sentido, pues, únicamente, aumentarán o disminuirán, en atención al aumento o disminución de dicha situación de hecho.

5.1.2-Relatividad de los presupuestos objetivos

La relatividad de los presupuestos de la obligación de alimentos, al igual que la variabilidad, se derivan, precisamente, del contenido de la obligación, en cuanto que, dirigida a la satisfacción de las necesidades vitales del alimentista, consiste en distintas y variadas prestaciones tendentes a este fin (art. 142 CC).

En este sentido, constituye un presupuesto esencialmente relativo y, por tanto variable, el estado de necesidad del alimentista.

Así, lo entendían, también los exégetas, puesto que, si el contenido de los alimentos se integra por todo lo necesario para la vida y, dado que, como afirma TOULLIER¹⁹⁶, "ces besoins n'ont rien d'absolument fixe...", "il n'y a donc jamais rien de définitif ni d'irrévocable en cette matière", dice DEMOLOMBE¹⁹⁷.

No obstante, si relativo es el estado de necesidad del alimentista, no lo es menos la posibilidad del alimentante¹⁹⁸,

¹⁹⁶-TOULLIER, ob. cit., pág. 158.

¹⁹⁷-DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 79.

¹⁹⁸-Puesto que, como señala Peyrefitte, "le débiteur doit pouvoir satisfaire la prestation sans être pour autant obligé de s'appauvrir."

ya que, ambos presupuestos constituyen un cuestión de hecho, a dilucidar en cada supuesto concreto por el Tribunal juzgador¹⁹⁹.

El Código civil, pues, no establece unos criterios fijos e inmutables, a efecto de determinar los medios de que dispone el alimentante y las necesidades del alimentista, sino que los deja al prudente arbitrio judicial, en atención a las particulares circunstancias de cada supuesto concreto²⁰⁰.

En este sentido, la proporcionalidad de los alimentos se conjuga con el criterio de *flexibilidad*²⁰¹ de que dispone el Juez, ya que, en última instancia, se debe a su decisión la determinación del *quantum* de los mismos²⁰²; como se desprende del hecho de que la cuantía no sea, ordinariamente, susceptible de ser discutida en casación, sino mediante recurso extraordinario, cuando resulte evidente y notoria la desproporción entre las necesidades del alimentista y posibilidades del alimentante y, sólo de existir documentos o actos auténticos, que demuestren un error de hecho en la apreciación de las pruebas, todo lo cual afectaría a la sentencia dictada por infracción de ley, según la STS de 5 de diciembre de 1911.

PEYREFITTE, ob. cit., pág. 289.

¹⁹⁹-Así pues, "ils ont toujours quelque chose de relatif, et la mesure en est nécessairement abandonée à la prudence du magistrat...", dice TOULLIER, ob. cit., pág. 158.

²⁰⁰-DE COSSIO, ob. cit., pág. 374.

²⁰¹-Como señalan BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 27; REVERTE, ob. cit., págs. 134 y 135.

²⁰²-En este sentido, como establece Duranton estas circunstancias, "ils varient encore suivant l'âge de la personne, l'état de sa santé, le lieu qu'elle habite, et mille autres circonstances dans l'appréciation est nécessairement soumise à la sagesse et à la prudence des tribunaux. La loi n'a pu établir à cet égard que des principes généraux." DURANTON, ob. cit., págs. 335 y 336.

No obstante, según demuestra la jurisprudencia²⁰³, la decisión del Juez, en orden a cuantificar la posibilidad del alimentante y la necesidad del alimentista, no está exenta de problemas²⁰⁴, ya que, debido, precisamente, a la relatividad de dichos presupuestos objetivos, éste se encuentra obligado a acudir a medios indirectos e indiciarios²⁰⁵, como problemática resulta, también, la actualización de la pensión a las nuevas circunstancias de hecho.

5.2-Variabilidad de la cuantía de los alimentos

5.2.1-Variabilidad debida a la modificación de los presupuestos objetivos

Por otro lado, en atención a la alteración de los presupuestos objetivos²⁰⁶, la obligación de alimentos se

203-Según las Sentencias del TS de de 11 de abril de 1894; de 15 de diciembre de 1896; de 11 de octubre de 1899; de 5 de junio de 1900; de 5 de mayo de 1903; de 30 de enero de 1904; de 21 de marzo de 1906; de 29 de marzo de 1916; de 6 de junio de 1917; de 20 de febrero de 1925; de 27 de junio de 1930; de 20 de diciembre 1932; de 16 de febrero de 1942; de 24 de junio de 1946; de 13 de abril de 1951; de 28 de junio de 1951; de 21 de diciembre del mismo año; de 24 de febrero de 1955; de 30 de octubre de 1974; de 24 de marzo de 1976; de 25 de noviembre de 1985; de 21 de noviembre de 1986.

204-Como evidencian, especialmente, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 939; ALVAREZ CAPEROCHIPI, ob. cit., pág. 267...

205-Como pone de manifiesto la jurisprudencia del TS, en las SS. de 30 octubre de 1974; de 24 de marzo de 1976; de 21 de noviembre de 1986 y, de 25 de noviembre de 1985.

206-En este sentido, como señala Tamburrino, la variabilidad de la prestación de alimentos se deriva de la posibilidad de cambio del objeto, en correlación a la modificación que sus elementos pueden adquirir con el

trata, igualmente, de una deuda variable²⁰⁷, ya que, tanto, la necesidad del alimentista, como, la posibilidad del alimentante representan circunstancias de hecho que pueden modificarse con el paso del tiempo²⁰⁸.

El artículo 147 del Código civil regula dicha posibilidad al establecer, que los alimentos "se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos."

La variabilidad de la cuantía es, pues, consecuencia inmediata de la proporcionalidad que debe prevalecer en el periódico cumplimiento de los alimentos, por cuanto, la cuantía que se fija en un principio no adquiere carácter definitivo²⁰⁹, sino que, podrá aumentar disminuir en atención a la variación de las circunstancias objetivas.

Consecuentemente, la sentencia que determina la cuantía de la pensión de alimentos no produce el efecto de cosa juzgada, dado que, se trata de una decisión enteramente revisable²¹⁰, cuando varien los presupuestos objetivos a los

tiempo. TAMBURRINO, ob. cit., pág. 27. Asimismo, dice Barassi, la medida de los alimentos variará cuando se modifiquen las condiciones económicas de quien los suministra o de quien los recibe. BARASSI, ob. cit., pág. 325.

207-Según declara la doctrina, así, BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit, págs. 44 y ss; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 532; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 637; REVERTE, ob. cit., pág. 138; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 25...

208-Como señala, Planiol, "les besoins de l'un et les ressources de l'autre sont nécessairement variables. PLANIOL, ob. cit., pág. 674.

209-Como afirma Puig Peña, "el aumento o disminución de las cargas de la familia, la oscilación en el coste de la vida, la adquisición de una enfermedad,... serán circunstancias que determinarán una variabilidad en el monto o cuantía señalada anteriormente en la sentencia de alimentos." PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 327.

210-En este sentido, a pesar de la admisión de la posible variación de los alimentos, durante el *Ius commune* se atribuye al Juez la exclusiva

que debe su existencia.

5.2.2-Variación y extinción de la prestación

Sin embargo, a pesar, de que la alteración de la cuantía, según el artículo 147 del Código civil, puede consistir, tanto, en el aumento, como, en la disminución de la misma, hasta la promulgación de la Ley de matrimonio civil de 1870, los diferentes Proyectos de Código civil, sólo regulaban la posible variación de los alimentos de forma parcial.

En este sentido, tanto, el artículo 327 del Proyecto de 1821²¹¹, como, el artículo 72 del Proyecto de 1851²¹², al igual que el artículo 99 del Proyecto de 1869²¹³, tomando como modelo el artículo 209 del Code²¹⁴, se limitan a contemplar,

decisión para alterar la pensión de alimentos, como evidencian, IACOBUS DE ARENA, Commentaria..., ob. cit., c.93V a D. 25,3,9; BARTOLUS, ob. cit., III c.36v a D. 25,3,9...

211-En este sentido, el artículo 327 del Proyecto de 1821 dice: "los alimentos recíprocos de que tratan los dos artículos anteriores se minoran o cesan, minorándose o cesando la necesidad." LASSO GAITE, ob. cit., pág. 55.

212-El Proyecto de 1851 en el artículo 72 afirma: "Cesa la obligación de dar alimentos, cuando el que los da deja de ser rico ó de ser indigente el que los recibe; y debe reducirse proporcionalmente si se minoran el caudal del primero ó la necesidad del segundo." LASSO GAITE, ob. cit., pág. 326.

213-En idénticos términos que el anterior, se expresa el artículo 99 del Proyecto de 1869. LASSO GAITE, ob. cit., pág. 513.

214-Ya que, el artículo 209 establecía, "Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est replacé dans un état tel, que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée."

en sede de extinción, la posible disminución de los mismos, en atención a la minoración de la necesidad del alimentista y, de los recursos del alimentante, sin aparente justificación alguna.

No convence, pués, al respecto, GARCIA GOYENA, al motivar la disminución proporcional de los alimentos, en base a que "la causa que obra en el todo, obra también en la debida proporción en la parte"²¹⁵, ya que, tal afirmación resultaría igualmente válida en el caso del aumento de la prestación.

Más aún, si tenemos en cuenta, que, a pesar, de la incompleta regulación del Code, la variabilidad de la obligación de alimentos, en su doble aspecto, disminución o aumento, había sido, unánimemente, reconocida por la Escuela de la Exégesis, como uno de los particulares caracteres, que permitían distinguirla de las obligaciones fijas e invariables²¹⁶.

Puesto que, si como afirma MARCADE²¹⁷, "c'est toujours par les limites réciproques du besoin actuel du créancier, et des facultés actuelles du débiteur, que la pension doit être mesurée", resulta lógico, que la fijación de la cuantía no sea revocable²¹⁸ y, que éste juicio no tenga autoridad de

²¹⁵-GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46.

²¹⁶-Así, dice Laurent, "La dette alimentaire a un caractère tout particulier qui la distingue des obligations en général. Celles-ci sont fixes, invariables, tandis que la dette alimentaire est essentiellement variable.", ya que, "ce qui aurait été réglé aujourd'hui peut être défait demain". LAURENT, ob. cit., pág. 74 y, en el mismo sentido, afirma Demolombe, "l'obligation alimentaire est, par sa nature même, variable e intermittente: variable, elle peut augmenter ou diminuer avec les besoins du créancier ou les ressources du débiteur. Intermittente, elle peut, avec les mêmes causes, s'éteindre et renaître ensuite". DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 79.

²¹⁷-MARCADE, ob. cit.

²¹⁸-"la fixation du montant de la pension alimentaire n'est pas irrévocable", afirman Aubry et Rau, "ainsi lorsque les besoins du

cosa juzgada²¹⁹; por el contrario, "elle resterait assujettie aux fluctuations qui naissent des besoins de celui qui réclame les aliments et de la fortune de celui qui les doit", dice LAURENT²²⁰.

La Ley de matrimonio civil de 1870, en esta misma línea, supone, no obstante, un cambio respecto a la regulación anterior y, constituye el antecedente más inmediato del Código civil, no sólo, por establecer en preceptos distintos la reducción y el cese de los alimentos, sino, por regular, tanto, la disminución, como, el aumento de los mismos.

Así, mientras que, el artículo 75 de la Ley contempla la inexistencia de los presupuestos objetivos, como causa del cese de los alimentos, el artículo 76 del mismo texto legal se ocupa de la posible variación de los alimentos, en atención a la alteración de la necesidad del alimentista y de la posibilidad del alimentante²²¹.

En el mismo sentido, el Código civil, a diferencia de el Codice civile²²², también se ocupa, por separado, de la

créancier ou les ressources du débiteur viennent à diminuer, ce dernier est admis à demander une réduction de la pension alimentaire; et, réciproquement, le créancier est autorisé à réclamer un supplément, lorsque ses besoins ou les ressources du débiteur viennent à augmenter, sans que, dans aucun cas, la demande puisse être repoussée par l'exception de chose jugée". AUBRY ET RAU, ob. cit., pág. 170.

219-"les jugements qui fixent la quotité d'une pension alimentaire n'ont pas l'autorité de chose jugée", dice, en este sentido, Laurent, pues, "le demandeur peut tenter une action nouvelle, pour le même objet, la même cause, contre le même défendeur, sans qu'on puisse le repousser par l'exception de chose jugée. LAURENT, ob. cit., pág. 75.

220-LAURENT, ob. cit.

221-Al establecer: "Los alimentos se reducirán ó aumentarán proporcionalmente segun el aumento ó disminución que sufrieren las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos."

222-Ya que, el Codice Civile contempla, en un sólo artículo la cesación,

variación y extinción de la prestación alimenticia, materias reguladas en los artículo 147 y 152, respectivamente.

De ahí, que, a pesar, de que el cese de los alimentos pueda deberse, tanto, a la reducción de la posibilidad del alimentante *hasta tal punto que no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia*, según el artículo 152.2 del Código civil, como, a la total disminución de la necesidad del alimentista, en virtud del artículo 152.3 del mismo, el Código no asimila, de modo alguno, la reducción y la extinción de la deuda alimenticia.

6-EL CARACTER PERSONALISIMO E INDISPONIBLE DE LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

Pero, el rasgo más peculiar de la obligación de alimentos entre parientes reside en su carácter personal e indisponible, pues, a pesar, de tratarse de una obligación de contenido patrimonial, está marcada por el dato de la personalidad²²³.

reducción y aumento de la prestación de alimentos, así, el artículo 440 del mismo establece: "Se dopo l'assegnazione degli alimenti mutano le condizioni economiche di chi li somministra o di chi li riceve, l'autorità giudiziaria provvede per la cessazione, la riduzione o l'aumento, secondo le circostanze."

²²³-En este sentido, como señala Badosa, la obligación legal de alimentos se puede calificar "simultàniament de personal per la seva font i de patrimonial-personal pel seu concepte"; dado que, en virtud del artículo 151.1 del Código civil, la deuda y el crédito alimenticios se presentan como personalísimos, a pesar de que una vez convertidas en pensiones atrasadas respondan al tratamiento normal de cualquier relación obligatoria, como se desprende del artículo 151.2 del Código civil, dado el carácter eminentemente patrimonial de su objeto. BADOSA.

En este sentido, tan personalísimos son el crédito, como la deuda alimenticia²²⁴, ya que, deudor y acreedor vienen determinados *intuitus personae* (art. 143 CC), puesto que, lo son como consecuencia del vínculo subjetivo o de parentesco que media entre ellos²²⁵.

Vínculo personal, que, además, condiciona la prestación de los alimentos, no sólo, en cuanto, que la cuantía se determina, según el artículo 146, en proporción *al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*, sino, dado que, en atención a la proximidad del parentesco, el alimentante deberá prestar, bien, alimentos en sentido estricto, bien, simplemente, los auxilios necesarios para la vida²²⁶.

Cesando, por último, los alimentos, con motivo de la muerte del alimentante (art. 150 CC) y por la del alimentista (art. 152.1 CC).

Dicho carácter personalísimo de los elementos proviene de la indisponibilidad del objeto²²⁷, que consistente en asegurar a la persona del acreedor los medios necesarios para

Obligacions..., ob. cit., pág. 48.

224-Como dice Sánchez Román, "el derecho a los alimentos es personal, como personal es la obligación de prestarlos." SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1230.

225-"La Ley impone la obligación por existir entre alimentista y alimentante un vínculo personalísimo: el vínculo conyugal o el parental." PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 626.

226-Como pone de relieve Sánchez Román la condición personal de la deuda alimenticia se desprende de la terminante disposición del artículo 150 del Código civil, así como de la nota de reciprocidad del artículo 143 y de la proporcionalidad entre el caudal y medios del que los da y las necesidades del que las recibe, según los artículos 146 y 147. SANCHEZ ROMAN, ob. cit., págs. 1253 y 1254.

227-Dado que, "l'obligation alimentaire, considérée comme valeur économique, a essentiellement pour objet de faire vivre le créancier." PEYREFITTE, ob. cit., pág. 292.

su subsistencia²²⁸, representa una cuestión de orden público²²⁹, en tanto que nadie puede renunciar a su propia vida²³⁰.

En este sentido, este tipo de obligación constituye una excepción al principio general de disposición de acreedor sobre su derecho, dada su consideración de irrenunciable e intransmisible, de la que se hace eco el primer párrafo del artículo 151 del Código civil²³¹, al establecer:

"No es renunciable, ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos."

La personalidad de la obligación de alimentos, que no debe entenderse en el sentido del artículo 1161 del Código civil, ya que puede cumplirse por un tercero (art. 1894.1 CC), se deriva, pues, tanto de la determinación legal de las

²²⁸-Pues, "la ratio legis stia nell'intento di assicurare alla persona i mezzi di sussistenza", CICU, ob. cit., pag. 152.

²²⁹-En cuanto, que "le es indispensable para seguir viviendo", como señala PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 626.

²³⁰-Afirma Sanchez Román, también, en este sentido, que "el artículo 151 del Código civil constituye una excepción al artículo 4.2." SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1230.

²³¹-No obstante, el artículo 151 del Código civil, como veremos, regula en apartados distintos el derecho presente y futuro a recibir alimentos, que tendente a satisfacer las necesidades vitales del alimentista y, como prestación de sobrevivencia impide la renuncia, transmisión y compensación del mismo y, el derecho a los alimentos pasados o pensiones atrasadas que constituye una deuda corriente, que carece del carácter personalísimo. Por lo tanto, como evidencia Delgado Echeverría, dicho precepto señala "dos momentos o aspectos de la obligación de alimentos: en realidad dos obligaciones distintas, aunque relacionadas por su origen. En primer lugar, la verdadera deuda de alimentos... En segundo lugar, el derecho a las pensiones vencidas..." DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 539. Dado que, en el caso de las pensiones atrasadas, desaparecen las razones de orden público que imponen la indisponibilidad del crédito alimenticio, como quiera que las pensiones atrasadas, ya no son imprescindibles para la vida. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 632.

partes en función de una concreta relación personal²³², como de su consustancial indisponibilidad²³³.

Indisponibilidad, que también lo es, tanto del crédito, como de la deuda alimenticia²³⁴, aunque en este último caso, la ley no es tan explícita, como en el caso del derecho a los alimentos, al que dedica la exclusiva referencia de intransmisibile, irrenunciabile e incompensabile, el artículo 151 del Código civil.

6.1-Intransmisibilidad de la deuda alimenticia

6.1.1-Intransmisibilidad *mortis causa*

En este sentido, a pesar, de la dicción del artículo 151 del Código civil, el deudor legalmente obligado a prestar

²³²-Como se establece por la doctrina italiana, "il diritto alimentare è strettamente personale...è dovuto solo da una determinata persona nei confronti di altra persona determinata, in considerazione di un vincolo personale..., e che solo in riguardo a quel vincolo l'ordinamento impone la prestazione degli alimenti a carico di un soggetto ed a favore dell'altro...", dice TAMBURRINO, ob. cit., pág. 28; asimismo, en idéntico sentido, CICU, ob. cit.; TEDESCHI, ob. cit., pág. 366; SECCO-REBUTTATI, ob. cit., pág. 13...

²³³-En este sentido, pués, como afirma Puig Peña, la naturaleza estrictamente personal de la obligación se encuentra "fundada en la especial posición que determina el vínculo familiar y en las necesidades estrictamente personales del beneficiario de la misma." PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 135.

²³⁴-Como aprecia, igualmente, COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit., pág. 26.

alimentos no puede, tampoco, transmitir el débito.

El primer argumento, en favor de esta tesis, se desprende, aunque parcialmente, del propio Código civil principio, que regula en el artículo 150 su intransmisibilidad *mortis causa*, al establecer que:

"La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme."

Por lo tanto, la imposibilidad del transmitir la deuda alimenticia no es sino consecuencia de su atribución *intuitus personae*, en cuanto, que se debe, únicamente, por el sujeto obligado, en atención a su concreta relación personal con la persona del deudor y, dada la estrecha y continua dependencia de la obligación a la posibilidad económica del deudor²³⁵.

No obstante, la incorporación de esta causa de extinción de la obligación de alimentos, aunque regulada separadamente del resto, constituye una novedad, con respecto a sus precedentes legales, ya que, tradicionalmente, se había venido admitiendo su transmisibilidad.

En este sentido, desde antiguo, a pesar de reconocerse la personalidad del crédito a los alimentos²³⁶, por el contrario, la posibilidad de transmitir el débito alimenticio venía constituyendo doctrina común entre los comentaristas, dice, así, BARTOLUS²³⁷, "sed ex parte debitoris dicitur in

²³⁵-Defiende, asimismo, Cicu la *intransmissibilità passiva*, sancionada por el artículo 146 CC, en base a que la prestación se debe *alla qualità della persona (parente) obbligata* y, debido a la *stretta e continua dipendenza dell'obbligo dalle condizioni patrimoniali dell'obligato*. CICU, ob. cit., pág. 165.

²³⁶-Como demuestran las palabras de Surdus, "nam obligatio alendi ex parte creditoris dicitur personalis & in personam quia finitur illius morte, & extinguitur cum eius persona." SURDUS, ob. cit., tit. IX, quaest. XIII, núm. 11.

²³⁷-BARTOLUS, Tractatus de alimentis, ob. cit., núm. 19.

rem, quia transit ad haeredem eius."

Sin embargo, dicha doctrina no tiene reflejo en el Código civil, desde un principio, ya que, el artículo 150 deja plena constancia²³⁸ de la intransmisibilidad *mortis causa* de la obligación de alimentos.

6.1.1-Intransmisibilidad *inter vivos*

Por otro lado, a pesar, de la falta de mención expresa a la intransmisibilidad *inter vivos*, el alimentante no puede tampoco disponer en vida de la deuda, por motivos similares, ya que, en tanto que personal, es también indisponible.

Postura, por la que ya se habían inclinado los exégetas, en la opinión de que, *la dette alimentaire est une dette essentiellement personnelle y, ce principe est fondé sur l'essence de l'obligation alimentaire.*

En este sentido, dice LAURENT²³⁹: "c'est à dire que ceux auxquels la loi l'impose peuvent seuls être contraints à l'acquitter: elle est attachée à la personne du débiteur et s'éteint par conséquent avec sa vie."

Asimismo, con anterioridad a la promulgación del Código civil, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de

²³⁸-A pesar de que, con anterioridad a la Reforma de 1981, aunque a título excepcional, mantenía un supuesto de transmisión *mortis causa* de la deuda alimenticia, en el artículo 845, circunscrito al supuesto del hijo ilegítimo, que no tuviera la condición de natural.

²³⁹-LAURENT, ob. cit., págs. 71 y 72.

1895²⁴⁰, también pone de relieve, que la obligación recíproca de alimentos "es personalísima, no se transmite a tercera persona, ni constituye carga o gravamen a que están afectos los bienes del que deba darlos."

Pués, es el vínculo personal²⁴¹, el que determina la indisponibilidad del crédito y de la deuda alimenticia y, el que, por tanto, impide al alimentante disponer de su débito, como parece deducirse, a nuestro entender del artículo 1894.1 del Código civil; en tanto que, la expresión *cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos*, que precede al voluntario pago por un extraño de los alimentos, difícilmente justificable en este supuesto²⁴², dado el carácter indispensable de los alimentos, tiende a restringir el cumplimiento de la prestación por un tercero, con el fin de evitar que el alimentante eluda su deuda.

Así pues, a pesar, de admitir, expresamente, el pago de los alimentos por un extraño, consecuencia lógica de la patrimonialidad de la prestación²⁴³, el Código civil

²⁴⁰- "según demuestran las disposiciones relativas a esta materia de las leyes de Partida y de la de Matrimonio civil, ... Que el Código vigente, digno de tenerse en cuenta como cuerpo de doctrina, preceptua en el artículo 150 que la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte de la persona obligada, aunque los prestase en cumplimiento de una Sentencia firme." Sentencia de 6 de julio de 1895. Jurisprudencia Civil de 1895, pág. 48.

²⁴¹- Como establece, COBACHO GOMEZ, ob. cit., págs. 26 y 27.

²⁴²- Sobre todo, como afirma Lacruz, "porque resulta inexplicable la diferencia entre el pago de una deuda de alimentos y el de cualquiera otra deuda ajena, regulado por el art. 1158. LACRUZ, ob. cit., pág. 63. Y, mucho más, si se tiene en cuenta, que en este caso, la finalidad de los alimentos, satisfacer la necesidad del pariente necesitado, debería, facilitar la prestación de los mismos, incluso, por un extraño a la deuda.

²⁴³- Pués, a pesar, de la personalidad de la obligación, como ya se ha puesto de relieve, esta no debe entenderse en el sentido del artículo 1161, ya que, la propia patrimonialidad de la prestación conlleva que la obligación pueda cumplirse por un tercero.

restringe, en este supuesto, los efectos del pago de tercero del artículo 1158.2, ya que, este sólo podrá reclamarlos del obligado, cuando los prestó sin su conocimiento; limitando, de este modo, la acción de reembolso e, indirectamente la posibilidad de que el alimentante se libere de su obligación.

En este sentido, entendemos, con CICU²⁴⁴, que "non può essere nello spirito della legge una facilitazione a che l'adempimento dell'obbligo avvenga per parte di persona estranea anzichè per parte della persona dalla legge designata."

Tal y como se desprende, además, de la presunción de onerosidad que encierra dicho artículo, cuando establece, que, "a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos", el que los prestó, "tendrá derecho a reclamarlos" del alimentante.

Por lo tanto, el párrafo primero del artículo 1894 supone el reflejo legal de la intransmisibilidad de la deuda de alimentos, en tanto, que responde a la intención de que existiendo un obligado a prestarlos, sea éste quien deba subvenir a la necesidad del alimentista; a la cual se dirigen no sólo las cortapisas legales, que se añaden, en este caso, a la reclamación de los alimentos prestados por el tercero, sino, también, la presunción de onerosidad en el pago que se inserta, además, en dicho artículo.

Así pues, la persona obligada no puede desvincularse del mandato legal, de modo que, no es, tampoco, admisible la novación por cambio de deudor, ni aún con el consentimiento del alimentista²⁴⁵.

²⁴⁴-CICU, ob. cit., pág. 188.

²⁴⁵-Así lo entiende, también, DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 540.

6.2-La indisponibilidad del derecho a los alimentos

El derecho a los alimentos no constituye, como cualquier otro derecho de contenido patrimonial²⁴⁶, un activo en el patrimonio del alimentista, sino que, según el artículo 151 del Código civil:

"No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos."

6.2.1-Irrenunciabilidad del derecho a los alimentos

6.2.1.1-Ambito de la renuncia

La indisponibilidad del derecho a los alimentos se desprende, por lo tanto, en primer lugar, de su carácter irrenunciable²⁴⁷.

En este sentido, el artículo 151 del Código civil

²⁴⁶-Porque, como establece Cicu, "Il diritto alimentare familiare non rappresenta complesso dei diritti che spettano all'alimentando una quantità patrimoniale, un'attività di cui egli possa in qualsiasi modo disporre, e che possa essere valutata nel suo patrimonio". CICU, ob. cit., pág. 166.

²⁴⁷-"il diritto alimentare familiare non ammette rinuncia." dice, en este sentido, CICU, ob. cit., pág. 157.

introduce una novedad, respecto a la legislación anterior, al deslindar la renuncia, en sentido estricto, como desprendimiento voluntario de un derecho por parte de su titular²⁴⁸, de la transmisión voluntaria del mismo a otra persona e, incluso de su compensación, enumerando todas estas figuras por separado y, concediéndoles, por tanto, una entidad propia; ya que, hasta ese momento, sólo se hacía referencia a la irrenunciabilidad del derecho a los alimentos, utilizándose dicho termino, en un sentido más amplio, como sinonimo de indisponibilidad.

De este modo, bajo la única referencia legal al carácter irrenunciable del derecho a los alimentos, se pretendía impedir, no sólo la renuncia, sino, también, la transmisión o cualquier otro mecanismo que permitiera al alimentista desprenderse de su derecho, como ocurre, en el caso de los antecedentes más inmediatos del Código civil²⁴⁹, como son el artículo 73 del Proyecto de 1851²⁵⁰, el artículo 100 del Proyecto de 1869²⁵¹ y el artículo 74 de la Ley de matrimonio civil, tal y, como pone de relieve, entre la doctrina del XIX²⁵², MANRESA²⁵³, al señalar, que la

²⁴⁸-Entendiendo, por renuncia de un derecho, como lo hace Albaladejo, "el acto por el que el titular hace dejación voluntaria del mismo", y, que por lo tanto, no se trata de que lo transmite a otra persona, sino de que simplemente se desprende de él." ALBALADEJO, Derecho Civil I (Introducción y Parte General), Volumen segundo, Librería Bosch. Barcelona 1992, pág. 27.

²⁴⁹-Como ocurre, asimismo, en la advertencia, que figura en la página que precede al índice de la edición oficial del Anteproyecto de 1882, el último de los tres artículos, que debían seguir al 122 de dicho texto, debía establecer, "No es renunciable el derecho a recibir alimentos." LASSO GAITE, tomo I, ob. cit., pág. 559.

²⁵⁰-El artículo 73 del Proyecto de 1851 establecía, "El derecho a recibir alimentos no puede renunciarse." GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46.

²⁵¹-Dice, igualmente, el artículo 100 del proyecto de 1869, "El derecho de recibir alimentos no puede renunciarse;" LASSO GAITE, ob. cit., pág. 513.

²⁵²-Que se caracteriza, precisamente, por circunscribirse a la irrenunciabilidad del derecho a los alimentos, en este sentido, SANCHEZ

transmisión a una tercera persona de los alimentos, "implicaría nada más y menos que su renuncia."

Es el artículo 73 del Proyecto de 1851, el primero de los Proyectos de Código civil en introducir el carácter irrenunciable del derecho a los alimentos en nuestra legislación, poniendo fin y como colofón a la regulación de la obligación legal de alimentos en el mismo.

Precepto, que, decididamente inspirado en la doctrina de los exégetas²⁵⁴, recoge, también, una larga tradición jurídica, que se remonta al *Ius commune*, en el que la irrenunciabilidad de los alimentos entre parientes, se pone de manifiesto, tanto por los postglosadores²⁵⁵, como por los comentaristas²⁵⁶; "renunciari non potest alimentis", dice, en este sentido, SURDUS.

No obstante, por otra parte, a la renuncia explícita y tajante, debería asimilarse, la falta de ejercicio del derecho, ya que, también supone dejación del mismo²⁵⁷.

Así, parece deducirse del artículo 100 del Proyecto de

DE MOLINA Y BLANCO, ob. cit., pág. 55; SABINO HERRERO, ob. cit., pág. 599; ELIAS, ob. cit., pág. 67; MUCIUS, ob. cit., pág. 471; MANRESA, ob. cit., pág. 804; GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 47...

253-MANRESA, ob. cit., pág. 846.

254-DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 80; LAURENT, ob. cit., pág. 75...

255-En este sentido, resultan representativos, IACOBUS DE ARENA, *Commentaria...*, ob. cit., c.93r. a D. 25,3,5,1. ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria...* c.34r...

256-Así, dice Surdus, "renunciari non potest alimentis per pactum", SURDUS, ob. cit., tít. VIII, privil. LVI, núm. 19; "renunciari non posse alimentis etiam cum iuramento" SURDUS, ob. cit., tít. IX, quaest. XV, núm. 2.

257-En este sentido, como señalaba, entre los exégetas, Demolombe, "les parties ne peuvent donc y renoncer directement ni indirectement.", DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 80.

1869²⁵⁸, al establecer, en contraposición al derecho de recibir alimentos, que "podrán dejar de reclamarse y aún ser renunciados los vencidos".

Idea que parece, asimismo, desprenderse de la dicción del artículo 74 de la Ley de matrimonio civil, cuyo primer párrafo, al margen de la interposición a la demanda, establecía, "la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tuviere derecho a percibirlos y no se extinguirá solamente por la renuncia de esta".

Sin embargo, el Código civil contradice esta opinión, ya que, al establecer, el primer párrafo del artículo 148, que los alimentos "no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda", presupone la necesidad de reclamarlos y, además, judicialmente, como veremos, si el deudor no los prestase voluntariamente, dado que, a pesar, de la existencia del derecho, desde que concurre el estado de necesidad, el alimentante sólo deberá satisfacer, obligatoriamente, los que el alimentista necesite desde el ejercicio del derecho.

Por lo tanto, en atención, al artículo 148.1 del Código civil, parece ser que el artículo 151 sólo prohíbe la renunciar expresa e inequívoca del derecho a los alimentos, no la falta de reclamación.

²⁵⁸-El artículo 100 del Proyecto de 1869, en el primer párrafo, al igual que el artículo 73 del Proyecto de 1851, establece: "El derecho de recibir alimentos no puede renunciarse;"; sin embargo, seguidamente, añade, "pero podrán dejar de reclamarse y aún ser renunciados los vencidos." LASSO GAITE, ob. cit.

6.2.1.2-Nulidad de la renuncia del derecho a los alimentos

En atención a la prohibición del artículo 151.1 del Código civil, la renuncia del derecho a los alimentos entraña un acto nulo, en cuanto que contradice lo prescrito por la ley, como se deriva del artículo 6.3 del mismo.

Pero, es que, además, no constituye un acto válido, en opinión de la mayoría de la doctrina²⁵⁹ y, por tanto, la sanción es de nulidad absoluta y radical, por contrariar el interés o el orden público, en virtud del párrafo segundo del mismo artículo.

En este sentido, no cabe duda, que la irrenunciabilidad del derecho a los alimentos se deriva del carácter indispensable de los alimentos, dado que, en cuanto que nacen, como consecuencia de la situación de necesidad del alimentista (art. 148.1 CC) y, en atención a un interés mediato, como es salvaguardar la propia subsistencia²⁶⁰, el Ordenamiento jurídico debe impedir la renuncia a este derecho, pues, en última instancia, sería como permitirle renunciar a la propia vida²⁶¹.

Por lo tanto, el carácter de orden público de los

²⁵⁹-SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1252; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 136; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 539...

²⁶⁰-Como señala Badosa, *darrera de l'interés patrimonial immediat*, s encuentra "l'existència d'un interés mediat,...l'interés a la propia subsistència..." BADOSA, ob cit.

²⁶¹-"quod mulier, quae renunciauit successionis, non excluditur ab alimentis, sed nec id videtur concludere," , dice, en este sentido, SURDUS, ob cit., tít. IX, quaest. XV, núm. 3.

alimentos legales se deriva de la indisponibilidad de los mismos, ya que, dirigidos a conservar la existencia del individuo, representan, en última instancia, uno de los medios de protección del derecho a la vida de todo individuo.

De ahí, que el Código civil, como reconoce la mayoría de la doctrina²⁶², no es sino el reflejo de una larga tradición jurídica, que se remonta al *Ius commune*²⁶³, en la que, en base al carácter indispensable de los alimentos, se elevan a asunto de orden público.

De ahí, que, tanto, entre los exégetas²⁶⁴, como, unánimemente, también, por la doctrina anterior a la promulgación del Código civil²⁶⁵, se mantenga el carácter

²⁶²-En este sentido, Sánchez Román considera, "que el artículo 151, en cuanto declara irrenunciable el derecho a los alimentos, se considera como una excepción de la regla general establecida en el párrafo 2 del art. 4,.... puesto que cabe estimar como asunto de interés público la vida del alimentista." SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1252; Asimismo, Puig Peña afirma, que "renunciar a la propia vida...es imposible en nuestro actual orden jurídico por el matiz de inalienables y sagrados que aquellos derechos tienen." PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 136; "En todas estas hipótesis el acto es nulo", en virtud del artículo 6.2 del Código civil.", dice, pues, DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 539.

²⁶³-Ya entre los comentaristas se considera que los alimentos conciernen a la utilidad pública, así, afirma Surdus, "Et non solum alim. piam causam concernunt, sed etiam publicam utilitatem respicere videntur,". SURDUS, ob cit., tít. VIII, privil. I, núm. 19.

²⁶⁴-"la dette d'aliments est d'order public, en ce sens que le législateur l'impose par des raisons d'humanité, de pitié." "Ceux auxquels la loi accorde un droit aux aliments n'y peuvent donc pas renoncer. Ce serait renoncer à la vie,"", dice, así, LAURENT, ob. cit., pág. 75; "il s'agit ici d'une obligation fondée sur l'humanité, et que intéresse l'order public;", afirma, igualmente, DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 80.

²⁶⁵-En esta línea de pensamiento se encuadra la doctrina del siglo pasado, así Manresa consideraba "que la renuncia a los alimentos o la obligación de no pedirlos es ineficaz y contraria a las leyes." MANRESA, ob. cit., pág. 804; y, asimismo, Mucius, para quien "el artículo 151 debía entenderse comprendido dentro de la excepción establecida por el antiguo artículo 4 del Código Civil, cuando establece que la renuncia a los derechos no es admisible cuando contradiga el interés público, carácter que tienen los alimentos pues su fundamento se encuentra en el derecho de todo individuo a conservar su existencia." MUCIUS SCAEVOLA,

irrenunciable de los alimentos, llegando, incluso, a afirmarse, que "la renuncia á ellos para el futuro podría compararse a un suicidio", como lo hace GARCIA GOYENA²⁶⁶.

Sin embargo, dado que, los alimentos no consisten, unicamente, en la prestación de lo imprescindible para la vida del necesitado, sino que se deben, según el artículo 146 del Código civil, en proporción *al caudal o medios de quien los da*, entendemos, que, a pesar, de que el párrafo primero del artículo 151 no hace distinción alguna, el alimentista puede renunciar a todo cuanto exceda de lo estrictamente necesario para la vida, que coincide con el concepto de *auxilios necesarios para la vida*, en tanto, que no constituye, por esta razón, alcance de interés público.

Pués, sólo es indisponible lo estrictamente necesario para que el alimentista pueda vivir²⁶⁷.

6.2.1.3-Renunciabilidad a los alimentos pasados

Como no lo son las pensiones vencidas, aunque, en su caso, si establece el párrafo segundo del artículo 151 del Código civil, que *podrán renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas*.

ob. cit., pág 471; Igualmente, GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 47...

²⁶⁶-GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 47.

²⁶⁷-A pesar, de que esta opinión choca con la afirmación de Cicu, no muy bien fundamentada, por cierto, en la que sostiene, "Ritengo non ammissibile la rinuncia anche limitata a ciò che eccede lo stretto necessario", basándose en que, "una distinzione simile dovrebbe trovare qualche fondamento in disposizione positive di legge." CICU, ob. cit., pág. 158.

En este sentido, como se deduce de dicho párrafo, en contraposición con el número primero del mismo precepto, la irrenunciabilidad y, por tanto, el carácter personal e indisponible del derecho a los alimentos, a que se refiere este último, tan sólo lo es del derecho presente y futuro²⁶⁸, pero no de los alimentos pasados, precisamente, porque en ellos no concurre el carácter indispensable, en orden a satisfacer la necesidad del alimentista.

Por lo tanto, en el caso de las pensiones alimenticias atrasadas se opera un cambio de naturaleza²⁶⁹, pasando a constituir, la pensión alimenticia, un crédito que se regirá por las reglas de los créditos normales²⁷⁰, al desaparecer, dada su innecesariedad²⁷¹, el matiz de orden público que impera en los alimentos legales y, transformarse en una deuda ordinaria²⁷².

El párrafo segundo del artículo 151 del Código civil representa, pues, la vigencia del viejo principio latino *in praeteritum non vivitur* en el Código civil²⁷³, como

²⁶⁸-En este sentido, como señala Delgado Echeverría, si bien, nacido el derecho a los alimentos, concurriendo la necesidad del alimentista y la posibilidad del alimentante, "el derecho a los alimentos representa, entonces, una fuente de pretensiones continuadas o periódicas de carácter personalísimo y claudicante. Este derecho es el que se considera irrenunciable..."; "con mayor razón, naturalmente es indisponible el derecho aún no nacido,...." DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 539.

²⁶⁹-De manera, que "la créance changerait de nature pou devenir une créance ordinaire." PEYREFITTE, ob. cit., pág. 293.

²⁷⁰-SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1228.

²⁷¹-Pues, como afirma Cicu, la prestación de los alimentos "non possa esser fatta in un momento posteriore", pasada la necesidad. CICU, La natura..., ob. cit., pág. 162.

²⁷²-En este sentido, como señala Lacruz, el alimentista puede renunciar a las garantías de su crédito, establecidas por convenio o incluso por el Juez, pues estas no son legales. LACRUZ, ob. cit., pág. 75.

²⁷³-Tal y como advierte la mayoría de la doctrina actual, en este sentido, PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 198; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 536; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 46; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob.

consecuencia del cual, la prestación de alimentos debe llevarse a cabo a su debido tiempo y anticipadamente, pero nunca con posterioridad, porque, en éste último caso, no es útil al alimentista, dado que, no le sirve para satisfacer sus necesidades vitales.

En este sentido, ya, durante el *Ius commune*, se advierte entre la doctrina, que *alimenta possint peti pro futuro tempore*²⁷⁴, pues, según afirma BARTOLUS²⁷⁵, "ratio, quare licet transigi super alimentis praeteritis est, quia cessat ratio, ne fame pereat alimentandus."

Sin embargo, la máxima *nemo vivit in praeteritum* no tuvo acogida en la tradición jurídica castellana²⁷⁶ y, además, la distinción entre el derecho a los alimentos y las pensiones atrasadas apunta en un momento tardío del proceso codificador.

De manera, que el artículo 151.2 del Código civil encuentra su precedente más inmediato en el artículo 100 del Proyecto de 1869, el primero en contraponer la irrenunciabilidad del derecho a los alimentos presentes y futuros, a la naturaleza de los alimentos vencidos, que podrán, según este precepto, *dejar de reclamarse y aún ser renunciados*²⁷⁷; recogiendo, así, la *communis opinio doctorum*, de la que ya se hacía eco la doctrina, con anterioridad a la promulgación del Código civil²⁷⁸.

cit., pág. 632; DE COSSIO, ob. cit., pág. 379...

²⁷⁴-BARTOLUS, Tract. alimentis, ob. cit., núm. 29.

²⁷⁵-BARTOLUS, Tract. alimentis, ob. cit., núm. 33.

²⁷⁶-Como deja patente SANCHEZ DE MOLINA, ob. cit., pág. 57.

²⁷⁷-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 513.

²⁷⁸-GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 47; MANRESA, ob. cit., pág. 847...

Por lo tanto, como prescribe el párrafo segundo del artículo 151 del Código civil, tampoco son irrenunciables las pensiones alimenticias atrasadas, en tanto que no son indispensables para la vida del alimentista, de ahí, "la necessità che le prestazioni di alimenti siano fatte a tempo debito ed anticipadamente, e la inutilità che siano fatte posteriormente", dice CICU²⁷⁹.

6.2.2-La imposibilidad de transmitir a tercero el derecho a los alimentos

Consecuencia, también, del carácter personal e indisponible que define el derecho a los alimentos, es la prohibición del artículo 151.1, de transmitirlo a un tercero.

Intransmisibilidad, que también se deriva, no sólo de su carácter personalísimo, en tanto, que se atribuye *intuitu personae*, en atención a la especial posición que determina el vínculo familiar²⁸⁰, sino, en especial consideración a la indisponibilidad de los alimentos legales, dirigidos a satisfacer la necesidad del alimentista.

De ahí, que permitir al alimentista la cesión de su derecho significaría tanto, como permitirle renunciar a él y,

²⁷⁹-CICU, ob. cit., pág. 160.

²⁸⁰-Como afirma Beltran de Heredia, se trata de una obligación *intuitu personae*, en tanto que el crédito y la deuda son inseparables de las personas que los ostentan, en consideración a los vínculos de parentesco que los unen, además, de condicionados a un concreto estado de necesidad del alimentista, así como a la también particular posibilidad económica del alimentante, por ende nos encontramos ante una obligación intransmisible, por lo que se refiere en primer lugar a la cualidad de pariente. BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 51.

con él a su propia subsistencia²⁸¹.

A *sensu contrario*, pues, la muerte del alimentista representa la desaparición del vínculo personal, así como, el cese del estado de necesidad y, por tanto, determina la extinción del derecho a los alimentos, no su transmisión post mortem, como establece el artículo 152.1 del Código civil.

Por lo tanto, el Código civil establece la intransmisibilidad del derecho a los alimentos, tanto *inter vivos* (art. 151.1 CC), como *mortis causa* (art. 152.1 CC), sin excepción alguna; de modo, que, ni siquiera lo es, la disposición del párrafo segundo del artículo 148 del mismo²⁸², al establecer que "cuando fallezca el alimentista los herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente", ya que, una vez muerto el alimentista y, por tanto, una vez desaparece el estado de necesidad, los alimentos se desafectan y, se convierten en una simple cantidad de dinero, que como cualquier otro bien, que integra el patrimonio del causante, es, perfectamente, transmisible a sus herederos.

Al igual, que ocurre con las pensiones atrasadas que constituyen un crédito normal y, como tal, según el párrafo segundo del artículo 151 del Código civil, podrá "transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas."

²⁸¹-Y, como afirma Cicu, "il diritto dell'alimentando non costituisca un attivo del suo patrimonio." CICU, ob. cit., pág. 194.

²⁸²-A pesar, de creerlo así, parte de la doctrina, como Puig Peña, para el cual, dicho artículo "constituye una excepción al principio de incesibilidad del crédito alimentario". PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 137.

6.2.3-La insusceptibilidad de compensar los alimentos debidos

6.2.3.1-Incompensabilidad de los alimentos entre parientes

Asímismo, según el artículo 151 del Código civil, tampoco pueden compensarse los alimentos debidos por el alimentante, "con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos", como consecuencia, también, de la indisponibilidad del derecho a los alimentos²⁸³.

Por lo tanto, entendemos con ALBALADEJO²⁸⁴, que, "lo que no se compensa es ni la obligación de alimentos globalmente, ni los vencimientos correspondientes a periodos futuros."

Por el contrario, como establece el párrafo segundo del mismo artículo, en contraposición a las pensiones presentes o futuras, podrán compensarse las pensiones alimenticias atrasadas debidas por el alimentante al alimentista, tanto, en el caso de que éste último las exija del primero, como, cuando el mismo alimentante reclame al alimentista el pago de una deuda en concepto de acreedor.

Pués, el Código civil, a diferencia del Codice civile, cuyo artículo 447 impide al deudor de los alimentos oponer la compensación de las pensiones atrasadas²⁸⁵, no contiene

²⁸³-CICU, ob. cit., pág. 154.

²⁸⁴-ALBALADEJO, Derecho Civil II, vol. I, octava edic., 1989, pág. 334.

²⁸⁵-Al establecer: "Il obbligato agli alimenti non può opporre all'altra parte la compensazione, neppure quando si tratta di prestazioni

ninguna prohibición, en este sentido, a pesar, de que, en última instancia, la posibilidad de compensar los alimentos vencidos, podría motivar el retraso intencionado del pago de las pensiones alimenticias, objeto de compensación posterior²⁸⁶.

No obstante, como señala la mayoría de la doctrina²⁸⁷, el artículo 151.1 no prohíbe al alimentante exigir del alimentista el pago de lo que este le adeuda, sino, que impide que por compensación se pueda extinguir el total de la deuda alimenticia.

En este sentido, sostiene, asimismo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁸⁸, desde la promulgación del Código civil²⁸⁹, que el artículo 151.1 del Código civil, "no obsta para que quien paga una pensión alimenticia pueda ejercitar sobre ella los derechos de cualquier otro acreedor hasta

arretrate."

²⁸⁶-Como pone de relieve, DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 539.

²⁸⁷-MANRESA, ob. cit; LACRUZ, ob. cit., pág. 75; ALBALADEJO, ob. cit., pág. 334; ALVAREZ CAPEROCHIPI, ob. cit., pág. 728...

²⁸⁸-En las Sentencias de 7 de julio de 1902; de 26 de agosto de 1902; de 27 de febrero de 1903; de 5 de abril de 1903; de 12 de junio de 1906...

²⁸⁹-Por ello considera el Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de julio de 1902, que lo que el artículo 151 prohíbe es la compensación como extinción total de la obligación, de manera que "la persona que deba alimentos, y a quien justamente se le reclaman, no podrá en ningún caso eludir ó evitar el cumplimiento de la obligación, alegando la razón de que el alimentista le deba una suma ó cantidad que absorba en todo ó en parte el capital representado por la pensión; ...más como esto no significa que deje de estar viva y subsistente en su integridad la contraria obligación, es manifiesto que pueda hacerse efectiva sin restricción alguna de los derechos que la ley otorga al acreedor, ...embargando de la pensión la parte que la ley autoriza, ...puesto que nada tienen que ver el ejercicio de este derecho con la subsistencia de la obligación de seguir dando alimentos a quien por otro concepto es deudor del obligado a prestarlos, como podía serlo de otra tercera persona".

realizar el importe de la deuda."²⁹⁰; permitiendo, incluso, el embargo de la pensión alimenticia para hacer efectivas las deudas del alimentista, también por parte del alimentante, al entender, que no existe razón legal alguna, ni de orden moral, ni aun de simple equidad, para pretender, que no pueda quien abona la pensión, exigir sobre ella en la medida autorizada por la ley el pago de sus deudas²⁹¹.

Así pues, la compensación será posible, siempre y cuando, se deje a salvo, lo necesario para subvenir a las mínimas necesidades que conlleva la vida, en clara armonía con lo que autoriza a embargar el artículo 1449 de la L.E.C.²⁹².

Como parece deducirse, también, del artículo 1217.2 del Anteproyecto de 1882, que sólo impedía la compensación de los alimentos naturales²⁹³, o los auxilios necesarios para la vida en expresión del artículo 142 del Código civil actual, dado que son, estrictamente, los únicos imprescindibles para la vida²⁹⁴.

²⁹⁰-Así la S.T.S. de 7 de julio de 1902, ante la pregunta "¿Cabe dar a la prohibición de la compensación tal alcance que lo que pudiera hacer un extraño no tenga derecho para hacerlo el obligado a dar alimentos cuando el alimentista no le paga lo que le deba.....?", considera que dado que el legislador no lo establece así, "la circunstancia de ser acreedor quien da los alimentos no hace variar la naturaleza de la obligación que el alimentista haya podido contraer para con él ni la condición respectiva de acreedor ni deudor".

²⁹¹-En este sentido, las Sentencias del T.S. de 7 de julio de 1902, la de 27 de febrero de 1903 y la de 12 de junio de 1906 permiten el embargo de la pensión alimenticia para hacer efectivas las deudas del alimentista, tanto con un tercero, como con el mismo alimentante.

²⁹²-Alvarez Caperochipi, interpreta, así, que la pensión alimenticia, no puede embargarse, al menos hasta el límite de inembargabilidad de los salarios. ALVAREZ CAPEROCCHIPI, ob. cit., pág. 728.

²⁹³-"Tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos naturales." LASSO GAITE, ob. cit., pág. 665.

²⁹⁴-CICU, ob. cit., págs. 152 y 153.

6.2.3.2-La posibilidad de oponer compensación por el resto de alimentos debidos a título gratuito

No obstante, el artículo 151.1 del Código civil no es el único precepto que se opone a la compensación de los alimentos, ya que, en sede *De las obligaciones*, el párrafo segundo del artículo 1200 declara, igualmente:

"Tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito."

Aunque, dicho precepto, lejos de reafirmar el sentir del artículo 151.1, declara, con carácter general, la imposibilidad de compensar por alimentos a título gratuito²⁹⁵.

Por lo tanto, el artículo 1200.2 del Código civil extiende la prohibición, que el artículo 151.1 circunscribe a los alimentos legales, al resto de alimentos a título gratuito, a pesar, de que, no tiene razón de ser la inadmisibilidad de la compensación de los alimentos, que aunque a título gratuito, provienen de la autonomía de la voluntad, en los que no deben concurrir los presupuestos subjetivos y objetivos a los que subordina la ley la obligatoriedad de los alimentos entre parientes y, dado, que, en este sentido, no tienen porque ser indisponibles.

Introduciendo, pues, cierta confusión en la

²⁹⁵-De modo, que, como señala López Vilas, "no hay compensación ni frente al acreedor por alimentos entre parientes (art. 151), ni en relación con alimentos debidos a título gratuito (art. 1200.2)," LOPEZ VILAS, Ramón. *Comentario al artículo 1200 del CC en Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidas por Manuel Albaladejo. Tomo XVI. Editorial Revista de Derecho Privado 1991, pág. 567.

delimitación de los alimentos legales y convencionales.

En este sentido, a pesar, de que los alimentos legales entre parientes, por el hecho de constituir una obligación principal, consistente normalmente en una cantidad de dinero y, por tanto líquida, una vez exigibles, cuando concurre el estado de necesidad del alimentista, según el artículo 1196 del Código civil, podrían ser objeto de compensación, el Código civil no lo permite, en atención a su consideración indisponible, en tanto, que se dirigen a proporcionar los bienes necesarios para la subsistencia del alimentista.

Así pues, la relación personal entre alimentante y alimentista y el estado de necesidad de este último, convierten el crédito en indispensable y, por tanto, indisponible; caracteres ambos, que no tienen por que concurrir, cuando los alimentos proceden de un acto de mera liberalidad.

De ahí, que carezca de sentido, la prohibición de compensar los alimentos a título gratuito cuya fuente es la autonomía de la voluntad, en tanto que representan deudas líquidas, vencidas y, perfectamente exigibles, en cualquier momento.

Por ello, a nuestro entender, la dicción del artículo 1200.2 del Código civil no responde a la verdadera voluntad del legislador, como demuestran, en primer termino, los antecedentes del mismo.

En este sentido, el párrafo segundo del artículo 1126 del Proyecto de 1851 restringía la prohibición de compensar a los alimentos legales, al establecer que no podía oponerse compensación "contra la demanda de alimentos no sujetos a embargo"²⁹⁶; permitiendo, por tanto, la de las de las

²⁹⁶-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 415.

pensiones alimenticias fundadas en un título de pura liberalidad, que según el artículo 1925.5 del mismo Proyecto, a diferencia del resto de pensiones alimenticias, no gozaban de privilegio alguno sobre los bienes del deudor durante el juicio de concurso²⁹⁷.

E, idéntica consecuencia se desprende, igualmente, de forma mucho más rotunda, del ya mencionado párrafo segundo del artículo 1217 del Anteproyecto de 1882²⁹⁸, que se limitaba a prohibir la compensación de los alimentos naturales o imprescindibles para la vida del alimentista.

Como sostiene, además, una larga tradición jurídica, que se remonta al *Ius commune*, en el que, ya, entre los postglosadores, ROFFREDUS²⁹⁹, apoyaba en el favor alimentorum de los alimentos *ex officio iudicis* la incompensabilidad de los alimentos.

Interpretación, que, con posterioridad, también, adoptaron, unánimemente los exégetas³⁰⁰, basándose, asimismo, en la indisponibilidad de los alimentos entre parientes.

²⁹⁷-El artículo 1925.5 del Proyecto de 1851 establece, "Gozan de privilegio sobre los bienes del deudor, los créditos por:...Las pensiones alimenticias devengadas durante el juicio de concurso, á no ser que se funden en un título de pura liberalidad." LASSO GAITE, ob. cit., pág. 488.

²⁹⁸-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 665.

²⁹⁹-ROFFREDUS, Quaestiones..., ob. cit., pág 477, quaest. 48.

³⁰⁰-Afirma, asimismo, Duranton "le débiteur de la prestation alimentaire, soit qu'elle ait été réglée judiciairement, soit qu'elle l'ait été à l'amiable, ne peut s'en libérer par voie de compensation, même pour des causes survenues postérieurement, à moins que sa créance n'ait pour cause les aliments eux mêmes." DURANTON, ob. cit., pág. 342.

Como ponen de relieve, también, Aubry et Rau considera los alimentos legales gozan de unas garantías especiales, entre las que se encuentra su imposibilidad para ser objeto de compensación, de modo que "les arrérages d'une pension alimentaire ne peuvent être saisis que pour cause d'aliments, et que, par suite, ils ne sont pas sujets à compensation." AUBRY ET RAU, ob. cit., pág. 172.

Dice, en este sentido, DURANTON³⁰¹, "la compensation n'a pas lieu à l'égard d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables"

Por otro lado, en segundo lugar, el artículo 1200.2 tampoco concuerda con el párrafo segundo del artículo 151, que declara objeto de compensación las pensiones alimenticias atrasadas, dado que, estas, al igual que los alimentos establecidos *ex voluntate*, no responden al carácter indispensable e indisponible del derecho a los alimentos entre parientes.

Por lo tanto, en ambos casos nos encontramos ante un crédito normal y, no se justifica, de modo alguno, el distinto tratamiento concedido por el Código civil.

De todo lo cual, parece inducirse, que el artículo 1220.2 del Código civil, a pesar, de la referencia genérica a a los *alimentos debidos por título gratuito*, únicamente, pretendía referirse a los alimentos legales y, en este sentido, merece una interpretación más restringida de la que se deduce del sentido literal del texto, en orden a que concuerde con el artículo 151 del mismo texto.

En definitiva, que la imposibilidad de compensación debe circunscribirse a las pensiones alimenticias presentes y futuras nacidas en virtud de la ley, debido a su carácter indisponible y, no al resto de alimentos debidos a título gratuito.

³⁰¹-DURANTON, ob. cit., pág. 342.

6.3-La imposibilidad de transigir sobre alimentos futuros

6.3.1-La prohibición de transigir sobre alimentos legales

Otro de los efectos del carácter indisponible de los alimentos entre parientes es, sin duda, la imposibilidad de *transigir sobre alimentos futuros*, que establece el artículo 1814 del Código civil.

Que, además, representa una norma de cierre, en cuanto que supone el veto a cualquier operación equivalente y distinta a la renuncia, transmisión o compensación, tendente a sustituir en el patrimonio del alimentista, el crédito legal a los alimentos por cualquier otro bien³⁰².

Sin embargo, la prohibición de transigir sobre alimentos futuros, no se refiere específicamente a los alimentos legales, ni se ubica en sede de alimentos entre parientes, a pesar, de la conveniencia de su mención en el

³⁰²-En este sentido, como señala Cobacho Gómez, "el que no pueda transmitirse o renunciarse incluye todas las operaciones equivalentes... que sustituya en su patrimonio el crédito alimentario legal por otro objeto, como si el alimentista se compromete a no reclamar en el porvenir alimentos a su deudor, mediante el pago inmediato de un capital a su deudor, o acepta una cantidad inmutable cualesquiera que sean las modificaciones aportadas a la situación del acreedor o del deudor, o consiente, a cambio de una pensión más elevada una limitación en el tiempo de su pago. Cualesquiera de estos actos sería nulo." COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 28; asimismo, lo entiende LACRUZ, ob. cit., pág. 75.

mismo artículo 151 del Código civil, debido, como veremos, principalmente a los antecedentes legales del artículo 1814.

6.3.1.1-Fundamento legal del tratamiento individual de la intransigibilidad de los alimentos futuros

La imposibilidad de transigir insita en el artículo 1814 del Código civil, a pesar, de constituir una manifestación de la indisponibilidad de los alimentos entre parientes, no figura en el artículo 151.1, estrictamente, como consecuencia de los antecedentes romanistas del mismo, dado que, tanto en el Derecho Romano³⁰³, como durante el *Ius commune*, el tratamiento de la intransigibilidad de los alimentos se refería, exclusivamente, a los alimentos *ex voluntate*.

En este sentido, ya los glosadores³⁰⁴, en base, principalmente³⁰⁵, al D. 2,15,8, utilizan la imposibilidad de transigir sobre alimentos para contraponer los alimentos *ex testamento* a los debidos *ex contractu*, al aducir, que mientras, que estos últimos podían ser objeto de transacción, para transigir sobre los primeros se precisaba del

303-"ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore praetore facta, solet igitur praetor intervenire...1°. Eiusdem praetoris notio ob transactionem erit...sive de praediis alimentum legabitur. 2°. Hac oratio pertinet ad alimenta, quae testamento..." D. 2,15,8.

304-"sed alimenta quedam sunt data: de datis transigi non licet; quedam sunt relicta, relicta quedam sunt preterita, quedam futura: de preteritis transigi licet, de futuris transigi non licet nisi pretore auctore." ROGERIUS, Summa..., ob cit., pág. 26.

305-Aunque también al C. 2,4,8.

consentimiento del pretor³⁰⁶.

Generalizándose, también, los límites para transigir sobre alimentos *ex testamento*, entre los comentaristas³⁰⁷ y, con posterioridad, asimismo, entre los Pandectistas³⁰⁸.

Dando lugar, a una doctrina dominante, que va a marcar, decididamente, el proceso codificador, a pesar, de que, como advierten la mayoría de los autores del XIX³⁰⁹, la tradición jurídica castellana no contenía prohibición alguna de transigir sobre alimentos.

En este sentido, el artículo 1641 del Proyecto de 1836, inspirado en ésta *communis opinio doctorum*, transcribe el contenido del D. 2,15,8, limitándose a regular la posibilidad de transigir sobre los alimentos futuros nacidos como consecuencia de un acto de última voluntad, concediendo, también, al Juez, la facultad para autorizarla, al establecer:

³⁰⁶-Como deja constancia, la Glosa Acursiana, en la *gl. alimentorum* a D. 2,15,8 y, la *gl. transigere* a D. 2, 15,8,4; AZO, *Summa Codicis*, ob. cit., a c.27 a C. 2,4,8; ODOFREDUS, *Lectura super prima parte Digesti veteris*, ob. cit., cc94v-95r. a D. 2,15,8 y en *Lectura super Codice*, ob. cit., c.72v. a C. 2,4,8; CINUS, *In Codicem*, ob. cit., c.62 a C. 2,4,8...

³⁰⁷-BALDUS, ob. cit., V, cc. 130v.-131r. a C. 2,4,8; BARTOLUS, *Tract. alimentis*, ob. cit., núm. 39; SURDUS, ob. cit., tít. VIII, privil. LVI... Ya que, como señala Bartolus, "Item alimenta mihi debita ex contractu inter vivos debentur mihi ex mea industria, & si fui diligens in quaerendo ea, ita praesumor diligens in retinendo, sed alimenta mihi debita es ultima voluntate non debentur mihi ex mea industria, sed ex aliena provisione..." BARTOLUS, ob. cit., núm.34.

³⁰⁸-"*Nec super alimentis legatis permissa transactio, nisi decreto praetoris interposito*" VOET, ob. cit., *Tomus tertius*, tít. I, IV, pág. 413.

³⁰⁹-En este sentido, dice Garcia Goyena, "No tenemos ley Patria sobre esto; pero nuestros autores adoptaron la Romana, y esta recibida en la práctica." GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 897. Asimismo, Sanchez de Molina señala, "que en las Partidas no se contiene prohibición alguna de transigir sobre alimentos futuros." SANCHEZ DE MOLINA, ob. cit., pág. 57.

"Tampoco tiene lugar la transacción sobre alimentos futuros que se deban por testamento, a menos que el Juez la haya autorizado previo conocimiento de causa."³¹⁰

Precepto, en el que se basa el artículo 1721 del Proyecto de 1851, aunque éste último, suprimiendo la estricta alusión, del anterior, a los alimentos debidos por testamento, se refiere, sin embargo, de forma genérica, a los *alimentos futuros*³¹¹.

Permitiendo, por tanto, como acertadamente interpreta GARCIA GOYENA³¹², subsumir los alimentos legales, aunque continúe latente, en el mismo, la exclusión de los alimentos contractuales³¹³.

Texto, que transcrito literalmente por el Anteproyecto de 1882³¹⁴, supone el precedente más inmediato del artículo 1814 del Código civil.

Así pues, se puede afirmar, en base a la tradición jurídica expuesta, que, en la referencia genérica a los alimentos futuros, insita en el artículo 1814 del Código

³¹⁰-LASSO GAITE, tomo II, ob. cit., pág. 257.

³¹¹-Al establecer: "La transacción sobre alimentos futuros no surtirá efecto, sino después de ser aprobada judicialmente." GARCIA GOYENA. ob. cit., pág. 897.

³¹²-"El artículo no se contrae a los alimentos debidos por última voluntad", dice Garcia Goyena, ya que, en opinión de este autor, "los temores son iguales en todos los casos", GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 897.

³¹³-Ya que, como establece, "podían haberse exceptuado los debidos por contrato con el mismo alimentario, puesto que, Nihil tam naturale est, quam unumquodque eo genere dissolvi quo colligatum est, 35 de regulis iuris." GARCIA GOYENA, ob. cit.

³¹⁴-Ya que, el art. 8º, en sede "De la Transacción" del Anteproyecto de 1882 señalaba, igualmente, "La transacción sobre alimentos futuros no surtirá efecto sin la aprobación judicial." LASSO GAITE, ob. cit., pág. 735.

civil³¹⁵, se encuentra latente, no sólo la prohibición de transacción sobre alimentos legales, sino, también, la imposibilidad de transigir sobre alimentos nacidos como consecuencia de una disposición de última voluntad.

De ahí, que dicho precepto no se encuentre incluido en el título dedicado, exclusivamente, a *los alimentos entre parientes*, aunque, a la imposibilidad de transigir sobre éstos convenga centrar, de aquí, en adelante, nuestro estudio.

6.3.1.2-La prohibición de transigir sobre alimentos entre parientes

La transacción implica siempre ciertas concesiones entre las partes³¹⁶, dado que, como se deduce del artículo 1809 del Código civil, consiste en que cada una de ellas, dé, prometa o retenga alguna cosa.

Por lo tanto, no puede ser objeto de dicho contrato, cuanto no se puede dar, enajenar o retener, facultades de

³¹⁵-Relegando, de manera muy acertada, definitivamente, el requisito de la aprobación judicial de la transacción, ya que, privaba de valor al contrato de transacción, como acuerdo consensual inter partes, al atribuir al juez un papel de fedatario público que resulta atípico al fundamento mismo de la transacción; mucho más acorde, sin embargo, con el texto del artículo 1720 del Proyecto de 1851, que prohibía transigir sobre el estado civil de las personas, sobre las cuestiones matrimoniales y, que, no obstante, inexplicablemente, relega al artículo siguiente del Proyecto de 1851, la transacción sobre los alimentos futuros, en pro de la tradición jurídica.

³¹⁶-Como establecen MUCIUS SCAEVOLA, ob cit., pág. 347; OGAYAR AYLLON, ob. cit., pág. 51; LACRUZ, ob. cit., pág. 76; En este mismo sentido, dice Cobacho Gómez, "la transacción implica en cierto modo una renuncia parcial para dirimir un litigio actual o futuro." COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 28.

disposición, de las que carecen el alimentante y el alimentista, de modo, que es la indisponibilidad de la obligación de alimentos, la que conlleva la imposibilidad de transigir sobre los mismos, como se reconoce, unánimemente, tanto a nivel doctrinal³¹⁷, como Jurisprudencial³¹⁸.

Así, se pone de manifiesto, sobre todo, a raíz, de la promulgación del Código civil, dado que, en contraposición al Proyecto de 1851, en el que el artículo 1720, en atención a su consideración de orden público, como advierte GARCIA GOYENA³¹⁹, se limitaba a prohibir la transacción sobre el estado civil y sobre las cuestiones matrimoniales³²⁰, el artículo 1814, al regular la prohibición de transigir sobre alimentos futuros, junto a las anteriores, auna todas estas materias, dada una misma consideración: su carácter indisponible.

Así pues, el hecho de que el artículo 1814 del Código Civil regule la imposibilidad de transigir sobre los alimentos futuros junto a otras cuestiones de interés público, redundará más, si cabe, en favor de la referencia esencial de dicho precepto a los alimentos legales entre parientes³²¹.

317-SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1253; MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., pág. 346; MANRESA, ob. cit., pág. 158; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 27; OGAYAR AYLLON, ob. cit., pág. 51; LACRUZ, ob. cit., pág. 76; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 28...

318-Como se deduce de las S.T.S. de 10 de noviembre de 1948; de 28 de junio de 1949; de 2 de marzo de 1967; de 14 de febrero de 1976...

319-Así, dice Garcia Goyena, "estas y todas las del artículo son de orden y derecho públicos" GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 897.

320-En este sentido, el artículo 1720 de dicho Proyecto establecía, "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ó cualquiera otra en que deba ser oído el ministerio público, á menos que la ley permita la transacción, con intervención del mismo." GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 896.

321-Lo cual, como señala parte de la doctrina, se encuentra en perfecta

Dado que, a diferencia de los alimentos *ex voluntate*, redundan en un interés público, que imposibilita que su ejercicio quede al arbitrio de los particulares³²² y, que, por consiguientemente, se caracterizan por la indisponibilidad e inalienabilidad, que, sin embargo, no define, ineludiblemente, a los alimentos voluntarios, ni siquiera a los que se derivan de una disposición de última voluntad.

Por otro lado, la taxativa referencia del artículo 1814 del Código civil a los alimentos futuros, dada, su específica finalidad de satisfacer las necesidades vitales del alimentista, a *sensu contrario*, significa la posibilidad de transigir sobre los alimentos pasados.

De tal modo, que al igual, que, según el artículo 151 del Código civil, pueden renunciarse, compensarse y transmitirse, las pensiones atrasadas, también, podrán ser objeto de transacción, dada su exclusión del artículo 1814.

Responde, pues, este último artículo, como el 151, al principio *in praeteritum non vivitur* y, recoge una larga tradición jurídica³²³, que, en base al D. 2,15,8, limitaba la imposibilidad de transigir sin autorización del pretor a los alimentos futuros, en cuanto que sólo estos eran necesarios para la vida.

Dice, en este sentido, BARTOLUS³²⁴, "*Ratio, quare licet transigi super alimentis praeteritis est, quia cessatratio,*

armonía con el fundamento altruista de la obligación de alimentos entre parientes, "creado con un interés social que no puede quedar al arbitrio de los particulares", como ponen de relieve MANRESA, ob. cit., pág. 846; MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., pág. 471...

³²²-Como señala BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 27.

³²³-*De alimentis praeteritis transigi potest* D. 2,15,8. "*de praeteritis transigi licet, de futuris transigi non licet nisi pretore auctore.*" ROGERIUS, Summa..., ob. cit., pág. 26, II,4.

³²⁴-BARTOLUS, Tract... ob. cit, núm. 33.

ne fame pereat alimentandus."

Sentando una doctrina, que asumida por el legislador, como ya se ha puesto de relieve, desde el inicio del proceso codificador, se muestra muy acorde con el carácter indisponible de los alimentos entre parientes y, que impera, asimismo, entre la mayoría de los autores³²⁵, con anterioridad a la promulgación del Código civil.

6.3.2-Los acuerdos extrajudiciales en orden al cumplimiento de la obligación de alimentos

Sin embargo, la prohibición de transigir sobre alimentos futuros del artículo 1814 del Código civil no afecta a todo lo pactado por alimentista y alimentante, en orden a llevar a cabo el cumplimiento de la obligación³²⁶.

En este sentido, si tenemos en cuenta, que el cumplimiento voluntario representa un verdadero cumplimiento y, que las partes no tienen necesidad de acudir a los Tribunales para determinar las particularidades de la prestación, no se puede establecer a priori la invalidez de los acuerdos alcanzados por las partes, extrajudicialmente,

³²⁵- "De los pasados es permitido transigir...porque dejan ya de ser alimentos, y nadie los necesita para lo pasado" dice GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 897; Por lo tanto, ya devengados o vencidos entran en el patrimonio del alimentista y como un crédito cualquiera puede hacerse efectivo o no en el patrimonio del alimentante, como ponen de relieve MANRESA, ob. cit., pág. 158, MUCIUS, ob. cit., pág. 347.

³²⁶-Acuerdos, a los que Ogayar Ayllón califica de transacción relativa, OGAYAR AYLLON, ob. cit., pág. 51; que se admiten, por la mayoría de la doctrina, así, LACRUZ, ob. cit., pág. 76; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 28; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 539...

para satisfacer la deuda alimenticia³²⁷; lo cual, además, supondría girar la vista a la realidad jurídica y social de la ejecución de los alimentos entre parientes.

Por lo tanto, las partes, en principio, podrán fijar de mutuo acuerdo, la cuantía, determinar el tiempo y el lugar de cumplimiento, así como, la modalidad de la prestación, en orden a precisar si se deben satisfacer *in natura* o en metálico, ya que, la prohibición del artículo 1814 se dirige a impedir todo acuerdo que provoque el incumplimiento de la obligación³²⁸, pero no invalida los acuerdos entre alimentante y alimentista tendentes a evitar un pleito innecesario, siempre y cuando el alimentista disponga de lo suficiente para vivir y mucho menos, cuando lo pactado beneficie al alimentista³²⁹.

Tal y como se desprende, asimismo, del texto del D.2,15,8,6, al establecer, "et puto eam transactionem valere, quia meliorem condicionem suam alimentarius tali transactione facit: noluit enim oratio alimenta per transactionem intercipi."³³⁰

³²⁷-Se trata en definitiva, de transigir sobre la medida en que deben prestarse los alimentos, porque no puede considerarse inadmisibles que las partes lleguen a un acuerdo acerca de la cuantía de los alimentos sin necesidad de la intervención judicial, como pone de manifiesto MUCIUS, ob. cit., pág. 348.

³²⁸-Porque, como declara Delgado Echeverría, "no se puede sustituir el crédito alimentario por cualquier otro objeto." DELGADO ECHEVERRÍA, ob. cit., pág. 539.

³²⁹-Dice, así, Cicu: "Si afferma valido il contratto che sia vantaggioso per l'alimentando in quanto gli attribuisca una misura superiore a quella voluta dalla legge, non proporzionata al bisogno ed allo stato sociale suo; valido anche il contratto che determina la misura purchè non violi più o meno gravemente il criterio stabilito dalla legge per fissarla; o che regola il modo di prestazione". CICU, ob. cit., pág. 190.

³³⁰-En atención a dicho texto, pues, como señala Mucius, es válida la transacción resulte notoriamente favorable al alimentista. MUCIUS, ob. cit., pág. 348.

Es, pues, nulo todo acuerdo sobre alimentos del cual se derive una prestación insuficiente o inadecuada para satisfacer la necesidad del alimentista, así como, aquel que intente excluir la observancia de los presupuestos legales³³¹; mientras que, por el contrario, será válido cualquier pacto, que, a pesar, de afectar al cumplimiento de la obligación de alimentos, no perjudique los intereses de las mismas y se adecue a las necesidades del acreedor y recursos del deudor³³².

No obstante, el acuerdo alcanzado de mutuo acuerdo por las partes, no impide que cualquiera de ellas pueda acudir al Juez, en orden a determinar la cuantía, así como el resto de las particularidades que afectan al cumplimiento y, que la otra no pueda oponerle la *exceptio litis per transactionem finitae*³³³.

Pues, el Juez no se encuentra condicionado por lo pactado entre las partes, sino que, como consecuencia del carácter indisponible de los alimentos, está facultado, en todo momento, para evitar que se vulnere lo prescrito por la ley³³⁴.

³³¹-Declara, en este sentido, Cicu, ineficaz, todo pacto "che attribuisca all'alimentando una misura inferiore, od escluda per il presente o per il futuro l'osservanza dei presupposti stabiliti dalla legge." CICU, ob. cit., pág 190.

³³²-En este sentido, como señala Cobacho Gómez, "nos hallamos frente a un acto nulo de disposición cuando por efecto de la transacción se fije una cuantía de alimentos insuficientes o se pongan modalidades que hagan la obligación inadecuada para el fin que se persigue." COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 28.

³³³-OGAYAR AYLLON, ob. cit.

³³⁴-Dado que, "Le parti invero essendo sempre libere di ricorrere al giudice, questo non potrà, intervenendo, imporre l'osservanza della convenzione: ma dovrà accertare se questa corrisponde alle prescrizioni di legge: ciò appunto perchè la volontà non era diretta a creare un vincolo, ma ad applicare la legge" CICU, ob. cit., pág. 191.