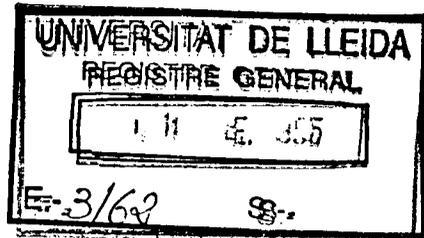


(043) "1994" Pad

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

Adoración M<sup>a</sup> 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

## 7-OBLIGACION DE CUMPLIMIENTO PERIODICO

### 7.1-La obligación de alimentos entre parientes y las distintas obligaciones periódicas

En atención, asimismo, al cumplimiento, dado el objeto y la finalidad específica de la misma, la obligación de alimentos entre parientes constituye una obligación periódica.

Sin embargo, considerando, como lo hace BADOSA<sup>335</sup>, que "la presumpta obligació bàsica o *periòdica* en singular no existeix jurídicament", sino como denominación a efectos de unificar y, en cuanto elemento determinante de los diferentes y sucesivas prestaciones periódicas, resulta mucho más correcto hablar de obligaciones periódicas en plural, dada la independencia entre las distintas pensiones<sup>336</sup>.

En este sentido, debemos distinguir entre la relación jurídica básica que media entre alimentante y alimentista, de naturaleza estrictamente personal, obligación abstracta de

---

<sup>335</sup>- "Certament que la formulació d'una obligació bàsica com a suport de les singulars obligacions respon a una exigència justificada; la de trobar un criteri que les unifiqui.", afirma BADOSA, ob. cit., pág. 159.

<sup>336</sup>- Por lo tanto, como afirman Albacar y Martin Granizo, desde el momento en que concurre el estado de necesidad del alimentista "aparece como una obligación inconcreta y abstracta de prestar al alimentista el necesario socorro para su subsistencia" cuyo cumplimiento tendrá lugar a través de concretas y reales obligaciones periódicas de alimentos. ALBACAR y MARTIN GRANIZO, ob. cit., pág. 950.

prestar alimentos entre parientes, que se origina como consecuencia de la concurrencia de los presupuestos legales y, las distintas obligaciones periódicas, en las que esta se concreta, de idéntico contenido, en cuanto que suponen lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y gastos de educación e instrucción de la persona necesitada, ya sea, mediante la prestación de una pensión en dinero o, a través la prestación *in natura* y, que nacen en momentos sucesivos y repetidos, mientras subsiste el supuesto de hecho que motivó el nacimiento de la obligación, el estado de necesidad del alimentista<sup>337</sup>.

Pensiones, en las que consiste el cumplimiento de los alimentos legales, que, en contraposición a la obligación jurídica básica, pueden ser, bien, de naturaleza personal y patrimonial, como es el caso de las pensiones presentes y futuras, bien, únicamente, patrimoniales, así, las pensiones atrasadas.

Por otra parte, cada una de las obligaciones periódicas consiste en una obligación de dar cosas fungibles, que, normalmente, consiste en una pensión o cantidad de dinero, o bien en el cumplimiento *in natura* de las diferentes prestaciones indispensables para cubrir las necesidades vitales del alimentista.

No obstante, en el primer caso, el dinero tiene, igualmente, como objeto la satisfacción de las necesidades vitales, porque la obligación de alimentos no puede reducirse a una simple deuda pecuniaria, ya que, como estima la mayoría de la doctrina<sup>338</sup>, en este caso, la pensión consiste en pagar

---

<sup>337</sup>-En este sentido, como señala Bonet Correa, la obligación de alimentos se presta a lo largo del tiempo de un modo sucesivo, mientras subsistan las causas de su débito. BONET CORREA, ob. cit., pág. 873.

<sup>338</sup>-BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 45; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 534; BONET CORREA, ADC-1978, ob. cit., pág. 872; ALVAREZ CAPEROCCHIPI, ob. cit...

en dinero determinado valor.

## 7.2-Término de la pensiones alimenticias

La obligación de alimentos no se encuentra sometida a término, dado que, no se trata de una sólo obligación sometida a diferentes vencimientos parciales, que pueda cumplirse por partes, sino, que se realiza en distintas obligaciones periódicas, independientes entre sí y de distinta naturaleza.

En este sentido, mientras, que las pensiones presentes y futuras gozan de una naturaleza personal e indisponible, que las hace irrenunciables, intransmisibles y no susceptibles de compensación, como se deduce del párrafo primero del artículo 151 del Código civil, las pensiones pasadas se convierten en un crédito estrictamente patrimonial, como se deriva del párrafo segundo del mismo precepto.

No obstante, en relación a las obligaciones periódicas no cabe hablar propiamente de término<sup>339</sup>, ya que, dicho

---

<sup>339</sup>-En este sentido, como señala Badosa, "en les obligacions periòdiques no hi ha terminis perquè el temps no està considerat com a moment i per tant, no és un element *accidental*, determinant de l'exigibilitat de l'obligació sinó que està considerat com a espai o durada i, per tant, *integra* el supòsit de fet o font creadora de les successives obligacions com ho demostra que el nombre d'aquestes estigui en funció del nombre de venciments de períodes". Por lo tanto, como pone de relieve la denominación de *término* o de *vencimiento* no es correcta, aunque sirve para expresar el paso del tiempo en el lenguaje vulgar. BADOSA, ob. cit., págs. 160 y 161.

elemento no provoca en ellas el efecto típico de exigibilidad de la obligación, sino el de eficacia generadora de las distintas pensiones periódicas; de modo, que cada uno de los periodos temporales determina el nacimiento de cada una de las obligaciones periódicas<sup>340</sup>.

En este sentido, a pesar, de que la obligación legal de alimentos tiene una eficacia indeterminada, dado que, no se puede fijar a priori, ni el inicio, ni la duración de la misma, las diferentes obligaciones periódicas gozan de una eficacia limitada, en cuanto, que cada uno de los periodos temporales que determinan el nacimiento de cada uno de las pensiones viene señalado por la propia ley.

#### 7.2.1-El pago mensual anticipado de las diferentes pensiones

Por lo que se refiere al tiempo del cumplimiento de las distintas pensiones, el párrafo segundo del artículo 148 del Código civil establece, que, en el caso de los alimentos, éste se verificará el pago por meses anticipados; acogiendo, así, al igual, que su antecedente más inmediato, el artículo 1614 de la L.E.C.<sup>341</sup>, el término mensual.

Plazo temporal, que, además, cuenta con una arraigada tradición jurídica, que se remonta a la doctrina del *Ius*

---

<sup>340</sup>-Pues, como afirma Cicu, "il diritto alimentare familiare si rinnova giorno per giorno; ma purchè un tale rinnovarsi sia inteso non semplicemente come ripetizione continuata dell'obbligo, ma nel senso che esso sorga ex novo, continuamente." CICU, ob. cit., pág. 173.

<sup>341</sup>-Dicha ley, anterior al Código civil, también establece, en este artículo, que "En la condenatoria al pago de alimentos se declarará que el pago ha de hacerse por mensualidades anticipadas."

*commune*<sup>342</sup>, en especial entre los comentaristas, en la creencia de que el pago mensual<sup>343</sup>, y, anticipado<sup>344</sup> era el más conveniente, en atención al contenido de los alimentos entre parientes, así como, al estado de necesidad del alimentista.

Sin embargo, el artículo 148.2, en cuanto alude al pago de las pensiones alimenticias, no prevee la dualidad en la modalidad de prestación de la obligación de alimentos que se deriva del artículo 149 del Código civil<sup>345</sup>, ya que, sólo se refiere al supuesto en el que el alimentante opte por el pago de una pensión en metálico.

En este sentido, pues, parece lógico, que cuando el alimentante los preste manteniendo en su casa al alimentista, se satisfagan día a día, de acuerdo a las necesidades que

---

<sup>342</sup>-A pesar, de que la doctrina también mantiene la prestación anual, en el caso de los alimentos *ex lege* se inclina decididamente a favor del pago mensual de los alimentos, como mantienen ROGERIUS, *Summa...*, ob. cit., pág. 97 (V, 14); IACOBUS DE ARENA, *Commentaria...*, ob. cit., c.93V. a D. 25,3,9... En este sentido Baldus, distingue, entre los alimentos *ex lege* "praestentur in singulos menses" y, los dejados en testamento "solvantur in annos, quia legatum alimentorum sit annuum, cum in annuis legatis siat solutio singulo anno." BALDUS, ob. cit., in l.I. núm.3. C. de *fideicom.*

<sup>343</sup>-Así, dice Surdus, "Et regulariter singulo mense debentur," SURDUS, ob. cit., tít. IV, quaest. XVII, núm. 1, dado, que es el que más se adecua al contenido de los alimentos, como establece Bartolus, poniendo como ejemplo "in instrumento, vino, oleo, & aliis rebus, quae brevi non corrumpuntur, sed in menses feruari possunt," De ahí, que prefiera que los alimentos *ex lege* se presten mensualmente y, sólo acepte la discusión entre mensuales o anuales en el caso del legado de alimentos. BARTOLUS, ob. cit., *Tract. de alimen...*, ob. cit., num. 15.

<sup>344</sup>-Igualmente, constituye opinión generalizada entre los comentaristas que los alimentos deben pagarse por adelantado, incluso en el caso del legado de alimentos que debía prestarse anualmente, "Annua si debeas tunc inspicias caput anni....peti potest prima die anni" SURDUS, ob. cit., tít. IV, quaest. XVII, núm. 8.

<sup>345</sup>-Así lo advierte Delgado Echeverría, para el cual, el descuido se debe a que, al proceder el pago de los alimentos por meses anticipados de los artículos 1614 y 1916 de la LEC, no pudo tenerla en cuenta el Código Civil en el artículo 149. DELGADO ECHEVERRÍA, ob. cit., pág. 536.

vayan acaeciendo<sup>346</sup>.

Por otra parte, además, dada la relatividad propia de la pensión alimenticia, entendemos, que, tal y como advirtió, en su día, SURDUS<sup>347</sup>, el plazo mensual puede ser alterado por el arbitrio judicial, en atención a las circunstancias de hecho.

Así pues, a pesar, de no recogerlo, expresamente, la ley, la facultad del Juez de adecuar el periodo temporal de cumplimiento de la obligación de alimentos a cada situación concreta forma parte de la tradición jurídica, como puso de relieve, entre los exégetas, DEMOLOMBE<sup>348</sup>, al afirmar, "c'est d'ailleurs aux magistrats qu'il appartient de l'appliquer et de la modifier suivant les circonstances.

#### 7.2.2-Particularidades de la deuda alimenticia como obligación periódica

En primer lugar, por lo que se refiere al término mensual, que el artículo 148.2 prescribe en materia de alimentos legales, éste contrasta con la concepción de frutos que el Código civil dispensa a las distintas prestaciones

---

<sup>346</sup>-Como prevee, ya, entre los comentaristas del *Ius commune*, SURDUS, ob. cit., tít. IV, quaest. XVII, núm. 15.

<sup>347</sup>-"Sed & si praedictis in casibus declaretur, quo tempore alimenta sunt praestanda, semper tamen plurimum poterit arbitrium iudicis, & iudex ipse sua decisione moderabitur" SURDUS, ob cit., tít. IV, quaest. XVII, núm. 30.

<sup>348</sup>-En este sentido, Demolombe afirma, "C'est à leur sagesse, à leur prévoyance, que la loi s'en remet pou régler tout ceci le mieux et le plus équitablement possible". DEMOLOMBE, ob. cit.

periódicas, ya que, los frutos civiles se entienden producidos por días.

Sin embargo, el tratamiento que el Código civil concede a las diferentes pensiones alimenticias, en relación a la obligación básica permite distinguir, según advierte BADOSA<sup>349</sup>, entre las rentas pendientes y las rentas producidas, lo cual en materia de alimentos entre parientes se encuentra plenamente justificado, dada la distinta naturaleza entre los alimentos futuros y las pensiones atrasadas.

En segundo lugar, que el pago se deba llevar a cabo de forma anticipada, es consecuencia inmediata del objeto de la prestación: satisfacer las necesidades vitales del alimentista, como se pone de relieve, ya, por los comentaristas durante el *Ius commune*<sup>350</sup>.

Pués, tal y como justifica, con posterioridad, POTHIER<sup>351</sup>, "en règle générale, le payement de la pension alimentaire a lieu...par avance", por cuanto los alimentos han de servir para mantenimiento de aquel á quien se dan y, de este modo, se asegura en mayor medida la subsistencia del pariente necesitado; concepción, que, también, se va a generalizar entre los exégetas<sup>352</sup>.

Y ésta es, asimismo, la posición que va a adoptar la doctrina anterior a la promulgación del Código civil<sup>353</sup>,

---

<sup>349</sup>-BADOSA, ob. cit., pág. 159.

<sup>350</sup>-Razones de orden público aconsejan que la prestación se anticipe a la necesidad, como señala SURDUS, ob. cit., tít. IV, quaest. XVII, núm. 18.

<sup>351</sup>-POTHIER, ob. cit.

<sup>352</sup>-Como se pone de manifiesto, también, entre los exégetas "ce mode de payement paraît ici convenable à tous égards: il est moins onéreux par le débiteur: il assure d'une manière plus certaine la subsistance du créancier". DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 77.

<sup>353</sup>-Así, como señala SALA "se deben dar con anticipación ó adelantados."



amparada, por tanto, en una larga tradición jurídica.

En tercer lugar, en atención, igualmente, al estado de necesidad, el pago de los alimentos debe verificarse al alimentista, íntegramente, de modo, que, según el artículo 148.2, "sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente."

De ahí, que, una vez vencidos, los herederos sólo podrán reclamar, en función de los días de vida del beneficiario de la pensión<sup>354</sup>, dado el cambio de naturaleza de operado en la pensión.

Por último, el tratamiento legal de la obligación de alimentos se diferencia, igualmente, del régimen jurídico de las obligaciones periódicas, por la distinta eficacia del no ejercicio del derecho por parte de su titular.

Así pues, si bien, en la obligación periódica el no ejercicio de los diferentes créditos singulares implica la falta de ejercicio de la relación obligatoria básica, provocando la prescripción de la misma, por el contrario, en el caso de la obligación de alimentos, sólo prescriben las distintas pensiones alimenticias vencidas, como se deduce del artículo 1966.1 del Código civil, pero nunca lo hará el derecho futuro a reclamar alimentos, precisamente, por la naturaleza indisponible de la obligación de alimentos entre parientes<sup>355</sup>.

---

ROMERO GUINZO, ob. cit., pág. 51.

<sup>354</sup>-En este sentido, MANRESA, ob. cit., pág. 837; DELGADO ECHEVERRÍA, ob. cit., pág. 536...

<sup>355</sup>-Como establece Cobacho Gómez, "la duración indefinida del derecho... es consecuencia de su entronque con la personalidad," COBACHO GÓMEZ, ob. cit., pág. 30...

## 8-CARACTER ALTERNATIVO DE LA PRESTACION DE ALIMENTOS

### 8.1-La alternatividad de la prestación en la obligación de alimentos entre parientes

Por último y, dado, que el artículo 149 del Código civil establece la facultad del alimentante de elegir entre dos modos distintos de cumplir la deuda alimenticia, bien *pagando la pensión que se fije*, bien *recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos*, la obligación de alimentos constituye, también, a pesar, de la reticencia de la doctrina a utilizar dicha terminología<sup>356</sup>, una obligación alternativa, en cuanto que caben dos posibles modos de prestar la obligación, en forma civil o en forma natural, respectivamente.

Así pues, como reconoce, unánimemente, la doctrina italiana<sup>357</sup>, en base al artículo 443 del Codice civile, del

---

<sup>356</sup>-En este sentido, la doctrina española se muestra reticente a utilizar este vocablo y denomina como *derecho de opción*, la facultad del deudor de elegir entre las dos modalidades de prestar los alimentos, sin duda por la novedosa regulación que imprime el artículo 149 con respecto a la legislación anterior. Así utilizan esta denominación, MUCIUS, ob. cit., pág. 467; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 537; ALBACAR y MARTIN GRANIZO, ob. cit., pág. 952; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 163...

En realidad, ningún autor utiliza la terminología obligación alternativa, algunos eludiendo cualquier denominación, como MANRESA, ob. cit., págs. 838 y ss; SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1264; LACRUZ., ob. cit., págs. 88 y 89; sin embargo, SANCHEZ ROMAN, si bien a pie de página, se refiere a la *forma alternativa* que establece el art. 149, ob. cit., pág. 1264 y, en el mismo sentido, BELTRAN DE HEREDIA habla tímidamente de *punto alternativo*, ob. cit., pág. 48.

<sup>357</sup>-Así, TEDESCHI, ob. cit., pág. 506; SECCO y REBUTTATI, ob. cit., pág.

cual se deriva, igualmente, que el obligado puede elegir entre dos modalidades de prestar la obligación, nos encontramos en presencia de una obligación alternativa, "nella quale vengono dedotte due res e la concentrazione avviene al momento della scelta che per legge, è sempre riservata all'obbligato", dice TAMBURRINO<sup>358</sup>.

Carácter alternativo, al que ya se hacía alguna alusión durante el *Ius commune*, por comentaristas, como SURDUS<sup>359</sup> y BARTOLUS<sup>360</sup>, aunque referida, únicamente, al legado de alimentos.

#### 8.1.1-Doble modalidad de prestación

El artículo 149 del Código civil supone, por un lado, el reconocimiento legal en régimen de igualdad, de la doble modalidad de prestación, ya que, según dicho precepto, los alimentos se pueden satisfacer, a elección del deudor, mediante el pago de una pensión en dinero o manteniendo en su casa al alimentista, dado que, ambas modalidades son perfectamente válidas, en orden a satisfacer las necesidades vitales del alimentista.

A la vez, por otra parte, dicho artículo, con respecto al único precepto que le precede, el artículo 78 de la Ley de matrimonio civil, acota el modo de cumplir la obligación de

---

158; TRABUCCHI, ob. cit., pág. 257...

358-TAMBURRINO, ob. cit., pág. 45.

359-"quando legatum est factum alternativè..." SURDUS, ob. cit., tít. IV, quaest. XV, núm. 58.

360-"obligatio est alternativa", BARTOLUS, ob. cit...

alimentos a la doble conducta que el mismo prescribe.

Pués, a diferencia del artículo 443 del Codice civile, no prevee, ni siquiera, junto a la doble opción del deudor de prestar una pensión monetaria o mantener en casa al necesitado, la posibilidad de que sea el Juez, el que determine, en última instancia, el modo de prestar los alimentos, de acuerdo a las circunstancias de hecho<sup>361</sup>.

En este sentido, pues, el Código civil atribuye al alimentante la facultad exclusiva de elegir el modo de cumplir la obligación de alimentos, sin cortapisa legal alguna.

#### 8.1.2-Subsidiariedad de la prestación *in natura*

No obstante, el Código civil resulta totalmente innovador respecto a la legislación anterior y, no tiene parangón alguno, ni siquiera en el artículo 78 de la Ley de matrimonio civil, ya que, éste último, a pesar, de constituir la única regulación expresa sobre el modo de prestar los alimentos, con anterioridad a la promulgación del Código civil<sup>362</sup>, no permite deducir la alternatividad en el cumplimiento de la obligación de alimentos.

Por el contrario, el artículo 78 de la Ley de matrimonio civil, al establecer que el alimentista, "tendrá

---

<sup>361</sup>-En este sentido, el artículo 443 del Codice civile, establece, "il modo di somministrare può talora essere determinato dal giudice secondo le circostanze."

<sup>362</sup>-Dado que, la tradición jurídica castellana no hace ninguna alusión a la doble modalidad de prestar los alimentos, ni tampoco se encuentra un precepto semejante en ninguno de los proyectos de Código Civil.

que vivir en compañía del que debiere satisfacer los alimentos, en el caso que este justificare no poder cumplir de otro modo su obligación por la escasez de la fortuna", además, de condicionar la prestación *in natura*, a la falta de recursos económicos del alimentante<sup>363</sup>, no se refiere, expresamente, a la prestación en metálico, dado que, alude, genéricamente, a la posibilidad de *cumplir de otro modo*, expresión que permite subsumir una diversidad de conductas.

La Ley de matrimonio civil, parece inspirarse en el artículo 210 del Code<sup>364</sup>, ya que, al igual que éste, prevee la prestación *in natura*, como una prestación subsidiaria, a pesar, de no referirse a la doble modalidad de prestación, implícita en el Code y, concretamente, al pago periódico de una pensión.

En este sentido, dicha Ley también rompe con una arraigada tradición jurídica, presente, incluso, en la doctrina actual<sup>365</sup>, favorable a la prestación de los alimentos

---

<sup>363</sup>-Dado que, como señala Cobacho Gómez, en el artículo 78, la prestación "in natura" se concebía como "una mera excepción admitida en beneficio del alimentante pobre". COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 160.

<sup>364</sup>-Ya que, a pesar, de que el artículo 210 del Code establece "Si la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments.", en contraposición al artículo 78 de la Ley de matrimonio civil, el Code se refiere estrictamente a dos únicas formas de prestar los alimentos, bien, pagando una pensión, como regla general y, manteniendo en su propia casa al alimentista, sólo cuando en base a la escasez de recursos del alimentante, el Tribunal decida que no puede realizar la prestación en dinero.

<sup>365</sup>-En este sentido, incluso la doctrina más actual, también considera que la prestación *in natura* es el modo de cumplir los alimentos con el que mejor se alcanza la finalidad de los mismos, ya que, consideran que aparte de ser el que mejor satisface el interés del acreedor, como forma también más cálida y normal en el caso de relaciones familiares regulares, es el más conveniente para el deudor, por cuanto constituye el modo más cómodo y económico de cumplir con su obligación; así, BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 45; ALBACAR-MARTIN GRANIZO, ob. cit; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 537...

en el domicilio del alimentista, siempre y cuando esta fuera posible.

Del mismo modo, ya en el *Ius commune*, se entendía, mayoritariamente, que el alimentante tenía derecho a mantener al alimentista, suministrándole alimentos en su propia casa<sup>366</sup>, salvo en determinados supuestos en los que la convivencia era imposible<sup>367</sup>; de manera, que, únicamente, cuando el alimentista tenía buenas razones, incluso de carácter moral, los alimentos debían incluir también la habitación<sup>368</sup>.

Idéntico criterio, adopta la glosa sexta a la ley II, tit. XIX de la Partida IV, a pesar, del silencio de esta ley, al establecer, "Nisi quando pro bono pacis, vel familia, aliter iudici videretur".

No es extraño, pues, que dicha concepción predomine en el pensar de la doctrina del XIX<sup>369</sup>, llegando a afirmar GUTIERREZ FERNANDEZ<sup>370</sup>, que, "los alimentos que viviendo en familia se prestan casi sin sentir, serían una carga

---

<sup>366</sup>-En este sentido, no cabía duda que el hijo mayor de tres años debía convivir con el padre, ya que en virtud del Derecho Romano el padre tenía la *actio de liberis exhibendis* (D. 43,30; C. 8,8; C. 8,46(47),9), como señala BALDUS, ob. cit., IV, consil. 202. Al igual, que la mujer debía estar *in obsequi viri*, SURDUS, ob. cit., tit. IV, quaest. XV, núm. 37...

<sup>367</sup>-Como el supuesto en el que la mujer vivía lejos del marido, *propter verberationem* o *quia vir molestabat eam*, como señala DINUS DE MUGELLO, *De regulis*, ob. cit., c.86. E, incluso sin mediar culpa del alimentante, como en el caso en que se imponía un lugar concreto para la recuperación del alimentista, BARTOLUS, ob. cit., X, c.126v. núm. 24.

<sup>368</sup>-BALDUS, ob. cit., III c.7r. núm.5 a D. 24,3,21,5; "Et quae iusta causa petendi extra domum, comittitur arbitro iudicis", como señala SURDUS, ob. cit., tit. IV, quaest. XV, núm. 44...

<sup>369</sup>-ROMERO GUINZO, ob. cit., pág. 51; ELIAS, ob. cit., pág. 68; HERRERO, ob. cit., pág. 90; SANCHEZ DE MOLINA, ob. cit., pág. 56...

<sup>370</sup>-GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 599.

insoportable si hubieran de pagarse en metálico ó de otro modo viviendo cada individuo por separado".

De ahí, que, a pesar, de que el artículo 78 de la Ley de matrimonio civil, conceda a la prestación *in natura* un tratamiento subsidiario, el Código, amparado en la doctrina anterior, adopte una posición ecléctica, facultando al deudor a elegir entre cualquiera de ambas conductas.

No obstante, a pesar, de que el artículo 149 del Código civil, regula de forma paritaria la prestación en metálico y la prestación *in natura*, atribuyendo a la obligación de alimentos el carácter alternativo, en atención a la doble modalidad de la prestación, en la práctica de los Tribunales, la facultad ilimitada establecida por la ley, ha sido objeto de multiples restricciones.

En este sentido, como veremos, la posibilidad del alimentante de prestar la obligación manteniendo en su casa al alimentista se excluye, habitualmente, por el Juez, si estima, en base a las circunstancias de hecho, la imposibilidad legal<sup>371</sup> o moral<sup>372</sup> de la convivencia.

---

<sup>371</sup>-La Jurisprudencia entiende, por supuesto de imposibilidad legal, aquel caso en el cual el ejercicio de la elección entraña una colisión y supone un conflicto con otro derecho o potestad al que debe considerarse en rigor, jerarquía preferente, como es, en particular, la patria potestad, como señala DIEZ PICAZO, Luís. Estudios sobre la Jurisprudencia Civil. Editorial Tecnos. Madrid 1981, pág. 4; así, en STS de 25 de noviembre de 1899; STS de 12 de febrero de 1982; STS de 2 de noviembre de 1983...

<sup>372</sup>-Por otra parte, representa un caso de imposibilidad moral, todo aquel en que existe alguna circunstancia de orden moral, en virtud de la cual no deba trasladarse el alimentista al domicilio del alimentante en consideración a la equidad, como es el caso de la STS de 5 de diciembre de 1903, en la que se desestima el derecho del padre a tener en su compañía al hijo natural, por haber contraído matrimonio con otra persona. El mismo caso que plantea la STS de 8 de marzo de 1952 al determinar que no se puede imponer a una hija legítima la convivencia con su padre porque vive maritalmente con una mujer y los hijos de ambos, a pesar, de ser personas respetadas y estimadas en la población en que residen. También se plantea esta imposibilidad moral, en supuestos de

## 8.2-Concentración del modo de prestar los alimentos

Es el alimentante, según el artículo 149 del Código civil, el que dispone de la facultad de elegir el modo de prestar los alimentos, al igual que se deduce del artículo 443 del Codice civile.

Pero, además, a diferencia de éste último y, dado que, el mismo artículo 443, en atención a las circunstancias de hecho, admite que pueda ser el Juez el que la determine, en el Código civil el alimentante es el único sujeto facultado legalmente para llevar a cabo la concentración de la prestación.

Sin embargo, como en toda obligación alternativa, la concentración no sólo se produce por medio de la elección, sino, también cuando todas las conductas designadas, en este caso por la propia ley, menos una no puedan ser objeto de la misma, como se deduce del artículo 1134 del Código civil; pues, "sufficit enim ex duabus alternatiuis alteran esse veran", dice SURDUS<sup>373</sup>.

Dicho supuesto puede producirse, por tanto, cuando no pueda pagarse la pensión en dinero o si se impide al alimentante prestar los alimentos *in natura*.

En el primer caso, a pesar, de la excepcionalidad de

---

malos tratos probados, como se desprende de la STS de 5 de abril de 1923 y de la STS de 24 de enero de 1924. Al igual que rechazan la prestación natural en el supuesto de separación de los esposos, según las STS de 25 de noviembre de 1985 y de 30 de diciembre de 1986.

<sup>373</sup>-SURDUS, ob. cit., tít. IV, quaest. XV, núm. 59.

dicha hipótesis<sup>374</sup>, la escasez de recursos económicos, conlleva que el alimentante sólo pueda satisfacerlos de forma menos gravosa, es decir, manteniendo en su casa al alimentista, como se deduce, expresamente, del artículo 78 de la Ley de matrimonio civil y, asimismo, del artículo 210 del Code.

Por lo que respecta al segundo supuesto, es el que más se ha venido restringiendo en la práctica jurídica, ya que, como se deriva de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la prestación *in natura* no puede tener lugar, como ya se ha hecho referencia, cuando la convivencia entre alimentante y alimentista se considere inadecuada por razones legales o morales.

Por último, la gran peculiaridad de la obligación de alimentos, como obligación alternativa estriba en la relevancia que para el cumplimiento de esta obligación tiene la variación de las circunstancias de hecho.

Así pues, a pesar, de que desde el momento en que el deudor elige un modo de prestar la obligación o, bien desde que se opera la concentración por imposibilidad de cumplir de una de las dos modalidades previstas por la ley, sólo una de ellas es la prestación debida, la concentración no deviene definitiva, en ningún caso.

Por lo tanto, el carácter periódico de la obligación de alimentos, implica que en cualquier momento, puede seguir prestándose de modo distinto al que se venía haciendo.

Dice, en este sentido TEDESCHI<sup>375</sup>, "nel senso che l'obbligato che abbia per un certo periodo soddisfatto il suo

---

<sup>374</sup>-Dado que, ante la escasez de recursos del alimentante, la obligación puede recaer sobre cualquier otro pariente obligado, como señala CARBONNIER, ob. cit., pág. 413.

<sup>375</sup>-TEDESCHI, ob. cit., pág. 506.

obbligo in uno dei due modi può poi volerlo soddisfare nell'altro. Questa soluzione trova sicuro fondamento in ciò, che il rapporto alimentare rinasce continuamente ex novo."

De este modo, el carácter alternativo de la obligación de alimentos prevalece, incluso, a pesar de haberse producido ya la concentración de la prestación; si bien, de manera ineludible cuando las circunstancias de hecho imposibiliten que la prestación de los alimentos se satisfaga como se venía haciendo<sup>376</sup>.

---

<sup>376</sup>-"nell'senzo che se intervengano circonstanze di fatto che rendano particolarmente gravoso o impossibile il modo somministrazione già attuato ovvero che rendano preferibile il mutarlo, può essere richiesta ed ottenuta la relativa variazione". SECCO-REBUTTATI, ob. cit, pág. 158.

## **CAPÍTULO QUINTO**

## CAPITULO QUINTO: DETERMINACION DE LOS SUJETOS EN VIRTUD DE SUS VINCULOS FAMILIARES

### 1-LOS ALIMENTOS QUE SE DERIVAN DEL VINCULO CONYUGAL

En atención al artículo 143 del Código civil, *están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1º Los cónyuges.*

Por lo tanto, son los esposos, los sujetos obligados, preferentemente, según se deduce, asimismo, del artículo 144 del mismo texto, a pesar, de que los alimentos legales se deben *ex caritas sanguinis* y, la obligación de alimentos entre cónyuges no se deriva de la consanguinidad, sino de un ligamen que se considera, especialmente, estrecho, por cuanto puede representar el inicio de otra familia y, en este sentido, el principio de nuevas relaciones jurídicas en materia de alimentos.

Además, mientras que, en este caso, el vínculo subjetivo se deriva del acto voluntario de los cónyuges y, como consecuencia de un negocio jurídico, el matrimonio; por el contrario, el resto de obligados se deben alimentos en atención al vínculo obligatorio que deviene, ineludiblemente, desde el momento del nacimiento de la persona.

No obstante, el objeto, presupuestos y, en general, el régimen jurídico de la obligación de alimentos entre cónyuges no presenta diferencias sustanciales<sup>1</sup>, con respecto a la que

---

<sup>1</sup>-Quizás, la más significativa sea, que en el caso de los alimentos debidos entre cónyuges no podemos hablar de la facultad de elección del alimentante de satisfacer los alimentos *in natura*, que se desprende del

se establece entre el resto de obligados.

Por otra parte, la obligación alimenticia entre cónyuges es, quizás, de todas las que regula el artículo 143 del Código civil, la más controvertida, dada la problemática delimitación de otras figuras jurídicas, de las que, igualmente, se deriva la prestación de alimentos<sup>2</sup>.

En este sentido, bien es sabido, que durante el matrimonio, existe entre los cónyuges una obligación de mantenimiento que se desprende del deber de los cónyuges de ayudarse y socorrerse mutuamente (art. 68 CC) y, que por otro lado, como veremos, a raíz de la separación o divorcio, los cónyuges pueden resultar beneficiarios del derecho a la pensión por desequilibrio económico (art. 97 CC), también de carácter alimenticio.

No obstante, los cónyuges se deben alimentos, propiamente dichos, cuando el matrimonio entra en una fase de anormalidad<sup>3</sup>, ya que, es, precisamente, durante el período de crisis matrimonial y, hasta que el vínculo conyugal se disuelve, definitivamente, cuando los cónyuges están obligados legalmente a prestarse alimentos, siempre que concurren los

---

artículo 149 del Código Civil, ya que, los alimentos entre cónyuges se prestan en los periodos de crisis matrimonial y, difícilmente, podrán entonces prestarse en casa del obligado, cuando la convivencia conyugal resulta casi imposible.

<sup>2</sup>-Pues, una de las cuestiones más debatidas y menos definidas en la actualidad, después de la Ley 30/1981 de 7 de julio, es la delimitación de los alimentos, en sentido estricto de otras figuras, como las cargas matrimoniales y la pensión por desequilibrio económico; sobre todo, por cuanto se refiere a la utilización del concepto alimentos, en la mayoría de los artículos que se derivan de la misma. En este sentido, como describe Garcia Garcia, todas estas obligaciones de contenido económico "no aparecen, en general, bien precisadas y deslindadas en la doctrina, dándose también un cierto confucionismo en la praxis judicial al respecto, y esto tiene su reflejo en la aplicación de la Ley de 7 de julio de 1981." GARCIA GARCIA, ob. cit., pág. 1001.

<sup>3</sup>-Como reconoce la mayoría de la doctrina, en este sentido, LACRUZ, ob. cit., pág. 79; ALBALADEJO, ob. cit., pág. 21; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 528; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 56; ROCA I TRIAS, Encarna. Derecho de Familia. A.A.V.V. Edit.Tirant lo blanc. Valencia 1991, pág. 34...

presupuestos objetivos de dicha obligación<sup>4</sup>.

Por lo tanto, los cónyuges se deben alimentos, en primer lugar, durante la sustanciación de los procesos de nulidad, separación y divorcio y, en segundo lugar, una vez separados, ya sea judicial o extrajudicialmente.

### 1.1-Inexistencia de la obligación de alimentos disuelto y anulado el matrimonio

#### 1.1.1-La deuda alimenticia durante la sustanciación del proceso judicial

A pesar, de que la obligación de alimentos entre cónyuges no surge durante la normal convivencia de la pareja, sino, precisamente, en situaciones de crisis matrimonial, éstos sólo se deben, mientras subsiste el vínculo conyugal.

Por lo tanto, dicha prestación no puede tener lugar, si el matrimonio deja de existir y, cuando se considera que nunca ha existido<sup>5</sup>; como ocurre, respectivamente, en los supuestos de divorcio, dada la disolución del vínculo y, en el de nulidad, en atención a la anulación del mismo<sup>6</sup>. Asimismo,

---

<sup>4</sup>-En este sentido, como ha declarado, recientemente, la SAP (Barcelona) de 21 de octubre de 1993, "la prestación de alimentos entre cónyuges del art. 143 CC, implica la necesaria prueba de la necesidad del alimentista." Y, por lo tanto, se diferencia del concepto de cargas familiares y de la pensión compensatoria. RJC, núm. II-1994, pág. 301.

<sup>5</sup>-En este sentido, como afirma Manresa, resulta significativo el hecho de que el artículo 72 de la Ley de Matrimonio Civil asimile la ejecutoria de nulidad a los efectos que se derivaban de la disolución por muerte. MANRESA, ob. cit., pág. 801.

<sup>6</sup>-Dado que el fundamento subjetivo de la obligación de alimentos entre esposos no varía, después de la Reforma, porque, la existencia del vínculo matrimonial o nexo parental, que determina la prestación de alimentos entre los cónyuges, permanece, de igual modo, después de la Ley 30/1981, como señala IGLESIAS PUJOL, ob. cit., pág. 341.

cesará la obligación de alimentos nacida<sup>7</sup>, una vez devenga firme la sentencia de nulidad o de divorcio.

De modo, que, bien podría afirmarse, que a las causas de extinción, reguladas en los artículos 150 y 152 del Código civil, cabría añadir las sentencias de nulidad y divorcio, en cuanto suponen la disolución o anulación del vínculo matrimonial, imprescindible, tanto para el nacimiento, como para la subsistencia de la obligación legal de alimentos entre cónyuges<sup>8</sup>.

No se opone a dicha afirmación el artículo 90.1C, al señalar que, "El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de éste Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:...C)La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso."; dado que, los alimentos, a los que se refiere dicho precepto, se establecen en convenio, por tanto, son alimentos voluntarios; alimentos que los cónyuges pueden acordar, en caso de separación, divorcio o nulidad<sup>9</sup>.

Consecuentemente y, dado, que los cónyuges se encuentran obligados a prestarlos mientras subsista el vínculo conyugal, éstos se deben, también, alimentos durante la sustanciación

---

<sup>7</sup>-BELTRAN de HEREDIA, ob. cit., pág. 35.

<sup>8</sup>-PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 641.

<sup>9</sup>-Como señala una parte importante de la doctrina, en este sentido, ROCA I TRIAS, Encarna. *Contenido del Convenio: Cargas del matrimonio. Alimentos. Pensión por desequilibrios. Indemnización en caso de nulidad. Bases doctrinales y criterios judiciales*, en *Convenios Reguladores de las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*. Instituto de Ciencias para la Familia. Segunda Edición, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1989, pág. 184; RODRIGUEZ DE VICENTE TUTOR, Manuel. *Criterios judiciales en orden a la determinación de los alimentos, cargas del matrimonio, pensión por desequilibrio económico e indemnización en caso de nulidad*, en *Convenios Reguladores de las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*. Instituto de Ciencias para la Familia. Segunda Edición, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1989, pág. 267, quien además de convenir que se trata de una obligación contractual que emana de la suspensión o disolución del mismo, afirma que se trata además de una obligación condicional ya que pende de la declaración judicial.

de los procesos judiciales de nulidad y divorcio; periodo que finaliza cuando la resolución judicial, que provoca la extinción del vínculo conyugal, deviene firme<sup>10</sup>.

No obstante, a raíz de la sentencia de divorcio y de nulidad<sup>11</sup>, pueden derivarse otras prestaciones, como son el derecho a recibir una pensión compensatoria por desequilibrio económico (art. 97 CC), o una indemnización en el caso de nulidad (art. 98 CC), ambas, distintas de la pensión alimenticia.

### 1.1.2-Ambito de la pensión alimenticia

#### 1.1.2.1-Su distinción de la pensión por desequilibrio económico

La pensión alimenticia se debe delimitar<sup>12</sup> de la pensión

---

<sup>10</sup>-Como afirma IGLESIAS PUJOL. ob. cit., pág. 341.

Así, lo entienden, también, entre la doctrina italiana Cian y Trabucchi, al afirmar que cuando se trata de un matrimonio inválido, tal obligación vive hasta que se pronuncie la sentencia de nulidad, e igualmente cesará con el divorcio. CIAN y TRABUCCHI, ob. cit., pág. 433.

<sup>11</sup>-En este sentido, creemos desacertada la opinión de Beltrán de Heredia, el cual atendiendo a la figura del matrimonio putativo, considera que una vez declarada la nulidad, podría configurarse una obligación alimenticia, dado que el matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sólo con respecto al cónyuge de buena fe, además, si hubo mala fe por parte de ambos sólo producirá sus efectos con respecto a los hijos. BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág 46.

<sup>12</sup>-Como señala, no sólo la mayoría de la doctrina, así LUNA SERRANO, Agustín, *El nuevo régimen de la familia*, pág. 364; VALLADARES RASCON, Etelvina. *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio.* Prólogo de Rodrigo Bercovitz. Editorial Civitas, pág 247; ROCA I TRIAS, Encarna, ob. cit., pág. 223; GARCIA CANTERO, Gabriel. *Comentario al art. 97 CC en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidas por Manuel Albaladejo.* Tomo II (artículos 42 a 107 del Código Civil), segunda edición de acuerdo con la Ley de 7 de julio de 1981, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 438...; sino, además, en el Informe de la Ponencia de la Comisión del Congreso de Diputados sobre

compensatoria, que tiene lugar a raíz de la separación o divorcio, regulada en el artículo 97 del Código civil, al establecer:

"El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial..."

En principio, tal y como se desprende del mismo, en la medida que dicho desequilibrio económico no supone la imposibilidad de que el separado o divorciado se mantenga por si mismo; no comporta el estado de necesidad de uno de los cónyuges, sino simplemente una alteración sustancial entre el nivel de vida anterior y posterior a la separación o divorcio<sup>13</sup>.

Así pues, la pensión compensatoria y la pensión que se deriva de la obligación de alimentos son dos instituciones, esencialmente, distintas, con fundamento y presupuestos diferentes, ya que, la obligación de alimentos obedece en especial al criterio de necesidad y, en la medida que va dirigida a satisfacer las exigencias vitales del cónyuge necesitado, *la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*, según el artículo 146 del Código civil.

Por el contrario, el derecho a reclamar una pensión compensatoria no precisa de la necesidad de la persona a la cual se debe prestar<sup>14</sup>, sino, que intenta limar el

---

el Proyecto de Ley de reforma del Tít. IV del libro I del Código civil, al establecer, que la pensión indemnizatoria es distinta del derecho de alimentos del art. 90.

<sup>13</sup>-Como evidencian, entre otros, LASARTE ALVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNANDEZ, M. del Rosario. *Comentario del artículo 97*, en *"Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil. Coordinados por Jose Luis LACRUZ BERDEJO. Editorial Civitas S.A., Madrid 1982, pág. 749; ROCA I TRIAS, que califica a la pensión, como el medio de resarcimiento del daño objetivo: el desequilibrio económico, ob. cit., pág. 225...*

<sup>14</sup>-En este sentido, se considera por parte de la doctrina que la pensión por desequilibrio económico tiene su razón de ser en un presupuesto mucho

desequilibrio económico, derivado de la ruptura matrimonial para cualquiera de los cónyuges, de manera, que la separación o el divorcio resulte lo menos perjudicial para ambos<sup>15</sup>.

Por lo tanto, ni siquiera la referencia expresa, en la que el artículo 97 alude al *caudal y medios económicos* y, a las necesidades de uno y otro cónyuge, como uno de los criterios para fijar dicha pensión<sup>16</sup>, ensombrece y genera ningún tipo de duda a la hora de diferenciarlas, ya que, en el caso del artículo 97 del Código civil, esta consideración representa sólo uno de los módulos determinantes de la cuantía de la

---

más amplio que la deuda alimenticia, en este sentido, CAMPUZANO TOME, Herminia. pág. 18; como plasma, asimismo, la Jurisprudencia en la Sentencia de 19 de mayo de 1982, al señalar, que "la pensión por desequilibrio económico es una figura con una naturaleza y unos requisitos determinados, mucho más extensos que el único que se exige para la prestación alimenticia, de la proporcionalidad al caudal o medios del alimentario y a las necesidades del alimentista..."

<sup>15</sup>-Fijándose la pensión, según establece el artículo 97, entre otras, a "las siguientes circunstancias: 1ª Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges. 2ª La edad y estado de salud. 3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4ª la dedicación pasada y futura a la familia. 5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8ª El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge."

<sup>16</sup>-Una parte de la doctrina, por el contrario, a nuestro entender, incorrectamente, considera que la pensión que regula los artículos 97 y ss, viene a sustituir a la deuda de alimentos entre cónyuges separados, dado que en el capítulo I, del título IV del libro I del Código Civil sólo se contempla la pensión, como eventual efecto de la separación o divorcio, sin que se haga mención de la deuda de alimentos; además la pensión aparece novedosa, en la medida que integra criterios y circunstancias que no venían reconocidas legalmente para la obligación de alimentos, por lo cual la pensión se presenta como integradora y superadora a a la vez de la antigua deuda de alimentos, así HERNANDEZ CANUT, ob. cit., pág 90; LASARTE ALVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNANDEZ, M. del Rosario, ob. cit., pág. 750; en este sentido, dice esta última: "Carácter alimenticio que se acentua cuando la misma reviste como forma de pago la de una renta periódica e incluso parece viene a sustituir a la actual deuda de alimentos". VALPUESTA FERNANDEZ, María del Rosario. *Consideraciones sobre la Pensión dimanante de la separación o el divorcio. La Reforma del Derecho de familia*, en JORNADAS HISPALENSES SOBRE LA REFORMA DEL DERECHO DE FAMILIA. AA.VV. Sevilla 1982, págs. 71 y 72.

pensión y, no supone, en sí mismo, el presupuesto inmediato que provoca el nacimiento del derecho a la pensión, como ocurre en el caso de la obligación de alimentos<sup>17</sup>; asimismo, son distintas la mayoría de las circunstancias que se estiman para determinar la pensión por desequilibrio económico<sup>18</sup>.

Se tratan, pues, de dos instituciones independientes<sup>19</sup>, que pueden ser, incluso, prestadas, simultáneamente, según veremos en el supuesto de la separación, cuando la pensión compensatoria resulte insuficiente para atender a la necesidad del alimentista<sup>20</sup>.

No obstante, es la naturaleza de ambas figuras, el criterio esencial, en orden a su delimitación, dado que, la pensión por desequilibrio económico carece del carácter personalísimo de la obligación de alimentos, como se deduce, en primer lugar, del artículo 99 del Código civil, que permite sustituir la obligación de pagar una pensión periódica por la entrega de un capital en bienes o en dinero y, en segundo término, del artículo 101.2, al establecer, que en caso de premoriencia del deudor, los herederos seguirán debiendo la

---

<sup>17</sup>-ROCA I TRIAS, ob cit., pág. 225.

<sup>18</sup>-Así, por cuanto respecta a *los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges*, dado que, no pueden ser tenidos en cuenta para determinar la obligación legal de alimentos entre parientes, pues ello la convertiría en una prestación voluntaria y, como tal distinta de la deuda que regulan los artículos 142 y ss. del Código Civil. Tampoco lo sería el cuarto presupuesto del mismo artículo, *la dedicación pasada y futura a la familia*, ya que, aún tratándose de un requisito claramente innovador, que pretende solventar un evidente problema social, el de la esposa que dedicada al hogar y con pocas posibilidades laborales, llegada la separación o divorcio queda en una angustiosa situación, al perder la posición social que ostentaba durante el matrimonio, carece de relevancia expresa en cuanto a la determinación de la deuda de alimentos. Como no lo son los apartados quinto y sexto, es decir, *la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge y la duración del matrimonio y duración de la convivencia conyugal* respectivamente.

<sup>19</sup>-IGLESIAS PUJOL, ob. cit., pág. 346.

<sup>20</sup>-Como evidencian ALBALADEJO, ob. cit., pág. 22; ROCA I TRIAS, ob. cit., pág. 244...

pensión acordada, aunque ajustándola al caudal hereditario y siempre que no lesione las legítimas; por cuanto, ambos preceptos definen el carácter indemnizatorio de la pensión<sup>21</sup>. Por lo tanto, en contraposición a la indisponibilidad del derecho a los alimentos (art. 151 CC), la pensión compensatoria puede renunciarse<sup>22</sup>, porque constituye un derecho de contenido puramente económico, suceptible de transmisión (art. 101.2 CC), así como, de sustituirse por otras formas de pago (art. 99 CC).

Asimismo, a diferencia de la obligación de alimentos, exigible desde el mismo momento en que el alimentista se encuentra necesitado (art. 148.1 CC), ésta pensión sólo lo es, desde que se dicta la sentencia de separación o divorcio. Igualmente, difieren en el modo de cumplimiento, ya que, carece de sentido, que la pensión pueda satisfacerse a elección del deudor, recibiendo o manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos, ya que, al emerger siempre de un supuesto de ruptura matrimonial, debe consistir en la entrega de una cantidad en metálico; con la posibilidad, incluso, de que no se realice de forma periódica, sino, que se satisfaga en una sólo entrega, como se deduce del artículo 99 del Código civil.

Por último, aunque, tanto la obligación de alimentos, como la indemnización que se genera por el desequilibrio económico implican, normalmente, una pensión periódica, la variabilidad y relatividad, que caracterizan a la obligación de alimentos (art. 147 CC), no resultan aplicables a dicha pensión, consistente en una cantidad fija.

En este sentido, a pesar, de que, al igual que en el caso de los alimentos, se debe adecuar al poder adquisitivo de la moneda<sup>23</sup>, estas alteraciones sólo tienden a mantener el

---

<sup>21</sup>-Así lo entiende ROCA I TRIAS, ob. cit., pág. 225.

<sup>22</sup>-GARCIA GARCIA, ob. cit., pág. 1003.

<sup>23</sup>-Por esta razón, en virtud del artículo 90 del CC, también le son aplicables a la pensión por desequilibrio económico las bases de

montante económico, que caracteriza su carácter fijo y determinado.

Además, parece obvio, que el artículo 100 del Código civil intenta limitar la posible variación de la pensión compensatoria, restringiéndola al supuesto de *alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuges*, basándose en los más estrictos criterios objetivos, debido a que la pensión se encuentra delimitada por el desequilibrio que se produce en el momento de la separación o divorcio y no debería resultar afectada por las situaciones posteriores que pudieran devenir, en este sentido, debería permanecer invariable una vez fijada<sup>24</sup>.

#### 1.1.2.2-Delimitación de la indemnización compensatoria

Por su parte, no plantea problema alguno diferenciar la pensión alimenticia de la indemnización económica que se desprende del artículo 98 y, que también es fruto de la Reforma sufrida por el Código Civil, a raíz de la Ley de 7 julio de 1981, según el cual, el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización, si ha existido convivencia conyugal<sup>25</sup>, ya que, en este caso, la propia configuración legal permite diferenciar ambas figuras desde un principio.

En este sentido, si tenemos en cuenta, que la indemnización carece del carácter tendencialmente periódico de la pensión por desequilibrio económico<sup>26</sup> y, si a ello, le añadimos que

---

actualización, que en todo caso podrá establecer el Juez.

<sup>24</sup>-Ya que, como señala ROCA I TRIAS, precisamente, "en esta consolidación determinada en el momento de la separación o divorcio se encuentran las principales diferencias entre pensión y alimentos", ob. cit., pág. 253.

<sup>25</sup>-CAMPUZANO TOME, ob. cit., págs. 21 y 22.

<sup>26</sup>-Así lo entienden LASARTE ALVAREZ y VALPUESTA FERNANDEZ, ob. cit., pág.

dicha indemnización sólo deviene como consecuencia del daño que la nulidad puede provocar al cónyuge de buena fe, el hecho de que esta obligación se genere a raíz de la nulidad matrimonial, nos permite delimitar, definitivamente, esta prestación, de la de alimentos, que nunca puede proceder en el caso de la nulidad matrimonial, debido a la inexistencia del vínculo conyugal.

## 1.2-La prestación alimenticia entre cónyuges separados

### 1.2.1-Alimentos en la separación legal

Es el supuesto de separación conyugal, el único de los previstos en el cap. IX, tít. IV, lib. primero del Código civil, en el que los alimentos se deben, no sólo durante la sustanciación del proceso judicial, sino, a partir del momento en que la sentencia deviene firme, dado que, aún después de dicha resolución, subsiste el vínculo personal entre los cónyuges.

No obstante, en este caso resulta mucho más complicado delimitar la estricta prestación de alimentos legales, de la contribución de los cónyuges a las cargas matrimoniales; problema que se agrava, como consecuencia de la errónea y confusa alusión a ambas figuras, que lleva a cabo el Código civil en la regulación *De los efectos comunes a la separación, nulidad o divorcio y, las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio*<sup>27</sup>.

---

774.

<sup>27</sup>-Aunque, a nuestro entender, el Código Civil, al regular los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, a pesar, de la terminología utilizada, cuando habla de alimentos se está refiriendo normalmente a cargas del matrimonio y, decimos normalmente, porque sólo cabría hablar de alimentos, en base al artículo 91, en un supuesto muy concreto, ya

Sin embargo, en principio, se puede afirmar, que los cónyuges se deben alimentos legales durante la sustanciación del proceso de separación, en defecto de la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, siempre que concurra necesidad de uno de los cónyuges y posibilidad del otro de ayudarlo y, con independencia de la culpabilidad de los cónyuges<sup>28</sup>.

Asímismo, una vez separados legalmente, se deben, también, alimentos, cuando fijada una pensión compensatoria, ésta resulte insuficiente para atender a las necesidades del cónyuge beneficiario<sup>29</sup>.

Por lo tanto, sólo cuando cese el deber de atender a las cargas matrimoniales<sup>30</sup>, nacerá el deber de prestar alimentos; deber de prestar alimentos, que se encuentra condicionado, además, al hecho de si se ha producido o no la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales.

---

que, el Juez puede, en defecto de acuerdo entre las partes o en caso de no aprobación del convenio, determinar a favor de uno de los cónyuges separados el derecho de alimentos.

<sup>28</sup>-Así pues, si bien con anterioridad a la Reforma, el cónyuge culpable de una separación perdía el derecho a reclamar alimentos del inocente, después de esta se priva a la idea de culpabilidad de cualquier tipo de protagonismo en los efectos de la separación; de modo, que el cónyuge inocente puede ser obligado a suministrar alimentos al culpable, como señala LACRUZ, ob. cit., pág. 79.

<sup>29</sup>-Como señalan, expresamente, ALBALADEJO, ob. cit., pág. 21; ROCA I TRIAS, ob. cit., pág. 34...

<sup>30</sup>-Nos referimos, exclusivamente, a cargas matrimoniales, distintas de las cargas familiares, que incluyen también las cargas para el sostenimiento de otros miembros de la familia, como los hijos. Por lo tanto, con el término cargas matrimoniales sólo queremos hacer a las cargas para el sostenimiento de los propios cónyuges.

### 1.2.1.1-El cese del deber de contribuir a las cargas matrimoniales

En este sentido, si consideramos que el deber de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio, destinado a su propio mantenimiento, se encuentra condicionado al hecho de que exista entre ellos *afectio* o convivencia, como señala una parte de la doctrina<sup>31</sup>, dicho deber, a pesar, de subsistir con respecto al resto de relaciones económicas comunes, es decir, las que se refieren al mantenimiento de los hijos menores<sup>32</sup>, cesará cuando finalice la vida en común.

Así pues, una vez cesa la convivencia, las necesidades de carácter alimenticio de los cónyuges no se satisfacen mediante la contribución de estos al sostenimiento de las cargas familiares, ya que, dicho deber se deriva de la

---

<sup>31</sup>-Dado que, a pesar, de que un sector doctrinal, entre los que se encuentran, Roca Trias y Rivero Hernandez, sostienen, que cuando se produce la separación, sólo cesa la obligación de los cónyuges de vivir juntos, pero se mantienen las demás obligaciones derivadas del matrimonio, como es el deber de ayuda y socorro mutuo, que subsume el deber de mantenimiento y los alimentos entre cónyuges. ROCA I TRIAS, ob. cit., pág. 193; RIVERO HERNANDEZ, Francisco, ob. cit., pág. 631. Como señalan, a nuestro entender, más acertadamente, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Diez Picazo y Gullón Ballesteros, el deber de socorro mutuo encuentra su proyección en el ámbito de la contribución a las necesidades ordinarias de la vida en común. LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, ob. cit., págs. 185 y 186. DIEZ PICAZO, Luis y Guillón, Antonio. Sistema.... Barcelona 1984, pág. 112. Por lo tanto, como señala Miralles Gonzalez, la obligación de contribuir a las cargas matrimoniales, por lo que respecta a las necesidades de los cónyuges, a diferencia de las relativas a la alimentación y educación de los hijos, es consecuencia del deber de socorro y ayuda mutuos; deber, que se mantiene cuando la relación del matrimonio es estable y, que cesa cuando el matrimonio entra en crisis. MIRALLES GONZALEZ, Isabel. *El deber de contribución a las cargas del matrimonio*. Revista Jurídica de Catalunya. Any LXXXVI, núm. 3, Barcelona 1987, pág. 13.

<sup>32</sup>-Ya que, el deber de contribuir a las cargas del matrimonio y, el de prestar alimentos legales, constituyen dos sistemas de financiación de las necesidades familiares, que como afirma Badosa, pueden aplicarse, simultáneamente, BADOSA COLL, Comentarís..., ob. cit., pág. 384.

comunidad de vida entre ellos.

No obstante, aún así y, en el caso del régimen de gananciales, dado que, como se deduce del artículo 1362 del Código civil, puede existir un patrimonio, independiente de los privativos de los cónyuges y, común a ambos, hasta el momento de la liquidación del régimen económico, las cargas matrimoniales pueden también satisfacerse a su cargo.

Por lo tanto, el cónyuge en proceso de separación, al igual que el separado, habiendo cesado el deber de contribuir a las cargas matrimoniales, en relación a su propio mantenimiento, sólo podrá exigir alimentos legales, cuando no exista un patrimonio ganancial que continúe sufragando estos gastos.

Y, asimismo, después de la sentencia de separación, cuando, a pesar, de tener derecho a una pensión por desequilibrio económico, ésta no sea suficiente para solventar el estado de necesidad.

Por lo que respecta al régimen económico matrimonial de separación de bienes, en tanto que no existe un patrimonio común, cuando se interrumpe la convivencia, cesa, también, el deber de los cónyuges de contribuir a su propio mantenimiento; por lo tanto, aún en el caso de que se hubiera fijado una pensión por desequilibrio económico a favor de uno de los cónyuges, si esta resultase insuficiente para cubrir sus necesidades, éste podrá dirigirse al otro cónyuge para que le presta alimentos legales.

#### **1.2.1.2-Liquidación del régimen económico de gananciales**

De ahí, que en orden a determinar cuando los cónyuges se deben prestar, propiamente, alimentos legales, en el régimen de gananciales, adquiera especial relevancia la liquidación del régimen económico matrimonial, ya que, sólo con anterioridad a este momento, existe un patrimonio independiente o masa común integrado por los gananciales, en

orden a satisfacer las cargas matrimoniales.

Por tanto, de haberlo, sólo una vez liquidado, el cónyuge necesitado dispone del derecho a los alimentos legales, en el sentido del artículo 143 del Código civil<sup>33</sup>.

Sin embargo, en esta fase, una vez más el Código civil confunde las cargas matrimoniales y los alimentos *stricto sensu*; en este sentido, cuando el artículo 1399.1 se refiere a las deudas de la sociedad que deben pagarse, durante el proceso de liquidación, una vez terminado el inventario, a pesar, de referirse a deudas alimenticias, en cuanto lo son de la sociedad de gananciales y, por tanto, que se pagan a su costa, se está refiriendo a cargas, bien, con respecto a los hijos, bien, en relación a los cónyuges.

E igualmente, una vez disuelta la sociedad, cuando el Código Civil señala en el artículo 1408, que sobre el patrimonio ganancial pesan todavía los alimentos; en tanto que, también, deben satisfacerse, aún, de la masa común o patrimonio ganancial y, puesto que, supone un anticipo a cuenta del haber que le corresponderá a cada cónyuge en el remanente de gananciales, se está refiriendo, igualmente, a cargas, que sólo se identificarán plenamente con los alimentos legales, una vez se produzca la liquidación de los gananciales.

### 1.2.2-Alimentos en la separación de hecho

Por otra parte, en la actualidad, después de la promulgación de la Ley de 7 de julio de 1981, resulta irrefutable, que no sólo se deben alimentos los cónyuges separados legalmente, sino también aquellos cuya convivencia se vea interrumpida sin mediación judicial alguna, es decir, durante la

---

<sup>33</sup>-Como parece evidenciar Iglesias Pujol, al señalar que, "una vez producida la liquidación del régimen económico matrimonial, el pago de las cargas se confundirán con los alimentos *strictu sensu*." IGLESIAS PUJOL, ob. cit., pág. 336.

separación de hecho.

En este sentido, la doctrina<sup>34</sup> no puede seguir oponiéndose a la prestación de alimentos entre cónyuges separados, extrajudicial y voluntariamente, por atentar contra la naturaleza y efectos del matrimonio, en base al deber recíproco de cohabitación o unidad de vida, como venía haciéndose<sup>35</sup>, ya que, la Ley de 7 de julio de 1981 admite la disolución del vínculo matrimonial.

A dicha modificación legal se debe, asimismo, el giro experimentado por la Jurisprudencia, ya que, el Tribunal Supremo ha abandonado, definitivamente, el tradicional casuismo permisivo<sup>36</sup>, a que dió lugar el criterio

---

<sup>34</sup>-HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmen. *Los alimentos en la separación de hecho*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Agosto 1981, pág. 93; DORAL, ob. cit., págs. 335 y ss; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., ob. cit., pág. 45; PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo IV. Volumen II, Filiación. Patria Potestad. Adopción. Alimentos. Tutela. Bosch. Barcelona 1970, pág. 343; LACRUZ, ob. cit., págs. 52 y 53; COBACHO GOMEZ, ob. cit., págs. 58 y ss...

<sup>35</sup>-Por el contrario, la mayoría de la doctrina, con anterioridad a la Reforma del 81, salvo alguna excepción, como Manresa, para quién, la obligación de vivir juntos es independiente de la de guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. MANRESA, ob. cit; negaban la prestación entre esposos separados de hecho, en base a que el deber de cohabitación constituía un deber de orden público que no podía ser suprimido como consecuencia de la autonomía de la voluntad. En este sentido, Puig Peña mantiene que el deber de vivir juntos es una obligación de derecho público, de modo que no cabe admitir su exclusión por convenio entre las partes. PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 587; asimismo, GOMEZ, L. en TAULET, E. *Las separaciones de hecho y la situación de la mujer*.

<sup>36</sup>-En el que, como pone de relieve la Sentencia de 23 de octubre de 1972, a pesar, de que la separación de hecho constituye una situación incompatible con los deberes matrimoniales que impone el artículo 56 del CC, se hace hincapié, que no por ello se debe privar a los cónyuges de un modo genérico y sin atender a las circunstancias personales que concurren en cada caso. En este sentido, dicho criterio jurisprudencial acepta la prestación de alimentos entre cónyuges separados de hecho, atendiendo, principalmente, a si los esposos habían abandonado el hogar con o sin justa causa y, teniendo en cuenta, si la separación de hecho se había producido o no de mutuo acuerdo, ya que, se consideraba que la culpabilidad de uno de los consortes, no podía implicar la negación de alimentos al cónyuge inocente que vivía separado del otro, mientras subsistiese el vínculo conyugal, como señala la SAP de Gerona de 18 de diciembre de 1969.

inequívocamente contrario a la prestación de alimentos legales durante la separación de hecho<sup>37</sup>, pero que admitía la existencia de la obligación, no sólo cuando se llegaba a dicha situación de mutuo acuerdo<sup>38</sup>, sino, incluso cuando era fruto de la decisión unilateral de uno de los cónyuges de probarse justa causa en el abandono del hogar<sup>39</sup>.

Dado que, a partir de la promulgación de la Ley de 7 de julio

---

<sup>37</sup>-En este sentido, el criterio adoptado por la Jurisprudencia, en abierta oposición a la prestación de alimentos entre cónyuges separados de hecho, era que no debía facilitarse que uno de ellos pudiera de modo voluntario romper con el vínculo matrimonial que le unía al otro, como señala la STS de 10 de diciembre de 1959; ya que, se entendía que la obligación de prestar alimentos entre los cónyuges estaba subordinada al cumplimiento de los deberes fundamentales derivados del matrimonio y, entre los que se encuentra el de vivir juntos, según la STS de 13 de octubre de 1956. Por lo tanto, la separación voluntaria de los cónyuges atentaba contra el contenido legal del desaparecido artículo 56 del Código Civil, al crear un estado de derecho totalmente incompatible con la naturaleza y efectos del matrimonio, ya que, se prescindía de los deberes inherentes al mismo, perturbando la unidad de la familia, en oposición de lo que establecía la ley, como subraya desde un inicio la STS de 3 de noviembre de 1905.

<sup>38</sup>-Dado que, como se deduce de las Sentencias del TS de 14 de enero 1956; de 9 de noviembre de 1957; de 4 de diciembre de 1959; de 28 febrero de 1969 y, de 30 de octubre de 1974, la Jurisprudencia se mostraba favorable a admitir la prestación de alimentos cuando la separación de hecho había sido consentida por ambas partes.

<sup>39</sup>-Así, el Tribunal Supremo había sentando precedente, en favor de la demanda de alimentos, por un lado, si procedía de la mujer separada de hecho, que abandonaba el hogar conyugal con justa causa, como se consideraba la culpa o abandono del hogar del otro cónyuge, según las Sentencias de 16 de octubre de 1903, la de 27 de abril de 1956 y, la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariados de 30 de noviembre de 1917, de tal modo, que no tenía derecho a ellos, la cónyuge culpable, como señalan las Sentencias de 5 de febrero de 1912 y de 17 de abril de 1974; ni la que no podía probar la culpa del otro cónyuge, como motivo para abandonar el hogar, según las Sentencias de 17 de noviembre de 1916; de 17 de marzo de 1960; la de 11 de abril de 1964 y, la de 28 de febrero de 1969; entendiéndose, por *justa causa*, la comisión de alguna falta grave de las que dan lugar a la desheredación, tal y como se desprende de la STS de 7 de enero de 1927. Por otro lado, si la demanda procedía del marido, además de la justa causa, se exigía que no tuviere la administración de los bienes de su esposa o parafernales y, que demostrase no tener profesión ni oficio, como ponen de relieve las Sentencias de 16 de octubre de 1903; de 24 de octubre de 1951 y de 27 de abril de 1956.

de 1981, la idea de culpa se soslaya en beneficio de unas causas objetivas de separación y divorcio y, el juzgador dispone de una facultad valorativa, que no tiene como premisa la culpa, sino beneficiar, en último extremo, a los hijos y, aplicar, en cualquier caso, la equidad.

En este sentido, como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1985, los cónyuges separados de hecho se deben alimentos legales, independientemente, de si el alimentista ha sido el culpable o no del cese de la vida en común<sup>40</sup>.

Por lo tanto, viviendo separados y, habiendo cesado, consiguientemente, el deber de contribuir a su propio mantenimiento, podrá el necesitado pedir alimentos legales a su cónyuge, siempre que no exista un patrimonio ganancial capaz de soportar estos gastos, o cuando este resulte insuficiente.

#### **1.2.2.1-Validez de los pactos sobre alimentos que se establecen en los convenios de separación de hecho**

Por otro lado, no menos controversia doctrinal y jurisprudencial ha suscitado la validez de los convenios privados o notariales, derivados de la separación de hecho, por lo que respecta a la previsión de la prestación de alimentos entre los cónyuges; en atención, no sólo a la prohibición de transigir sobre alimentos futuros que se desprende del artículo 1804 del Código civil, sino, principalmente, en base a la naturaleza indisoluble del matrimonio, al estimarse el deber conyugal de vivir juntos,

---

<sup>40</sup>-A raíz de la Ley de 7 de julio de 1981, la culpa deja de ser protagonista en lo que respecta a las causas de separación y divorcio, como se deduce de la STS de 25 de noviembre de 1985, Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi de 1985, pág. 5001; como reconoce, asimismo, la SAP de Burgos de 12 de noviembre de 1990, RGD 1991, pág. 9587.

regulado en el anterior artículo 56 del mismo, sustraído a la autonomía de la voluntad<sup>41</sup>.

No obstante, después de la Ley de 2 de mayo de 1975, que puso fin a la inmutabilidad del régimen económico matrimonial<sup>42</sup>, y, con posterioridad a la Ley de 7 de julio de 1981, tanto la doctrina<sup>43</sup>, como Jurisprudencia<sup>44</sup> admite la validez de estos

---

<sup>41</sup>-Con anterioridad a la Ley de 7 de julio de 1981, el principal argumento que esgrimía el Tribunal Supremo para invalidar los pactos en esta materia era su inclusión en los contratos reguladores de la separación, dado, que la postura clásica de la Jurisprudencia mantenía que los contratos de separación matrimonial debían considerarse nulos de pleno derecho, al amparo de los artículos 1255, 1271, 1275 y 1306 del Código civil, como establecen las Sentencias de 11 de octubre de 1902 y de 16 de abril de 1969; ya que, la institución familiar y sus efectos debían estimarse sustraídos al principio de la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, como se ha hecho referencia, la propia separación de hecho no podía ser admitida, dado, que el matrimonio como institución tenía como finalidad esencial la plena comunidad de vida de los esposos, obligación que se desprendía del artículo 56 del CC; de ahí, que se considerase que el convenio por el cual los cónyuges decidían vivir separados conculcaba esta norma y los fundamentos en los que se apoyaba, de modo, que al infringirla, dado su carácter prohibitivo, devenía ilícita la causa del pacto y éste era nulo *per se*.

<sup>42</sup>-Después de la Ley de 2 de mayo de 1975, el pacto de alimentos no puede considerarse nulo por afectar al principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, como afirma HERNANDEZ IBANEZ, Carmen. *Los alimentos en la separación de hecho*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Agosto 1981, pág. 100, ya que, permitiendo liquidar la sociedad de gananciales y constituir el régimen de separación de bienes, supone la posibilidad de que cada cónyuge, de pasar a administrar, tanto los bienes privativos, como la parte correspondiente a los comunes, constante matrimonio.

<sup>43</sup>-ZANON MASDEU, L. La separación matrimonial de hecho. Editorial Hispano Europea, Barcelona 1974, pág. 49; DE LA CAMARA, M. *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*. en Anuario de Derecho Civil. 1969, págs. 107 a 109; HERNANDEZ IBANEZ, ob. cit; ALBACAR LOPEZ, José Luís. *Validez de las cláusulas alimentarias consignadas en los pactos de separación matrimonial*. Revista Jurídica Española, La Ley-1. 1980, pág. 213; IGLESIAS PUJOL, ob. cit., pág. 344; DORAL, ob. cit., pág. 335; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit; LACRUZ, ob. cit...

<sup>44</sup>-Así, como establecía la SAP de Gerona de 18 de diciembre de 1979, los artículos 142 y ss. del Código civil no condicionan la prestación de la deuda alimenticia a la exigencia del deber de los cónyuges de vivir juntos, ni a la circunstancia de no acudir al procedimiento judicial para obtener la separación del matrimonio, circunscribiendo la invalidez a aquellas estipulaciones en las que los cónyuges se desligaban de sus obligaciones matrimoniales y paternas; pero no, en cambio, a los pactos

pactos, a pesar, de la disposición del artículo 1814 del Código civil.

Pués, en realidad, la prohibición del artículo 1814 impide que mediante convenio privado se obtenga el efecto típico de la transacción, renunciar al derecho a los alimentos, a cambio de cualquier otra contraprestación<sup>45</sup>, pero no presupone la previa y total invalidez de los pactos sobre alimentos que contienen los convenios sobre separación de hecho.

En efecto, la validez o invalidez de los mismos reside, ni más ni menos, que en el respeto a los presupuestos de la obligación de alimentos entre parientes<sup>46</sup>; de modo, que los cónyuges sólo pueden concretar o determinar el alcance de la obligación legal de alimentos<sup>47</sup>, ya que, la obligación de prestarlos no descansa sobre un pacto, sino sobre el mandato legal<sup>48</sup>.

---

en los que los esposos asumen obligaciones, como la de alimentos, en cuanto que el artículo 153 permite la estipulación contractual de los mismos; Precedente que sientan las Sentencias del TS de 25 de noviembre de 1985 y de 25 de julio de 1987.

<sup>45</sup>-En este sentido, como conviene De la Camara, el artículo 1814 del Código Civil no postula la nulidad total y absoluta del convenio, sino la imposibilidad de renunciar a los alimentos futuros. DE LA CAMARA, ob. cit., pág. 108.

<sup>46</sup>-En este sentido, como establece Cicu, es válido "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 prestazion. Inefficace invece quello che attribuisca all'alimentando una misura inferiore, od escluda per il presente o per il futuro l'osservanza dei presupposti stabiliti dalla legge." CICU, La natura..., ob. cit., pág. 190.

<sup>47</sup>-De ahí, que la SAP de Gerona de 18 de diciembre de 1979, sostenga la eficacia relativa de dichos pactos, ya que, sólo la especial naturaleza simplemente determinante y concretadora del alcance de una obligación legal anterior permite eludir la invalidez, que en principio podría adjudicárseles a estos pactos sobre alimentos, como señala ALBACAR LOPEZ, ob. cit., pág. 213.

<sup>48</sup>-DE LA CAMARA, ob. cit., págs. 107 a 109.

En este sentido, el artículo 146 del Código Civil no se opone a que alimentante y alimentista fijen *a priori* la cuantía de la pensión alimenticia sin necesidad de acudir a un pleito<sup>49</sup>, pero, con el debido respecto al principio de proporcionalidad que impera en la determinación de los alimentos legales, ya que, como afirma CICU<sup>50</sup>, "la validità poi viene conciliata col principio della variabilità".

De manera, que los cónyuges no podrán otorgar libremente la cuantía que deseen, ni pueden excluir una posible revisión judicial<sup>51</sup>, en virtud de lo dispuesto en el artículo 146 y 147 del Código civil.

## 2-ALIMENTOS DEBIDOS ENTRE PARIENTES EN LINEA RECTA

En segundo lugar, el artículo 143 del Código civil establece, asimismo, sin limitación alguna, es decir, en toda la extensión de la línea recta<sup>52</sup>, que están obligados recíprocamente a darse alimentos los ascendientes y descendientes.

---

<sup>49</sup>-Como afirma ZANON MASDEU, ob. cit., pág. 49.

<sup>50</sup>-CICU, La natura..., ob. cit., pág. 190.

<sup>51</sup>-Así, como señala Cicu, "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 prescrizione di legge: ciò appunto perchè la volontà non era diretta a creare un vincolo, ma ad applicare la legge." CICU, ob. cit., pág. 191.

<sup>52</sup>-Por ello, como señala Cobacho Gomez, "existe entre padres e hijos, entre abuelos y nietos o incluso más allá si esto fuera posible..." COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit., págs. 71 y 72.

## 2.1-Relevancia actual del criterio de proximidad del parentesco en los alimentos entre ascendientes y descendientes

No obstante, en virtud del artículo 144, de existir varios alimentantes, entre ascendientes y descendientes, la obligación recae, preferentemente, sobre los más próximos en grado; de ahí, que sean los padres e hijos los principales obligados al cumplimiento de la prestación.

Adopta, pues, el Código civil el criterio de proximidad del parentesco, en el que se subsume, implícitamente, la tradicional subsidiariedad de la obligación de alimentos del abuelo<sup>53</sup>, debida sólo como consecuencia de la imposibilidad paterna de prestarlos y, que fruto de la doctrina de postglosadores, como CINUS DE PISTOIA<sup>54</sup>, se consolida entre los comentaristas<sup>55</sup>.

Dado que, a partir del *Ius commune* se opera un giro respecto a la legislación anterior, la *potestas* cede en favor de la *caritas sanguinis*<sup>56</sup> y, se supera, definitivamente, la especial relevancia jurídica que, por el contrario, el Digesto<sup>57</sup> concedía a la obligación del abuelo, debido a la

---

<sup>53</sup>-Como señalan, expresamente, MANRESA, ob. cit., pág. 809; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 258.

<sup>54</sup>-Dice Cinus, en este sentido, "mihi videtur prima aequior sententia, considerando solum naturale stimulum, secundum quem iudicis movetur officium." CINUS DE PISTOIA, In Codicem..., ob. cit., c.320v. a. C. 5,25.

<sup>55</sup>-Así, señala, Surdus: "Sed quando pater est mortuus, vel eget, & mater non est habilis praestandi, tunc anuus maternus tenetur alere." SURDUS, ob. cit., tít. I, quaest. XVI, núm. 4. E igualmente, Baldus, "Quod anuus maternus tenetur quoque dotare in subsidium", "sicut enim patris appellatione venit anuus paternus, & ascendentes omnes per lineam paternam." BALDUS, Consiliorum..., ob. cit.

<sup>56</sup>-IACOBUS DE ARENA, ob. cit., c.93r. a D. 25,3,5,1.

<sup>57</sup>-D. 25,3,5,2; D. 25, 3,5,11; D. 25,3,8; D. 25,3,5,5...

autoridad del *pater familias*, en favor de la inmediatez del vínculo personal o parentesco.

Subsidiariedad, que, también, recoge la ley IV, tít. XIX de la Partida IV<sup>58</sup>, al excusar a los padres de criar y alimentar a sus hijos, reemplazando dicha obligación por la del abuelo e, incluso, la del bisabuelo rico, sólo, cuando los padres vinieren a pobreza, según la glosa de GREGORIO LOPEZ<sup>59</sup>.

Y, que, asimismo, se inserta en el proceso codificador de la mano del artículo 69 del Proyecto de 1851, cuando establece que "los ascendientes de ambas líneas más próximos en grado tienen obligación de alimentar á sus descendientes", sólo a falta de padre y madre<sup>60</sup>; que, constituye, junto al artículo 95 del Proyecto de 1869<sup>61</sup>, el antecedente más inmediato del criterio adoptado por los párrafos 2º y 3º del artículo 144 del Código civil, al introducir la primera referencia expresa a la proximidad del grado entre parientes en línea recta.

Criterio, que va a prevalecer hasta la promulgación del Código civil, ya que, a pesar, de no tener reflejo, ni en la Ley de matrimonio civil, ni en el Anteproyecto de 1882, contaba con el apoyo generalizado de la doctrina<sup>62</sup> y

---

<sup>58</sup>-Al señalar, "E si el padre, o la madre, fuessen tan pobres, que ninguno dellos non ouiesse de que los criar; si el abuelo, ó visabuelo de los moços, fueren ricos, qualquier dellos es tenuto de los criar, por esta razon".

<sup>59</sup>-De modo, que si alguno tiene abuelo y padres ricos, antes ha de prestar los alimentos el padre que el abuelo, puesto que, "quia sicut succederent in haereditate nepotis, sic et in onere alimentorum." dice Gregorio LOPEZ, ob. cit.

<sup>60</sup>-GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 45.

<sup>61</sup>-Que reproduce, íntegramente, el artículo 69 del Proyecto de 1851.

<sup>62</sup>-Opina, en este sentido, Benito Gutierrez, que si la Ley se inspira en lo justo, no puede exigir imposibles, por ello se excusa a los padres de alimentar a los hijos, cuando sean tan pobres que ninguno de ellos pueda hacerlo, GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 601; Garcia Goyena, por su parte, considera que faltando ó siendo pobres los padres pasan tanto la obligación de alimentos, como la educación a los abuelos. GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 45; Asimismo, aprecian que los abuelos entran en esta obligación, si los padres carecen absolutamente de medios para alimentar a sus hijos, entre otros, ELIAS, ob. cit., pág. 206. ROMERO Y GUINZO, ob.

jurisprudencia<sup>63</sup>.

De ahí, que se incorpore al texto del artículo 144, como principal presupuesto, para atribuir la obligación de alimentos, en caso de existir una pluralidad de alimentantes.

## 2.2-Alcance de la supresión de la legitimidad del parentesco entre ascendientes y descendientes

El Código civil, en su redacción actual, regula la obligación de alimentos de ascendientes y descendientes de modo general, sin distinguir entre parentesco legítimo e ilegítimo.

En este sentido, la Ley de 7 de julio de 1981 introduce una importante novedad, con respecto a la legislación anterior, la supresión de la tradicional discriminación entre descendientes legítimos e ilegítimos, debido a la necesidad de adaptar del Código civil al principio constitucional de no discriminación por razón de la filiación; en aplicación del derecho fundamental de igualdad ante la ley, de vigencia dentro y fuera de la familia, como señala la Exposición de Motivos de la Ley de 13 de mayo de 1981<sup>64</sup>.

Por ello, la Reforma de 1981 afectó, sobre todo, al artículo 143 del Código civil, dado que, el objeto de la misma se

---

cit., pág. 45...

<sup>63</sup>-En este sentido, las STS. de 16 de abril de 1859 y la de 7 de septiembre de 1860 evidencian el criterio del Tribunal Supremo, que, después de la promulgación del Código civil, va a continuar, en la STS 30 de abril de 1923 y, la de 24 de noviembre de 1925.

<sup>64</sup>-En este sentido, como señala la Exposición de motivos de la Ley de 13 de mayo de 1981, "Por eso el nuevo texto ya no habla de hijos legítimos, ni de ilegítimos naturales o no naturales, sino que refleja sólo el hecho de su concepción dentro o fuera del matrimonio, reconociendo a todos su condición de hijos por naturaleza, como contrapuestos a la adopción, y respetando, en cuanto a los efectos de a la filiación, el principio de igualdad ante la ley, con vigencia dentro y fuera de la familia." BOE de 14 de septiembre de 1979, núm. 71-I.

dirigía, principalmente, a la supresión de la distinción entre la descendencia habida dentro y fuera del matrimonio<sup>65</sup>. Desterrando, definitivamente, la alusión a la legitimidad e ilegitimidad del parentesco y, simplificando, así, la redacción de dicho precepto, al derogar los párrafos segundo, tercero y cuarto del mismo<sup>66</sup>, pasando a regular en un único párrafo, el actual apartado segundo del artículo 143, la obligación entre ascendientes y descendientes, sin distinción alguna, ya que, obliga, por igual, a los hijos matrimoniales y extra matrimoniales.

No obstante, el Código civil de 1889, a pesar, de recoger en su articulado la vieja distinción entre el parentesco legítimo e ilegítimo, que en el Digesto comportaba, que, mientras el padre<sup>67</sup> y ascendientes paternos<sup>68</sup> sólo debían alimentar a la descendencia legítima, la madre<sup>69</sup> y sus ascendientes<sup>70</sup>, los debían a los hijos y descendientes ilegítimos; por el contrario, reconoce, asimismo, la obligación paterna de alimentar al hijo natural<sup>71</sup>, plasmando,

---

<sup>65</sup>-Como señala DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 1035.

<sup>66</sup>-Cuya redacción originaria regulaba, por separado, en el párrafo 2º, la obligación de alimentos de "Los ascendientes y descendientes legítimos.", en el 3º la de "Los padres y los hijos legitimados por concesión Real y los descendientes legítimos de éstos." y en el 4º, por un lado, la de "Los padres y los hijos reconocidos, y los descendientes legítimos de éstos." y, en distinto párrafo, la de "Los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales..."

<sup>67</sup>-D.25,3,5,1.

<sup>68</sup>-"avunve paternum proavunve paterni avi patrem." D.25,3,5,2.

<sup>69</sup>-"Vulgo quaesitus matrem sequitur" (D. 1,5,19 CELSO), "Qui nascitur sine legitima matrimonio matrem sequitur." (D.1,5,24 ULPIANO).

<sup>70</sup>-Como reconoce Ulpiano en el D. 25,3,5,5, "item divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur".

<sup>71</sup>-Dado, que en base al artículo 143, estaban obligados a prestarse alimentos, "Los padres y los hijos legitimados por concesión Real y los descendientes legítimos de éstos." y "los padres y los hijos naturales reconocidos, y los descendientes legítimos de éstos.", según, los párrafos tercero y cuarto, respectivamente.

así, la doctrina, que apunta a raíz de la Nov. 89,12,6(13) y, que se consagra durante el *Ius commune*<sup>72</sup>, en atención a la cual, el derecho a los alimentos del hijo natural de concubina *unica et in domo*<sup>73</sup> se asimilaba al del hijo legítimo.

Doctrina, que se inserta en la tradición jurídica castellana, puesto que, tanto, en la ley III, tít. VIII, lib. III del Fuero Real<sup>74</sup>, como, en la ley V, tít. XIX de la Partida IV<sup>75</sup>,

<sup>72</sup>-Así, reconoce, ya, la Glossa accursiana, que el padre debe alimentos al hijo natural nacido de concubina; en este sentido, basta mencionar la *gl. examinabit* a C. 5, 25, 4; *gl. a liberis* a D. 25,3,5,1; *gl. iuste* a D. 25,3,5,6; *gl. repetat* a D. 25,3,5,14; *gl. si quis igitur* a Nov. 89,12,6. Precisa la *glossa iuste* que el *iuste procreare* en relación al legítimo de la *glossa examinabit* se refiere, también, al nacido de concubina. E igualmente la *glossa si quis igitur* a Nov. 89, 12,6 dice: *legittima ed equiparati ad esso*.

En apoyo de la Glossa accursiana vienen también glosadores y postglosadores, como AZO, *Summa...*, ob. cit., pág. 193 a C. 5,27; ROFFREDUS, ob. cit., c.112r; CINUS, *In codicem...*, ob. cit., pág. 320 v. a C. 5, 25,3 y pág. 231 a C. 5,26 y C. 5,27; ALBERICUS, *Commentaria in I et II partem Infort...*, ob. cit., c.33v a D. 25,3,5,1 cc. 39r a D. 25,7,3; así como los comentaristas, dice así Surdus, "*sedam filium naturalem legitimatus pater teneatur alere? Et mihi sine dubio id videtur, quia legitimatus nihil differt a legitimus*", SURDUS, ob. cit., tit. I, quaest. VIII, núm. 1; pués, "*Expostulat autem locus hic, ut aliqua de naturalibus subiiciamus, & iis alimenta a parentibus praestanda iure civili aperte fancitum est.*" SURDUS, ob. cit., tit. I, quaest. IX, núm. 1.

<sup>73</sup>-Sin embargo, el padre sólo se encontraba obligado respecto a los hijos de la primer concubina; como evidencian ROFFREDUS, ob. cit., c.112r; ALBERICUS, ob. cit., c.33v a D. 25,3,5,1. De tal modo, que los hijos de sucesivas concubinas se igualan a los *vulgo quaesiti*, o el nacido de madre de condición humilde, así como el de concubinas sucesivas y ocasionales, así, AZO, *Summa...*, ob. cit., pág. 192 a C. 25,3,5,5; "*gl. a vulgo quaesitos*" y *gl. compellatur* a D. 25,2,5,5; ALBERICUS DE ROSATE, ob. cit., c. 33v a D. 25,3,5,1; ROFFREDUS, ob. cit.; también el nacido de ancilla o sierva, así la *gl. ancillam* y la *gl. compellendum* a D. 25,3,7; ALBERICUS DE ROSATE, ob. cit., c. 35r a D. 25,3,7. Dado que un hijo de esta condición se consideraba "*nullam cognationem videtur habere ex parte patris*", como señala ALBERICUS DE ROSATE, ob. cit., c.20, lib. I, quaest. 137; "*mater semper est certa*", dice, asimismo, SURDUS, ob. cit., tit. primus, quaest. XV, núm. 1.

<sup>74</sup>-"*Cuando alguna muger soltera ha fijo de algun home soltero, y el home lo recibiere por fijo, la madre sea tenuta de le criar, é de gobernarle, y éste fasta tres años, si hobiere donde, é si no hobiere de que criarlo, á costa del padre: si la muger lo criare de lo suyo fasta tres años, el padre lo crie de allí adelante de lo suyo, é no lo tenga más la madre, si*

igualmente, obligado se encuentra el padre frente a los hijos naturales<sup>76</sup>; según la ley XI de las de Toro<sup>77</sup>, aquellos, que "cuando al tiempo que nacieren ó fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo las cualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural"<sup>78</sup>.

Y, de la que, a pesar de no trascender a lo largo de los sucesivos Proyectos de Código civil, en los cuales la obligación de alimentos se circunscribe a los parientes

---

no quisiere, fueras si el Alcalde por alguna razón guisada, mandare que lo tenga la madre á costa del padre....si fuere fijo de cristiano mandamos que el cristiano lo tenga: si después de tres años el padre lo negare por fijo, mientras anduviere en pleito, el padre sea tenudo de dar el gobierno fasta que sea juzgado; é si no fuere dado por padre, haya las costas de la madre que gelo daba por su fijo con tuerto..." ley 3, tít. VIII, lib. III.

<sup>75</sup>- "Ca los fijos que nascen de las mugeres, que han los homes de bendición, también los parientes que suben por la liña derecha del padre, como de la madre, son tenudos de los criar. Esso mismo es, de los que nascen de las mugeres que tienen los omes por amigas manifiestamente, como en lugar de mujer: non aviendo entre ellos embargo de parentesco, o de Orden de Religion, o de casamiento. Mas los que nascen de las otras mugeres, 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... Mas los parientes que suben por la liña derecha de partes de la madre, también ella como ellos tenudos son de los criar, si ouieren riqueza con que lo puedan fazer. E esto es por esta razon: porque la madre siempre es cierta del fijo que nasce della, que es suyo; lo que non es el padre, de los que nascen de tales mugeres." ley V, tít. XIX, Partida IV.

<sup>76</sup>-De este modo, tal y como afirma Marina en los Ensayos 205 y siguientes, tanto "los naturales, como los legítimos hallaban entonces abrigo seguro en la providencia del gobierno doméstico."

<sup>77</sup>-Como lo define, también, la ley I, tít. V, del Lib. X, cuyo texto coincide con el de la ley de Toro, anteriormente citada.

<sup>78</sup>-Por tanto, como afirma Antonio Gómez, existen dos medios para probar ser un hijo natural, el reconocimiento del padre y el de haber nacido de una concubina o mujer sóla y sin otra tuviere el padre en casa. GOMEZ, ob. cit., pág. 56.

legítimos<sup>79</sup>, como evidencia su regulación entre los efectos que se derivan del matrimonio<sup>80</sup>, se deja plena constancia a nivel doctrinal<sup>81</sup>.

Además, inspirado en la doctrina canónica<sup>82</sup>, el artículo 143 del Código civil regulaba, incluso, aunque de forma limitada, en cuanto que, sólo se debían, *por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia*, la obligación alimenticia entre los padres y los hijos ilegítimos en *quienes no concurra la condición legal de naturales*<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup>-A pesar, de que es el de 1836 el único que se refiere, expresamente, a la legitimidad del parentesco, al insertar los capítulos, donde se ubican los artículos 392 y 399, bajo la rúbrica "De los derechos de los padres sobre los hijos legítimos" y "De las obligaciones de los padres para con los hijos legítimos", respectivamente. LASSO GAITE, ob. cit.

<sup>80</sup>-Como ocurre en el Proyecto de 1821, LASSO GAITE, ob. cit., págs. 162 y 163; así como, en el de 1851, regulando bajo la rúbrica "De los deberes de los esposos para con sus hijos y de su obligación y la de otros parientes a prestarse recíprocamente alimentos" la obligación recíproca entre hijos-descendientes y padres-ascendientes y, en idéntico sentido, el de 1869 y la Ley de matrimonio civil, que además se refieren, expresamente, a la legitimidad del vínculo colateral, LASSO GAITE, ob. cit., pág. 512.

<sup>81</sup>-"el padre y la madre deben alimentar a los hijos legítimos, naturales, si empero fueran espureos sin distinción de la edad.", dicen SANPONTS Y BARBA, MARTI DE EIXALA y FERRER SUBIRANA, ob. cit., pág. 1100; y, en el mismo sentido, GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 597; ROMERO GUINZO, ob. cit., pág. 38; GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALBAN, ob. cit., pág. 266; ELIAS, ob. cit., pág. 67..., que, adelantándose al contenido del Código Civil, afirman, que el padre tiene la obligación de alimentar a los hijos legítimos, legitimados, adoptivos y naturales reconocidos, en tanto, que la madre deberá alimentar a los ilegítimos, además en su defecto estarán también obligados en el primer caso los abuelos paternos y en el segundo los abuelos maternos.

<sup>82</sup>-Ya que, como señalaba la Decretal de Clemente III, incluso a los nacidos *ex incestuoso vel damnato coitu*, el padre le deba un mínimo indispensable para vivir, para que no se produzca "*videtur inductum in detestatione criminis*", aunque se trate de un deber moral, basado sólo en la *aequitate*; "*ut uterque liberis suis, secundum quod eis suppetunt facultates, necessaria subministret*".

<sup>83</sup>-Describe, Manresa, que la redacción primitiva del Código Civil se había efectuado en términos más amplios, al determinar una única clase de alimentos en relación a todos los hijos y hermanos, pero al revisar la Comisión de Códigos, en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo de 1889 la primera edición publicada para introducir en la que nuevamente había de formarse las enmiendas y adiciones necesarias y convenientes, según el

Así pues, con anterioridad a la Reforma, la legitimidad del parentesco paterno-filial no presuponía el reconocimiento del vínculo subjetivo o personal; únicamente, condicionaba la extensión de la obligación de alimentos y, en este sentido, constituía el fundamento de la distinción, latente en el artículo 142, entre los alimentos y los auxilios necesarios para la vida, disquisición, que en la actualidad subsiste, únicamente, en relación al parentesco colateral.

Sin embargo, el Código civil no ampliaba la obligación entre padre e hijo natural o ilegítimo, al resto de descendientes ilegítimos, pues, en virtud del artículo 143, los demás ascendientes, sóloamente, los debían a los descendientes legítimos de los hijos naturales reconocidos y de los legitimados por concesión Real<sup>84</sup>.

Así pues, el principal logro de la Reforma de 1981 estriba, no tanto, en asimilar el contenido de la obligación de alimentos de todos los parientes en línea recta, sino, en reconocer la obligación de alimentos de todos los ascendientes y descendientes ilegítimos, sin distinción alguna<sup>85</sup>.

---

resultado llevado a cabo por los Cuerpos Colegisladores, se observó que no se había tenido en cuenta la distinción entre alimentos civiles y naturales respecto a la diversidad de alimentistas. Por esta razón y, considerando que eran distintas las causas y la razón legal de percibirlos se consideró que en el caso de los hijos ilegítimos no naturales y en el supuesto de los hermanos se había procedido con exceso a darlos en toda su extensión y se restringió a los puramente necesarios para la vida. MANRESA, ob. cit., pág. 813.

<sup>84</sup>-Este último caso, Sánchez Román lo justifica en atención al acto jurídico de reconocer, dado que se trata de un acto personal del que lo verifica, de modo, que no debe trascender a otras personas, como son los padres del que los realiza, al efecto de hacer extensiva a ellos la obligación de alimentos. SANCHEZ ROMAN, ob. cit.

<sup>85</sup>-Dando lugar, a que algún autor, como Alvarez Caperochipi, afirme, que después de la Reforma, se ha abandonado, definitivamente, la distinción entre estado de familia y estado de filiación que, en su opinión, acuñaba, claramente, el artículo 143 reformado, dado que, al hijo natural reconocido y al legitimado por concesión sólo se les otorgaba el estado de hijo y no el de familia y, por ello, sólo reconocía el derecho de alimentos frente al padre. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, ob. cit., pág. 270.

### 2.3-Alimentos legales que se deben por el padre al hijo

En virtud del artículo 143 del Código civil, padres e hijos se encuentran, recíprocamente, obligados a prestarse alimentos, como ascendiente-descendiente de grado más próximo (art. 144 CC); alimentos, que el hijo debe al padre, en cualquier momento de necesidad, pero, que el padre sólo prestará, cuando cese el deber de velar y sostener a los hijos menores (art. 110 CC)<sup>86</sup>.

Así pues, el padre debe alimentos, propiamente dichos, al hijo necesitado, después de la emancipación o adquisición de la mayoría de edad de éste<sup>87</sup>; siempre que, el estado de necesidad *no provenga de su mala conducta o de falta de aplicación al trabajo*, causa específica del cese de la prestación, según el artículo 152.5 del Código civil; y además, cuando no se haya casado, o de estarlo, si el cónyuge no puede satisfacerlos<sup>88</sup>.

Por lo tanto, es la emancipación, en el sentido de vida independiente, la que provoca el cese del deber paterno de velar y tutelar por los hijos y, la que, a su vez, da lugar a la obligación de alimentos paterna, cuando el hijo se

---

<sup>86</sup>-Ya que, como señala Badosa, dado que, "La paternitat té com a deure inherent a llur titularitat el d'aliments els fills no emancipats. En aquest supòsit, el finançament alié es el prioritari, invertint així el model de l'art. 142 ss. C.c."; De este modo, "l'esquema supletori de l'obligació d'aliments dels arts. 142 ss. C.c. s'aplicarà al cónyuge (ex art. 143.1º C.c.) i als fills emancipats (ex art. 143.2º). Mentre que l'esquema prioritari de l'obligació d'aliments dels arts. 110 i 154.2, 1º s'aplicarà als fills no emancipats." BADOSA COLL, ob. cit., págs. 383 y 384.

<sup>87</sup>-Como señalan, desde un principio, MUCIUS, ob. cit., pág. 451; MANRESA, ob. cit.; SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1258...

<sup>88</sup>-Dado, que en este caso, como se desprende del artículo 143 y 144 del Código civil, el cónyuge es el primer obligado a prestarlos, como señala, entre otros, PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 204.

encuentre necesitado y no concurra ninguna de las causas de extinción de la obligación (arts. 150 y 152 CC), como pone de relieve, sobre todo, la práctica de los Tribunales<sup>89</sup>.

Señala así, tajantemente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona de 20 de septiembre de 1989<sup>90</sup>, "es la emancipación la que hace surgir el derecho y el deber de *alimentar* al hijo, como prestación legal autónoma, al darse la situación de necesidad."

### 2.3.1-Ambigüedad de la expresión *alimentos* debidos a los hijos

No obstante, si tenemos en cuenta, que uno de los objetivos prioritarios de la Ley 30/1981 y, más recientemente, de la Ley sobre la Reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo de 15 de octubre de 1990, ha sido, el de proteger la pensión alimenticia que corresponde a los hijos en los conflictos matrimoniales<sup>91</sup>, según se induce, no sólo, del artículo 92

---

<sup>89</sup>-En este sentido, la SAP (Pamplona) de 20 de septiembre 1989, RGD 1990, pág. 1971; la SAT (Oviedo) de 24 de noviembre 1987, RGD 1988, pág. 2364; SAP (Palma de Mallorca) de 8 de febrero 1989, RGD 1990, pág. 748; SAP (Barcelona) de 2 de julio 1991, Tr. 1990, pág. 83, SAP (Barcelona) de 29 de octubre 1990, Tr. 1990, pág. 153; SAP (Barcelona), de 20 de octubre 1990, RJC 1991-IV, pág. 1207; SAP (Gerona) de 28 de febrero 1991, RJC 1991-III, pág. 726...

<sup>90</sup>-RGD 1990, ob. cit., pág. 1971.

<sup>91</sup>-En este sentido, no sólo la mayoría de la doctrina, como IGLESIAS PUJOL. ob. cit., pág. 339; RODRIGUEZ INYESTO, ob. cit., pág. 838; COBACHO GOMEZ. Deber de mantenimiento y deuda alimenticia..., ob. cit., págs. 116 y 117..., sino, incluso, la Jurisprudencia, como evidencia la STS de 31 de diciembre de 1982, al señalar, que "la normativa reguladora de las medidas relativas a los hijos en los casos de nulidad, separación y divorcio se inspira en el criterio fundamental del *favor filii*." Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi. núm. 7988, pág. 5384; actualizándose, de este modo, la advertencia de Dánvila, que se remonta a las Discusiones al Código civil de 1889, al afirmar "en casos de nulidad ó de divorcio,... puesto que se trata de seres inocentes, el que de los

del Código civil, al establecer que, "la separación, nulidad y divorcio no eximen a los padres de las obligaciones con respecto a sus hijos", una de las cuales, es, sin duda, la de alimentos, sino, también, de la mayoría de los preceptos que se ocupan *De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, principalmente, de los artículos 90.1º y 93.

Al igual, que en el supuesto de la obligación de alimentos entre cónyuges, el término *alimentos* constituye, también, en este caso, una expresión ambigua, ya que, el legislador no discierne los alimentos, propiamente dichos, a los que va referido el artículo 143, del deber de mantenerlos que se deriva del artículo 110 del Código civil

Un claro ejemplo es la incorrección del artículo 93 del Código civil, al utilizar el término *alimentos* para aludir, propiamente, a cargas familiares<sup>92</sup>, tanto, cuando el párrafo primero establece que, "El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada

---

cónyuges tenga bienes, ese es el que es justo que alimente a los hijos á quienes dió el ser. Diario de Sesiones. Congreso de Diputados. Núm 82, 30 de marzo, pág. 2193.

<sup>92</sup>-Así lo establecían las Sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona al interpretar los arts. 90c y 93 del Código civil antes de la entrada en vigor de la Ley 11/90 de 15 de octubre en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, estableciendo que "la carga no se extingue, sin más automáticamente, con la llegada a la mayoría de edad de los hijos...pues puede prolongarse por cierto periodo, que en los usos sociales actuales hacen ampliable la dependencia familiar, por regla general hasta los 23 años..." Sentencia de 8 de octubre de 1987 de la Audiencia Territorial de Pamplona. Revista General de Derecho 1988, págs. 1508 a 1510 y, en el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 10 de diciembre de 1987. Revista General de Derecho de 1988, págs. 3001 a 3003, Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 18 de marzo de 1987..., sentando así, una línea jurisprudencial que aboga en favor de que los deberes que tienen contraídos los padres respecto a sus hijos no terminan automáticamente con la mayoría de edad o la emancipación, por lo tanto, los padres deberán continuar manteniéndolos como contribución al mantenimiento de las cargas familiares.

momento", como, cuando el segundo párrafo señala, "Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código."

Afirmación esta, que, si bien, resulta compartida por la mayoría de la doctrina<sup>93</sup>, por lo que respecta al párrafo primero de este artículo, no lo es, para con el párrafo segundo; sin duda, no tanto, por tratarse de una prestación dirigida al hijo mayor o emancipado, sino por la remisión que realiza este precepto a los artículos 142 y ss. del Código civil.

No obstante, es evidente, que tratándose, según establece este artículo, de hijos que conviven en el domicilio familiar, la prestación de alimentos forma parte, nada más y menos, que de las cargas familiares<sup>94</sup>; como demuestra la difícil praxis judicial de dicho precepto<sup>95</sup>, debido a la falta de legitimación del hijo mayor o emancipado para el ejercicio de la acción, dado que, una vez se ha extinguido la representación legal de los padres, éste es el único titular del derecho a los alimentos frente a sus progenitores, pero

---

<sup>93</sup>-Pues, la mayoría de la doctrina entiende que el Código sólo se refiere a cargas familiares, cuando utiliza el término *alimentos* en el párrafo primero del artículo 93. COBACHO GOMEZ, Revista Castilla-La Mancha, ob. cit., pág. 116; RIVERO HERNANDEZ, Matrimonio y divorcio... ob. cit., pág. 668; SERRANO RUIZ-CALDERON, ob. cit., pág. 244; ZARRALUQUI, ob. cit., pág. 776...

<sup>94</sup>-Como establece SERRANO RUIZ-CALDERON, ob. cit., pág. 250.

<sup>95</sup>-En este sentido, como establece Gonzalez del Pozo, "ha demostrado constituir un auténtico cuerpo extraño en el sistema del derecho matrimonial del Código civil y ha originado un fenómeno insólito en la doctrina: todos coinciden en la conveniencia y necesidad de la nueva norma; todos asimismo, destacan la desacertada y desgraciada redacción técnica de la misma y convergen en señalar sus ambigüedades, insuficiencias y omisiones, pero casi ninguno coincide con los demás en la solución de los problemas sustantivos, procesales y de derecho transitorio que tan defectuosa norma plantea. GONZALEZ DEL POZO, Juan-Pablo. *¿Cabe la aplicación retroactiva del nuevo párrafo 2º del artículo 93 del Código civil?* Poder Judicial, núm. 22, pág. 33.

es parte ajena en el proceso de nulidad, separación o divorcio<sup>96</sup>.

Problema que no existiría, si se hubiese subsanado por la Ley de 15 de octubre de 1990, a la que se debe el párrafo segundo del artículo 93, el error terminológico en el que ya incurría también el primer párrafo de este artículo y, se hubiese utilizado en vez del término *alimentos*, la expresión *cargas familiares*<sup>97</sup>; que hubiera permitido la reclamación a los padres en los procesos matrimoniales, tal y como reconoce la Sentencia de la Audiencia Territorial de Tarragona de 17 de enero de 1992<sup>98</sup>.

### 3-Alimentos entre colaterales de primer grado

El Código civil, por último, obliga a prestar alimentos a los colaterales<sup>99</sup> de primer grado<sup>100</sup>, no obstante, a diferencia de

---

<sup>96</sup>-Para resolver la inoperancia de este artículo, una parte de la doctrina, entre los que se encuentra BELO GONZALEZ, ob. cit., pág. 22; ROCA TRIAS, Comentarios al Código civil, tomo I, Ministerio de Justicia 1991, pág. 392,... defienden la legitimación del hijo para comparecer en juicio. Por el contrario otros como GONZALEZ DEL POZO, ob. cit., pág. 36, consideran que existe una legitimación compartida no sólo del hijo mayor o emancipado, sino también del progenitor en cuyo domicilio conviva aquel.

<sup>97</sup>-Como recomendaba la Jurisprudencia anterior a la Reforma del 90 y, como pone de manifiesto parte de la doctrina, en este sentido, SERRANO RUIZ-CALDERON, ob. cit., pág. 254.

<sup>98</sup>-Revista Jurídica de Cataluña III (Jurisprudencia, 1992), págs. 257 a 258.

<sup>99</sup>-En la misma línea, que el Codice civile, en el que, además, en virtud del artículo 439, "Tra fratelli e sorelle gli alimenti sono dovuti nella misura dello stretto necessario." y, el Código civil Portugués.

<sup>100</sup>-A diferencia de otros Ordenamientos, como el Código Portugués, en los que, no se limita la obligación de alimentos en línea colateral al primer grado, ya que, los tíos se encuentran igualmente obligados a alimentar a sus sobrinos durante la minoría de edad.

Artigo 2009: "1-Estao vinculados à prestação de alimentos:...; d) Os irmaos; e) Os tíos, durante a menoridade do alimentando;...." Código

los anteriores, según el artículo 143, los hermanos "sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación."

### 3.1-Subsidiariedad de la obligación de alimentos entre hermanos

Configurando, de este modo, una obligación subsidiaria, no sólo en atención a la proximidad o inmediatez del vínculo subjetivo, ya que, en este supuesto, la prioridad de los demás parientes obligados, cónyuge, ascendientes y descendientes, derivada del artículo 144 del Código civil, se justifica, plenamente, dada la extensión y excepcionalidad del débito entre colaterales de primer grado.

Pués, a diferencia del resto de obligados, los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida y, además, excepcionalmente, cuando el estado de necesidad no se pueda imputar al alimentista (art. 143 CC).

Acoge, así, el Código civil una obligación subsidiaria, en tanto, que, sólo nace, en defecto de familiares con mejor derecho<sup>101</sup> y, como veremos, controvertida hasta los preliminares del Código civil, cuyo reconocimiento, que apunta con la Glosa<sup>102</sup> y, se debe, en general<sup>103</sup>, a la

---

Civil Português, anotado e Atualizado, 7a. Edição, por Jacinto FERNANDEZ RODRIGUES BASTOS. Coimbra 1984.

<sup>101</sup>-Como subraya la mayoría de la doctrina, así, SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1261; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 44; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 540; LACRUZ, ob. cit., pág. 80, COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 76...

<sup>102</sup>-*gl. parentum necessitatibus* a. C. 5,25,1; AZON, *Summa Cod...*, ob. cit., pág. 193 a C. 5,27; ROFFREDUS, *Quaestiones Sabbat...*, ob. cit., quaest. XXXIX, pág. 457; ODOFREDUS, *Lectura super Cod...*, ob. cit., c.288v. a C. 5,25,1...

doctrina del *Ius commune*<sup>104</sup>, se inserta en la tradición jurídica castellana de la mano del Fuero Real.

Dice, en este sentido, la ley I, tít. VIII, lib. III, de dicho texto:

"Otro sí mandamos que si hobiere algun hermano que fuere pobre, sean tenudos de le gobernar."

Asumiendo, de este modo, una obligación, que, a pesar, de no tener parangón en las Partidas<sup>105</sup>, se introduce en el proceso codificador, como consecuencia del artículo 97 del Proyecto de 1869<sup>106</sup> y, con posterioridad del artículo 77 de la Ley de matrimonio civil<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup>-En este sentido, como señala Glück, es la propia estructura de la familia romana, la que conlleva, que en el Corpus iuris civilis, concretamente, el D. 3,5,26; D. 23,3,73,1; D. 26,7,13,2; D. 27,2,4; D. 27,3,1,2; Nov. 89,12,6; C. 5,27, se encuentre alguna referencia a dicha prestación, pero no un reconocimiento explícito. GLUCK, ob. cit., págs. 274 a 284.

<sup>104</sup>-DINUS DE MUGELLO, Consilia su responsa. Venetiis 1574, cc. 23v-24r, consil. 9; BALDUS, Consiliorum, ob. cit, consil. 103, in V parte núm. 3; SURDUS, ob. cit., tít. I, quaest. XXV, núm. 1; BARTOLUS, ob cit, núm. 15;

<sup>105</sup>-A pesar, de que, por el contrario, la glosa a la ley IV del tít XIX de Gregorio López, si determinaba que el hermano estaba obligado a mantener a su hermano pobre, aunque fuese natural. SANPONTS, MARTI DE EIXALA y FERRER SUBIRANA, ob. cit., pág. 1100.

<sup>106</sup>-Dice, en este sentido, dicho artículo: "La obligación de prestar alimentos a falta de padres y ascendientes, se extiende a los hermanos legítimos de doble vinculo, uterinos o consanguíneos, subsidiariamente por el orden que van expresados,..." LASSO GAITE, ob. cit., pág. 513.

<sup>107</sup>-Influenciada, sin duda por la legislación Canónica, cuyas líneas maestras acogió la ley de 18 de junio de 1870, según Fuenmayor, dado que, el Proyecto fué obra de Montero Rios, Catedrático de Derecho Canónico y, en esos momentos actual subsecretario de Justicia. DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo. *El matrimonio como Contrato civil*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Febrero 1976, págs. 96 y ss. También, en este mismo sentido, Carrión resalta la inspiración eclesiástica de dicha Ley. CARRION, Salvador. *Historia y futuro del Matrimonio civil en España*. Editorial Revista de Derecho Privado. Edersa 1977, pág. 302.

Influencia canónica que se plasma primordialmente en materia alimentaria y concretamente por cuanto se refiere a la ampliación de este deber a los hermanos; claro ejemplo es la Exposición de Motivos de esta Ley, cuando hace referencia a la moral, "El estrecho vínculo que entre ellos existe hace que se les considere como miembros de una misma familia, y hasta la

Perfilándose, explícitamente, en ambos preceptos, el carácter subsidiario de dicha obligación, puesto que, en virtud del artículo 77 de la Ley de matrimonio civil, "La obligación de satisfacer alimentos se extenderá, en defecto de ascendientes ó descendientes, ó por su imposibilidad de satisfacerlos, á los hermanos legítimos..."

Sin embargo, a pesar, de dicho reconocimiento legal, el deber de alimentar al hermano necesitado no contaba con la aprobación de la mayoría de la doctrina del XIX<sup>108</sup>, ya que, un amplio sector, entre los que se encuentra GARCIA GOYENA<sup>109</sup>, la rechazaba, tajantemente, por considerarla, carente de apoyo legal y contraria a la costumbre, sobre todo, en aquellos territorios, en los cuales no tenía observancia el Fuero Real, como señalan GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN<sup>110</sup>.

---

moralidad pública se resentiría al ver á un individuo sumido en la miseria, entretanto que su hermano viviese en medio del fausto y de la opulencia."

<sup>108</sup>-A pesar, de que parte de la doctrina mantiene la existencia de la obligación de alimentos entre hermanos, apoyándose en el hecho que el legislador no puede ignorar los vínculos de sangre y la comunidad espiritual que se desarrolla en los años de vida en común. En este sentido, Benito Gutierrez, si bien considera que en base al Fuero Real existe la obligación casi natural de ampararse, ob. cit., pág 597, afirma que "era dudoso que tuviere observancia y cuando los prestaban, lo hacían más que por deber por piedad", pero, a raíz de la Ley de matrimonio civil, entiende que el "beneficio ha venido a convertirse en necesidad por la razón indicada en el preámbulo de la ley". GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 623; También Sánchez de Molina, basándose no sólo en la Ley de Matrimonio Civil, sino en el Fuero real reitera dicha obligación. SANCHEZ DE MOLINA Y BLANCO, José. El Derecho Civil Español. Madrid 1981, pág. 45; e igualmente ELIAS, ob. cit., pág. 67; ROMERO Y GUINZO, ob. cit., págs. 47 y 48; MUCIUS, ob. cit., pág. 452; MANRESA, ob. cit., pág. 818...

<sup>109</sup>-Señala Garcia Goyena, como la obligación de alimentos entre hermanos, "jamás pasó a nuestras leyes" y, "está en oposición con nuestras costumbres", de ahí, que a pesar, de que el Proyecto de 1851 contenía, en principio, un artículo que extendía la obligación a los hermanos, conforme, dice este autor, a las leyes romanas, este se suprimió. GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 45.

<sup>110</sup>-Al entender, que si el Fuero Real es la única que menciona dicha obligación y, dado, que las leyes de este Código sólo tienen fuerza en

De ahí, la discusión que precedió a la promulgación del Código civil, en la que, según DANVILA<sup>111</sup>, el propio Alonso Martínez, dejó clara constancia, "que no había un vínculo de derecho que obligara á un hermano que estuviera en desahogada posición, y teniendo familia á mantener á otro hermano pobre."

No obstante, la aprobación final de la obligación legal de alimentos entre hermanos y, por tanto, su inclusión en el artículo 143 del Código civil, se debió, fundamentalmente, al carácter *supletorio* de la misma, como evidencia el Sr. Puigcorver<sup>112</sup> en las discusiones al Código civil; carácter, que, ya se había puesto de manifiesto en los antecedentes de dicho artículo y, al que atiende, también, el Código civil<sup>113</sup>.

---

cuanto son usadas y guardadas, no lo es esta, afirman que en aquellos pueblos en que no se prueba la observancia de la Ley de Fuero; en la rotunda consideración de que, además, "faltando los padres, centro común de la familia, cada hermano es a su vez jefe de familia y se constituye en el deber de buscar y proporcionar para sí y para los suyos la subsistencia, carga demasiado pesada e indefinida para imponerla a un hermano, no habiendo, dicen, ley expresa", ya que, todavía no se había promulgado la Ley de Matrimonio Civil. GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALBAN, ob. cit., págs. 266 y 267.

<sup>111</sup>-A pesar, de que, como señala Dánvila, "no consta en acta la opinión que prevaleció..." Sesión de 30 de marzo de 1889. Diario de Sesiones de Cortes. Congreso de Diputados. núm.82, pág. 2193. También, en LASSO GAITE, ob. cit., pág. 412.

<sup>112</sup>-En este sentido, como señala el Sr. Puigconver, tanto el Fuero Real, como la Ley de matrimonio civil, la admiten, "como cuestion de piedad, por cuya razon no debía considerarse como motivo de censura el que existieran esos artículos en el Código, toda vez que este precepto, tratándose del hermano, no podía producir daño, ya por ser la obligación sólo en el concepto de supletoria," preguntando a Dánvila, si cree que con tales limitaciones considera peligroso el principio que se recoge en el Código, a lo que añade, "Yo no diré que sea defendible en el rigorismo del derecho, yo no diré que por el derecho natural tenga el hermano obligación de alimentar al hermano; pero esta prescripción es puramente de piedad, por lo cual, á mi juicio no puede criticarse con dureza." Diario de Sesión de Cortes de 30 de marzo. Congreso de Diputados. núm. 82, pág. 2203.

<sup>113</sup>-Como pone de relieve FALCON, Modesto. Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, tercera edición, Barcelona 1888.

En este sentido, según se desprende, ya, de la redacción originaria del artículo 144<sup>114</sup>, los hermanos se encuentran obligados a prestar alimentos, en cuarto lugar, después del cónyuge, descendientes y ascendientes.

En efecto, el Código civil establece, desde un principio, una barrera legal entre el resto de parientes con derecho a los alimentos y los hermanos, en detrimento de estos últimos; configurando, una obligación explícitamente, subsidiaria y distinta<sup>115</sup> que prevalece, incluso, después, de la Reforma de 1981.

### 3.1.1-Subsidiariedad de la obligación de los hermanos por vínculo simple

Por otra parte, el párrafo cuarto del artículo 144 del Código civil establece un orden preferencial específico entre hermanos, cuando señala, "estando obligados en último lugar, los que sólo sean uterinos o consanguíneos."

En este sentido, por lo que respecta a los alimentos entre colaterales de primer grado, la Reforma del Código civil de 1981, tiene un doble objeto, respecto a la redacción

---

<sup>114</sup>-Ya que, la redacción inicial del artículo 144 del Código civil, establecía: "La reclamación de alimentos, cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos, se hará por el orden siguiente:

1º Al cónyuge.

2º A los descendientes de grado más próximo.

3º A los ascendientes también de grado más próximo.

4º A los hermanos.

<sup>115</sup>-Señala, en este sentido, Alvarez Caperochipi, que socialmente, está claro, que el oficio de piedad que rige las relaciones entre ascendientes y descendientes es más intenso que el que rige para los hermanos, así la obligación alimenticia del hermano es algo limitado, transitorio, excepcional y, está pensada sobre todo en favor de los hermanos menores e incapacitados; además, el examen de la jurisprudencia muestra que es muy excepcional encontrar demandas de alimentos entre hermanos. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, ob. cit., pág. 269.



originaria<sup>116</sup>, en cuanto, no se limita a suprimir la referencia exclusiva del artículo 143 a los hermanos legítimos<sup>117</sup>, asimilando la obligación de los hermanos matrimoniales y extramatrimoniales.

Sino que, además, incluye en el artículo 144.4 un criterio preferencial entre los hermanos de vínculo doble y simple, en detrimento de estos últimos, que concuerda con el resto de dicho precepto, en el que, cómo se deriva de los dos párrafos anteriores<sup>118</sup>, predomina la inmediatez del parentesco.

De este modo, el Código civil, tras la Reforma, en orden a atribuir la obligación entre los hermanos, después, de ser rechazada una enmienda al Proyecto de ley presentado por el Gobierno, que pretendía adecuar dicho artículo al 952 del Código civil<sup>119</sup>, precepto, que regulaba el orden de sucesión

---

116-Dado que, el artículo 143, además de obligar, exclusivamente a los hermanos legítimos, no incluía distinción alguna, entre ellos, así, según dicho precepto "Los hermanos deben también a sus hermanos legítimos, aunque sólo sean uterinos o consanguíneos, los auxilios necesarios para la vida,..."

117-Como ocurre en el caso de los parientes en línea recta.

118-Dado que, entre descendientes y descendientes, también, se encuentran obligados los de grado más próximo.

119-En este sentido, el Proyecto de la Ley de 13 de mayo de 1981 fué objeto de una enmienda al respecto, presentada por el Grupo de los Socialistas Catalanes al artículo 144.4, con la que se pretendía sustituir la expresión "los que sólo sean uterinos o consanguíneos" por la de "los señalados en el artículo 952 del Código Civil"; con la que se pretendía la 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. Enmienda 199. BOE de 10 de octubre de 1979, Núm. 71-I-2. Sin embargo esta enmienda fué rechazada por el Informe de la Ponencia de 22 de mayo de 1980, BOE Núm 71-I-3. En este sentido, los hermanos sólo se deben alimentos tras el cónyuge, descendientes y ascendientes, pero estarán obligados en último lugar los uterinos o consanguíneos, por ello los nacidos de una pareja casada o no, han de pedir antes alimentos a los hijos de la misma pareja, que a los de uno sólo de los progenitores con persona distinta, de modo que la remisión del art 145.2 al 144, conlleva que reclamando a la vez alimentos un hermano de doble vínculo y de vínculo sencillo y teniendo fortuna para

ab intestato, asume el criterio de proximidad del parentesco. Criterio, que, a pesar, de haber eludido la redacción originaria de dicho texto, se fundamenta en el distinto vínculo personal que media, entre los hermanos de padre y madre y, los que sólo tienen un progenitor común<sup>120</sup>, como se aduce, asimismo, de sus precedentes más inmediatos<sup>121</sup>.

En este sentido, resulta obvio, que el artículo 97 del Proyecto de Código civil de 1869, al igual, que el 77 de la Ley de matrimonio civil, extendía la obligación de dar alimentos "a los hermanos legítimos de doble vínculo, uterinos o consanguíneos, subsidiariamente por el orden que van expresados..."<sup>122</sup>

Por otro lado, a raíz de la Reforma, se abandona, definitivamente, la referencia exclusiva a los hermanos legítimos, que, a pesar, de que, también, se incluía en el Proyecto de Código civil de 1869 y, en la Ley de matrimonio civil de 1870, como consecuencia de la incidencia de la legitimidad del parentesco en la obligación entre ascendientes y descendientes<sup>123</sup>, en el caso de los hermanos

---

atender a ambos será pospuesto este último. Dada la redacción de este artículo, en relación con la sucesión abintestato, cabe observar que se conserva la regla del artículo 949, según la cual los de doble vínculo tomarán porción doble con respecto a los de vínculo sencillo al concurrir en la herencia del hermano. No obstante al no prosperar el criterio del Proyecto del Gobierno, tendente a excluir a los hermanos concebidos durante el matrimonio del que nació el difunto, es decir adulterinos, por los demás hermanos, los art 952 y 953 del Código civil han quedado sin contenido.

<sup>120</sup>-Orden preferencial que Delgado Echeverría, justifica en la "diferente distancia afectiva y familiar"; criterio, a nuestro entender demasiado subjetivo, como para dejar de representar una situación de hecho.. DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 527.

<sup>121</sup>-Es decir, tanto del artículo 97 del Proyecto de 1869, como del artículo 77 de la Ley de matrimonio civil.

<sup>122</sup>-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 513.

<sup>123</sup>-Lo cual resulta plenamente justificado, según Sánchez Román, ya que, si este requisito se exige a los parientes en línea recta, con mayor razón se impone en la línea colateral SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1260.

no concuerda con los antecedentes jurídicos de dicha obligación.

Basta poner de manifiesto, en este sentido, que el deber de alimentar al hermano necesitado, surge, precisamente, durante la glosa, derivado del distinto tratamiento del parentesco legítimo e ilegítimo, como la obligación de la descendencia legítima de mantener al hermano natural de *unica concubina in domo*, en tanto, que no sucedía *ab intestato* al padre<sup>124</sup>; derecho, por tanto, que, aunque con posterioridad se extiende al resto de hermanos<sup>125</sup>, en un inicio, según señala ROFFREDUS<sup>126</sup>, tan sólo se atribuía al hermano natural.

Tradicción jurídica, que se inserta en nuestra legislación, de

---

<sup>124</sup>-AZO, *Summa Codicis*, ob. cit., pág. 193 a C. 5,27; ROFFREDUS, *Quaestiones Sabba...*, ob. cit., quaest. XXIX; "et hac ideo quia alimenta debentur filiis naturalibus de bonis parentum ex quadam necessitate per legem imposita" dice, en este mismo sentido, DINUS DE MUGELLO, *Consilia su respon...*, cc.23v-24r, consil. 9.

<sup>125</sup>-Como ocurre entre los mismos postglosadores, ya que, como señala Odofredus, si el hermano legítimo debe alimentos al natural, con mayor razón este los deberá al legítimo, así dice: "in questione ista dicimus quod licet principaliter istud beneficium sit proditum inter ascendentes et descendentes, tamen istud dicimus inter collaterales primi gradus. Inter ascendentes et descendentes obtinet usque ad infinitum, se inter collaterales non, nisi inter collaterales primi gradus", "si filii legitimi possunt cogi alere fratres naturales, multa fortius et legitimus". ODOFREDUS, *Lectura super Cod...*, ob. cit., c.288v. a C. 5,25,1. Opinión que se generaliza entre los comentaristas del *Ius commune*, en este sentido, dice Surdus, "Secundum praedictam sanguinis, & charitas affectionem, si frater sit egenus, & neque filii, neque parentes extent, in subsidium frater tenetur fratrem alere, vel sororem". SURDUS, ob. cit., tit. I, quaest. XXV, núm. 1; "quod frater alere tenetur fratrem" dice BARTOLUS, ob. cit., núm. 15; "Nam frater tenetur alere eodem patre natum, quemcun; matè ex sua persona." "iudex aditus super alimentis debedit condemnare frater locupletem pauperi, semper praestatem alimentorum, & assignare aliquam possessionem ad alimenta, que deferat redditus sufficientes..." BALDUS, *Consiliorum...*, ob. cit., consil. 103, in V parte núm.3; ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria...*, ob. cit., c.34r núm.13 a D. 25,3,5,1, c.78r a D. 27,2,4 y c.78v a D. 27,3,1...

<sup>126</sup>-Preveyendo únicamente esta obligación para el hermano natural, dado que el padre no puede privar a un hijo de los alimentos, en este sentido, dice:"istud ius naturale immutari non potest per alienationem bonorum: iura enim naturalia immutabilia permanent", "onus istud sit annexum patrimonio ipsius patris et rebus". ROFFREDUS, *Quaestiones Sabba...*, ob. cit., quaest. XXIX, pág. 457.

ahí, que el Fuero Real no distinga entre hermanos legítimos e ilegítimos; y un resquicio de la que, es el artículo 845 del Código civil, actualmente derogado, después de la Ley de 13 de mayo de 1981, en virtud del cual, tenían derecho a los alimentos los hijos ilegítimos no naturales<sup>127</sup>.

### 3.2-Extensión de la prestación: los auxilios necesarios para la vida

La subsidiariedad de la obligación de alimentos entre hermanos también se justifica desde un prisma objetivo, porque, a diferencia del resto de parientes obligados, éstos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida.

Parece obvio, pues, que el alimentista reclame alimentos a los parientes obligados a prestarlos, cónyuge, ascendientes y descendientes y, sólo en último extremo, demande los auxilios necesarios para la vida al hermano, ya que, teniendo derecho a lo más, no debe conformarse con una prestación inferior; sin olvidar, que, según el artículo 144, además, los hermanos se encuentran obligados en defecto del resto de parientes.

En este sentido, el artículo 143 del Código Civil, a diferencia de sus antecedentes jurídicos<sup>128</sup>, introduce la distinción entre alimentos amplios y alimentos en sentido restringido<sup>129</sup>; asimilando el vínculo personal que media

---

<sup>127</sup>-El artículo 845 establecía, "Los hijos naturales que no tengan la calidad de naturales sólo tendrán derecho a los alimentos. La obligación del que haya de prestarlos se trasmitirá a sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen a la mayor edad; y, en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad."

<sup>128</sup>-Ya que, tanto, en el Fuero Real, como en el artículo 97 del Proyecto de Código civil, como en el artículo 77 de la Ley de matrimonio civil, los hermanos, como el resto de parientes se debían alimentos.

<sup>129</sup>-Distinción asumida, unánimemente, por la mayoría de la doctrina, ALBALADEJO, ob. cit., pág. 14; LACRUZ, ob. cit., pág. 46; DIEZ-PICAZO, ob. cit., pág. 20; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 33; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 535; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 81...

entre los hermanos al de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales<sup>130</sup> y, distinguiendo, cuantitativamente, su obligación de la del resto de parientes obligados, al limitarla a los auxilios necesarios para la vida.

Sin embargo, como ya se ha puesto de relieve, la diferencia entre los alimentos y los auxilios necesarios para la vida es cuantitativa, por tanto de extensión, no de concepto<sup>131</sup>; de modo, que, mientras los alimentos se miden, según el artículo 146 del Código civil, en atención a la necesidad del alimentista y a la posibilidad del alimentante, la cuantía de los auxilios para la vida se reduce a lo imprescindible para que el hermano pueda sobrevivir<sup>132</sup>.

Por lo tanto, los auxilios necesarios para la vida, comportan no sólo los auxilios físicos, sino también la instrucción y educación necesaria para el alimentista, como se deduce de la disposición expresa de la redacción originaria del artículo 143 del Código civil, al señalar:

"En estos auxilios están, en su caso, comprendidos los gastos indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio."

Sin embargo, con anterioridad a la Reforma de 1981, los auxilios inmateriales, se reducían a la instrucción elemental, mientras que, con posterioridad, la referencia genérica del artículo 143, "y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación", amplía la extensión de los alimentos; de modo, que, aunque circunscritos a la necesidad

---

<sup>130</sup>-Dado que, según el artículo 143.2, asimismo, "Los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia..."

<sup>131</sup>-Concretamente, en el Capítulo primero de dicho trabajo.

<sup>132</sup>-Y este es el criterio diferenciador entre los alimentos y los auxilios necesarios para la vida, de acuerdo al artículo 146, como señala, también, COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 82.

del alimentos, la ley no limita los auxilios "a los indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio<sup>133</sup>; ni tampoco a la minoría de edad, como hace el artículo 439 del Codice civile<sup>134</sup>.

Lo cual, además, argumenta la tesis de que, los alimentos y los auxilios necesarios para la vida se asimilan en cuanto al concepto, que, según describe el artículo 142, incluye, tanto, *el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, como la educación e instrucción del alimentista, no sólo mientras sea menor de edad, sino después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*<sup>135</sup>.

### 3.3-Excepcionalidad del deber de alimentar al hermano necesitado

Por último, el artículo 143 del Código civil circunscribe el deber de alimentos entre hermanos a aquellos supuestos en que "los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista".

En este sentido, después de la Reforma del 81, el artículo 143 conserva la norma genérica y de cierre, vigente, tanto en

---

<sup>133</sup>-Como señala DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit.

<sup>134</sup>-Puesto que, el Codice Civile, aunque coincide, en gran medida, con el Código civil, al establecer entre las personas obligadas a prestarse alimentos, a los hermanos, prestación, que, tal y como establece el artículo 439, se reduce a lo estrictamente necesario y, que comprende la educación e instrucción, reduce esta última prestación a la minoría de edad del alimentista.

Señala, en este sentido, el artículo 439 del Codice Civile: "Misura degli alimenti tra fratelli e sorelle. Tra fratelli e sorelle gli alimenti sono dovuti nella misura dello stretto necessario. Possono comprendere anche le spese per l'educazione e l'istruzione se si tratta di minore." Codice civile. CIAN I TRABUCCHI, ob. cit., pág. 361.

<sup>135</sup>-ALBALADEJO, ob. cit., pág. 14.

su redacción originaria<sup>136</sup>, como en el artículo 97 del Proyecto de 1869<sup>137</sup>; de ahí, que la Ley de 13 de mayo de 1981, a pesar, de haber suprimido la referencia específica al *defecto físico o moral*, que contenían sus antecedentes más inmediatos, no represente ningún cambio sustancial, respecto a la legislación anterior, ya que, cualquier causa específica se pueden subsumir en la ausencia de imputabilidad a que alude el artículo 143 actual<sup>138</sup>.

Restringe, pues, el Código civil el nacimiento de ésta obligación, añadiendo un límite específico al deber de prestar auxilios necesarios para la vida, respecto al de prestar alimentos, cual es, la ausencia de culpa del alimentista, es decir, que el hermano no sea el responsable del estado de necesidad en que se encuentra.

Imprimiéndole un carácter excepcional, que ayuda, asimismo, a consolidar la subsidiariedad de dicha obligación<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup>-Ya que, la redacción originaria del artículo 143 del Código civil, después de aludir a la situaciones específicas de "defecto físico o moral", se refiere "a cualquier otra causa que no sea imputable al alimentista."

<sup>137</sup>-En este mismo sentido, el artículo 97 del Proyecto de Código civil, señalaba, que los alimentos entre hermanos se debían "siempre que por vicio corporal, debilidad de inteligencia u otras causas inculpables no puedan proporcionarse alimentos." LASSO GAITE, ob. cit., pág. 513.

<sup>138</sup>-En este sentido, como señala Delgado Echeverría, la Reforma ha introducido algunos cambios, que merecen ser tenidos en cuenta, a pesar, de su escasa relevancia, como es la supresión de los ejemplos de defecto físico o moral del artículo 143 in fine, ya que, al permanecer invariable el criterio de que la necesidad no debe ser imputable al alimentista, como ya se ha puesto de manifiesto, este es lo suficientemente genérico, como para englobar los supuestos derogados. DELGADO ECHEVERRÍA, ob. cit., pág. 526.

<sup>139</sup>-A pesar, de que parte de la doctrina se muestre disconforme, en este sentido Puig Peña considera que este artículo debe interpretarse de manera más humana, y si el hermano ha llegado a este estado debido a su mala vida y quiere seguir disfrutando de la ociosidad a costa del caudal de su hermano, ni la moral, ni lógica autorizan a ello; pero si llegado la cumbre de su ruina no puede trabajar, se encuentra enfermo, no debe dejársele morir y razones humanas hacen que el hermano esté obligado a prestar los medios necesarios para su subsistencia. PUIG PEÑA, ob cit., pág. 590.

Excepcionalidad, que aumenta, a raíz de la promulgación del Código civil, ya que, dicho Texto, en la misma línea que el artículo 97 del Proyecto de 1869, impide, desde un principio, el nacimiento de éste deber, de poder imputarse al alimentista el estado de necesidad.

A diferencia de la Ley de matrimonio civil<sup>140</sup>, en la que la culpa del alimentista conformaba, únicamente, un causa provisional del cese de los auxilios necesarios para la vida<sup>141</sup>.

En este sentido, la *ratio legis* de la falta de alusión del artículo 152.5 a los hermanos, bien podría ser la imposibilidad de aplicar la *provisionalidad* de dicha causa de extinción de la obligación de alimentos y, justificada en el caso de los descendientes<sup>142</sup>, a la línea colateral.

Privando, así, definitivamente, al hermano que, culpablemente, *por falta de aplicación al trabajo o por causa imputable al mismo*, no pudiera proporcionarse su sustento, de los auxilios necesarios para la vida; como se desprende, además, del previo impedimento que dispone el artículo 143 del Código civil, al nacimiento de dicha obligación<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup>-En este sentido, ya, Manresa criticaba la dicción del artículo 75.4 de la Ley de matrimonio civil, al entender que no habían sido muy afortunados sus redactores "puesto que lo que ha de cesar presupone que ha empezado a tener existencia y, por los tanto podría surgir la duda de si en algún caso pudiera empezar la obligación a pesar de reconocer por causa de la necesidad del alimentista su mala conducta o falta de aplicación al trabajo anterior a la petición."

<sup>141</sup>-Al establecer el párrafo tercero del artículo 75 de la Ley de matrimonio civil que cesará la obligación de alimentos cuando el alimentista sea hermano del alimentante y "la necesidad proviniera de mala conducta o falta de aplicación al trabajo y, mientras dicha causa subsistiere"

<sup>142</sup>-Ya que, como señala Alvarez Caperochipi, está claro, que el oficio de piedad que rige en la relación entre ascendientes y descendientes es más intenso que entre hermanos. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, ob cit., pág. 269.

<sup>143</sup>-Así, se desprende de la STS de 11 de mayo de 1971, cuando señala, que para que surja la obligación legal de alimentos entre hermanos, es preciso el estricto cumplimiento de las limitaciones establecidas en el párrafo último del artículo 143 del Código civil. Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi de 1971, pág. 1492.

## **CAPÍTULO SEXTO**

# CAPITULO SEXTO: CUMPLIMIENTO Y EXTINCION DE LA OBLIGACION DE ALIMENTOS

## 1-CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE DAR ALIMENTOS

### 1.1-Exigibilidad y abono de los alimentos: Análisis del artículo 148 del Código civil

#### 1.1.1-La exigibilidad del derecho a los alimentos

La obligación de alimentos nace cuando deviene exigible, es decir, a partir del momento en que concurren todos los presupuestos legales, como son, el vínculo familiar entre alimentante y alimentista, la posibilidad del obligado a prestarlos y, que los necesitase para subsistir la persona con derecho a exigirlos<sup>1</sup>.

En este sentido, el párrafo primero del artículo 148 del Código civil establece:

"La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos"

Así pues, en principio, el nacimiento y la exigibilidad de los alimentos legales son simultáneos en el tiempo, como

---

<sup>1</sup>-Como ya se ha puesto de relieve, concretamente en el Capítulo tercero, relativo al Nacimiento de la obligación de alimentos legales.

opina la mayoría de la doctrina<sup>2</sup> y, se constata, asimismo, por la jurisprudencia<sup>3</sup>, dado que, la obligación deviene exigible y existe por razón de la necesidad del alimentista<sup>4</sup>.

Tesis, que también resulta compartida, unánimemente, entre la doctrina anterior a la promulgación del Código civil<sup>5</sup>, ya que, el primer párrafo del artículo 148.1 del Código Civil tiene su más inmediato precedente en el artículo 74 de la Ley de Matrimonio civil<sup>6</sup>; en el que, en idénticos terminos, también se asociaba la exigibilidad de los alimentos a la necesidad del alimentista.

---

<sup>2</sup>-En este sentido, la mayoría de la doctrina considera que, "el nacimiento de la obligación de alimentos viene determinado por la concurrencia de los requisitos establecidos por la Ley, de modo, que nacida, en este momento se hace simultáneamente exigible.", así, BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 46; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 629; ALBACAR Y MARTIN GRANIZO, ob. cit., pág. 950; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 535; LACRUZ, ob. cit., pág. 84; COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit., pág. 144...

<sup>3</sup>-Según se desprende de las STS de 6-10-1904; de 21-12-53; de 9-12-72; de 12-11-74; de 6-11-84; de 24-2-1989...

<sup>4</sup>-"La obligación de dar alimentos es perfecta, por razón de la necesidad del alimentista, y, por tanto, exigible desde que esa necesidad existe,", como señalara SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1264, desde la promulgación del Código civil; "el nacimiento de la deuda alimenticia se opera ex lege desde que la necesidad de subsistencia la requiere" dicen asimismo, ALBACAR Y MARTIN GRANIZO, ob. cit., pág. 950.

<sup>5</sup>-Como pone de relieve Gutierrez Fernández, el artículo 74 de la Ley de matrimonio civil es uno de los preceptos, establecidos en la misma, que constituyen la doctrina capital en materia de alimentos. GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 622, del cual se desprende claramente que "el origen de los alimentos procede de la necesidad", ob. cit., pág. 596. Idéntica posición adoptan autores como SANCHEZ DE MOLINA BLANCO, ob. cit., pág. 55; ELIAS, ob. cit., pág. 68, al transcribir el total contenido del artículo 74 de la Ley de matrimonio civil; asimismo, MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., pág. 463; MANRESA, ob. cit., pág. 837...

<sup>6</sup>-Según el artículo 74 de la Ley de matrimonio civil, "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 ésta."

### 1.1.2-El abono de los alimentos

No obstante, seguidamente, el artículo 148.1 del Código civil, a diferencia de sus precedentes legales<sup>7</sup>, prescribe, "pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda."

Párrafo, que, a pesar, de la polémica doctrinal que despierta, al igual, que su homólogo, el artículo 445 del Codice civile<sup>8</sup>, entre la doctrina italiana<sup>9</sup>, no prejuzga el

---

<sup>7</sup>-En este sentido, señala Manresa, como ante el hecho de que el artículo 74 de la Ley de matrimonio civil no se pronunciara respecto a la fecha desde la que deben ser abonados los alimentos, en el supuesto de no haberlos reclamado el alimentista en el momento en que surge la necesidad, sino con posterioridad, la jurisprudencia resolvió que sólo se debían alimentos, desde el momento en que el alimentista los reclamase, así, desde la fecha de la interposición de la demanda. MANRESA, ob. cit., pág. 836.

<sup>8</sup>-En este sentido, el artículo 445 del Codice civile de 1942, también establece, "Gli alimenti sono dovuti dal giorno della domanda giudiziale". CIAN I TRABUCCHI, ob. cit., pág. 363.

<sup>9</sup>-El artículo 445 del Codice civile, ha provocado la división de la doctrina italiana en dos corrientes doctrinales, debido, como señala VINCENZI AMATO, ob. cit., pág. 81, a la falta de claridad sobre la noción del "derecho a los alimentos". Una primera interpretación, en la que podemos incluir autores como SECCO REBUTTATI, ob. cit., pág. 51; MAJORCA, ob. cit., pág. 768; RUGGIERO, ob. cit., pág. 37, entre otros, entiende que el derecho a los alimentos nace en el momento de la interposición de la demanda; de modo, que la exigibilidad del débito alimentario, en fase potencial hasta que se produce la reclamación judicial, requiere precisamente la presentación de la demanda, momento hasta el cual el necesitado tan sólo tiene un derecho potestativo. En este sentido, como pone de manifiesto Majorca se trata de un derecho potencial, "un obbligo potenziale coinvolgente" y, de una obligación actual que se inicia con la acción del acreedor. MAJORCA, ob. cit. Por lo tanto, con anterioridad a la fecha de la demanda, nos encontramos ante una obligación moral o natural, que deviene jurídica o civil, con el acuerdo explícito de las partes o con la intervención judicial. SECCO REBUTTATI, ob. cit. Así pues, el acreedor no tiene propiamente un derecho a los alimentos hasta que se obtenga una sentencia estimatoria, aunque con efectos retroactivos desde la interposición de la demanda. CICCAGLIONE, ob. cit., pág. 1391. Por el contrario, la segunda posición, representa la opinión más generalizada, defendida por autores como CICU, La natura..., ob. cit., págs. 174 y 175; BIANCHI, ob. cit., pág. 418; VINCENZI AMATO, ob. cit., págs. 67 y ss; TAMBURRINO, ob. cit., pág. 45, considera que la exigibilidad de la deuda alimenticia es anterior a la demanda, ya que, el nacimiento del débito se opera cuando acontece el estado de necesidad del

cumplimiento voluntario de la obligación de alimentos, dado que, se refiere, estrictamente, al cumplimiento forzoso de la deuda alimenticia<sup>10</sup>, como pone de relieve la Sentencia en materia criminal del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1984<sup>11</sup>.

Así pues, sólo cuando el deudor no los prestase, voluntariamente, desde el momento en que devienen exigibles, el inicio del cumplimiento obligatorio dependerá de la interposición de la demanda<sup>12</sup>.

El artículo 148.1 del Código civil establece, por lo tanto, en previsión de dicho supuesto y, en aplicación del principio latino *in praeteritum non vivitur*<sup>13</sup>, dos momentos

---

alimentista, en cuanto que lo que depende de la reclamación judicial es, únicamente, la concreción de la prestación, por lo que respecta a la cuantía y modo de cumplimiento. De este modo, se estima que el derecho de crédito nace con la concurrencia de los presupuestos legales y, la demanda judicial o extrajudicial equivale al cumplimiento; porque, tal y como aprecia VINCENZI AMATO, ob. cit., pág. 85, la demanda no es suficiente para hacer surgir una obligación, como es la de alimentos.

10-Pués, como pone de manifiesto Beltrán de Heredia, se debe distinguir entre derecho y acción, es decir, entre cumplimiento forzoso y voluntario, en cuanto que sólo al primero se refiere la exigibilidad de los alimentos. BELTRAN DE HEREDIA, ob cit., pág. 46.

11-En este mismo sentido, la sentencia en materia criminal de 6 de noviembre de 1984 acuerda que la resolución judicial no hace más que declarar la existencia de una obligación que no nace con dicha resolución, sino, como establece el artículo 148 del Código Civil, desde el momento mismo en que la persona con derecho a los alimentos tuviese necesidad de ellos; por lo tanto, con la sentencia lo que nace es la *actio judicati* tendente a conseguir, mediante la coerción judicial, el cumplimiento de la obligación, que el deudor se hubiese negado a cumplir voluntariamente.

12-En efecto, como dice Lacruz, la deuda alimenticia es anterior a la decisión judicial, que bien puede no producirse, si se satisfacen los alimentos voluntariamente; sin embargo, para que se incumpla la obligación resulta necesaria la exigencia del alimentista. LACRUZ, ob. cit., pág. 84.

13-Como pone de relieve la mayoría de la doctrina, el párrafo primero del artículo 148, "es consecuencia de la idea contenida en la máxima "*in praeteritum non vivitur*" PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 198; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 535; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit; COBACHO GOMEZ, pág. 143...

distintos, por un lado, el del nacimiento de la obligación, también denominado, por algún autor, de perfección de la misma<sup>14</sup> y, por otro, el del cumplimiento o de consumación de ésta.

Puesto que, si, por una parte, esta máxima tiende a salvaguardar el objeto de la prestación, los alimentos vitales para la subsistencia del alimentista, por otra, tiende a sancionar la pasividad del acreedor de los alimentos<sup>15</sup>, en atención a la importancia que el tiempo del cumplimiento adquiere en el caso de los alimentos legales<sup>16</sup>, que no pueden ser prestados en un momento posterior, dada la finalidad de los mismos<sup>17</sup>.

Así pues y, dado que, pasado el estado de necesidad, el cumplimiento resultaría fuera de su fin, la ley parece presumir<sup>18</sup>, además, *iure et de iure*, que si el alimentista no los reclamó es porque satisfacía sus necesidades por otros

---

14-En este sentido, en opinión de Sánchez Román, el artículo 148.1 del Código civil, no hace sino distinguir entre la perfección y consumación de la obligación de alimentos. Perfección que deviene "Por razón de necesidad del alimentista y por tanto exigible desde entonces". Mientras que la consumación y, por tanto, el cumplimiento sólo tendrá lugar a raíz de la interposición de la demanda. SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1264.

15-Dado que, como señala Peyrefitte, la máxima *in praeteritum non vivitur* "D'une part, elle tend a sauvegarder l'objet même de la créance qui consiste dans la perception de revenus périodiques et non dans la perception d'un capital. D'autre part, en raison des liens personnels unissant les sujets de l'obligation, elle permet de maintenir une certaine solidarité agissante en sanctionnant la passivité du créancier d'aliments." PEYREFITTE, ob. cit., pág. 292.

16-Distintas por naturaleza, dada la finalidad de los alimentos legales; pues, como señala Cicu, el principio *in praeteritum non vivitur* significa, "che le prestazioni di alimenti siano fatte a tempo debito ed anticipatamente, e la inutilità che siano fatte posteriormente." CICU, Scritti minori...ob. cit., pág. 729.

17-Pues, como afirma Cicu, "non eseguita la prestazione a tempo debito, lo scopo dell'obbligazione si manifesta irraggiungibile". CICU, La natura... ob. cit., pág. 161.

18-"Los alimentos responden a una necesidad imperiosa, sin la cual no sería exigibles, y la ley supone que no existe esa necesidad mientras no se reclamen judicialmente." dice, así MANRESA, ob. cit., pág. 837.

medios y, por tanto no los necesitaba<sup>19</sup>.

Dice, en este sentido, entre la doctrina francesa, PEYREFITTE<sup>20</sup>, "la passivité du créancier constituerait la preuve indirecte que ses besoins n'existaient pas."

### 1.1.2.1-Cumplimiento obligatorio

#### a-El ejercicio del derecho a los alimentos como requisito de eficacia del cumplimiento forzoso

En definitiva, el Código civil distingue entre el nacimiento o inicio de la exigibilidad del derecho a los alimentos y el ejercicio de este derecho, en orden a obligar al alimentante al efectivo cumplimiento de su débito, estableciendo, que, mientras los alimentos se pueden exigir *desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos*, no se deberán abonar sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Por lo tanto, según el artículo 148.1, al igual que, en virtud del 445 del Codice civile<sup>21</sup>, el ejercicio del derecho

---

19-"En efecto, pasado el momento en el que la prestación es actualmente necesaria, el cumplimiento no es ya posible, porque el fin de mantenimiento no puede alcanzarse. De un modo u otro el alimentista ha vivido hasta allí sin los alimentos que pide.", como señala DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 535. en el mismo sentido, como evidencian Albacar y Matín Granizo, este principio, constituye la base de la distinción entre los alimentos presentes y futuros, de los alimentos pasados, como ponen de manifiesto Albacar y Martín Granizo, "las diferencias entre una y otra clase de alimentos tiene su razón de ser en la esencia del débito alimentario, ya que si se ha podido subsistir (bien o mal, mejor o peor) sin él, ello implica que las pensiones atrasadas quedan fuera de esa finalidad de la subsistencia, lo que no acontece con las futuras" ALBACAR Y MARTIN GRANIZO, ob. cit., pág .950.

20-PEYREFITTE, ob. cit., pág. 298.

21-Así pues, a pesar de que el derecho a los alimentos nace con

a los alimentos constituye un requisito de eficacia del cumplimiento obligatorio de los alimentos legales, dado que, como establece dicho precepto, una vez dictada sentencia estimatoria, el alimentante sólo deberá prestar los alimentos desde la interposición de la demanda<sup>22</sup> y, no desde el inicio del estado de necesidad del alimentista.

No obstante, a pesar, de que el Código civil, reprobando la pasividad del deudor<sup>23</sup> que no demanda al acreedor y, en estricta aplicación del principio *in praeteritum non vivitur*, señala el inicio del cumplimiento forzoso de la deuda alimenticia, a partir de la interposición de la demanda, el estado de necesidad del alimentista, como hecho circunstancial y objetivo puede devenir con anterioridad y, ser conocido por el alimentante; de manera, que, a nuestro entender, el hecho de que el alimentista no los reclame, judicialmente, no siempre prejuzga que no los necesite.

En este sentido, la exigencia de la interposición de la demanda, también, coloca al alimentante en una situación ventajosa, pues, ante la inactividad del alimentista, le permite, incluso conociendo la situación precaria de este último<sup>24</sup>, aguardar a ser demandado, sabiendo que sólo deberá

---

anterioridad e, independientemente de su ejercicio, como dice Vicenzi Amato, "ma poiché l'esercizio del medesimo è lasciato alla facoltà dell'interessato, e poiché tale diritto, date le finalità cui deve soddisfare, è sempre diritto a *prestazioni future*, esso non può aversi che a partire dall'atto del suo esercizio". VINZENCI AMATO, ob. cit., pág. 85.

22-Elogia, en este sentido, Beltran de Heredia, el hecho de que, mientras en buena técnica procesal, el reconocimiento de un derecho se opera a partir de la sentencia estimatoria, en el caso de la obligación de alimentos y, precisamente, como refuerzo del principio *in praeteritum non vivitur*, se anticipa al momento de la interposición de la demanda. BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 46.

23-Dado que, como señala Peyrefitte, "la diligence répétée du créancier à chaque échéance exclut de sa part toute intention de profiter de la défaillance du débiteur pour capitaliser les arrérages." PEYREFITTE, ob. cit., pág. 300.

24-Teniendo en cuenta, además, como señala Peña Bernaldo de Quirós, que

abonar los alimentos desde este momento<sup>25</sup>.

De ahí, que cabría corregir la letra del artículo 148.1, obligando al alimentante al abono de los alimentos, desde el momento en que pudiera probarse que conocía la necesidad del alimentista<sup>26</sup>.

Sino, al menos, ante la dificultad de dicha prueba, permitir al alimentista eludir el requisito de la interposición de la demanda, asimilando, en este caso, la eficacia de la reclamación judicial, a la de la reclamación extrajudicial, opinión que mantiene algún autor<sup>27</sup> y, que, asimismo, defiende parte de la doctrina italiana<sup>28</sup>.

Corrección, que, por otra parte, sin desvirtuar el principio *in praeteritum non vivitur*, se adapta más al carácter de premura de los alimentos legales; no en vano, según GLÜCK<sup>29</sup>, en el *Corpus iuris civilis*, la inherencia de

---

"el deber es exigible desde que surge la necesidad y el que no atiende inmediatamente a la necesidad infringe la obligación que la ley le impone." PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 630.

25-A pesar, de que, no cabe duda, que cuando la falta de reclamación se deba a causas referentes al propio alimentante, no deberá regir el principio *in praeteritum non vivitur*, como pone de relieve parte de la doctrina, como PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 198 y, asimismo, por la jurisprudencia, reflejo de la cual es la STS 6-6-1917.

26-Dado que, como señala Puig Peña, la pensión de alimentos surge única y exclusivamente en el momento en que el alimentante conoce la situación de necesidad de su pariente, a pesar, de que legalmente, sólo no podrá ignorarla desde el momento en que se le reclaman los alimentos judicialmente. PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 595.

27-Pué, como señala Delgado Echeverría, "Desde el momento en que la obligación nace, por concurrir los presupuestos dichos, puede exigirse, judicial o extrajudicialmente su cumplimiento". DELGADO ECHEVERRÍA, ob. cit., pág. 535; en el mismo sentido PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 630.

28-Así, en base al artículo 445 del Codice civile, gran parte de la doctrina italiana sostiene que sólo se precisa la demanda, ya sea judicial o extrajudicial, en este sentido, CICU, La natura... ob. cit., pág. 174; TAMBURRINO, ob. cit., pág. 43; SECCO REBUTTATI, ob. cit., pág. 220...

29-GLUCK, ob. cit., págs. 313 y ss.

la necesidad, al concepto mismo de alimentos, implica que su reclamación no represente una acción formal, sino sumariamente una *imploratio officii iudicis*, como demuestra, que debido a la rapidez del procedimiento de alimentos *ex officio iudicis*, no se utilicen los terminos *actio* o *iudicium*, sino el de *cognitio*<sup>30</sup>.

**b-La interposición de la demanda como requisito del incumplimiento del débito: constitución de la *mora solvendi***

Por lo tanto, a tenor literal del artículo 148.1 del Código Civil, para que el deudor infrinja la obligación legal de alimentos es necesario que el acreedor exija su derecho<sup>31</sup>; de modo, que el incumplimiento de la obligación sólo tendrá lugar desde la interposición de la demanda.

*Interpellatio* del acreedor, que, como señala parte de la doctrina<sup>32</sup>, dará lugar, asimismo, a la constitución de la *mora solvendi*<sup>33</sup>, a pesar, de la falta de referencia expresa del Código civil a esta figura, a la que si mencionan, por el

---

30-Como se deriva de las expresiones *iudex de ea re cognoscet* o *iudices oportet super ea re cognoscere*, que se desprenden del D. 25,3,5 y del D.25,3,5,8.

31-"Para que el deudor incurra en incumplimiento será necesaria de ordinario, la exigencia del alimentista", dice, asimismo, DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 535.

32-Como señala Delgado Echeverria, al afirmar que la exigencia del deudor como requisito imprescindible para la existencia de mora del mismo. DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 535.

33-Que, además, del requisito imprescindible, tratándose de un supuesto de *mora ex persona*, de la *interpellatio* del deudor, como señala Gramunt Fombuena, reúne los presupuestos de la constitución en mora, como son la exigibilidad o susceptibilidad de ser reclamado el cumplimiento de la obligación, el carácter positivo de la misma y la posibilidad objetiva del cumplimiento posterior. GRAMUNT FOMBUENA, M<sup>a</sup> Dolores. La mora del deudor en el Código civil. Bosch Editor, S.A. Barcelona 1993, págs. 14 y ss.

contrario, el *Codice civile*<sup>34</sup> y, el *BGB*<sup>35</sup>.

No obstante, por lo que respecta al tratamiento de la mora del deudor<sup>36</sup>, en relación al incumplimiento de la obligación de alimentos, éste estriba, en que, la finalidad de la deuda alimenticia, atender la necesidad del alimentista, impide, que la mora pueda extinguirse mediante *purgatio morae*<sup>37</sup>, al igual, que ya se había puesto de relieve durante el *Ius commune*<sup>38</sup>, dada la insusceptibilidad del cumplimiento posterior de esta obligación, en tanto, que no se trata, propiamente, de una obligación pecuniaria<sup>39</sup>, pues, el dinero constituye, simplemente, el modo o mecanismo más hábil para satisfacer dicha prestación.

---

34-Como es el caso del artículo 445 del *Codice civile*, al establecer "Gli alimentis sono dovuti...dal giorno della costituzione in mora dell'obligato, quando questa costituzione sia entro sei mesi seguita dalla domanda giudiziale."

35-Así, como también del artículo 1613 del *BGB*, que utiliza dicho vocablo al regular el derecho a exigir por lo pasado el cumplimiento del deber de alimentos o la indemnización por incumplimiento, a partir del momento en que el obligado incurrió en mora.

36-En cuanto situación esencialmente provisional, como señala Badosa, al afirmar, que "La mora solvendí és un incompliment provisional que posteriorment pot venir corregit o purgat fonamentalment pel compliment efectiu". BADOSA COLL, ob. cit., pág. 371; en el mismo sentido, GRAMUNT FOMBUENA, ob. cit., pág. 155.

37-Pués, como señala Gramunt, "En tanto la purga de la mora comporta la subsanación de la infracción obligacional, la susceptibilidad de cumplimiento posterior se configura como presupuesto ineludible, tanto si se trata de extinguir la obligación, como si se pretende un nuevo plazo para el cumplimiento." GRAMUNT FOMBUENA, ob. cit., pág. 156.

38-De lo cual se deja plena constancia en el *Ius commune*, sobre todo entre los comentaristas; "Nam alimenta non desiderant moram, sed subsidium". BALDUS, *Consiliorum...*, ob. cit., consil. 212, segunda parte, núm. 2; Así, como pone de manifiesto Surdus "quod in praestatione alimentorum non bene datur recompensatio temporis, ex quo forte alimentarius fame laboravit." SURDUS, ob. cit., tít. VIII, priv. XLVII, núm. 2.

39-Pués, como señala Peyrefitte, "l'obligation alimentaire, considerée comme valeur économique, a essentiellement pour objet de faire vivre le créancier." PEYREFITTE, ob. cit., pág. 292.

Dice, en este sentido, BALDUS<sup>40</sup>, "qui non praestitit alimenta, non potest moram purgare, nisi infra paucos dies".

Por lo tanto, pasado el momento en que la prestación es, actualmente, necesaria, el cumplimiento ya no es posible<sup>41</sup>, de modo, que el incumplimiento de la obligación de alimentos constituye una infracción definitiva o contravención al tenor de la obligación, en el sentido del artículo 1101 del Código civil<sup>42</sup> y, producida la mora, inmediatamente, el deudor debe reparar el daño causado<sup>43</sup>.

Así pues, el alimentante que incumple su deuda estará obligado a la indemnización de daños y perjuicios<sup>44</sup>, que incluye, no sólo, el pago de las deudas que el alimentista ha contraído para satisfacer sus necesidades vitales, como defendían los exégetas<sup>45</sup>, opinión que también comparte la más actual doctrina italiana<sup>46</sup>; sino el reembolso de los

---

<sup>40</sup>-BALDUS, *Consiliorum...*, ob. cit., consil. 212, segunda parte, núm. 2

<sup>41</sup>-Porque, como afirma Delgado Echeverría, "el fin de mantenimiento no puede alcanzarse." DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 535.

<sup>42</sup>-"*Per esso il brocardo in praeteritum non vivitur significherebbe che non eseguita la prestazione a tempo debito, lo scopo dell'obbligazione si manifesta irraggiungibile; il debitore non è quindi tenuto pagare gli arretrati;*" CICU, ob. cit., pág. 160.

<sup>43</sup>-Como pone de manifiesto, GRAMUNT FOMBUENA, ob. cit., pág. 93.

<sup>44</sup>-"*il credito di alimenti per il passato si è estinto per impossibilità di adempimento; al suo posto può sorgere un credito al risarcimento se dell'impossibilità è responsabile l'obbligato se l'alimentando ha per la mancata prestazione sofferto un danno patrimoniale.*", dice, en este sentido CICU, ob. cit., pág. 161.

Como pone de relieve, entre nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 630.

<sup>45</sup>-En este sentido, de acuerdo a la humanidad y equidad, ya se entiende entre los exégetas, "*que les dettes contractées, pour cause d'aliments, étient à la charge de celui que déjà, à ce moment, était débiteur de ces aliments.*", dado que "*il ne faut pas priver absolument de tout crédit celui qui, dans sa détresse, ne pourrait pas à l'instant même s'adresser à ses parents ou allies! Il faut, au contraire, encourager les tiers à le secourir, dès qu'ils le font de bonne foi et dans des limites raisonnables.*" DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 61.

<sup>46</sup>-También entre la doctrina actual italiana, Cian y Trabucchi consideran

alimentos prestados por un tercero, que, también pueden ser reclamados, directamente, por este último, en virtud del artículo 1894.1 del Código civil<sup>47</sup>.

Sin embargo, a nuestro entender, se encuentra, igualmente, obligado a resarcir daños y perjuicios, el alimentante que, conscientemente, ha hecho caso omiso de la reclamación extrajudicial del alimentista<sup>48</sup>, como defiende, asimismo, la mayoría de la doctrina italiana<sup>49</sup>.

### 1.1.2.2-El cumplimiento voluntario

Dejando a salvo, que el artículo 148.1 del Código civil, al señalar que los alimentos se abonarán desde la

---

que "l'alimentando ha diritto al pagamento dei debiti contratti per soddisfare i propri bisogni prima dell'effettiva corresponsione degli a. ove dimostri di essersi trovato nell'impossibilità di agire tempestivamente". CIAN Y TRABUCCHI. Commentario... ob. cit., pág. 363.

47-DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 535.

48-En este sentido, como afirma Delgado Echeverria, en ciertos casos de incumplimiento consciente por parte del obligado, incluso, a raíz de varios requerimientos extrajudiciales, pueda pedirse indemnización de daños y perjuicios y, mucho más, cuando el alimentista ha tenido que contraer deudas todavía sin pagar para satisfacer sus necesidades vitales. DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 536; Como señala, asimismo, Peña Bernaldo de Quirós, en el convencimiento de que "Lo que depende de la reclamación judicial es únicamente la concreción de la prestación (cuantía y modo de pago). Antes de la fijación judicial de las pensiones, la deuda es actual y exigible, , pero únicamente como deber (inconcreto) de prestar socorro; el derecho a percibir pensiones alimenticias concretas sólo surge desde la reclamación judicial y en los terminos que disponga la sentencia." PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 630.

49-En este sentido, TAMBURRINO, ob. cit., pág. 45; BIANCHI, ob. cit., pág. 418; VIZENCI AMATO, ob. cit., pág. 85; CICU, ob. cit., pág. 175, para quien "al requisito della domanda piuttosto che funzione di accertamento della volontà d'acquisto del diritto pare si debba riconoscere funzione di notificazione al designato dalla legge dell'obbligo che viene a sorgere per lei".

fecha en que se interponga la demanda, establece un parámetro que se circunscribe, exclusivamente, al cumplimiento forzoso de los alimentos<sup>50</sup>.

El cumplimiento o abono voluntario de los mismos, desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos y, anterior a la reclamación judicial, constituye, pues, un pago plenamente eficaz<sup>51</sup>.

En este sentido y, dada la especial relevancia del elemento temporal, en orden a la prestación de los alimentos legales<sup>52</sup>, el cumplimiento voluntario constituye un pago plenamente extintivo, a partir de la existencia de la obligación, es decir, cuando concurren todos los presupuestos legales<sup>53</sup> y, desde que el alimentista se encuentre necesitado, según el artículo 148.1 del Código civil.

A *sensu contrario*, pues, la prestación de alimentos anterior y posterior al estado de necesidad, aunque llevada a cabo, voluntariamente, por el sujeto, no constituye un verdadero cumplimiento, en tanto, que no existe obligación alguna a darlos, ya que, la persona que provee de manera voluntaria las necesidades de su pariente sólo está cumpliendo con un débito legal, desde que la obligación deviene exigible.

---

50-Sólo, cuando el deudor no proceda al cumplimiento voluntario, "habrá que recurrir a la reclamación judicial, como ocurre en todo derecho subjetivo previsto de obligación civil." dice, en este sentido, BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 47.

51-Como señala la mayoría de la doctrina, en este sentido, DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 535; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 47; LACRUZ, ob. cit., pág. 84; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 630; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 143...

52-En este sentido, evidencia Cicu, "nell'importanza che nell'obbligo alimentare assume il tempo dell'adempimento...in quanto fa sì che la prestazione debba esser fatta, in quel momento, e non possa esser fatta in un momento posteriore." CICU, La natura..., ob. cit., pág. 162.

53-Como obligación legal, la concurrencia de los presupuestos exigidos por la ley determina su nacimiento y exigibilidad, es decir, que "la obligación se ha perfeccionado a los fines de su obligatoriedad." dice, BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 47.

En este sentido, sólo el cumplimiento voluntario del débito alimentario nacido, genera una prestación irrepetible<sup>54</sup>, a pesar de la falta de alusión del Código civil<sup>55</sup>, en tanto, que no se trata de un pago indebido, al que daría lugar la inexistencia de la obligación<sup>56</sup>, sino, por el contrario, de un pago liberatorio, en cuanto que extingue una obligación perfecta y exigible.

### 1.2.2.3-Cumplimiento urgente

El párrafo tercero del artículo 148 del Código civil, por último, prevee, con carácter de urgencia, la facultad del Juez de dictar medidas cautelares, no sólo, en orden a asegurar los anticipos en concepto de alimentos llevados a cabo por terceros, sino también, aquellas tendentes a asegurar la prestación de alimentos futuros, al establecer:

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

Así pues, dicho texto, que se añade al Código civil a raíz de la Ley de 13 de mayo de 1981<sup>57</sup>; se dirige, en primer

---

<sup>54</sup>-Puesto que, según parte de la doctrina, la irrepetibilidad de la prestación voluntaria de los alimentos legales es consecuencia de la plena eficacia del pago. BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 48; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit; LACRUZ, ob. cit...

<sup>55</sup>-Irrepetibilidad del cumplimiento voluntario de los alimentos legales a la que se refiere expresamente el artículo 371 del Código civil argentino, al señalar, "El pariente que prestase o hubiera prestado alimentos voluntariamente o por decisión judicial, no tendrá derecho a pedir a los otros parientes cuota alguna de lo que hubiera dado, aunque los otros parientes se hallen en el mismo grado y condición que él."

<sup>56</sup>-ALVAREZ CAPEROCHIPPI, ob. cit., pág. 272.

<sup>57</sup>-Medidas cautelares, que agrega el artículo 5 de la Ley de 13 de mayo de 1981 al artículo 148, introduciendo un nuevo párrafo y recogiendo así

lugar, a asegurar a la Entidad pública o al tercero los anticipos prestados para proveer a los alimentos de la persona necesitada, como medio eficaz para que continuen prestándolos e, indirectamente, para favorecer la satisfacción de las necesidades del alimentista; si bien, en este sentido, dicho artículo sólo viene a fortalecer la posición del tercero que presta los alimentos con ánimo de reclamarlos del deudor, en tanto, que, sin mediar la intervención del alimentista o del Ministerio Fiscal, podía ya, desde la promulgación del Código civil, reclamarlos, por la vía del artículo 1894.1<sup>58</sup>.

No obstante, la virtualidad de este precepto estriba, precisamente, en la alternativa concedida al Juez, en segundo lugar, para que a instancia del alimentista o del Ministerio Fiscal dicte las medidas cautelares oportunas, tendentes a *proveer a las necesidades futuras*.

Puesto que, con el fin de evitar que la persona con derecho a los alimentos no sufra por la tardanza o mala voluntad del deudor<sup>59</sup> y, en el intento de garantizar la

---

el texto del Proyecto del Gobierno y, que no fué objeto de ninguna enmienda. BOE 14-9-1979- Núm. 71-I. Y, que, como señala Delgado Echeverría, "encuentra este párrafo su paralelo muy cercano en los nuevos arts. 158.1 y 1318.2 y responde a la misma finalidad." DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 1038.

<sup>58</sup>-En este sentido, el artículo 148.3 legitima para pedir la aplicación de las oportunas *medidas cautelares* ante el Juez, tanto, al alimentista, como, al Ministerio Fiscal. Si bien, es cierto, que dichas instituciones de asistencia pública o beneficencia, así como el tercero podían, ya con anterioridad a la entrada en vigor de dicho párrafo tercero, reclamar el importe de los alimentos prestados a los parientes civilmente obligados, en virtud del artículo 1894.1 CC, sin embargo, tal y como pone de relieve ROCA TRIAS, ob. cit., pág. 37, el 148.3 viene a reforzar el precepto anterior, fomentando que los terceros continúen asistiendo al alimentista, sabiendo que además se pueden ordenar con urgencia unas medidas cautelares por el Juez para recuperar lo gastado. Medidas cautelares, que, como pone de relieve Lacruz, pueden consistir, además, de en garantías, depósitos o retenciones, en medidas semejantes, como en hipotecar o embargar bienes del alimentante. LACRUZ, ob. cit., pág. 94.

<sup>59</sup>-Como señalan, entre otros, LACRUZ, ob. cit., pág. 94; DELGADO ECHEVERRIA, Comentarios... ob. cit., pág. 1038; COBACHO GOMEZ, ob. cit.,

percepción de los alimentos por el necesitado a su debido tiempo, en aplicación, una vez más, del principio *in praeteritum non vivitur*<sup>60</sup>, reconoce la facultad de que el Juez señale alimentos futuros, con carácter de urgencia y, previamente, a cualquier otro procedimiento<sup>61</sup>.

Dado que, de no ser así, no tendría razón de ser, en este caso la promulgación de dicho párrafo, pues, como opina la mayoría de la doctrina<sup>62</sup>, el Juez, ya podía, con anterioridad a la Reforma, dictar medidas cautelares, dirigidas, únicamente, al cobro de una pensión alimenticia, ya fijada judicialmente.

Sin embargo, aún en el convencimiento, de que el artículo 148.3 introduce un nuevo procedimiento de urgencia en orden a cumplir la obligación de alimentos, se plantea otra cuestión, no menos problemática, discernir a que procedimiento se refiere dicho precepto.

De lo que no cabe duda, es que, de no tratarse de una reclamación contra el cónyuge o contra quién ejerza la patria potestad<sup>63</sup>, en cuyo caso sería oportuno aplicar las normas de

---

pág. 151.

<sup>60</sup>-En este sentido, "Este párrafo absolutamente nuevo se encardina dentro del principio *in praeteritum non vivitur*, que evidentemente resulta favorecido al concedérsele al Juez la posibilidad de adoptar amplias y urgentes medidas cautelares no sólo para garantizar los anticipos realizados en concepto de alimentos por una entidad pública u otra persona, sino también para proveer a futuras necesidades", como señala BELTRAN de HEREDIA, ob. cit., pág. 46.

<sup>61</sup>-En cuanto a la finalidad de las medidas cautelares orientada a proveer a las necesidades futuras, tal y como aprecia Delgado Echeverría, el párrafo tercero del artículo 148 del Código civil parece referirse a señalar aquellos alimentos previos a cualquier otro procedimiento, dado que con anterioridad a la reforma, el Juez ya podía aplicarlas para el cobro de una pensión fijada judicialmente. DELGADO ECHEVERRIA, ob cit.

<sup>62</sup>-En este sentido, DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 537; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 153...

<sup>63</sup>-Ya que, contra el resto de alimentantes no cabe la aplicación analógica de dicha disposición, como señalan, LACRUZ, ob. cit., pág. 94; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 154.

la Jurisdicción Voluntaria, en virtud de la disposición transitoria 10ª de la Ley de 13 de mayo de 1981<sup>64</sup>, el procedimiento más adecuado, parece ser, solicitarlos en el curso de un juicio de alimentos provisionales o, instando un nuevo procedimiento de este tipo<sup>65</sup>.

## 1.2-Determinación de la prestación de alimentos

### 1.2.1-Modalidades de la prestación

El Código civil, adoptando un criterio totalmente innovador con respecto a la legislación que le precede<sup>66</sup>, atribuye al deudor la facultad de resolver la obligación, bien pagando una pensión en metálico, o bien satisfaciendo los alimentos *in natura*; preveyendo dos modalidades alternativas<sup>67</sup>, en orden al cumplimiento de la obligación de

---

<sup>64</sup>-Al disponer, que mientras no se modifique la LEC, se aplicarán las normas de Jurisdicción Voluntaria a las actuaciones que se sigan para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente.

<sup>65</sup>-Como señala DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 537.

<sup>66</sup>-Ya que, el artículo 78 de la Ley de matrimonio civil, el único que se ocupa de la forma de llevar a cabo la prestación de alimentos, con anterioridad a la promulgación del Código civil, aunque con carácter excepcional, sólo se refiere, explícitamente, a la prestación *in natura*, a la vez, que realiza una referencia genérica al resto de modos, como pone de relieve MANRESA, ob. cit., pág. 838, cuando señala "no poder cumplir de otro modo"; mientras que, por su parte, tanto los artículos 1614 y 1617 de la LEC sólo hacen alusión al pago de una pensión y al abono de una suma, respectivamente.

<sup>67</sup>-Que, como se ha puesto de relieve a lo largo de este trabajo, no sólo permite constatar que nos encontramos ante una obligación alternativa,

dar alimentos.

En este sentido, el artículo 149 establece, que el obligado a prestar alimentos "podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos."

Sin embargo, en la práctica, la elección del modo de prestar los alimentos no representa el derecho absoluto que establece el Código civil, como evidencia la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>68</sup>, dado que, esta elección, únicamente, es posible cuando no existe estorbo alguno, moral o legal que impida la convivencia entre alimentante y alimentista y, por tanto, la prestación in natura de los alimentos

---

cuya elección viene atribuida por ley al deudor de los alimentos, sino que, además, constituye el único precepto del Código civil, en materia de alimentos entre parientes, en el que la ley cede en favor de la autonomía de la voluntad, como evidencia BELTRAN DE HEREDIA, La obligación..., ob. cit., pág 22.

<sup>68</sup>-En este sentido, la STS de 15 de febrero de 1983, Ar. 1036, establece "que la facultad de elección..., únicamente es posible..., cuando no exista motivo justificativo de la incorporación a la casa del obligado,..."; asimismo, según la STS de 25 de noviembre de 1985, Ar. 5908. "ese derecho de opción en el modo de prestar los alimentos que el precepto autoriza, no puede ser tan absoluto que limite el amplio examen que los Tribunales pueden efectuar de los adatos concurrentes en cada caso, hallándose subordinado a la condición de que no exista estorbo alguno, ni legal ni moral, para que el alimentista pueda ser trasladado a casa del alimentante..."; criterio seguido por la SAT(Pamplona) de 16 de diciembre, RGD 1987, pág. 3790, cuando dice, "no tiene carácter absoluto y debe excluirse cuando a ello se opongan razones de orden legal u otras que afecten a las específicas circunstancias de los interesados;" y, también, por la SAT(Barcelona) de 19 de enero de 1989, RGD 1989, pág. 3105, "ha de prohibirse el derecho de opción cuando se aprecien causas de imposibilidad legal para que cumpla, cuando haya poderosas dificultades o intensas razones de orden moral que así lo aconsejen." y, por la SAP(Oviedo) de 3 de julio de 1989, RGD 1990, pág. 3850, "la facultad de opción prevista en el artículo 149 no es tan absoluta, como tiene declarado la jurisprudencia".

### 1.2.1.1-La satisfacción in natura de los alimentos

En contraposición a su único antecedente legal, el artículo 78 de la Ley de matrimonio civil de 1870<sup>69</sup>, en el cual la facultad solutoria *in natura* sólo se prevee en el caso de que el deudor *justificare no poder cumplir de otro modo su obligación por la escasez de su fortuna*, el artículo 149 del Código civil establece la posibilidad de que el alimentante pueda satisfacer los alimentos recibiendo y manteniendo en su propia casa al alimentista, a su libre elección, sin cortapisa legal alguna<sup>70</sup>.

En efecto, a diferencia, además, de la mayoría de Textos civiles de su area de influencia, como son el Code<sup>71</sup>,

---

69-El artículo 78 establecía: "El alimentista tendrá que vivir en compañía del que debiera satisfacer los alimentos, en el caso de que este justificare no poder cumplir de otro modo su obligación por la escasez de su fortuna."

70-Como reconoce la mayoría de la doctrina, así, MANRESA, ob. cit., pág. 838; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 328; BELTRAN DE HEREDIA, Comentarios al Código civil..., ob. cit., pág. 49; ALBACAR Y MARTIN GRANIZO, ob. cit., pág. 952; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 537; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 639; LACRUZ, ob. cit., pág. 88; ALVAREZ CAPEREOCHIPI, ob. cit., pág. 273; COBACHO GOMEZ, José Antonio. *El cumplimiento del deber de alimentos en Centenario del Código civil (1889-1989)*, pág. 509...

71-Dado que, el art. 210 del Code, al igual que el art 78 de la Ley de matrimonio civil considera que sólo tendrá lugar la prestación *in natura*, "Si la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut payer le pension alimentaire, le tribunal pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entreindra celui auquel elle devra des aliments", como sostenían, además, los exégetas, en este sentido, TOULLIER, ob. cit., pág. 159; DURANTON, ob. cit., pág. 557; AUBRY ET RAU, ob. cit., pág. 167; DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 63; BOILEUX, ob. cit., pág. 160; LAURENT, ob. cit., pág. 101; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., pág. 370; PLANIOL, ob. cit., pág. 673...

el BGB<sup>72</sup> y el Código Portugués<sup>73</sup>, que prescriben una forma normal de prestar los alimentos, mediante el pago de una cantidad en metálico y, una forma excepcional o subsidiaria, consistente en posibilitar al alimentante mantener en su casa al alimentista cuando no pueda pagar la pensión económica, el Código civil regula esta última, como una de las dos modalidades de la prestación de alimentos entre parientes, junto al pago de una pensión, equiparando ambos modos de cumplir con la obligación.

Por lo tanto, a tenor literal del artículo 149 el deudor podrá liberarse, válidamente, de la obligación, prestando los alimentos *in natura*, sin perjuicio de su posibilidad económica de satisfacer o no la pensión en dinero<sup>74</sup>, dado que, dicha modalidad de prestación no se encuentra condicionada por la ley a la escasez de recursos del alimentante<sup>75</sup>.

---

72-El artículo 1612.1 preceptua, por su parte, que los alimentos han de prestarse generalmente mediante el pago de una renta en metálico. Sin embargo, en el segundo apartado del mismo artículo se indica que el obligado puede exigir que se le permita prestarlos de otra manera si median razones especiales que lo justifiquen, generalmente recibiendo al alimentista en casa del obligado.

73-Art. 2005: "1.Os alimentos devem ser fixados em prestações pecuniária mensais salvo se houver acordo ou disposição legal em contrário, ou se ocorrerem motivos que justifiquem medidas de excepção.  
2.Se, porém, aquele que for obrigado aos alimentos mostrar que os não pode prestar como pensão, mas tão-somente em sua casa e companhia, assim poderão ser decretados."

74-Llegando, incluso, a afirmar, algún autor, como Manresa, que si el alimentista no quiere sujetarse a vivir en casa del alimentante perderá el derecho a los alimentos. MANRESA, ob. cit., pág. 838. Sin embargo, como señala Beltran de Heredia, la elección por parte del deudor no debe servir para que este eluda el cumplimiento de la prestación alimenticia ante la negativa razonada y justificada por causas legales y morales del alimentario a recibir alimentos en metálico. BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 49.

75-Pués, como señala Cobacho Gómez, con el artículo 149 del Código civil "lo que antes era una mera excepción admitida en beneficio del alimentante pobre..., se ha convertido ahora en un derecho que en todo caso puede ejercitar. Es decir, que de dos maneras distintas se pueden prestar alimentos..." COBACHO GOMEZ, El cumplimiento..., ob. cit.

De ahí, que dicho artículo difiera, asimismo, del 443 del Codice civile, pues, a pesar, de que el párrafo primero de éste establece, igualmente, la facultad del deudor de elegir, entre el pago de una pensión o manteniendo en su casa al alimentista, el modo de suministrar los alimentos<sup>76</sup>, en virtud del número segundo del mismo precepto se faculta al Juez para que de acuerdo a las circunstancias pueda, discrecionalmente<sup>77</sup> y, en última instancia determinar la manera de prestarlos, al señalar que:

"L'autorità giudiziaria può però, secondo le circostanze, determinare il modo di somministrazione."

No obstante, ésta última distinción es únicamente teórica, no efectiva, ya que, a pesar, de que el artículo 149 no prevee, expresamente, la potestad judicial de decidir el modo de prestar los alimentos, en la práctica el criterio discrecional del Tribunal juzgador se impone con bastante frecuencia a la decisión voluntaria del alimentante, como se pone de manifiesto a nivel jurisprudencial<sup>78</sup>.

En este sentido, además, como se ha puesto de relieve con anterioridad<sup>79</sup>, la tendencia seguida por el Tribunal

---

<sup>76</sup>-Al establecer, al igual que el art. 145 del Codice civile de 1865: "Chi deve somministrare gli alimenti ha la scelta di adempiere questa obbligazione o mediante un assegno alimentare corrisposto in periodi anticipati, o accogliendo e mantenendo nella propria casa colui che vi ha diritto."

<sup>77</sup>-Por lo tanto, como señala Trabucchi, en el Codice civile, prescindiendo de la decisión del obligado, la ley concede al Juez un "potere discrezionale veramente ampio, onde adeguare vieppiù la prestazione in concreto all'effectivo soddisfacimento dei bisogni economica e sociale dell'obbligato." TRABUCCHI, ob. cit., pág. 257.

<sup>78</sup>-No en vano, el Tribunal Supremo declara en numerosas sentencias que las circunstancias para conceder o no un determinado modo de prestar los alimentos queda al prudente arbitrio de los Tribunales, en este sentido, la STS de 22 de abril de 1910; la de 24 de enero de 1927; la de 24 de abril de 1946; de 8 de marzo de 1952; de 8 de marzo de 1954; de 15 de febrero de 1983,...

<sup>79</sup>-Concretamente, en el Capítulo Cuarto de este trabajo, al hacer referencia al carácter alternativo de la obligación de alimentos.

Supremo ha sido la de restringir la prestación *in natura* de los alimentos, relegando esta modalidad de cumplimiento a escasos supuestos en los que se considera no existe ningún impedimento legal<sup>80</sup> o moral<sup>81</sup> que imposibilite la convivencia

---

<sup>80</sup>-En este sentido, a nivel jurisprudencial, se entiende que existe imposibilidad legal en el supuesto en el cual el ejercicio de la elección entraña una colisión o conflicto con otro derecho o potestad, al que debe considerarse, en rigor, jerarquía preferente, como es, en particular, la patria potestad; Como pone de relieve la mayoría de la doctrina, así, DIEZ PICAZO. Estudios sobre la Jurisprudencia Civil, ob. cit., pág. 4; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 46; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 539; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 639; COBACHO GOMEZ, El cumplimiento..., ob. cit., pág. 511...

Supuesto que ha venido siendo considerado por la Jurisprudencia desde antiguo, como confirman las STS de 25 de noviembre de 1899 y de 31 de mayo de 1900, en las que el Tribunal Supremo, privilegiando los derechos derivados de la patria potestad, impide que el deudor se incline por la prestación *in natura*. Más recientemente, la STS de 12 de febrero de 1982 niega al alimentante mantener en su casa a los hijos, cuando por decisión judicial se haya conferido la patria potestad o su ejercicio o guarda al otro progenitor y, la STS de 2 de diciembre de 1983 que niega, una vez más, a los abuelos la facultad de recibir en su casa a los nietos que están bajo la patria potestad de su madre, a cuyo derecho-deber de compañía con los hijos debe darse preferencia.

Supuesto, que no ha sido ignorado por la doctrina italiana, dice así Tedeschi, "non l'ha il genitore separato dal coniuge, quando il figlio sia stato affidato all'altro genitore" y "non l'ha neppure l'avo, qualora il genitori non permetta all'alimentando soggetto alla sua patria potestà di allontanarsi dalla casa paterna per andare ad abitare con l'avo". TEDESCHI, ob. cit., pág. 506.

<sup>81</sup>-En primer lugar, representa un caso de imposibilidad moral, como su propio nombre indica, todo aquel, en el que se entiende que existe alguna circunstancia de orden moral en virtud de la cual no deba trasladarse el alimentista al domicilio del alimentante, como se plantea entre los cónyuges separados, como plantean las STS de 21 de diciembre de 1953, de 25 de noviembre de 1985 y de 30 de diciembre de 1986, dado que, aún "la separación de hecho libremente consentida por ambas partes resultan incompatibles con dicha facultad optativa."

Y, por otra parte, en segundo lugar, en situaciones, también, de difícil convivencia entre padres e hijos, como es el caso de la STS de 5 de diciembre de 1903, en el que se discuten el padre y al madre de un hijo natural, desestimando el derecho del padre a tenerlo en su compañía, por haber contraído matrimonio con otra persona. El mismo que plantea la STS de 8 de marzo de 1952 al determinar que no se puede imponer a una hija legítima la convivencia con su padre porque vive maritalmente con una mujer y los hijos de ambos, a pesar de ser personas respetadas y estimadas en la población en que residen.

Asímismo, se estima que subyace esta imposibilidad moral, en supuestos de malos tratos probados, como se desprende de la STS de 5 de abril de 1923 y de la STS de 24 de enero de 1924.

de alimentante y alimentista.

De este modo, la práctica judicial ha convertido la prestación *in natura* de los alimentos en el modo excepcional de prestarlos, a la vez que ha ido consolidando el pago de una pensión, como la manera normal de satisfacerlos, al igual que se articulaban con anterioridad a la promulgación del Código civil.

Así pues, a pesar, de que la prestación *in natura* que lleva a cabo el alimentante *recibiendo y manteniendo en su propia casa* al alimentista constituye la más adecuada modalidad de satisfacer los alimentos legales, en atención al propio concepto de los alimentos, consistente en una diversidad de específicas prestaciones tendentes a satisfacer la necesidad del alimentista, según se pone de manifiesto, desde un principio, entre los comentaristas del *Ius commune*<sup>82</sup>.

Entre los cuales, se consideraba que el rechazo del alimentista a convivir con el alimentante podía hacerle perder el derecho a los alimentos, salvo en determinados supuestos, en los que se entendía que la convivencia era imposible<sup>83</sup>; de ahí, como afirma SURDUS<sup>84</sup>, que cualquier justa causa que mereciera la prestación de alimentos *extra domum* debía someterse al criterio judicial.

Doctrina, que parece subsistir en la glosa sexta a la ley II, tít. XIX de la Partida IV<sup>85</sup>, a pesar, de la falta de

---

<sup>82</sup>-BALDUS, *Consiliorum...*, ob. cit., consil. 484, in 5ª parte; SURDUS, ob. cit., tít. IV, quaest. XV, núm.37.

<sup>83</sup>-Como cuando la mujer vivía lejos del marido *propter verberationem o quia vir molestabat eam*, como afirma DINUS DE MUGELLO, *De regulis...* ob. cit., c. 86.

<sup>84</sup>-"*Et quae sit iusta causa petendi extra domum, comittitur arbitrio iudicis*". SURDUS, ob. cit., tít. IV, quaest. XV, núm. 44.

<sup>85</sup>-Al establecer, "*Nisi quando pro bono pacis, vel familia, aliter iudici videretur*".

referencia de esta última.

Pero, que, sin embargo, no tiene vigencia en la legislación posterior, como pone de manifiesto, el artículo 78 de la Ley de matrimonio civil, en el que, el mantenimiento del alimentista en casa del alimentante representa el modo de cumplimiento que conlleva la falta de recursos de este último, como evidencia, además, la mayoría de la doctrina<sup>86</sup>.

En este sentido, dice GUTIERREZ FERNANDEZ<sup>87</sup>, "Los alimentos que viviendo en familia se prestan casi sin sentir, serían una carga insoportable si hubieran de pagarse en metálico ó de otro modo viviendo cada individuo por separado"

Por lo tanto, ya con anterioridad a la promulgación del Código civil, la prestación en metálico constituía la prestación normal de los alimentos, en detrimento de la prestación *in natura*, como se desprende, además, de la L.E.C., cuyos artículos 1614 y 1617, en atención a la forma de cumplir la obligación de alimentos, únicamente, hacen referencia al *pago de una cantidad o pensión* y a la *suma señalada*, respectivamente<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup>-Como, ELIAS, ob. cit., pág. 68; HERRERO, ob. cit., pág. 90; SANCHEZ DE MOLINA, ob. cit., pág. 56; ROMERO GUINZO, ob. cit., pág. 51.

<sup>87</sup>-GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 599.

<sup>88</sup>-En este sentido, el artículo 1614.2 de la LEC, establece que "En la condenatoria al pago de alimentos se determinará la cantidad en la que han de consistir con el carácter de provisionales, hasta que en el juicio declarativo correspondiente, si alguna de las partes lo promoviere, se fije definitivamente dicha cantidad, y se declarará que el pago ha de hacerse por mensualidades anticipadas."

Por otra parte, el artículo 1617 declara: "Cualquiera que sea la sentencia firme que recaiga en estos juicios, no producirá excepción de cosa juzgada. Siempre quedará a salvo el derecho de las partes para promover el juicio plenario de alimentos definitivos, ventilando en él, por los trámites del declarativo que corresponda, tanto el derecho de percibirlos como la obligación de darlos y su cuantía, sin perjuicio de seguir abonando mientras tanto la suma señalada provisionalmente."

### 1.2.1.2-Mediante el pago de una pensión: Su consideración como deuda valor

Normalmente, pues, a pesar, del tenor literal del artículo 149, los alimentos se satisfacen *pagando la pensión que se fije*; modalidad, también denominada, en contraposición a la prestación natural, forma civil de cumplimiento<sup>89</sup>, que consiste en pagar, periódicamente, al necesitado una cantidad en metálico.

El abono de las pensiones, en virtud del artículo 148.2 del Código civil *se verificará por meses anticipados*, tal y como se desprende, asimismo, del artículo 1614.2 de la LEC, cuyo lugar de pago, a pesar de la falta de referencia expresa, tratándose de una cantidad debida, como preceptua el artículo 1171 del Código civil, de no haberse designado, explícitamente, *será el del domicilio del deudor*<sup>90</sup>.

Sin embargo, a pesar, de que la pensión alimenticia representa el pago de una suma en dinero, que se debe abonar periódicamente, no se trata de una simple deuda pecuniaria, ya que, la obligación de alimentos tiene por objeto la satisfacción las necesidades vitales del alimentista<sup>91</sup>.

Así pues, el cumplimiento periódico de la obligación alimenticia consiste en pagar en dinero determinado valor, es decir, que se trata de una deuda final o deuda valor, como admite no sólo la mayoría de la doctrina<sup>92</sup>, sino, también, el propio Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 9 de

---

<sup>89</sup>-Como señala COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 509.

<sup>90</sup>-En este sentido, MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., pág. 469; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 510...

<sup>91</sup>-DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 534.

<sup>92</sup>-BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 45; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 637; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit.; LACRUZ, ob. cit., pág. 88; BONET CORREA, ob. cit.; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 509...

octubre de 1981<sup>93</sup>, lo cual supone un giro importante con respecto a la jurisprudencia anterior, rehacia a calificarla en estos terminos<sup>94</sup>.

Por lo tanto, la pensión alimenticia representa un valor patrimonial, tal y como se infiere del propio concepto de los alimentos, según el artículo 142 del Código civil, destinados a satisfacer las distintas prestaciones que entrañan, que se caracteriza por la iliquidez inicial de su crédito, compuesto por un valor patrimonial concreto, en tanto, que habrá de ser objeto de un cálculo conforme a los presupuestos legales<sup>95</sup> para su pago en dinero.

En efecto, el dinero no constituye el objeto inmediato de la prestación, sino, que representa una pura facultad solutoria de la obligación de alimentos, como lo es, también, la prestación *in natura*, según el artículo 149 del Código civil, dado que, si bien el pago final se realiza en dinero, el objeto de su prestación es la entrega de un poder adquisitivo o valor patrimonial determinado<sup>96</sup>, con el fin de

---

<sup>93</sup>-En este sentido, hasta la STS de 9 de octubre de 1981, el Tribunal Supremo no declara de forma inequívoca que la prestación de alimentos tiene "las notas propias de una deuda de valor"; criterio que va a ser seguido por la STS de 11 de octubre de 1982 y, además, por el resto de Tribunales, como denotan las SAT (Barcelona) de 14 de abril de 1987. RGD 1988, pág 1370, al afirmar "su naturaleza es de deuda valor" y la SAP (Barcelona) de 26 de febrero de 1991. RGD 1991, pág 9401, cuando señala que "La relación entre los artículos 142 y 147 del Código Civil identifican la deuda de alimentos como una deuda de valor, pues,..., otorgan al acreedor el derecho de obtener el valor en toda su integridad cualquiera que sea la suma de dinero que fuera necesario para satisfacerla."

<sup>94</sup>-Ya que, en un principio, el Tribunal Supremo se mantiene rehacio a calificarla en estos términos, como denotan las STS de 14 de febrero de 1976, de 5 de octubre de 1977 y la de 16 de noviembre de 1978; de ahí, que, a pesar, de que la STS de 27 de febrero de 1945, aunque en relación a un contrato de seguro, se refiere de pasada a la naturaleza de la deuda de alimentos como deuda valor, no deja de constituir un hecho independiente y aislado con respecto a la Jurisprudencia.

<sup>95</sup>-Dado que, los alimentos deberán prestarse en función del caudal de quien los da y de las necesidades del que los recibe(art. 146 CC).

<sup>96</sup>-Deuda valor, que tal y como describe la SAP (Barcelona) de 26 de febrero de 1991 es aquella "en la que el objeto inicial de su prestación

cubrir la necesidad del alimentista, de acuerdo a los recursos económicos del alimentante; valor, que en el momento de su cumplimiento se concreta en una cantidad en metálico<sup>97</sup>.

## 1.2.2-Cuantía de los alimentos

### 1.2.2.1-Fijación de la cuantía

La prestación alimenticia es el resultado de cuantificar dos situaciones de hecho distintas en cada caso concreto, como son los presupuestos objetivos de la obligación de alimentos, en primer lugar, las necesidades de la persona que los recibe, en cuanto dirigidos a satisfacer su subsistencia<sup>98</sup> y, en segundo lugar, la posibilidad económica de la persona que los da<sup>99</sup>, en tanto que, el cumplimiento de la deuda alimenticia no puede perjudicarle

---

no viene constituido exclusivamente por una suma o cantidad de dinero, sino por un poder adquisitivo o valor patrimonial concreto, el cual,...en un momento final, en el cumplimiento se pide pagar en dinero."

<sup>97</sup>-BONET CORREA, ADC-78..., ob cit., pág 872.

<sup>98</sup>-De ahí, que, en el intento de proteger, en última instancia, la subsistencia del alimentista, exista por parte de la Tribunales una actual tendencia a rechazar la conversión de la cantidad fijada en un porcentaje de los ingresos del alimentante, dada la incertidumbre e inseguridad jurídica que puede generar en cuanto a la prestación de alimentos, como manifiestan, la Sentencia de la Audiencia Territorialde Bilbao de 22 de junio de 1988. RGD 1989, pág. 5087 y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de noviembre de 1991, RGD 1992, pág. 616.

<sup>99</sup>-Aunque, como pone de manifiesto Cobacho Gómez, la prestación "no es el resultado de una operación matemática, porque faltan las bases fijas para establecer la proporción, sino el resultado de un juicio sobre cada uno de los datos que la ley manda tener en cuenta, conforme a los fines de la norma." COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit., pág. 125.

hasta el punto de no poder satisfacer sus propias necesidades ni las de su familia más próxima, como se desprende del artículo 152.2 del Código civil.

Así pues, la cuantía de los alimentos, a diferencia de la de los auxilios necesarios para la vida, que se determina estrictamente, en atención a las necesidades del que los recibe, se fija, proporcionalmente<sup>100</sup>, de acuerdo a las necesidades del alimentista y, a los recursos económicos de que dispone el alimentante, como establece, taxativamente, el Código civil, de acuerdo, además, a una larga tradición jurídica<sup>101</sup>.

En este sentido, 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."

Por otra parte, a pesar, de que la cuantía de los alimentos pueden fijarla las partes de mutuo acuerdo y extajudicialmente, siempre y cuando respeten la debida proporcionalidad que debe mediar en atención a los presupuestos objetivos, en tanto que el cumplimiento voluntario representa un válido y verdadero cumplimiento, la determinación de la cuantía, en cada caso concreto corresponde, en última instancia, al Juez<sup>102</sup>, que goza del

---

<sup>100</sup>-Proporcionalidad que debe mediar, siempre, en materia de alimentos, como señalan las STS de 22 de octubre de 1985. Ar. 4960; STS de 21 de noviembre de 1986. Ar. 6574; SAT (Barcelona) de 20 de octubre de 1987. RGD 1988, pág. 2999; SAT (Bilbao) de 22 de junio de 1988. RGD 1989, pág. 5087; SAP (Barcelona) de 7 de enero de 1991. RJC 1991-IV, pág. 1208.

<sup>101</sup>-Como se desprende del texto de la ley II, tit. XIX de la Partida IV, recogido a lo largo de los sucesivos Proyectos de Código civil, concretamente, en el artículo 329 del Proyecto de 1821, el artículo 71 del Proyecto de 1851, el artículo 98 del Proyecto de 1869, el artículo 73 de la Ley de matrimonio civil de 1870 e, incluso la advertencia que se añade a la primera redacción de al Proyecto de 1882. Unánimemente reconocido, además, por la doctrina anterior a la promulgación del Código civil, como evidencian GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 599; GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46; ELIAS, ob. cit., pág. 68; MANRESA, ob. cit., pág. 837; MUCIUS, ob. cit., pág. 461...

<sup>102</sup>-En este sentido, como afirma Cobacho Gómez, la discrecionalidad del

amplio arbitrio que impera en cuanto a la fijación de la misma, como avala la extensa y tradicional jurisprudencia<sup>103</sup>.

En este sentido, el criterio judicial sólo se puede impugnar en casación por la vía del artículo 1692.7 de la L.E.C., según la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981<sup>104</sup>, cuando se advierta un claro error de hecho y de derecho, es decir, si se demuestra una evidente infracción legal, como es, el desconocimiento de la naturaleza y alcance de la obligación<sup>105</sup>, según la define el artículo 142, o que se prescindiera para fijar su importe de los elementos de juicio y bases de proporcionalidad que establece el artículo 146 del Código civil<sup>106</sup>.

Por lo tanto, si atendemos a la más reciente

---

Juez no es libre, porque no puede "dejar de ejercitar su poder discrecional, ya que fijados los presupuestos que la ley exige para la prestación a cargo de una persona o de un patrimonio se constituya, la determinación del quantum resulta indispensable, porque sin ella la prestación de alimentos no puede llevarse a cabo." COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit., pág. 124.

103-En este sentido, basta citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 15-XII-1896; 11-X-1899; 5-VI-1900; 28-VI-1901; 30-V-1903; 30-I-1904; 5-XII-11; 29-III-16; 6-VI-17; 20-II-25; 26-VI-30; 20-XII-32; 20-XII-34; 6/7-II-42; 24-VI-46; 22-VI-50; 13-IV/28-VI-51; 24-II-55; 14-I-56; 12-III-58; 14-IV-62; 7-X/2-XII-70; 16-XI-78; 9-X-81; 9-XII-86; 30-XII-86; 18-V-1987; 28-IX-89...

104-Ar. 3593, en completo acuerdo con las SS 6-II-42, 17-II-42, 20-XII-42, 24-VI-46, 21-XII-51, 21-III-58, entre otras.

105-Pués, como afirma Cobacho Gómez, no puede el Juez ejercitar la discrecionalidad "con fines distintos de los previstos en la norma, sin incurrir en arbitrariedad, o sin confundir el poder discrecional con un poder soberano." COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit.

106-Pués, como señala la mayoría de la doctrina, a pesar, de que la apreciación de los correspondientes datos y determinación de la cuantía concreta en que la prestación se cifre, corresponde hacerla a los Tribunales, que a su prudente arbitrio decidirán la cantidad a la que debe ascender, sin embargo, podrá impugnarse mediante recurso extraordinario, tanto, si esta cantidad notoriamente no corresponde a los datos apreciados, como si se señaló a consecuencia de apreciar erróneamente los datos por el Tribunal; en este sentido, PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 593; BONET CORREA, ADC-78, ob. cit., pág. 871; ALBALADEJO, ob. cit...

jurisprudencia, en principio, la determinación de la concreta prestación se considera una *facultad exclusiva de la Sala de Instancia*<sup>107</sup>.

No obstante, la sentencia recaída en juicio de alimentos *no producirá excepción de cosa juzgada*<sup>108</sup>, aunque el artículo 1617 de la LEC, sólo se refiera, explícitamente, al juicio de alimentos provisionales, cualquiera que haya sido el procedimiento judicial, en que haya sido fijada<sup>109</sup>, en tanto, que la cuantía de los alimentos es revisable, tantas veces, como se alteren las necesidades del alimentista y posibilidades del alimentante<sup>110</sup>.

---

107-La determinación de la cuantía es facultad exclusiva de la Sala de Instancia, de ahí, que se limite el recurso de casación al evidente error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, como indican las STS de 9 de diciembre de 1986. Ar. 7224; la de 30 de diciembre de 1986. Ar. 7832; la de 18 de mayo de 1987, Ar. 3533; la de 28 de septiembre de 1989, Ar. 6385...

108-Aunque, "no es que la sentencia dictada carezca de la fuerza de cosa juzgada; es que, por la variación sobrevenida de los hechos, es otra la causa y otra, por consiguiente la pretensión", como afirma PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 637.

109-Como señala Delgado Echeverría, dado que si es posible revisar una sentencia pronunciada en juicio declarativo, con mayor razón la pronunciada en el de alimentos provisionales. Esto se deduce, sin duda del propio artículo 147, sin perjuicio de seguir abonando mientras tanto la suma señalada provisionalmente. DELGADO ECHEVERRÍA, ob. cit., pág. 533.

En el mismo sentido, Alvarez Caperochipi, pone de relieve que la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que la fijación de una cantidad tanto en el juicio provisional de alimentos, como en el plenario no produce efecto de cosa juzgada, pues se debe adecuar a la alteración de las circunstancias de fortuna del obligado como a las necesidades del alimentista. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, ob. cit., pág. 264.

110-ALBALADEJO, ob. cit., pág. 18.

### 1.2.2.2-Variación de la cuantía

a-Como resultado del aumento o disminución de las necesidades del alimentista y de la fortuna del alimentante

La deuda alimenticia es esencialmente variable<sup>111</sup>, en atención a los presupuestos objetivos de la misma<sup>112</sup>.

En efecto, la alteración de la cuantía de los alimentos, una vez fijada, se deriva del propio cumplimiento de los alimentos, en tanto, que no se produce de manera instantánea, en un único momento, sino que, se trata de una obligación de tracto sucesivo<sup>113</sup> o de cumplimiento periódico, que se prolonga, mientras concurren los presupuestos legales.

En este sentido, la cuantía de los alimentos se reducirá o aumentará, "proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos", como establece el artículo 147 del Código civil<sup>114</sup>, pues tratándose de

---

111-Como ya se ha puesto de relieve, en el Capítulo IV de este trabajo, relativo a la naturaleza jurídica de la obligación de alimentos.

112-En este sentido, como señala, entre la moderna doctrina francesa Peyrefitte, "La créance alimentaire, en effet, est essentiellement variable. Son montant doit se modeler à la fois sur les ressources du débiteur et sur les besoins du créancier." PEYREFITTE, ob. cit., pág. 293.

113-Como constata, asimismo, Beltran de Heredia, para quien la variabilidad de la obligación de alimentos se desprende del hecho de que se trata de una obligación de tracto sucesivo. BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 44.

114-Precepto que, al igual que el 146, recoge una larga tradición jurídica, como evidencian el artículo 72 del Proyecto de 1851, aunque de modo incompleto e, igualmente, sancionado por el artículo 76 de la Ley de matrimonio civil de 1870, al señalar, "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.", sin duda inspirados en el artículo 209 del Code, al establecer, "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

factores, esencialmente, relativos y mudables, la pensión se debe ir adecuando a las nuevas circunstancias que puedan devenir<sup>115</sup>, dado que, de lo contrario, perdería el carácter de proporcionalidad<sup>116</sup>.

En definitiva, la variabilidad de la obligación legal de alimentos se encuentra en estrecha relación con la finalidad de la misma, por lo tanto, ésta representa un carácter esencial que define su naturaleza jurídica<sup>117</sup>.

Por otra parte, con respecto al momento a partir del cual se produce el incremento o la disminución de la cuantía, a pesar de la falta de referencia expresa legal, parece conveniente aplicar el mismo criterio que prescribe para el abono de los alimentos el artículo 148.1 del Código civil, el de la interposición de la demanda<sup>118</sup>, como consecuencia, asimismo, del principio *in praeteritum non vivitur*, que, al igual que rige el inicio de la prestación, debe continuar presidiendo el posterior cumplimiento de la misma<sup>119</sup>.

---

l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée."

115-Aunque, como constatan las SAT (Bilbao) de 22 de junio de 1988, RGD 1989, pág. 5087, la SAP (Valencia) de 28 de noviembre de 1991, RGD 1992, pág. 616 y, SAP (Barceloa) de 7 de enero de 1991, RJC 1991-IV, pág. 1208, la mutación o cambio debe tener "relevancia legal y entidad suficiente para justificar la variación pretendida".

116-Como afirma MANRESA, ob. cit., pág. 835.

117-REVERTE, ob. cit., pág. 138; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit, págs. 44 y ss; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 532; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 637; COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit., pág. 130...

118-Como estima MUCIUS, ob. cit., pág. 461; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit; LACRUZ, ob. cit...

119-Pués, como señala Cobacho Gómez, aunque no lo diga el artículo 147, "pero es corolario de razón de los principios fundamentales en esta materia, es que cualquier aumento o reducción proporcional que en la pensión alimenticia haya de hacerse..., nunca habrán de tener efecto retroactivo," COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit., pág. 132.

**b-Como consecuencia de la aplicación de las cláusulas de estabilización a la pensión alimenticia**

Por otra parte, a pesar de constituir una suma en dinero, a la pensión alimenticia, una vez fijada, no se le pueden aplicar las consecuencias del principio nominalista del dinero, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981<sup>120</sup>, dando un giro a su jurisprudencia anterior, superando, por fin, su inicial oposición a la aplicación de las cláusulas de estabilización en materia alimentaria<sup>121</sup>.

Sino que, por el contrario, en atención a su consideración como deuda valor, se le deben dispensar las necesarias medidas de protección frente a las alteraciones monetarias, a fin de mantener inalterable el valor que representa<sup>122</sup>.

En este sentido, el hecho de que la pérdida del valor adquisitivo de la moneda repercute, inmediatamente, sobre el

---

120-En este sentido, la STS de 9 de octubre de 1981 declara, que la deuda valor "como tal autoriza las medidas de protección frente a las alteraciones monetarias, ya que en la deuda de alimentos no debe regir el principio nominalista del dinero,". Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi de 1981, pág. 2922.

121-Pués, mientras que, tanto la Sentencia de 14 de febrero de 1976, como la Sentencia de 5 de octubre de 1977, no hacen mención alguna a las alteraciones de la moneda y se refieren, exclusivamente, a la variación de los presupuestos legales, necesidad del alimentista y posibilidad del alimentante, debido a que el T.S. prefiere mantenerse dentro de los estrictos términos del artículo 147 del Código Civil, la Sentencia de 16 de noviembre de 1978 actúa como corolario final dentro de la línea tradicional que había mantenido el TS, como destacan ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, ob. cit., pág. 264 y BONET CORREA, ADC-1980, ob. cit., pág. 187, al alegar que en orden al incremento y disminución de los alimentos no entran en juego las reglas genéricas de actualización, estabilización y correcciones de valores dinerarios, sino la norma específica sancionada por el artículo 147 del Código Civil.

122-Como mantiene la mayoría de la doctrina, así, BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 45; BONET CORREA, ADC-1980, ob. cit., pág. 187; DELGADO ECHEVERRÍA, ob. cit., pág. 534; LACRUZ, ob. cit., pág. 88; COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit., pág. 134...

objeto de la prestación, entraña la conveniencia de la aplicación de las reglas genéricas de actualización del valor dinerario a la pensión alimenticia<sup>123</sup>, cuando ésta deje de representar un valor suficiente para cubrir las necesidades del alimentista<sup>124</sup>.

Así pues, el Juez, a instancia de parte e, incluso de oficio, podrá, al fijar la cuantía, someter su importe a algún índice corrector<sup>125</sup>, a fin de adaptarlo a las posteriores variaciones del coste de la vida, protegiéndola frente aquellas alteraciones monetarias que mermen, considerablemente, el poder adquisitivo de la pensión asignada<sup>126</sup>; índice, que no parece ser otro, que el determinado anualmente por el Instituto Nacional de Estadística, el índice oficial del coste de la vida, que refleja, de forma generalizada, las repercusiones que provoca el cambiante poder adquisitivo de la moneda de curso oficial

---

123-Porque, el hecho de que la obligación de alimentos no sea una obligación pecuniaria en sentido genérico constituye, como afirma Beltrán de Heredia, un argumento a favor de la modificación de la cuantía en dinero de la deuda de alimentos, de ahí, que considere aplicables las cláusulas de estabilización. BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 45.

124-Pués, como mantiene la SAT (Barcelona) de 14 de abril de 1987, RGD 1988, pág. 1370, "lo realmente adecuado no es la unidad concreta de valor (deuda dineraria), sino su poder adquisitivo, cuestión de indudable trascendencia en los tiempos actuales con frecuentes fenómenos de devaluación monetaria;"

125-En este sentido, dice Lacruz, "La pensión debe variar, igualmente, cuando la moneda pierde valor adquisitivo (y salvo el caso de imposibilidad económica del deudor).... nada se opone a que el juez, al fijar el importe la someta a una cláusula de estabilización, a fin de adaptarlo a las variaciones de coste de la vida." LACRUZ, ob. cit., pág. 88.

126-Pués, como reconoce Bonet Correa, mientras que carecen de relevancia aquellas leves alteraciones monetarias que apenas modifican el valor adquisitivo del dinero, cuando estas se producen de forma drástica llegando a afectar bruscamente el poder adquisitivo de la cantidad asignada como pensión alimenticia, no cabe duda que afecta a las necesidades del alimentista, al dejar de cumplir la finalidad para la cual se había concretado. BONET CORREA, ADC-78, ob. cit., pág. 872. y BONET CORREA, ADC-1980, ob. cit, págs. 187 y ss.

en España, como señala, unánimemente, tanto la doctrina<sup>127</sup>, como la jurisprudencia<sup>128</sup>.

Solución que también adopta la doctrina italiana<sup>129</sup>, en base al artículo 440 del Codice civile y, que, en nuestro Ordenamiento jurídico se desprende, asimismo, no sólo de la nueva orientación que parece acoger, según la STS de 9 de octubre de 1981, el artículo 148.3 del Código civil, "en cuanto faculta al Juez para que a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal pueda proveer a las futuras necesidades", sino, sobre todo, en base a los artículos 90.1C, 93, 97 *in fine*, 100 y 103.3, en los que se prevee, expresamente, la aplicación de las cláusulas de actualización, en el convenio regulador de la separación o divorcio, en las medidas provisionales de los procesos matrimoniales y, en las resoluciones judiciales relativos a los hijos, pues, como señala parte de la doctrina<sup>130</sup>, dicha

---

127-BONET CORREA, *Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el convenio regulador de separación matrimonial o divorcio*. ADC, 1983, pág. 1187; LACRUZ, ob. cit., pág. 88; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 534; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 138...

128-El criterio corrector al que adecua la Jurisprudencia el valor de la moneda es el el índice oficial del coste de la vida establecido por el Instituto Nacional de Estadística o por el Organo que en el futuro asuma estas funciones, como establecen las STS de 9 de octubre de 1981, de 11 de octubre de 1982. Criterio, seguido, asimismo, por las SAT (Barcelona) de 6 de febrero de 1985; de 21 de enero; 25 de febrero y 16 de marzo de 1987 y la SAP (Barcelona) de 24 de mayo de 1990.

Además, la SAP (Barcelona) de 2 de octubre de 1990, establece que hasta que el Instituto Nacional de Estadística publique el definitivo, "puede aplicarse un índice provisional a reserva de que la suma que resulta pueda ser modificada en más o en menos conforme al índice definitivo una vez publicado el mismo."

129-En referencia al artículo 440 "si ammette la possibilità anche per il giudice di stabilire l'adeguamento automatico dell'assegno alla variazione del costo de la vita" dicen, en este sentido, CIAN y TRABUCCHI, ob. cit., pág. 361.

130-DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 534; GARCIA CANTERO, ob. cit., pág. 387; ARECHEDERRA ARANZADI, ob. cit., pág. 1455; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 137...

medida se debe generalizar a toda prestación de alimentos legales.

No obstante, aunque la aplicación de los criterios correctores a la pensión alimenticia ante la depreciación monetaria, constituye una consecuencia inmediata de la continua vigencia del artículo 146 del Código civil en el devenir de la prestación de alimentos, la variación de la cuantía, en éste caso, también debe llevarse a cabo de manera que no se llegue a vulnerar el criterio de proporcionalidad que debe presidir en la cuantía de los alimentos<sup>131</sup>, de ahí, la especial cautela que refleja la propia jurisprudencia<sup>132</sup>.

Por lo tanto, si bién la pensión alimenticia se debe ir adecuando al índice oficial del valor de la moneda con el fin de evitar la pérdida del poder adquisitivo del alimentista, ésta variación de la cuantía no puede prescindir de la posibilidad económica del alimentante, pues, aunque la inflación disminuye el poder adquisitivo del alimentista, también incide en los ingresos del alimentante<sup>133</sup>.

---

131-Pués, como señala Cobacho Gómez, "La ratio legis del artículo 147 no se cumpliría de no actualizarse el *quantum* de la pensión en armonía con la erosión que el dinero hubiera sufrido, puesto que de otra forma se obligaría al alimentista a disminuir, reducir o dejar de atender a alguna de ellas, rebajando su condición social." COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit., pág. 134.

132-Por ello "lo equitativo será que, partiendo de la proporción tomada en cuenta por el sentenciador para determinar el importe dinerario del crédito alimenticio, se prevea su revisión para acomodar la cifra obtenida a las variaciones que ofrezca el índice del coste de la vida, siempre que el aumento en su caso, no exceda de la proporción en que se hayan incrementado los ingresos del obligado," dice la STS de 9 de octubre de 1981; asimismo, señala la STS 11 de octubre de 1982, "pero es llano que los remedios correctores de la depreciación del signo monetario habrán de utilizarse en esta materia con singular cuidado a fin de no vulnerar el criterio de proporcionalidad esencial para la determinación cuantitativa de la prestación alimenticia". Al mismo criterio obedecen las SAT (Bilbao) de 24 de febrero de 1988; las SAP (Barcelona) de 6 de febrero de 1985; de 21 de enero, 25 de febrero y 16 de marzo de 1987 y, por último, la de 24 de mayo de 1990, tratando de no vulnerar el principio de proporcionalidad.

133- Porque, como establece la STS de 5 de noviembre de 1983, "la crisis y sus secuelas afectan a ambas partes".

En este sentido, la aplicación del índice corrector no podrá exceder de la proporción en que se hayan incrementado los ingresos del obligado, ya que, de otro modo, podría motivar su empobrecimiento hasta el punto de no poder llegar a satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, situación que sanciona la ley como causa de extinción de la obligación de alimentos en el artículo 152.2 del Código civil<sup>134</sup>.

Así pues, la aplicación de las cláusulas de estabilización a la pensión alimenticia se encuentra condicionada a la proporcionalidad de la cuantía de los alimentos que prescriben los artículos 146 y 147 del Código civil; de manera que, según la SAP de Barcelona de 7 de enero de 1991<sup>135</sup>, "lo que debe tenerse en cuenta no es únicamente las alteraciones del valor monetario, sino el de las necesidades del que los reciba y del que haya de abonarlas."

## 2-LA EXTINCION DE LA OBLIGACION DE ALIMENTOS

El Código civil prevee, expresamente, las causas del cese de la prestación alimenticia en el 150 y el 152 del mismo; causas que obedecen a dos criterios distintos, aunque no se correspondan con la estructura adoptada por la ley al regularlas en ambos artículos.

En este sentido, en virtud del artículo 150 y de los tres primeros párrafos del artículo 152, como es lógico, la obligación de suministrar alimentos se extinguirá, en primer lugar, cuando desaparezca cualquiera de los presupuestos

---

<sup>134</sup>-La STS de 9 de octubre de 1981, afirma, en este sentido, que "prescindiendo de toda referencia al presupuesto de que los ingresos del obligado hayan recibido incremento en la misma proporción...podría llegarse a un empobrecimiento de éste hasta un extremo que el mismo desenvolvimiento de la prestación alimenticia no consiente."

<sup>135</sup>-RJC 1991-IV, pág. 1208.

legales que determinan su nacimiento y, en segundo lugar, la ley atiende, asimismo, a un presupuesto, en este caso ajeno a la finalidad de la deuda alimenticia, la culpa del alimentista, que también motiva, como evidencia, sobre todo, el número 4° del artículo 152 del Código civil, el cese de la prestación.

## 2.1-La extinción motivada por la desaparición de alguno de los presupuestos legales

### 2.1.1-El cese de la obligación como consecuencia de la personalidad e intransmisibilidad *mortis causa* de la misma

En primer lugar, en tanto que los alimentos legales se prestan *intuitus personae*, en atención a un determinado vínculo parental<sup>136</sup>, único presupuesto subjetivo determinante de la obligación de alimentos, la prestación cesará cuando este vínculo desaparezca, como ocurre, definitivamente, en el caso de la muerte del alimentante, del alimentista o de ambos.

En este sentido, según los artículo 150 y 152.1, respectivamente:

"La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme" y, "Cesará también la obligación de dar alimentos:...Por muerte del alimentista."

Representando ambos preceptos la constatación legal de la intransmisibilidad *mortis causa* del derecho y de la deuda

---

<sup>136</sup>-Dado que, como afirma Beltrán de Heredia, "en la obligación alimenticia el crédito y la deuda son inseparables de las personas porque aquélla presupone una determinada cualidad que no es transmisible: la cualidad de pariente." BELTRAN DE HEREDIA, La obligación..., ob. cit., pág. 26.

de alimentos entre parientes<sup>137</sup>, lo cual, en este último caso, constituye una de las novedades del Código civil frente a la legislación anterior, en la que ya existían<sup>138</sup>, desde un principio, tanto en el Digesto<sup>139</sup>, como, en la tradición jurídica castellana<sup>140</sup>, claros indicios a favor de la transmisión *mortis causa* del deber de prestarlos.

De ahí, que ninguno de los sucesivos Proyectos de Código civil, ni siquiera la Ley de matrimonio civil, prevean el cese de los alimentos como consecuencia de la muerte del alimentante, razón a la que se debe la, un tanto desordenada, estructura que adopta el Código civil en la regulación de la extinción de la obligación de alimentos entre parientes, al establecer el cese de los alimentos por la muerte del

---

137-Según reconoce la mayoría de la doctrina, en este sentido, SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1266; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 390; LACRUZ, ob. cit., pág. 90; DIEZ-PICAZO, ob. cit., pág. 59; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 52; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 538; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 640; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 180...

138-Como ya vimos en el Capítulo Cuarto de éste trabajo, en relación a la personalidad de la obligación de alimentos.

139-Pué, el D. 25,3,5,17, aunque, excepcionalmente, llama al heredero del hijo a alimentar a los genitores de este *in summa egestate.*, al declarar: "heredes filii ad ca praestand, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere, nisi in summan agestatem pater deductus est." D.25.3.5.17. ULPIANUS libro II, ae *Officio Consulis*. Texto en el cual se va a apoyar el *Ius commune*, para defender la transmisibilidad *mortis causa* de la prestación de alimentos. "Item extra nei heredes liber non habent neccesse alere parentes libera nisi in summa egestatem sint veductis." señala, así, AZO, ob. cit., lib. V, "De alendis a liberis a parentibus". Asimismo, dice Albericus, siguiendo a Cynus: "Officium commissarii transmittitur ad haeredem" ALBERICUS DE ROSATE, ob. cit., lib. XXXIIII, tít. I, lex XVI, núm. 1; En el mismo sentido, ROFFREDUS, *Quaestiones Sabbatinae*, ob. cit., pág. 457, quaest. 29; SURDUS, ob. cit., tít. I, quaest. XXV, núm. 31; BARTOLUS, ob. cit, núm. 40...

140-En este sentido, ley VI, tít. XIX de la Partida IV señala: "Otro, si, quando muere alguno, que fuesse tenuto de proueer a su padre, e en su testamento estableciesse por su heredero a otro estraño, deseredando a su padre por alguna estraña razón; este heredero atal non es tenuto de proueer al padre del muerto: fueras ende, si veniesse a muy grand pobreza." SANPONS Y BARBA, MARTI D'EIXALA Y FERRER SUBIRANA, ob. cit., pág. 1097.

obligado a darlos, sin precedente alguno, en el artículo 150, separada del resto de causas de extinción.

En este sentido, el legislador, en la inicial redacción del Código civil y, más recientemente, a raíz de la Reforma de 1981, a pesar de haber derogado el artículo 845, precepto que, constituía la única excepción a la intransmisibilidad *mortis causa* de la deuda alimenticia<sup>141</sup>, ha perdido la oportunidad de unificar ambos preceptos en uno sólo, en tanto que, como se desprende a tenor literal del propio Código<sup>142</sup>, las causas que regulan los artículos 150 y 152.1 responden a un mismo fundamento legal, la naturaleza estrictamente personal de la obligación de alimentos, dado que, tanto la muerte del alimentista, como la del alimentante desencadenan una misma consecuencia jurídica, el cese del vínculo subjetivo existente entre deudor y acreedor, presupuesto ineludible de ésta obligación.

Así pues, si bien es cierto, que subsistiendo el estado de necesidad del alimentista, la muerte del alimentante provoca el inicio de un nuevo derecho a los alimentos alimentos, frente al resto de obligados legales de grado inferior, según el orden preferencial del artículo 144 del Código civil, la obligación que puede llegar a nacer es distinta de la anterior<sup>143</sup>, pues, aunque el alimentista sea el mismo, los presupuestos legales son distintos, en atención

---

141-En este sentido, el artículo 845, suprimido a raíz de la supresión de la condición de hijos legítimos e ilegítimos, al establecer, que la prestación alimenticia a favor de los hijos ilegítimos en los que no concurría la condición legal de naturales se transmitía a sus herederos y subsistía hasta que los hijos llegasen a la mayoría edad, se consideraba por la mayoría de la doctrina como una excepción a la intransmisibilidad *mortis causa* de la obligación de alimentos, como evidencian, SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1266; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 391...

142-En base al cual, según el artículo 150, como señala Delgado Echeverría, también "El fallecimiento de alimentante extingue absolutamente su obligación". DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 538.

143-De ahí, que se requiera una nueva demanda, como también convienen, DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 538; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 180.

al nuevo alimentante, ya que, la medida de los alimentos se fijará en atención a la posibilidad económica de éste, pudiendo, incluso, reducirse a los auxilios necesarios para la vida, si el nuevo vínculo personal entre alimentista y alimentante es el colateral de primer grado.

Por último, basta señalar en este apartado, que, al igual que la muerte del alimentista y alimentante, tratándose de cónyuges, también el divorcio disuelve el vínculo personal que media entre ambos; de ahí, que a pesar, de no encontrarse, expresamente regulado en el Código civil, el divorcio y la nulidad del vínculo matrimonial suponen, asimismo, el cese de los alimentos entre los cónyuges al desaparecer el presupuesto subjetivo que determinaba la obligación legal de alimentos<sup>144</sup>.

#### **2.1.2-La extinción de la obligación cuando cesan los presupuestos objetivos**

En segundo lugar, también se extingue la obligación de alimentos cuando desaparece alguno de los presupuestos circunstanciales u objetivos que conllevan su nacimiento, por tanto, en atención a los párrafos segundo y tercero del artículo 152 del Código civil, la prestación de alimentos cesará debido a la imposibilidad económica del alimentante y, cuando deje de ser necesaria para la subsistencia del alimentista, respectivamente.

---

<sup>144</sup>-Como indica PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 641.



### 2.1.2.1-Debido a la reducción de la fortuna del obligado a darlos

En este sentido, según el artículo 152.2 del Código civil:

"Cesará también la obligación de dar 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."

Por lo tanto, como se desprende de dicho precepto, no es necesario que la disminución de la fortuna provoque la ausencia total de recursos económicos, sino, que basta con que de lugar a la falta de disponibilidad del alimentante, es decir, que la prestación de alimentos ponga en peligro su propia subsistencia y la de la familia que tiene a su cargo: cónyuge e hijos sometidos a la patria potestad<sup>145</sup>.

Pués, los alimentos no se prestan, únicamente, en atención al caudal o medios del obligado a darlos, sino según sus facultades<sup>146</sup>, como evidencia la propia tradición jurídica, que subyace en este artículo<sup>147</sup>.

Así pues, el apartado segundo del artículo 152 está

---

145-Como señala la mayoría de la doctrina, así, SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1267; LACRUZ, ob. cit., pág. 91; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 541; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, ob. cit., pág. 642; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 188...

146-En el Capítulo Tercero.

147-En este sentido, en base al *Corpus iuris civilis*, en concreto, en atención al D. 25,5,7(10)(19)(26) y, a la Nov. 98, señala la Glosa, "Prestari at debent alimenta p. modo facultatum" AZO, Summa..., ob. cit., pág. 192 a C. 5,25; ROFFREDUS, *Libelli iuris civilis*, c.12r-v; e incluso por la de Accursio, así *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. Opinión que se extiende a los comentaristas, como BALDUS, ob. cit., III, c.17 v. a D. 24,3,43 núm. 1; CINUS, *In Codicem*, ob. cit., c.312r. a C. 5,13,1,7a y, c.320v a C. 5,25,2...

*Ius commune*, que recoge la tradición jurídica castellana, ya que, la ley II, tít. XIX de la Partida IV, advierte que los alimentos deben prestarse en atención al *poder que ouiere*.

protegiendo, implícitamente, no sólo el derecho a la vida del propio obligado, sino, el cumplimiento de las cargas familiares que recaen sobre él<sup>148</sup>, intereses preferentes a la satisfacción de los alimentos, en tanto que, sólo después de procurar la propia existencia y la de los que componen el hogar familiar, puede la persona cumplir con la obligación de alimentos entre parientes.

Sin embargo, aunque la reducción de la fortuna, a diferencia de las causas reguladas en los artículos 150 y 152.1, se trata, normalmente, de un hecho circunstancial o de vigencia temporal, dado que, si la fortuna del alimentante mejora, éste puede encontrarse nuevamente obligado, en defecto de deudores con mejor derecho, a la vista del artículo 144 del Código civil, tanto, con respecto al mismo alimentista, como, frente a cualquier otro pariente necesitado, el artículo 152.2 regula una causa de extinción, no una mera causa de suspensión o interrupción provisional del cumplimiento<sup>149</sup>.

En este sentido, el tratamiento de esta materia en el Código civil<sup>150</sup>, en contraposición a la sistemática que adopta el Codice civile, en el cual el cese, aumento y reducción de los alimentos se regulan conjuntamente<sup>151</sup>, no ofrece duda alguna, al distinguir la variación o disminución de la prestación, consecuencia de la reducción de la fortuna del que hubiera de satisfacerlos, prevista en el artículo 147, de la misma causa como cese de los alimentos en el 152.2 del

---

<sup>148</sup>-SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1267.

<sup>149</sup>-Como reconoce la mayoría de la doctrina, así, PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 392; LACRUZ, ob. cit., pág. 91; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 53; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 187...

<sup>150</sup>-Al igual que sus antecedentes, el artículo 75.1 de la Ley de Matrimonio civil y, el homólogo de éste en el Anteproyecto de 1882, recogido inicialmente por la *Advertencia*.

<sup>151</sup>-En este sentido, el artículo 440 del Codice civile regula en un mismo apartado la *Cessazione, riduzione e aumento degli alimenti*.

mismo texto.

Por lo tanto, al igual que en el supuesto de muerte del alimentante, su imposibilidad económica, también, puede desencadenar el nacimiento de una nueva obligación de alimentos, cuando subsista el estado de necesidad del alimentista<sup>152</sup>.

#### **2.1.2.2-De suerte que al alimentista no le sea necesaria la pensión alimenticia**

Asímismo, en virtud del párrafo tercero del artículo 152 del Código civil:

"Cesará también la obligación de dar alimentos:...Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado su fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia."

Por consiguiente, si el alimentista llega a disponer de recursos propios, o de los medios con que proporcionárselos, para satisfacer sus necesidades vitales, el derecho a los alimentos dejará de ser exigible.

Como se desprende, asímismo, a *sensu contrario* del artículo 148.1 del Código civil, pues el 152.3 no es sino la continuación de dicho precepto, en tanto que una vez nacida la obligación legal de alimentos sólo deberá cumplirse, mientras subsista el estado de necesidad del alimentista.

Además, la prestación de los mismos cesará en este caso, no sólo debido a la inexistencia de uno de los presupuestos legales, sino ante la ausencia del fin esencial al que se dirige la obligación de alimentos entre parientes, proteger el derecho a la vida de la persona necesitada.

---

<sup>152</sup>-Que tal y como establece Delgado Echeverría, "grave a otro pariente posterior en grado". DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 541.

En este sentido, asentimos con SANCHEZ ROMAN, al afirmar que "esta causa se funda, en cuanto á los principios, en la misma doctrina del derecho á la vida, que sirve de base al del alimentista"<sup>153</sup>.

Por lo tanto, el artículo 152.3 recoge quizás la principal de las causas de extinción de la obligación de alimentos entre parientes, la ausencia del estado de necesidad, en tanto, que esta situación también constituye la causa inductora o determinante del nacimiento de la misma, como demuestran los antecedentes legales que le preceden

En este sentido, la causa de extinción prevista en el artículo 152.3 del Código civil, que tiene su más inmediato precedente en el artículo 75.2 de la Ley de matrimonio civil<sup>154</sup> y, que se recoge a lo largo de todo el proceso codificador, aunque regulada conjuntamente como causa de cese y de reducción de la prestación<sup>155</sup>, se introduce en nuestro Ordenamiento jurídico de la mano de la tradición jurídica castellana, en concreto de la ley VI, tít. XIX de la Partida IV<sup>156</sup>, reflejo de la doctrina del *Ius commune*<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup>-SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1267.

<sup>154</sup>-Pués, el artículo 75.2 de la Ley de matrimonio civil contempla, de manera idéntica al 152.3, el estado de necesidad, como hecho extintivo de la obligación de alimentos y, de esta forma, va a ser recogido por la redacción definitiva del Anteproyecto de 1882, a pesar de que la "Advertencia" inicial, en el que quedaban reflejados sólo tres preceptos en materia de alimentos, redactaba dicha causa de extinción al igual que el artículo 72 del Proyecto de 1851; de ahí, que los redactores del Código civil, una vez más, retomen el texto de la Ley de matrimonio civil, en detrimento del Proyecto de 1851.

<sup>155</sup>-En este sentido, los artículos 99 y 72 de los Proyectos de 1869 y 1851, respectivamente, también establecen que "cesa la obligación de dar alimentos, cuando...deja...de ser indigente el que los recibe."; afirmación, que puede, igualmente, extraerse del artículo 327 del Proyecto de 1821, que también se refiere en el mismo artículo al cese y a la reducción de la prestación.

<sup>156</sup>-Al escusar 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".

<sup>157</sup>-Como ponen de manifiesto los textos de Bartolus y Surdus, "inductum

Es más, aunque el hecho de que al alimentista no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia, puede suponer una situación circunstancial, como en el caso anterior, el artículo 152.3 regula el cese de la obligación de alimentos, no la suspensión temporal, en opinión de una parte importante de la doctrina<sup>158</sup>.

De manera, que si el alimentista vuelve a encontrarse necesitado, se inicia una nueva obligación de alimentos, que requiere una nueva demanda, ya que, aunque los reclame a la misma persona, su contenido se fijará de acuerdo a las nuevas circunstancias objetivas.

## 2.2-La extinción de la obligación de alimentos en consideración a la culpa del alimentista

Sin embargo, junto a los supuestos mencionados con anterioridad, en los que la extinción de la obligación de alimentos se produce cuando desaparece alguno de los presupuestos legales, el Código civil prevee, también, el cese de la prestación de alimentos, debido a dos causas, en principio, ajenas a la finalidad de los alimentos, como son, que "el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación", regulada en el párrafo cuarto del artículo 152 y, que "el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala

---

necessitatis causa non habet locum ubi cessat necessitas," SURDUS, ob. cit., tít. II, quaest. V, núm. 6; "quod statutum ob necessitatem, locum habet quatenus necessitas durat, & idem est in paupertate, qua ea cessante non procedunt;" BARTOLUS, ob. cit., núm. 1.

<sup>158</sup>-Así pues, en este supuesto, como en el anterior, también se aprecia por la doctrina que se trata, más bien, de una suspensión de la obligación de alimentos, ya que cuando vuelva a necesitarlos se reanudará la prestación. En este sentido, PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 392; LACRUZ, ob. cit., pág. 91; BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 53...

conducta o de falta de aplicación al trabajo", prescrita en el apartado quinto y último del mismo artículo.

A nuestro entender, la extinción de la obligación legal de alimentos se establece en ambos casos, aparentemente, en atención a la culpa del sujeto que los recibe<sup>159</sup>, pero, mientras, que en el primero, el Ordenamiento jurídico sanciona la culpa, en cuanto que afecta al alimentante, es decir, desde un prisma subjetivo, en el segundo, la culpa se considera bajo un criterio objetivo, en tanto, que ha motivado la situación de necesidad en que se encuentra el alimentista.

### 2.2.1-Por haber incurrido el alimentista en alguna de las causas de desheredación

Por su parte, el párrafo 4° del artículo 152 del Código civil, al establecer también el cese de la obligación de dar alimentos, "Cuando el alimentista sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación", supone la aplicación de las causas de desheredación a la extinción de la prestación de alimentos<sup>160</sup>.

*Justas causas para la desheredación*, que, como señala el artículo 852 son, "en los términos que específicamente determinan los artículos 853, 854 y 855, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 con los números 1, 2, 3 y 5. Asimismo es justa causa para

---

<sup>159</sup>-Se trata, por tanto, de sanciones civiles que dan lugar a la extinción de la obligación alimenticia, como establece Beltran de Heredia, "sanciones legales,...a instancias del alimentista" BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 53.

<sup>160</sup>-En este sentido, dicho artículo sólo trata de aplicar a la extinción de la obligación de alimentos, las causas de desheredación, no el régimen de la misma, como especifica, también, DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 542.

desheredar haber cometido adulterio con el cónyuge del testador."

Así pués, en primer lugar, con carácter genérico, cesará la prestación alimenticia, en virtud del artículo 756 del Código civil, cuando el alimentista se trate de:

"1°-Los padres que abandonaren a sus hijos o prostituyeren a sus hijas o atentaren contra su pudor.

2°-El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del *alimentante*, de su cónyuge, descendientes o ascendientes...

3°-El que, con amenaza, fraude o violencia, obligara al testador a hacer testamento o a cambiarlo."

Y, en segundo lugar, con carácter específico, también serán justas causas para *extinguir la prestación de alimentos a los hijos y descendientes*, según el artículo 853:

"1°-Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le *alimenta*.

2°-Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

3°-Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución."

A los *padres y ascendientes*, en atención al artículo 854, por:

"1°-Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170.

2°-Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.

3°-Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, sino hubiere habido entre ellos reconciliación."

Y, por último, al *cónyuge*, de acuerdo al 854, por:

"1°-Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.

2°-Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al artículo 169.

3°-Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.

4°-Haber atentado contra la vida del cónyuge

*alimentante*, sino hubiese mediado reconciliación."

Así como, por haber incurrido en cualquiera de "las causas que dan lugar a la separación personal", siempre "que, no vivan los cónyuges bajo el mismo techo."

### 2.2.1.1-Vigencia del *ius gratitudinem* en el Código civil

En este sentido, el artículo 152.4 implica la asunción por el Código civil del *ius gratitudinem*, fruto de una larga tradición jurídica, que se remonta a la Magna Glosa, en la que, a raíz de la *gl. detulerat* se extiende la indignidad para recibir alimentos<sup>161</sup>, prevista en el D. 25,3,5,11 y en el C. 5,25,4, exclusivamente, para el supuesto del hijo que había denunciado al padre<sup>162</sup>, al resto de las causas de desheredación filial previstas en la Novela 115 y, que a lo largo del *Ius commune* acabarán generalizándose al resto de parientes obligados<sup>163</sup>.

---

161-A pesar, de que, por el contrario, basándose en el hecho de que el Corpus Iuris civilis sólo contemplaba el supuesto específico del hijo que denunciaba al padre para negar la prestación de alimentos, también, entre la Magna Glosa, la *gl. promerueris* establece que no debe extenderse dicha causa de indignidad al resto de causas de desheredación previstas por la Novela 115, criterio que fué defendido por AZO, *Summa Codicis*, ob. cit., pág. 192 a C. 5,25,4 y, por ROFFREDUS, *Libelli iuris civilis*, ob. cit., c.112 r., ya que, entendían, que en todo caso, en atención al D. 25,5,17, primaba el estado de necesidad sobre las causas de desheredación, al conceder alimentos al padre *in summa egestas*.

162-"Idem iudex aestimare debet, num habeat aliquid parens, vel an pater, quod merito filios suos nolit alere; Trebatio denique Marino rescriptum est, merito patrem eum nolle alere, quod eum detulerat." D. 25,3,5,11.

163-La posición adoptada por la *gl. detulerat* va a consagrarse con la tesis de ODOFFREDUS: "pater meus tenetur me alere, si ingratus non sum" *Lectura super Infortiato*, ob. cit., c.22v. a D. 25,3,5,11; "nisi pater talem causam commisit, propter quam inste posset exheredari", *Lectura super Codice*, ob. cit., c.288v. a C. 5,25,1. Sin embargo, 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 obligados, así ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria...*, ob.

Doctrina, que se inserta en la tradición jurídica castellana de la mano de la ley VI, tít. XIX de la Partida IV, cuando establece:

"Comunal derecho es también a los padres, como a los hijos, que el que fiziere algun yerro contra algun dellos, de aquellos por que son llamados los omes, en latin, ingrati<sup>164</sup>...; que por tal razon como esta non es tenuto el padre de criar al fijo: nin el fijo, proueer al padre".

Y, que va a influir, decididamente, en el proceso de codificación, como evidencia el artículo 72.2 del Proyecto de 1851 al señalar, que, "También cesa esta obligación en los mismos casos en que está autorizada la desheredación"<sup>165</sup>; el cual, basándose, además, en el artículo 7 del Código Bávaro no restringe la aplicación de las causas de desheredación a extinción de la obligación de alimentos paterno-filiales<sup>166</sup>.

Como, tampoco lo hacen los sucesivos Proyectos de Código civil<sup>167</sup>, ni la Ley de matrimonio civil<sup>168</sup>,

---

cit., c.34v, núm.1 a D. 25,3,5,11; BARTOLUS, ob. cit.; SURDUS., ob. cit., tít. VII.

164-Definiendo, dicha ley, el *ius gratitudinem*, "que quier tanto dezir, como ser desconociente, un ome a otro, del bien que rescibe, o rescibio del;" y a modo de ejemplo, establece el supuesto previsto por el D. 25,3,5,11: "E esto sería, como si uno dellos acusasse al otro, e le buscase atal mal, por que meresciesse muerte o deshonna, o perdimiento de lo suyo." Aunque, como establece la glosa tercera de Gregorio López a esta ley, lo mismo ocurre en el resto de causas de ingratitude por las que el hijo puede ser desheredado. SANPONTS Y BARBA, MARTI DE EIXALA y FERRER Y SUBIRANA, ob. cit., pág. 1101.

165-GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 47.

166-En este sentido, como afirma Garcia Goyena, "cierto es que la ley Romana pone el caso de un hijo que delata á un padre, y que la ley habla del padre ó hijo que se acusan sobre cosa grave, y es uno de los casos de desheredación. ¿Pero no milita la misma ó mayor razón en todos ellos, como es el de poner manos airadas en el padre; trabajarse de su muerte con armas ó con hierbas, y abandonarle estando demente? Era pués forzoso en buena lógica redactar este párrafo con la generalidad que tiene, mayormente cuando hemos reducido á menor las causas de desheredación" GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 47.

167-El artículo 99.2 del Proyecto de 1869 y el Anteproyecto de 1882.

incorporándose, asimismo, en el artículo 152.4 del Código civil, que generalizando, aún más dicha causa de extinción de la obligación de dar alimentos, a diferencia de sus antecedentes, la amplia tanto a los herederos forzosos, como a los que no lo son.

#### 2.2.1.2-Alcance del *ius gratitudinem* en la regulación de los alimentos entre parientes en atención a la finalidad de los mismos

No obstante, a pesar, de la gravedad de la mayoría de las causas prescritas por los artículos 756, 853, 854 y 855 del Código civil<sup>169</sup> como causas de desheredación, el párrafo cuarto del artículo 152 colisiona, en última instancia, con el fin de los alimentos legales, proteger el derecho a la vida del alimentista que se encuentra necesitado y, supone una excepción al propio artículo 148.1 del Código civil, en virtud del cual, como consecuencia de la concurrencia de presupuestos legales, el derecho a los alimentos deviene exigible desde el mismo momento en que acontece el estado de necesidad del alimentista.

De ahí, que SANCHEZ ROMAN<sup>170</sup> sostenga, no sin parte de razón, que "no tiene fundamento la equivalencia entre las

---

168-Art 75.3: "Cuando el mismo hubiere cometido alguna falta por la que legalmente le pueda desheredar el obligado a satisfacerlos."

169-Ya que, a pesar de la gravedad de las causas descritas en dichos artículos, carecen, sin embargo, de sentido las que establecen el párrafo 1º del artículo 853, el 2º del 854 y el 3º del 855, como consecuencia de la inicial negación de alimentos del posterior alimentista al alimentante; pues, como señala Cobacho Gómez, supone que "el alimentista comience a prestar alimentos y que posteriormente esa negativa previa del alimentista sea alegada por el alimentante para cesar en la prestación de los alimentos. Y el caso parece difícil que se produzca en la realidad." COBACHO GOMEZ, ob. cit., págs. 199 y ss.

170-SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1269.

causas de desheredación y las que permiten privar de los alimentos", en atención a la finalidad específica del derecho a los alimentos, distinta de la naturaleza del derecho a la sucesión<sup>171</sup>.

No en vano, la misma ley VI, tít. XIX de la Partida VI, establece, como bien dice, *por alguna derecha razón*<sup>172</sup>, que, el heredero del hijo deberá alimentar al padre desheredado si *veniesse a muy grand pobreza*<sup>173</sup>, recogiendo el mismo supuesto suscrito ya, en el D. 25,5,17<sup>174</sup> y, anteponiendo así, la *afección natural* y la *summa egestas*, presupuestos ineludibles de la obligación de alimentos, a la aplicación de las causas de desheredación, en el intento de proteger, en última instancia, al pariente necesitado.

En este mismo sentido, se alza el artículo 3º de la ley IX, tít. II, libro X de la Novísima Recopilación, pues, a pesar, de preveer la desheredación de los hijos menores que contrajesen matrimonio sin el permiso paterno, estima "que no

---

171-Como pone de relieve entre los exégetas, Demolombe, al señalar, "autre chose est le droit de succéder, autre chose le droit de demander des aliments;... et l'auteur de la succession pouvait être tenu de l'obligation alimentaire, tandis que ses héritiers eux mêmes en seraient affranchis". DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 58.

172-La razón, según Gregorio López, de que dicha ley establezca que el heredero este tenido a alimentar no sólo al padre sino al hijo desheredado cuando fuese mucha su necesidad, se justifica en la diferencia entre el heredero y el que lo haya instituido, ya que, cuando el desheredado se encuentre en una situación de gran pobreza, el testador, aun sin estar obligado, prestaría fácilmente por propia voluntad los alimentos a su padre o al hijo, aunque los desheredase, *por afección natural*, en cambio, el heredero difícilmente haría lo mismo. SANPONTS Y BARBA, MARTI D'EIXALA y FERRER Y SUBIRANA, ob. cit., pág. 1101.

173-Al señalar, "Otrosi quando muere alguno, que fuesse tenuto de proueer a su padre, o en su testamento estableciesse por su heredero a otro extraño, desheredando a su padre por alguna derecha razón; este heredero atal non es tenuto de proueer al padre del muerto; fueras ende, si veniesse a muy grand pobreza."

174-"Item rescriptum est, heredes filii ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere, nisi in summan egestatem pater deductus est." D. 25,3,5,17.

se les puede privar de los precisos y correspondientes alimentos".

Texto, que, aunque, va a tener reflejo en el artículo 328 del Proyecto de 1821, en el que *la incorregibilidad de los hijos* no implica el cese de los alimentos, sino que sólo autoriza a la minoración de los alimentos hasta su *mínimum*<sup>175</sup>, no va a influir en los sucesivos Proyectos de Código civil.

Ni siquiera en el de 1851, aunque idéntica interpretación se extrae del Código Bávaro<sup>176</sup>, fuente importante de inspiración del artículo 72.2 de este texto y, asimismo, a pesar de los principales opositores a la denegación de los alimentos, en este caso, son los exégetas, para los cuales, ni siquiera en el supuesto previsto por el artículo 727 del Code<sup>177</sup>, en el que el hijo se considera indigno de suceder por la acusación calumniosa contra el padre, cabía dispensar al padre de la prestación de alimentos<sup>178</sup>.

De este modo, al margen de la oposición de parte de la doctrina anterior a su promulgación<sup>179</sup>, en el Código civil, la

---

175-LASSO GAITE, ob. cit., pág. 55.

176-En concreto de los artículos 110 y 111 del mismo, como afirma GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 46.

177-Art 727: "qui déclare indigne de succéder celui qui a porte contre le defunt une accusation capitale jugée calomnieuse."

178-"même dans ce cas, selon le for de la conscience, les père et mère ne peuvent pas refuserà leurs enfants les aliments nécessaires; ce sarait se rendre en quelque sorte coupable d'homicide devant Dieu", alegando la máxima latina: "Necare videtur et is qui alimonia denegat". dicen así, DEMOLOMBE, ob. cit., pág. 57; TOULLIER, ob. cit., pág. 460...

179-En este sentido, Romero Guinzo, no sólo, extiende el contenido de la ley VI, tít. XIX, de la IV Partida, cuando el extraño, heredero del hijo se encuentra obligado a prestar alimentos al padre en el caso de venir a gran pobreza, al supuesto contrario, en el que es el hijo el desheredado, sino, que, además, exceptua de la regla de poder privar de alimentos al hijo desheredado por haber contraído matrimonio sin licencia de sus padres, basándose en el art 3º, ley IX, tít. II, lib. X de la Novísima Recopilación. ROMERO GUINZO, ob. cit., pág. 50.

Mucho más contundente, Benito Gutierrez mantiene, que en base a lo que suponen los alimentos y el objeto de los mismos, los hijos verdaderamente

aplicación de las causas de desheredación a la extinción de los alimentos se regula en toda su extensión<sup>180</sup>, sin excepción alguna que permita proteger, ni siquiera los auxilios necesarios para la vida, como ocurre, por el contrario en el *BGB*<sup>181</sup>, extendiendo, incluso, el ámbito legal de las causas de desheredación, a sujetos ajenos a ésta, los herederos no forzosos<sup>182</sup>, sin precedente legal alguno.

No obstante, como señalaba Azcárate, en las Discusiones al Código civil de 1889, teniendo en cuenta que, "la desheredación no se da respecto de los hermanos, resulta que el hermano obligado á dar alimentos, aunque el alimentista le tire un tiro por la espalda, tendrá que continuar administrándoselos."<sup>183</sup>

Así pues, el artículo 152.4 del Código civil encierra una sanción legal<sup>184</sup>, que discurre con total independencia a la concurrencia de los presupuestos personales y objetivos que dan lugar a los alimentos legales, contrariando, además, la propia naturaleza jurídica de la obligación de alimentos, en tanto que su cese, que, en este caso, afecta, unilateralmente<sup>185</sup>, al alimentista que incurre en alguna de

---

necesitados nunca pierden el derecho a los mismos. BENITO GUTIERREZ, ob. cit., pág. 603.

180-VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 569.

181-El artículo 1611 del *BGB*, por el contrario, sólo limita la pretensión a los mínimos alimentos indispensables, si el alimentista es culpable de alguna falta que autoriza a privarle de la legítima, protegiendo por lo tanto, en última instancia la vida del necesitado.

182-En este sentido, el *BGB*, en el artículo mencionado con anterioridad se refiere exclusivamente a los legitimarios, ya que, a los que no lo son no les son ajenos las causas de desheredación, ya que no puede verse incursos en ellas.

183-Diario de Sesiones. Congreso de Diputados. Núm.85, 6 de abril, pág. 2363.

184-Como pone de relieve parte de la doctrina, BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit; ALBACAR Y MARTIN GRANIZO, ob. cit., pág. 963; COBACHO GOMEZ, ob. cit., pág. 199...

185-Pues, el cese de la obligación de alimentos es unilateral, ya que

las causas de desheredación, provoca que desaparezca, uno de los caracteres ineludibles de la misma: la reciprocidad<sup>186</sup>.

Sin embargo, no existe impedimento legal alguno para que la persona necesitada que incurra en alguna de las causas de desheredación pueda dirigirse contra el resto de parientes obligados<sup>187</sup>, ya que, la causa de extinción prevista en el artículo 152.4 sanciona la culpa del alimentista, en cuanto que esta afecta al alimentante, por lo tanto, no conviene extender las causas de desheredación más de lo que lo hace el Código civil, dado que, a pesar, de que ello suponga, sin duda, responsabilizar a otros parientes de una falta cometida por el mismo alimentista<sup>188</sup>, esta solución parece la más adecuada al fundamento de los alimentos legales, puesto que, permite proteger, en última instancia, la necesidad del alimentista<sup>189</sup>.

---

conserva el derecho a los alimentos el inocente, como establece DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 542.

186-En este sentido, dice Sanchez Roman, no se ha "salvado en el Código de modo expreso el inconveniente que resulta de este efecto privativo de los alimentos por causa de desheredación, cuando la deuda alimenticia tiene el carácter de obligación recíproca, según el art. 143; puesto que, ó se demiente este carácter de reciprocidad, dejando subsistente como es justo, la obligación de dar alimentos en el que los pierde por causa de desheredación, respecto de aquél de quien los hubiera perdido y que tiene el derecho recíproco á exigirlos, ó resulta la injusticia de hacerle responsable de causas que no le son imputables, y, en las que, por el contrario, en lugar de ser el ofensor, es acaso el ofendido." SANCHEZ ROMAN, ob. cit., pág. 1269.

187-SANCHEZ ROMAN, ob. cit; DELGADO ECHEVERRIA, ob. cit., pág. 542...

188-Tal y como mantiene parte de la doctrina, entre los que se encuentra PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 394; LACRUZ, ob. cit., pág. 92..., que se muestran contrarios a que otro pariente venga a continuar la obligación de alimentos que vino a cesar por culpa del alimentista, en el mismo sentido que la STS de 24 noviembre de 1925.

189-Pués, a pesar, de que el artículo 1611 del BGB establece que el necesitado no podrá dirigirse contra el resto de parientes obligados, debemos tener en cuenta, que ello resulta lógico en el Código civil alemán, ya que, el necesitado no se verá nunca privado de los indispensables alimentos para vivir.

### 2.2.2-Por la mala conducta del descendiente del obligado a darlos

Finalmente, el último párrafo del artículo 152 establece el cese de la obligación de alimentos:

"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."

Estableciendo, a diferencia del resto de supuestos que le preceden, una causa específica de suspensión de la obligación de dar alimentos, dado que, se circunscribe al alimentista descendiente y, únicamente, tiene vigencia, mientras subsista la mala conducta o falta de aplicación al trabajo, que motiva la necesidad<sup>190</sup>.

No obstante, a pesar, de que, aparentemente, la ley parece reprobear, al igual que el párrafo 4° del mismo artículo, la culpa del alimentista<sup>191</sup>, suspendiendo la prestación de alimentos, mientras subsista, bien, la mala conducta, bien, la falta de aplicación al trabajo, en ambos casos, la prestación deja de tener lugar debido a la quiebra el principal presupuesto de la obligación de alimentos, el mismo que en el número 3° del artículo 152, el estado de necesidad del alimentista, que no existe, si éste, disponiendo de la posibilidad efectiva de procurarse su propio mantenimiento, no lo hace, dado que, como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley de matrimonio civil, en otro caso, la ley favorecería el vicio y la holganza.

De ahí, que, ya AZCARATE plantee, muy acertadamente, en

---

<sup>190</sup>-En este sentido, COBACHO GOMEZ, La deuda..., ob. cit., págs. 205 y 206.

<sup>191</sup>-BELTRAN DE HEREDIA, ob. cit.

las Discusiones al Código civil de 1889, la conveniencia de que el párrafo 5° del artículo 152, se incluya en el número 3° del mismo texto"<sup>192</sup>.

Sin embargo, el Código civil, siguiendo la estructura de los sucesivos Proyectos que le preceden continua regulando un supuesto separado, en el que la culpa parece ser la causa del cese provisional de la obligación de dar alimentos, cuando en realidad, sólo lo es de la ausencia del estado de necesidad.

En este sentido, el último apartado del artículo 152 del Código civil, al igual, que sus antecedentes más próximos<sup>193</sup>, el artículo 72 del Proyecto de 1851<sup>194</sup> y, el párrafo 4° del artículo 75 de la Ley de matrimonio civil<sup>195</sup>, regula un supuesto específico de cese de la prestación de alimentos, en el que, a pesar, de que la situación de precariedad en la que se encuentra es imputable al alimentista, no concurre, al igual que en el párrafo 3° del artículo 152 del Código civil, el estado de necesidad.

Por otro lado, especial objeto de crítica, merece, asimismo, que dicho precepto repruebe, exclusivamente, la mala conducta y falta de aplicación al trabajo de los

---

192-Diario de Sesiones. Congreso de Diputados. Núm. 85, 6 de abril, pág. 2363.

193-Dado que, a pesar, de que en el artículo 328 del Proyecto de Código civil de 1821, "la incorregibilidad de los hijos; la falta de respeto a sus padres; la inaplicación al estudio, ocupación o empleo a que se le destinó" daba lugar a la reducción de los alimentos, dejaba a salvo el mínimo indispensable para vivir. LASSO GAITE, ob. cit., pág. 55.

194-Que contiene un párrafo semejante al del Código actual, al regular el cese la obligación de alimentos "para con los hijos ó descendientes, cuando su necesidad provenga de mala conducta ó inaplicación.", transcribiendo el contenido del artículo 7 del Código Bávaro, como señala GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 47.

195-Pués, al establecer, que "Cuando el que los hubiere de percibir fuere descendiente ó hermano del que los hubiera de satisfacer, y la necesidad de aquel proviniera de mala conducta ó falta de aplicación al trabajo, mientras que esta causa subsistiere", extiende sus efectos a los hermanos.

descendientes y, no establezca una regla general y común a todos los que tienen derecho a los alimentos<sup>196</sup>.

De ahí, la enraizada oposición, que despierta este supuesto entre la doctrina, con anterioridad incluso, a la promulgación del Código civil<sup>197</sup>, que sostienen la misma posición, que había adoptado POTHIER<sup>198</sup> y, con posterioridad, parte de los exégetas<sup>199</sup>, en el caso de que el hijo

---

196-Como hacía el artículo 7 del Código Bávaro, que inspira el artículo 72 del Proyecto de 1851, según palabras textuales de GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 47.

197-En este sentido, basta recordar las palabras de Benito Gutierrez, cuando decía "al recordar lo que son los alimentos y el objeto que tienen, creemos que los hijos, verdaderamente necesitados, nunca pierden su derecho a los alimentos naturales." GUTIERREZ FERNANDEZ, ob. cit., pág. 602. Idea que parece confirmar el ya citado artículo 3 de la ley 9, tít II, lib X de la Novísima Recopilación, al preceptuar que aunque los menores de edad pueden ser desheredados por casarse sin obtener el consentimiento paterno, no se les puede privar de los precisos y correspondientes alimentos.

El mismo Garcia Goyena subraya el reprochable espectáculo que se puede plantearse entre dos personas estrechamente unidas por naturaleza, como son el padre y el hijo; y pone el ejemplo del hijo pródigo, que no deja de ser hijo, de manera que deberían dársele alimentos de acuerdo a la necesidad natural, siempre y cuando no se de pábulo a sus vicios o debilidad. Porque "cada pleito de alimentos presentará un espectáculo repugnante y escandaloso entre las personas más estrechamente unidas por naturaleza." Además, dado que los artículos 109 y 110 del Código Bávaro conservaban los alimentos estrictamente necesarios a los hijos que se casan sin el consentimiento legal de sus padres, a pesar de ser justa causa de desheredación, creemos al igual que Garcia Goyena que "tal vez habría sido más conveniente y decoroso suprimir esta excepción desfavorable a los hijos y descendientes", teniendo en cuenta que el principal lazo de parentesco es el que une a los padres con sus hijos, y como ya hemos puesto de relieve el origen primero de la deuda alimenticia. GARCIA GOYENA, ob. cit., pág. 47.

198-Al señalar, "Même dans ce cas, selon le for de la conscience, les père et mère ne peuvent pas refuser à leurs enfants les aliments nécessaires." POTHIER, ob. cit., núm. 395.

199-"C'est que enfin ce serait un spectacle odieux que de voir le père réduit au dénûment le plus absolu à côté de son fils manquant de pain quand le père pourrait en fournir! la loi ne saurait admettre un tel excès de représailles! Et après tout, n'est-il pas juste aussi que cette indigence soit secourue par la charité de la famille, plutôt encore que par la charité publique?", dice así, DEMOLOMBE, ob. cit., págs. 58 y 59; en el mismo sentido, TOULLIER, ob. cit., pág. 460...

alimentista que reclamase los alimentos paternos, hubiese contraído matrimonio sin su consentimiento.

Por lo tanto, tampoco tiene razón de ser, que la causa prevista en el último párrafo del artículo 152 afecte, en concreto, a personas estrechamente unidas por razones de afecto natural, como son el padre y el hijo y, no sancione la mala conducta del resto de parientes necesitados<sup>200</sup>.

---

<sup>200</sup>-En este sentido, cuestiona ya, Azcárate porqué, "ha de estar obligado el cónyuge á dar alimentos cuando la necesidad de ellos proviene de la mala conducta del alimentista." Diario de Sesiones. Congreso de Diputados. Núm. 85, 6 de abril, pág. 2363.

## **CONCLUSIONES**

## PRIMERA

Los alimentos se integran por un conjunto de prestaciones que comprenden, por un lado, aquello que sirve para procurar la normalidad fisiológica de la vida humana y, por otro, todas aquellas necesidades de orden espiritual, imprescindibles para el desarrollo ético e intelectual de la persona -*la educación e instrucción del alimentista*-, alimentos que vienen limitados en el tiempo, en cuanto, que sólo se deben mientras el alimentista *no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable* (art. 142 CC).

El concepto de alimentos es esencialmente objetivo, no, como consecuencia del contenido que entraña dicha conducta, constituida por prestaciones de muy variada índole, sino, reflejo del tratamiento, que en base al D. 34,1,6, se le concede durante el *Ius commune* y, que recogido por las Partidas IV y VII, inspiró las reuniones de la Sección 1ª de la Comisión de Codificación de abril, mayo y junio de 1888; fruto de las cuales fue el artículo 142 del Código civil.

## SEGUNDA

La Ley de 13 de mayo de 1981, al suprimir el baremo *posición social de la familia*, altera, sustancialmente, el sentido del artículo 142, que ha dejado de definir la estricta obligación de alimentos entre parientes, pasando a describir el concepto genérico de alimentos: *todo lo indispensable para la vida*. Por lo tanto, el concepto de alimentos descrito en dicho precepto es común, por un lado,

tanto, a los alimentos propiamente dichos, como, a los auxilios necesarios para la vida y, por otro, tanto, a los alimentos *ex lege*, como, a los alimentos *ex voluntate*. Consecuentemente, ha dejado de tener sentido, la expresión del artículo 143, al establecer que los alimentos deben darse en *toda la extensión del artículo precedente*, que debiera substituirse y decir, en *toda la extensión del artículo 146* del Código civil, único precepto que a partir de la Reforma del 81 regula la medida de los alimentos entre parientes *strictu sensu*.

### TERCERA

Existen distintas fuentes de las que puede derivarse la prestación de alimentos. En efecto, el Código civil, además de regular los alimentos entre parientes, prevee, específicamente, una variedad de instituciones legales que también comportan el deber de prestarlos, reconociendo, asimismo, explícitamente, el artículo 153, la posibilidad de convenir voluntariamente la deuda alimenticia.

Sin embargo, si bien, las distintas obligaciones de alimentos tienen en común un mismo objeto -la prestación periódica de los mismos- y, atienden a una misma finalidad -facilitar el mantenimiento del alimentista-, en atención a la fuente de la que proceden, todas ellas difieren, en menor o en mayor medida, de la obligación de alimentos entre parientes, por lo tanto, resulta inaplicable la subsidiariedad de la normativa en esta materia, prevista en el artículo 153, tanto, por lo que respecta a los alimentos legales, como, a los que se derivan de la autonomía de la voluntad.

#### CUARTA

Si bien, la obligación de alimentos nace cuando concurren todos y cada uno de los requisitos legales -vínculo personal y presupuestos objetivos-, el hecho que determina su perfección 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 percibirlos* (art. 148. 1º CC). En este sentido, dicha situación constituye la *causa inductiva* de la obligación de alimentos.

No obstante, los artículos 143 *in fine* y los párrafos 4º y 5º del artículo 152 del Código civil mitigan el rigor del número 1º del artículo 148 del mismo texto, limitando la eficacia del estado de necesidad, como hecho constitutivo y extintivo de ésta obligación, respectivamente, pues, la finalidad de proteger la vida del pariente necesitado parece soslayarse en pro de otros intereses, en principio, ajenos al fin de los alimentos.

#### QUINTA

Al margen de su contenido económico-patrimonial, la obligación de alimentos entre parientes no se puede desvincular del Libro Primero del Código civil, en atención a su carácter, eminentemente, personal, que persigue un fin supraindividual: salvaguardar el derecho a la vida de la persona necesitada; prestación, que el Ordenamiento jurídico atribuye a la familia, en consideración a la *afectio* existente entre sus miembros. Consecuentemente, se encuentra, estrictamente, reglamentada por ley.

Asímismo, la reciprocidad constituye uno de sus rasgos más peculiares (art. 143 CC). En efecto, la posición jurídica deudor-acreedor no responde a la concepción normal del Derecho Patrimonial, ya que, la relación jurídica que media entre alimentante-alimentista no representa una situación de intereses contrapuestos, sino, que responde a un fin común a ambos: asegurar la digna subsistencia entre los parientes más próximos; pudiendo recaer sobre la misma persona, aunque en periodos de tiempo distintos, la cualidad de deudor y acreedor.

De ahí, también, el carácter gratuito de los alimentos legales, que no admite la repetición de lo prestado en este concepto; si bien, no implica *causa donandi*, dado que, dicha conducta constituye un acto debido impuesto por ley al alimentante y, no conlleva, en modo alguno, el enriquecimiento del alimentista.

#### **SEXTA**

Presupuesta una pluralidad de alimentantes de idéntico grado, según el artículo 145.1º del Código civil, la obligación de alimentos entre parientes entraña una obligación mancomunada simple o a prorrata de su caudal respectivo, de acuerdo a los presupuestos objetivos de la misma; régimen de mancomunidad, que supone la existencia de deudas, parcialmente distintas, tratándose de una prestación objetivamente divisible y, la independencia de las diferentes posiciones jurídicas que resultan de la consideración de la titularidad pasiva, como dividida (art. 1138 CC).

Sin embargo, la finalidad de los alimentos impide que dicho régimen jurídico pueda aplicarse en su integridad,

motivando que rija, en favor del alimentista, alguna de las consecuencias de la solidaridad de deudores, como ocurre, cuando alguno de los codeudores deviene insolvente, ya que, evitando perjudicar al alimentista, en contraposición a lo que dispone el artículo 1139 del Código civil, en éste caso, *su falta* tendrá que ser *suplida* por el resto de deudores, en proporción a su caudal respectivo.

Este es, asimismo, el fundamento implícito en el párrafo 2º del artículo 145, facilitar el eficaz y urgente cumplimiento de la deuda alimenticia, delegando en la equidad del Juez, la designación, aunque provisional y excepcional, de un único deudor.

#### SEPTIMA

La relatividad temporal y objetiva también definen la prestación de alimentos, que constituye, una obligación indeterminada en el tiempo, dada la imposibilidad de establecer *a priori*, tanto, el inicio, como, la duración de la misma y, una deuda proporcional a los presupuestos objetivos, ya que, la necesidad del alimentista y la posibilidad del alimentante representan situaciones esencialmente relativas (art. 146 CC) y, por ende, variables (art. 147 CC). Así pues, la variabilidad de la cuantía, una vez fijada, es consecuencia inmediata, asimismo, de la proporcionalidad que debe mediar en el periódico cumplimiento de los alimentos.

La obligación de alimentos se realiza en distintas obligaciones periódicas, independientes entre sí y de distinta naturaleza; pues, mientras que las pensiones presentes y futuras gozan de un carácter personal e indisponible (art. 151.1º CC), las pensiones pasadas se

convierten en un crédito normal, estrictamente patrimonial (art. 151.2° CC). En este sentido, a pesar, de la eficacia indeterminada de la obligación jurídica básica, las diferentes prestaciones periódicas gozan de una eficacia limitada, en cuanto que, cada uno de los periodos temporales determinante del nacimiento de cada una de las pensiones viene prescrito por la ley, que dispone el pago mensual anticipado (art. 148 CC).

#### OCTAVA

En virtud del artículo 149 del Código civil, la obligación de alimentos representa, igualmente, una obligación alternativa, en cuanto que, cabe dos posibles modos de satisfacer su cumplimiento, atribuyendo al alimentante la facultad exclusiva de elegir, entre *el pago de la pensión que se fije o recibir y mantener en su propia casa al alimentista*. No obstante, a pesar, de ser el alimentante, el único legitimado, legalmente, para operar la concentración, en la práctica se impide, habitualmente, la prestación *in natura*, debido a la imposibilidad legal o moral de la convivencia, siendo el Juez, quien decide la modalidad de la conducta.

Sin embargo, la concentración no deviene, en ningún caso, definitiva, pues, la peculiaridad de la obligación de alimentos, como obligación alternativa, estriba en la relevancia de la alteración de las circunstancias de hecho en el cumplimiento de la obligación; en este sentido, el carácter alternativo prevalece, después, de la concentración, de manera que, dada su periodicidad, la conducta puede seguir prestándose, en cualquier momento, de modo distinto al que se venía haciendo.

## NOVENA

El rasgo más peculiar de ésta obligación reside en su carácter personal e indisponible, de modo que, tan personalísimos son el crédito, como la deuda alimenticia, ya que, deudor y acreedor lo son *intuitus personae*; carácter personalísimo de los elementos que se deriva de la indisponibilidad del objeto, que, consistente en asegurar al alimentista los medios necesarios para su subsistencia, entraña una cuestión de orden público.

En este sentido, constituye, por un lado, una excepción al principio general de disposición del acreedor sobre su derecho, dada la consideración de irrenunciabilidad, intransmisibilidad e incompensabilidad de los alimentos, prescrita en el párrafo 1º del artículo 151.

Mientras que, asimismo, por otro lado, el deudor legalmente obligado a prestarlos tampoco puede transmitir su débito, no sólo *mortis causa* (art. 150 CC), sino, incluso *inter vivos*, a tenor del artículo 1894.1º, tendente a restringir la prestación de alimentos por un tercero, con el fin de evitar que el alimentante eluda su deuda, limitando, directamente, la acción de reembolso del artículo 1158.2º e, indirectamente, la posibilidad de que el deudor se libere de su obligación.

## DÉCIMA

Se deben alimentos, los cónyuges (art. 143 CC), cuando el matrimonio entra en una fase de anormalidad y, mientras subsiste el vínculo conyugal, ya que, dicha prestación no se debe si el matrimonio deja de existir -después del divorcio- o cuando se considera que nunca ha existido -dictada sentencia de nulidad. En este sentido, se deben alimentos, durante la sustanciación de los procesos de nulidad, separación y divorcio, así como, separados los cónyuges, ya sea judicial o extrajudicialmente, una vez ha cesado el deber de contribuir a las cargas del matrimonio, debido a la falta de convivencia y, de no existir un patrimonio privativo y común a ambos, capaz de sufragar dichos gastos, con anterioridad a la liquidación del régimen de gananciales, siempre que uno de los cónyuges se encuentre necesitado y, el otro disponga de la posibilidad económica suficiente para prestarlos. Debiéndose, incluso, entre cónyuges separados legalmente, cuando fijada una pensión compensatoria, ésta, resulte insuficiente para atender las necesidades del cónyuge beneficiario.

También, se encuentran recíprocamente obligados a prestarse alimentos, padres e hijos, como ascendientes-descendientes de grado más próximo (art. 144 CC); alimentos, que el hijo debe al padre en cualquier momento, pero, que el padre sólo prestará, cuando cese el deber de velar y sostener a los hijos comunes (art. 110 CC), es decir, después de la emancipación o adquisición de la mayoría de edad y, siempre que el estado de necesidad no provenga de su mala conducta o falta de aplicación al trabajo (art. 152.5 CC); asimismo, cuando el hijo no se haya casado, o de estarlo, si el cónyuge no pudiere satisfacerlos.

Por último, configurando una obligación subsidiaria, en defecto de familiares con mejor derecho y, excepcional, en

cuanto, que sólo nace, si el estado de necesidad no puede imputarse al alimentista, el artículo 143 del Código civil obliga a prestarse los auxilios necesarios para la vida entre hermanos.

#### UNDÉCIMA

El párrafo 1º del artículo 148, al distinguir el nacimiento o exigibilidad, del cumplimiento o ejercicio del derecho a los alimentos, no prejuzga el cumplimiento voluntario de los mismos, que constituye un verdadero e irrepetible cumplimiento desde que los necesitare para subsistir la persona con derecho a percibirlos, pues, se refiere, estrictamente, al cumplimiento forzoso de la deuda alimenticia. Así pues, en atención a dicho precepto, el ejercicio del derecho a los alimentos presupone un requisito de eficacia de su cumplimiento obligatorio, dado que, una vez dictada sentencia estimatoria, el alimentante sólo deberá abonarlos, desde la interposición de la demanda.

En este sentido, el incumplimiento de la obligación, únicamente, tendrá lugar desde ese preciso momento; incumplimiento, que constituye una infracción definitiva o contravención del tenor de la obligación, en el sentido del artículo 1101 del Código civil y, que, constituida la mora solvendi, obliga, inmediatamente, al deudor a reparar el daño causado, ya que, el fin de los alimentos entre parientes, satisfacer la necesidad del alimentista, impide que la mora pueda extinguirse mediante *purgatio morae*, dada la insusceptibilidad del cumplimiento posterior de dicha conducta.

## DUODÉCIMA

La obligación de alimentos se extingue por la desaparición de cualquiera de los presupuestos legales que determinan su nacimiento. En efecto, su prestación cesará, no sólo cuando se produzca la muerte del alimentante, alimentista o de ambos (arts. 150 y 152.1° CC), sino, a consecuencia de la ausencia de los presupuestos objetivos. Por lo tanto, constituye causa de extinción (art. 152.2° CC) la disminución de la fortuna del alimentante, no siendo necesaria la ausencia total de recursos, sino, bastando con que dé lugar a la falta de disponibilidad económica, es decir, que ponga en peligro su propia subsistencia y la de la familia que tiene a su cargo -cónyuge e hijos sometidos a patria potestad-. Y, asimismo, sólo deberán prestarse, mientras subsista el estado de necesidad del alimentista (art. 152.3° CC).

Pero, el Código civil prevee, también, el cese de los alimentos, en atención a una causa ajena a la finalidad de los mismos: la culpa del alimentista; sancionando, en primer lugar, desde un prisma subjetivo, en cuanto que afecta al alimentante, la incurrancia del alimentista en alguna de las causas de desheredación, asumiendo en sede de extinción de los alimentos dichas causas, en toda su extensión, puesto que, afectan, incluso, a sujetos ajenos a dicha institución, como son los herederos no forzosos (art. 152.4° CC).

En segundo lugar, la culpa, se considera adoptando un criterio objetivo, en tanto que motiva la situación de necesidad en que se encuentra el alimentista, de este modo, el artículo 152.5° sanciona, específicamente, al descendiente del obligado a prestarlos, mientras subsista la *mala conducta* que motiva el estado de necesidad.