

DYKINSON-ON-LINE

**LAS OBLIGACIONES
DE MANTENIMIENTO
ENTRE FAMILIARES**

María Luisa Moreno-Torres Herrera

ISBN: 978-84-9031-251-3

LAS OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO ENTRE FAMILIARES

M^a Luisa Moreno-Torres Herrera

Esta monografía es el resultado de las investigaciones realizadas durante dos estancias en el *Dipartimento di Scienze Giuridiche A. Cicu*, de la *Università degli studi di Bologna*, financiadas por el Programa de “Estancias de Profesores e investigadores españoles en centros de enseñanza superior e investigación extranjeros” del Ministerio de Educación y Ciencia español.

Agradezco al Professore Luigi Balestra su inestimable colaboración.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© María Luisa Moreno-Torres
Madrid, 2013

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>
Consejo Editorial véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-9031-251-3

A Pablo y a Lara

CAPÍTULO I: OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO. CONCEPTO Y SUPUESTOS

I- LA CATEGORÍA DE LAS OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO

Por obligaciones de mantenimiento entendemos aquellas obligaciones patrimoniales que la ley impone entre familiares con un fin específico, cual es el de procurar al acreedor medios materiales de vida.

Son obligaciones patrimoniales (en realidad, obligaciones, sin más) todas aquellas que responden al esquema propio de un derecho de crédito y encajan dentro del concepto de obligación del art. 1088 Cc. Siempre que el sujeto pasivo de la relación esté obligado a realizar a favor del titular una prestación de dar, hacer o no hacer, y éste esté asistido de una pretensión para exigirle el cumplimiento, estamos ante una obligación patrimonial. No altera esta afirmación el hecho de que el interés del acreedor no sea de naturaleza patrimonial. Lo decisivo es que la prestación que constituye el objeto de la obligación sea susceptible de valoración económica¹. Para decidir si una determinada prestación admite o no una valoración económica, ha de seguirse un criterio objetivo. Según la opinión común, una prestación es susceptible de valoración económica, “cuando en un determinado ambiente jurídico-social, los sujetos están dispuestos a un sacrificio económico para gozar de las ventajas de la prestación”²; de ahí que no resulte dudosa la naturaleza patrimonial del deber de un sujeto de procurar a otro los medios materiales necesarios para la vida.

Lo que define las obligaciones de mantenimiento es el destino de la prestación. La ley las crea con un objetivo determinado: proporcionar al acreedor, en mayor o menor medida, recursos materiales para la satisfacción de las necesidades vitales, entendidas en sentido amplio. Este rasgo es el que las particulariza y permite diferenciarlas del resto de las obligaciones legales.

Nótese que no estamos definiendo las obligaciones de mantenimiento como aquellas que tratan de remediar una situación de necesidad del acreedor, y ello a fin de evitar equívocos. Porque cuando se habla de estado de necesidad se alude a una situación de insuficiencia patrimonial de un individuo para cubrir, por sus propios medios, las necesidades básicas y comunes a todo ser humano. Aparte del hecho de que no existe un criterio único y objetivo para apreciar dicha insuficiencia, no es ello lo que el ordenamiento tiene en cuenta a la hora de imponer a unos sujetos el deber de asistir económicamente a otros, al menos no en todos los casos. Consecuentemente, resulta más correcto y clarificador considerar como rasgo definitorio de las obligaciones de mantenimiento la finalidad de la prestación, y no los presupuestos que han de concurrir para su nacimiento, que varían de unos casos a otros.

Las obligaciones de mantenimiento son obligaciones legales (arts. 1089 y 1090 Cc); obligaciones creadas, bien por normas de naturaleza imperativa, bien por normas de naturaleza dispositiva. Es claro que los particulares, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc) pueden dar vida a relaciones obligatorias destinadas a la satisfacción de necesidades vitales, y en este sentido no hay

¹ En este sentido dispone el art. 1174 *Codice civile* que la prestación objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, incluso no patrimonial, del acreedor.

² ANGELONI, *Autonomia ...*, pág. 7.

inconveniente alguno en hablar de obligaciones de mantenimiento convencionales. Mas el régimen jurídico de éstas últimas, en cuanto creadas libremente por los sujetos, no presenta particularidad alguna, quedando sometidas a los principios generales y en concreto a la libertad de pacto³. Quedan por lo tanto al margen de este estudio, cuyo objetivo es dilucidar la posible existencia de unos principios comunes a esta categoría de obligaciones legales, y realizar propuestas de *lege ferenda* en relación a ellas. Y puesto que nos ocupamos de obligaciones patrimoniales de origen legal, el estudio que abordamos es de Derecho positivo.

Es también una característica de las obligaciones de mantenimiento, aparte del destino de la prestación y de su origen legal, la relación familiar existente entre los sujetos del vínculo obligatorio. De ahí que, pese a su naturaleza patrimonial, el estudio de este tipo de obligaciones forme parte del Derecho de familia.

Esa relación familiar que subyace en todas las obligaciones de mantenimiento (alimentos, derecho de mantenimiento y pensión compensatoria) no supone, necesariamente, la existencia de una situación de convivencia entre los dos sujetos de la relación obligatoria, ni tampoco, en todos los casos, una relación de parentesco en el sentido de los arts. 915 y ss. Cc, en los que el parentesco es una situación que deriva, bien de la existencia de un ascendiente común, bien del matrimonio⁴. De hecho, el vínculo familiar entre las partes de la obligación de mantenimiento puede ser una relación paterno-filial, una relación matrimonial (actual o incluso ya extinguida), o una determinada relación de parentesco. El nacimiento de la obligación de mantenimiento no supone siempre la pre existencia de una relación jurídica vigente entre los sujetos entre los que se entabla, por disposición de la ley, la relación obligatoria.

De esta manera, cuando decimos que entre el sujeto activo y pasivo de cada una de las obligaciones de mantenimiento hay una previa relación familiar, estamos empleando los términos en un sentido sociológico, que no jurídico. Es claro que entre padres e hijos, o entre cónyuges, existe una verdadera relación jurídica, esto es, una situación no esporádica entre dos personas, organizada y regulada por el ordenamiento jurídico. Pero esto no puede decirse, propiamente, de la relación entre hermanos o de la relación con otros parientes, como los abuelos, que son relaciones que el ordenamiento tiene en cuenta sólo a ciertos efectos⁵; ni tampoco, por las mismas razones, de la relación entre esposos separados, divorciados o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo.

Consecuentemente, cuando decimos que uno de los rasgos que caracteriza las obligaciones legales de mantenimiento es la existencia de una relación familiar, nos estamos refiriendo al hecho de que entre los sujetos existe un vínculo que la sociedad considera “familiar” y que al menos en apariencia es, precisamente, el que el ordenamiento toma en consideración a la hora de disponer el nacimiento de la relación patrimonial destinada a proporcionar a uno de los sujetos medios materiales de vida. Habrá que comprobar, no obstante, si, efectivamente, es esa pre-existente relación familiar y la valoración y consideración que de ella se hace socialmente lo que justifica

³ Así se deduce de lo establecido en el art. 153 Cc, el cual, si bien ordena la aplicación de las disposiciones del Código sobre la obligación legal de alimentos “a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos”, deja a salvo “lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate”.

⁴ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, vol. IV, pág. 45.

⁵ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, quien afirma que “El parentesco no constituye una verdadera relación jurídica, por cuanto que el Derecho no lo regula orgánicamente como tal relación. Hace únicamente esporádicas referencias o remisiones a él. Extrae algunos efectos jurídicos, que no son suficientes, sin embargo, para considerar la relación como jurídica” (*Sistema...*, vol. IV, pág. 45).

que el legislador intervenga en la esfera jurídico-privada para imponer un deber patrimonial concreto a ciertos sujetos.

No es todavía el momento de responder a esta cuestión, pero interesa dejar clara desde ahora la conexión entre obligaciones de mantenimiento y familia⁶.

La pregunta inmediata que surge una vez constatado que los particulares a los que las leyes imponen deberes de mantenimiento son “familiares” de los beneficiarios, es la del modelo o modelos familiares a las que están referidos los preceptos que imponen obligaciones asistenciales. Téngase en cuenta que hoy es unánimemente admitido que no cabe hablar de “familia”, sino de “familias”⁷. ¿Cuál es, entonces, el tipo de familia que el legislador tiene en cuenta a la hora de establecer entre los sujetos que forman parte de ella, deberes de asistencia material? Pues bien, dejando a salvo la relación paterno-filial, cuyo contenido es independiente de la existencia o no de matrimonio entre los progenitores (art. 32,3 CE y 108 *in fine* Cc), el resto de las obligaciones de mantenimiento están establecidas en el ámbito de la familia derivada del matrimonio, al menos en la legislación estatal. No ocurre lo mismo en lo que concierne a la legislación autonómica. En España, algunas de las leyes de las Comunidades Autónomas reguladoras de las parejas de hecho o uniones estables incluyen preceptos en los que se impone a los miembros de la pareja la obligación de prestarse alimentos entre sí⁸, o que reconocen pensiones periódicas de mantenimiento entre convivientes, cuando concurren determinados requisitos, para el caso de cese de la convivencia.⁹

II- OBJETIVOS Y MÉTODO

Una vez acotado el campo de estudio, parece oportuno precisar sus objetivos. El presente trabajo tiene por objeto ofrecer un panorama general de las obligaciones patrimoniales que la ley establece a fin de que el acreedor cubra sus necesidades vitales, a través del método comparatista.

Los ordenamientos que se van a estudiar son el español y el italiano. Estas páginas no contienen, pues, un estudio de Derecho positivo español al que se incorporan datos referidos a otros Derechos con la intención de ilustrar puntualmente una cuestión, sino que aspira a ser un verdadero estudio de Derecho comparado, útil, en consecuencia, para los dos ordenamientos sobre los que versa.

Es claro que podría haberse optado por otra metodología, y en particular por extender la comparación a otros ordenamientos europeos, pero ello habría ido en detrimento de la exhaustividad. Nos limitamos, pues, a realizar la comparación con un ordenamiento, el italiano, que aun estando lejos de aceptar de manera generalizada la categoría de las obligaciones de mantenimiento, presenta, en relación a ellas, una mayor claridad conceptual que el español.

⁶ La conexión es absoluta en el caso del Derecho español, en el sentido de que este ordenamiento no prevé en ningún caso deberes de asistencia a cargo de alguien que no pueda ser considerado, siquiera en un sentido laxo, “familiar” del destinatario de la prestación. Las cosas son algo distintas en el Derecho italiano, el otro ordenamiento de que nos ocupamos en este trabajo, en el que hay un supuesto en el que la prestación de mantenimiento no recae sobre ningún familiar, sino sobre el donatario, a quien el art. 437 *Codice civile* impone el deber de prestar alimentos al donante, con preferencia a cualquier otro obligado.

⁷ ROCA TRÍAS, “Familia...”, pág. 1065.

⁸ Art. 313 del Código de Derecho foral de Aragón, y art. 6 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Ley de Parejas Estables de las Illes Balears.

⁹ Art. 234.10 del Código civil de Cataluña, art. 310.1 del Código de Derecho foral de Aragón, art. 6.2 a) de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del Parlamento vasco, y art. 9 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Ley de Parejas Estables de las Illes Balears.

A lo anterior se suman otras razones, de índole más general, que justifican la metodología del trabajo. El estudio está referido a dos ordenamientos jurídicos distintos pero que comparten una misma tradición jurídica y afrontan en el momento presente los mismos retos y dificultades, dado que las cuestiones que se plantean en ambos son sustancialmente idénticas, al ser paralela la evolución social y económica. Se ha hablado, en este sentido, de la “globalización” del Derecho de familia, aludiendo así a la existencia de unos elementos comunes en el Derecho de familia de los distintos países europeos¹⁰. Pero no es sólo que los problemas a los que hay que dar respuesta sean coincidentes, sino que las dos sociedades, la española y la italiana, comparten en buena medida los principios que deben inspirar las soluciones. Esta es la razón por la que, como muy bien dice SESTA, las conclusiones del Derecho comparado desempeñan un papel decisivo, en vista de una realidad cada vez más caracterizada por la uniformidad de valores y de estilos de vida¹¹.

A pesar de que el objetivo que se persigue exige profundizar en el régimen jurídico de cada una de las obligaciones legales de mantenimiento y entrar en muchas cuestiones de detalle, el propósito no es la mera exégesis. Ese análisis de Derecho positivo -de por sí útil- es en este caso tan sólo el camino necesario para ofrecer una visión de conjunto de este tipo de relaciones obligatorias. Lo que se busca es un planteamiento global, desde el convencimiento de que sólo él nos aportará la visión necesaria para proponer soluciones de *lege ferenda* que sean adecuadas y coherentes, y para extraer conclusiones útiles a fin de establecer, en su caso, los principios rectores de las obligaciones de mantenimiento. Hasta ahora ha sido lo habitual, por parte de la doctrina, afrontar de manera radical y absolutamente separada el estudio de relaciones obligatorias propias del Derecho de familia que, sin embargo, guardan una evidente relación entre sí, y que deben contemplarse de manera conjunta.

Aunque el estudio se circunscribe a la normativa estatal, se ha estimado oportuno incluir también el tratamiento de las normas de las Comunidades autónomas que imponen obligaciones de mantenimiento en supuestos en los que no lo hace el Derecho estatal. Es por ello por lo que se incluye un apartado dedicado a los deberes de asistencia que ciertas leyes autonómicas imponen a quienes conviven como pareja de hecho. Sin este análisis no se puede presentar una perspectiva completa de las obligaciones de mantenimiento, aparte de que es sin duda necesario para ayudar a clarificar la conveniencia o no de una intervención legislativa estatal en dicho ámbito.

III- OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO Y CONSTITUCIÓN

Dos cuestiones distintas deben ser tratadas en este apartado dedicado a las relaciones entre las obligaciones de mantenimiento y Constitución. La primera es la de si las obligaciones de mantenimiento que existen *de lege lata* constituyen una exigencia constitucional, esto es, desarrollo legislativo ineludible de deberes o principios consagrados en la Constitución. Y la segunda, la determinación de los preceptos constitucionales en que debe basarse el legislador ordinario al regular esta materia, así como de los principios constitucionales que deben presidir la interpretación de las normas relativas a esta clase de obligaciones.

En cuanto a lo primero, hay que decir que la única obligación de mantenimiento entre familiares que se puede considerar una exigencia constitucional directa e

¹⁰ ROCA TRÍAS, “Globalización ...”, pág. 26.

¹¹ *Derecho de familia italiano...*, pág. 14.

ineludible es el deber de los padres de mantener a los hijos durante la minoría de edad¹², un deber que aparece recogido en el art. 39 *in fine* CE, a cuyo tenor “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

El artículo no sólo revela que el deber de los padres de asistir a los hijos menores de edad tiene rango constitucional, sino que permite además extraer otras conclusiones de interés. Como puede verse, el precepto, a la par que establece el deber de los padres de prestar asistencia de todo tipo a los hijos menores de edad, tanto matrimoniales como extramatrimoniales, deja abierta la posibilidad de que el legislador ordinario extienda la obligación de los padres a otros casos.

Por otra parte, la asistencia de que son merecedores los hijos matrimoniales y no matrimoniales debe de ser idéntica. Ni el art. 39 CE, ni tampoco el art. 14, harían posible una diferencia de trato entre unos y otros por parte de las leyes civiles.

La situación es algo distinta en el caso de la Constitución italiana, dado que a pesar de disponer el art. 30 que es deber y derecho de los padres, mantener, instruir y educar a los hijos, incluso nacidos fuera del matrimonio, se añade que la ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda tutela jurídica y social que sea compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima. Esta alusión a la compatibilidad con los derechos de los miembros de la familia legítima, inexistente en el texto español, ha permitido la subsistencia, en el ordenamiento italiano, de ciertas diferencias de trato entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales (llamados en ese ordenamiento, legítimos e ilegítimos).

Pasando a la segunda cuestión, la de la determinación de los preceptos constitucionales en los que debe basarse el legislador ordinario al regular esta materia, hay que comenzar por señalar que las normas que dentro del ámbito familiar imponen deberes de asistencia material a unas personas respecto a otras son, en último término, desarrollo de principios constitucionales, y que las instituciones de que se vale el Derecho de familia (alimentos, deber de mantenimiento o pensiones post-matrimoniales) no son sino los instrumentos mediante los cuales aquellos principios se hacen efectivos. Como dice CAFERRA, el derecho de asistencia establecido en la Constitución se concreta en la legislación ordinaria en situaciones de derecho subjetivo¹³.

A primera vista las obligaciones de mantenimiento, en cuanto que derivan, bien de la filiación, bien del matrimonio, bien de una relación de parentesco, encuentran su marco normativo en los arts. 32 y 39 CE. Según el primero, “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, añadiéndose que la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos”. De conformidad con el art. 39, Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de la filiación... Este deber de los poderes públicos de prestar asistencia de todo tipo a la familia es una consecuencia de lo establecido en el art. 1 CE, según el cual España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho¹⁴.

¹² A ella añade RIBOT IGUALADA, el deber de socorro mutuo entre los cónyuges, que según el autor es también una obligación *constitucional*, en cuanto que constituye uno de los elementos imprescindibles de la configuración legal de la institución matrimonial, “sin el cual dejaría de ser reconocible a los efectos de la garantía institucional constitucionalmente establecida” (“El fundamento...”, pág. 1132).

¹³ *Famiglia...*, pág. 13.

¹⁴ ROCA TRIAS, “Métodos ...”, pág. 28.

En la Constitución italiana el precepto fundamental referido a la cuestión que nos ocupa es, aparte del ya citado art. 30, el art. 29, según el cual la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio. El matrimonio se establece sobre la igualdad social y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos en la ley en garantía de la unidad familiar¹⁵.

Pero no bastan los preceptos concretos que dentro de los textos constitucionales se dedican explícitamente a la familia, a la institución matrimonial o a los hijos¹⁶. Y ello por varias razones: por una parte, porque los principios referidos a la familia tienen que ser puestos en conexión con el resto de las normas contenidas en la Constitución, y por otra, porque ni siquiera la interpretación del texto constitucional puede ser atemporal, sino que viene condicionada, lo mismo que la de las leyes ordinarias, por el momento histórico¹⁷.

Es todo lo anterior lo que, unido a la elasticidad -e incluso ambigüedad- de las indicaciones constitucionales¹⁸, explica que tanto la jurisprudencia constitucional como la doctrina defiendan hoy en el ordenamiento italiano un modelo normativo de las relaciones familiares, patrimoniales y personales, algo alejado del que resultaría de la estricta aplicación de lo preceptuado en los preceptos reproducidos, y que se haya colocado a la persona en el centro del ordenamiento, considerándose la familia como la primera formación social en la que el individuo desarrolla su personalidad, desde el convencimiento de que el diseño constitucional de la familia no puede prescindir de los arts. 3, párrafo 2º¹⁹, 20, 31, párrafo 2º²¹, y 36²² y 37²³ de la Constitución²⁴.

¹⁵ “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare”.

¹⁶ Entre otros muchos, SESTA, quien afirma que la indagación de los principios constitucionales en materia de Derecho de familia exige acudir a normas que no se refieren específicamente a la familia (*Diritto...*, pág. 25).

¹⁷ Son ilustrativas en este último sentido las observaciones de SESTA, quien pone de manifiesto el importante papel que deben desempeñar los trabajos preparatorios de la Constitución italiana, de cara a determinar el verdadero sentido de las normas que finalmente fueron aprobadas. El intérprete no puede prescindir del hecho de que los arts. 29 y 30 CI fueron fruto de un compromiso exigido por la disparidad de criterios de quienes integraban la Asamblea constituyente. Así, la declaración del párrafo 1º del art. 29, de que la familia es una sociedad natural fundada sobre el matrimonio, es consecuencia de la fusión entre la propuesta de la parte católica (“El Estado reconoce la familia como unidad natural y fundamental de la sociedad”) y de la parte comunista (“El Estado reconoce y tutela la familia como fundamento de la prosperidad material y moral de los ciudadanos de la nación”). También los trabajos preparatorios revelan que el legislador constituyente, al introducir la norma del párrafo 2º del art. 29, según el cual el matrimonio se establece sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos en las leyes en garantía de la unidad familiar, se estaba limitando a recoger el modelo de familia que imperaba en la época, fundado sobre la autoridad del marido, sin tener verdadera consciencia de la relevancia jurídica del principio de unidad familiar. Y el hecho de que el art. 30,3º declare que la ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda tutela jurídica y social *compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima*, se explica por el hecho de que la idea de que los deberes de los padres debían de ser idénticos respecto de los hijos extramatrimoniales, era, entonces, una idea innovadora, que resulta, en cierto modo, suavizada con esa referencia a los derechos de la familia legítima SESTA, (*Diritto...*, págs. 22-25).

¹⁸ En este sentido, en referencia a la Constitución italiana, CASSANO, “Cenni...”, pág. 19.

¹⁹ “È compito de la Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando de fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

²⁰ “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

²¹ “La Repubblica protegge la maternità, l’infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”.

De manera que la familia no es un ente supraindividual que pueda ser contemplado en la actualidad al margen de los individuos concretos²⁵, sino, más bien, un instrumento de promoción de la personalidad de quienes la componen²⁶.

Tal conclusión, ampliamente compartida, va a producir importantes consecuencias. Así, a pesar de que el art. 29 de la Constitución italiana define la familia como una sociedad natural fundada sobre el matrimonio, se ha entendido, a la vista, con toda probabilidad, de la proliferación de modelos de familia que prescinden de los rasgos característicos del arquetipo (familia monoparental, homosexual, de hecho, recompuesta...) que el artículo representa la garantía constitucional de respeto de la autonomía familiar, en el concreto interés de los individuos a ordenar de modo libre y original sus relaciones de familia²⁷. Y dando un paso más, se ha entendido que la protección constitucional, en principio prevista sólo para la familia matrimonial, debe ser extendida a la familia de hecho, en cuanto que esta última es una formación social en la cual los convivientes desarrollan su propia personalidad²⁸. También éste ha sido el punto de vista de la *Corte di Cassazione*, que ha admitido que si bien la convivencia *more uxorio* no presenta los caracteres formales de la familia legítima, constituye una formación social apta para el desarrollo y crecimiento de la persona, en el sentido del art. 2 CI²⁹. Evidentemente, no se ha llegado al extremo de ignorar absolutamente la referencia constitucional a la familia legítima, cuya posición de privilegio en el texto constitucional parece clara, pero se ha interpretado que no hay inconveniente en extender las garantías previstas para la familia matrimonial a la familia de hecho, en cuanto “grupo al cual es común un patrimonio de valores y de afectos o, incluso,

²² “Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa.

La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge.

Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunciarvi”.

²³ “La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l’adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione.

La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato.

La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione”.

²⁴ CASSANO, “Cenni ...”, pág. 14.

²⁵ Como dice BESSONE, la expresión “derechos de la familia” empleada por la Constitución debe ser entendida, no en el sentido de que se haya querido reconocer a la familia personalidad jurídica, atribuyéndole algunos derechos, sino en el sentido de que a través de aquella fórmula se ha querido atribuir garantía constitucional al interés fundamental que cada miembro de la familia tiene en común con otros (*La famiglia ...*, pág. 36).

²⁶ En este sentido, RUSCELLO, *Lineamenti...*, pág. 27.

²⁷ CASSANO, “Cenni...”, págs. 15 y 11.

²⁸ BESSONE, “Rapporti...”, pág. 35; SESTA, *Diritto...*, pág. 26; RICCIO, *La famiglia...*, pág. 232. Expone este último autor cómo la idea inicial que resulta del art. 29 de la Constitución, según la cual no existiría familia sin el matrimonio, va dando paso a una interpretación distinta, que parte de lo preceptuado en el art. 2 del propio texto constitucional y que toma cuerpo una vez que se reconoce que el propio legislador constituyente, al imponer a los padres el deber de mantener e instruir también a los hijos nacidos fuera del matrimonio, había admitido, de algún modo, la existencia de una familia no basada en el matrimonio. Desde el momento en que se considera que la familia es protegida como grupo social, no de modo abstracto, sino en cuanto que sirve para garantizar el desarrollo de la personalidad individual, no hay problemas para admitir que la tutela constitucional de la familia se extienda a situaciones familiares distintas de la familia matrimonial, entre las que se encuentra la llamada por la doctrina italiana familia de hecho, lo cual no quiere decir que ésta y la llamada familia legítima sean situaciones jurídicamente iguales (*Vid.* págs. 225 y ss.).

²⁹ Cass. 8 febrero 1977, n. 556.

simplemente como formación social en la que sus miembros pueden desarrollar su personalidad”³⁰.

El planteamiento del Derecho italiano, consistente en considerar a la familia como un instrumento para el desarrollo de la personalidad de los individuos, es coincidente con el del ordenamiento español, con la particularidad de que en éste último no hay obstáculos normativos directos para admitir diversos modelos familiares. A diferencia de la Constitución italiana, cuyo art. 29 se refiere de modo expreso sólo a la familia matrimonial, el art. 39 de la española dispone, sin incluir matización alguna, que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, lo que suscitó la cuestión de determinar a qué familia se estaba refiriendo.

Inicialmente fue una cuestión polémica, pero hoy está plenamente admitido, gracias entre otras cosas a las aclaraciones del TC, que nuestra Constitución no protege únicamente a la familia basada en el matrimonio. Si bien es en esta familia en la que se estaba pensando, porque era el concepto de familia imperante en el momento en que se redactó el texto constitucional, ello no quiere decir que se identifiquen y que haya que considerar que la única familia que merece protección es la que tiene su origen en el matrimonio. Cuestión distinta es que la respuesta del Derecho a los distintos modelos familiares deba ser idéntica en todos los aspectos. Como ha puesto de manifiesto ROCA TRIAS, cuando se trata de relaciones verticales o de filiación, rige el principio de igualdad, que impide que el contenido de la relación paterno-filial sea distinto en el caso de la filiación matrimonial y no matrimonial, mientras que en el ámbito de las relaciones horizontales o de pareja, cabe la existencia de regulaciones diversas³¹. Así pues, no sólo no es una exigencia constitucional que las respuestas jurídicas a las relaciones entre convivientes de hecho sea idéntica a la establecida para las relaciones conyugales, sino que ello constituiría, tal y como advierte la autora, una verdadera discriminación, al tratarse de supuestos distintos³².

En definitiva, aunque existan muchas diferencias entre los planteamientos de los juristas italianos y españoles, puede afirmarse que unos y otros coinciden en entender que la protección constitucional de la familia no se limita a la familia fundada en el matrimonio, y que puede alcanzar a otros grupos familiares. El argumento último no es otro que el reconocimiento constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2 CI³³ y art. 10 CE), que se ha erigido en un principio estelar en el ámbito del Derecho de familia. Buena prueba de ello es que ha constituido para el legislador español uno de los argumentos para admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, a pesar de contemplarse éste en el art. 32 CE, como la unión entre un hombre y una mujer. Y buena prueba de ello es, también, que se encuentra en la base de aquellas opiniones según las cuales la estabilidad de la familia debe estar en manos de los cónyuges, sin que el Estado deba imponer reglas para garantizarla contra la voluntad de los interesados. Se trata de un punto de vista que en España se ha concretado en un sistema de separación y divorcio no causales, introducidos por la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

³⁰ BESSONE, (*La famiglia ...*, pág. 17), quien añade que el límite que se prevé en el art. 30 CI, de compatibilidad con los intereses de la familia legítima, debe ser interpretado de modo restrictivo y que significa que sólo para salvaguardar la unidad de la familia legítima se pueden admitir diferencias entre las prerrogativas de los hijos en función de su *status*.

³¹ “Familia, ...”, pág. 1078.

³² “Familia, ...”, pág. 1079.

³³ Ya reproducido anteriormente en nota a pie de página.

Los juristas italianos, por el momento, no han llegado a este punto. Están aún muy lejos de admitir, tanto el matrimonio entre personas del mismo sexo, como la separación y el divorcio sin causa. Actualmente hay un abismo entre los planteamientos del legislador español, secundados por importantes sectores doctrinales, y los de los autores italianos. La diferencia se explica, en último término, por razones ideológicas. Son las diferencias ideológicas las que determinan que al reconocimiento constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad se le atribuyan unos u otros efectos. De ahí que, aun siendo idénticos o muy similares los principios constitucionales que rigen las relaciones familiares, la interpretación que de ellos hace el legislador ordinario origine tan destacadas diferencias entre los dos ordenamientos.

En cualquier caso, las ideas centrales que se han querido exponer en este apartado, válidas tanto para el Derecho italiano como para el español, son dos: que la única obligación de mantenimiento que el legislador ordinario debe necesariamente imponer y regular es la que corresponde a los padres frente a sus hijos menores, y que, dado que las obligaciones de mantenimiento son uno de los instrumentos mediante los que el legislador hace efectivo el principio constitucional de protección de la familia, y que se entiende que esta protección no se circunscribe a la familia matrimonial, no hay ningún inconveniente para imponer tales obligaciones a otros grupos familiares, siempre y cuando ello sea una decisión legislativa y no se atente contra la libertad individual.

IV- SUPUESTOS LEGALES EXCLUIDOS DE LA CATEGORÍA DE OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO

1. El deber de contribución

Cuando hablamos de deber de contribución nos referimos a un deber de contenido económico. El sujeto obligado realiza aportaciones de naturaleza patrimonial, en cuanto que son susceptibles de valoración económica, destinadas a atender las necesidades ordinarias, no de un sujeto concreto, sino de la familia. El deber de contribución ha sido definido con acierto como el deber de poner a disposición del grupo los propios recursos y la propia capacidad de trabajo³⁴. Se toma en cuenta una situación de convivencia, que parece ser la familia nuclear, entendida como la formada por padres e hijos, y se les impone a todos ellos -aunque en lugares distintos del Código- un deber de contribuir con bienes propios o a través del trabajo doméstico, a la atención de las necesidades del grupo. No se trata, como en el caso de las obligaciones de mantenimiento, de que un sujeto sufrague los gastos de otro, sino, lo que es distinto, de que todos colaboren, de modo proporcionado a sus medios económicos y a su capacidad de trabajo, a la atención de las necesidades de quienes, precisamente por vivir bajo el mismo techo, satisfacen de modo no individual, sino colectivo, las necesidades ordinarias de la vida.

La nota que a nuestro juicio diferencia el deber de contribución de las obligaciones de mantenimiento es el hecho de que las necesidades que se cubren con la contribución no son solo la de sujetos distintos del obligado, sino también las del propio obligado, en cuanto miembro de la familia. Falta, pues, el esquema propio que se aprecia en el resto de las obligaciones de mantenimiento, en las que se diferencian perfectamente el sujeto obligado o deudor, a quien corresponde realizar la prestación, y el acreedor o titular del derecho, que es quien la recibe³⁵. Lo que ocurre, por el

³⁴ ANGELONI, *Autonomía...*, pág. 85.

³⁵ Cuestión distinta es que, en atención a su estructura, el deber de contribución presente todas las características (determinación de los sujetos, activo y pasivo, patrimonialidad de la prestación y

contrario, en los supuestos en los que hay un deber de contribución, es que cada uno de los sujetos que integra el grupo es acreedor y deudor al mismo tiempo; hay una obligación común o mutua, -que no es lo mismo que recíproca-, en el sentido de que los sujetos, dependiendo de las circunstancias, pueden ostentar la posición acreedora o deudora. En el caso del deber de contribución, el sujeto da y recibe a la vez³⁶.

El deber de contribución está vinculado a la convivencia³⁷, lo que quiere decir que se extingue cuando ésta cesa por cualquier causa, sin perjuicio de que se originen posteriormente, en cabeza de sujetos concretos, otros deberes de naturaleza patrimonial.

Son dos los casos de deber de contribución entre familiares que actualmente aparecen consagrados de modo expreso tanto en el Código español como en el italiano: uno es el que se impone a los esposos y otro es el que se hace recaer sobre los hijos que convivan con la familia.

El primero, que el Código español menciona en el art. 1318, dentro de las disposiciones generales relativas al régimen económico matrimonial, y del que luego se ocupa el art. 1438, dentro del régimen de separación de bienes, está regulado de modo más general en el Código italiano, en el que el deber de contribución se contempla como uno de los deberes que son contenido de la relación matrimonial.

A tenor del art. 143 *Codice* ambos cónyuges están obligados, cada uno en relación a sus propios medios y a su propia capacidad de trabajo, profesional o doméstico, a contribuir a las necesidades de la familia. En una perspectiva histórica la norma es importante, por cuanto que en el régimen anterior, que estuvo vigente en Italia hasta el año 1975, era el marido el obligado a suministrar a la mujer todo lo que fuese necesario para satisfacer las necesidades de la familia, en tanto que la mujer sólo quedaba obligada en caso de insuficiencia de los medios de aquél. Era la solución propia de la familia jerárquica que las leyes reconocían, en la que el marido era el jefe de la familia; una solución que se sustituye, no por impulso de los principios constitucionales, como ocurrió en España, sino cuando la realidad social y económica hace que sea imposible mantener en el plano legislativo un modelo familiar, que hasta entonces no se había considerado que estuviera en contradicción con los principios constitucionales, cuando desaparece de la realidad³⁸.

Con el establecimiento del deber de contribución de los cónyuges no sólo se introduce en el ámbito de las relaciones familiares el principio de igualdad, sino que, además, indirectamente, se reconoce el valor, en términos económicos, del trabajo doméstico, que se equipara al trabajo profesional³⁹.

El otro supuesto en el que está consagrado a nivel legislativo el deber de contribución se encuentra en el art.155-2º Cc, que establece que los hijos deben “contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella”, y en el art 315 *Codice*, conforme al cual el hijo debe contribuir, en relación a sus recursos, al mantenimiento de la familia, mientras que conviva con ella. Interesa señalar que esta expresa referencia al deber de contribución de los hijos con ocasión de la regulación del contenido de la relación paterno-filial se introduce en Italia el año 75 y en España en el año 81, lo que probablemente quiere

subsistencia de un interés en el sujeto activo de la relación), que permiten calificar tal deber como obligación (ANGELONI, *Autonomia...*, pág. 89).

³⁶ MORENO MOZO, *Cargas...*, pág. 48.

³⁷ PASTOR ÁLVAREZ, *El deber...*, pág. 47.

³⁸ Nótese cómo a diferencia de lo que ocurrió en España, en que el Derecho de familia se reforma en el año 1981, poco después de entrar en vigor la Constitución del 78, en Italia, cuya constitución es de 1945, la reforma del modelo familiar no tiene lugar hasta 1975.

³⁹ En este sentido, RUSCELLO, *Lineamenti...*, pág. 112, y VETTORI, “Il dovere...”, pág. 5, entre otros.

decir que guarda también relación con el modelo familiar de corte igualitario que se introduce en la ley en este momento⁴⁰.

Aunque la redacción de la norma induce a pensar que, a diferencia de lo que ocurre entre esposos, el deber de contribución de los hijos habrá de ser siempre en dinero -en cuyo caso habría que interpretar que sólo surge a cargo de aquellos hijos con bienes propios- creemos que la norma debería ser objeto de una interpretación extensiva, de manera que alcanzara también a las contribuciones en especie, es decir, mediante el trabajo doméstico. Es lo que parece coherente con el actual concepto de familia y con los principios que inspiran la regulación de las relaciones familiares. Se ha sugerido, para justificar la norma, que quizás el legislador, al no hacer referencia a la capacidad de trabajo de los hijos, haya querido evitar que se les pudiese impedir a éstos la realización de una actividad no productiva, como el estudio, o que se les pudiese imponer un deber de trabajar que limitaría su plena formación⁴¹, pero es claro que no se trataría en ningún caso de posponer el derecho al estudio o a la formación de los jóvenes, sino de hacerles participar, en mayor o menor grado en función de las circunstancias, en la actividad doméstica, no necesariamente incompatible con el estudio o con el trabajo. Parece claro, por otro lado, que en el caso de que los hijos que convivan en el hogar familiar sean adultos y hayan terminado ya su formación, se debe considerar, a la hora de determinar su grado de colaboración, su capacidad de trabajo; cabe en este caso aplicar los mismos criterios que entre cónyuges⁴².

Hay acuerdo en entender que están obligados a contribuir tanto los hijos menores de edad como los hijos mayores⁴³, sin perjuicio de que únicamente respecto de los bienes de los primeros exista un usufructo legal a favor de los padres. Los padres, siempre que sean titulares de la patria potestad, son titulares de un usufructo legal sobre ciertos bienes de los menores (arts. 324 a 329 *Codice*). Los frutos de esos bienes tienen un destino determinado: el mantenimiento de la familia y la educación e instrucción de los hijos (art. 324, 2º), por lo que la relación del usufructo legal con el deber de contribución que impone a los hijos el art. 315 del propio *Codice* es clara, a pesar de que la figura procede de una época en que el modelo familiar era muy distinto del actual⁴⁴.

Es habitual señalar como fundamento del deber de contribución la idea de solidaridad. Pese a que en términos muy generales esta invocación pueda ser correcta, resulta excesivamente ambigua y tiene el inconveniente de no permitir establecer una clara frontera entre este deber y las distintas obligaciones de mantenimiento, y, sobre todo, de no destacar un hecho que resulta decisivo a la hora de perfilar el deber de contribución. Nos referimos a que es presupuesto imprescindible del mismo la convivencia entre el obligado y los beneficiarios de la prestación, entre los cuales se encuentra, además, él mismo. La situación contemplada por el legislador cuando

⁴⁰ Dice en este sentido SESTA que la expresa previsión de un deber de contribución debe considerarse un corolario del cambio en el concepto de familia, y en particular de la posición del hijo dentro de la misma (*Diritto...*, pág. 463).

⁴¹ RUSCELLO, *Lineamenti* ..., pág. 262.

⁴² AULETTA, *Diritto...*, nona edizione, pág. 329.

⁴³ Por todos, MORENO MOZO, *Cargas...*, pág. 74, que recoge sin embargo la particular opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, para quien sólo está obligado el menor sujeto a patria potestad.

⁴⁴ El usufructo legal procede del Derecho consuetudinario romano y el *Codice* de 1865 lo tomó del Código de Napoleón, pasando luego al Código vigente. No obstante, la figura no ha permanecido invariada, sino que ha sufrido una evolución para adaptarse a los principios constitucionales de igualdad y solidaridad. En España este usufructo se suprimió en 1981, aunque fue entonces cuando se introdujo la norma contenida en el art. 155, 2º Cc, que algunos consideran que la sustituyó (BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *Comentario...*, pág. 271).

impone un deber de contribución a los esposos o a los hijos que conviven con sus padres no es muy distinta, en cierto sentido, a la que se origina en el ámbito de la comunidad de bienes, en la que todos los copropietarios tienen que contribuir al mantenimiento de la cosa común. El razonamiento que cabe aplicar en un caso y en otro es el mismo, pese a sus diferencias: si cada uno tiene derecho a disfrutar de la cosa común (o, en nuestro caso, si cada uno de los miembros ve satisfechas sus necesidades de vivienda, alimentación, etc., dentro del grupo), cada uno tiene que contribuir para que esta satisfacción sea posible. Lo que claramente es distinto es el criterio de contribución, pues si en el ámbito de la comunidad de bienes cada comunero tiene un derecho de uso de la cosa en función de su cuota, que es, también, la que marca su deber de contribuir a su conservación, en el caso de la convivencia familiar, todos los miembros de la familia satisfacen sus necesidades del mismo modo, prescindiendo de que su contribución sea mayor o menor. Es en este sentido, y no en otro, en el que resulta oportuna la invocación de la solidaridad. Todos disfrutan de las mismas condiciones de vida, aun siendo distinta su participación para hacerla posible.

Conviene advertir, por último, que el deber de contribución de los hijos, cuyo presupuesto es la convivencia, no tiene nada que ver con el deber de los padres de mantener a los hijos, ni puede en consecuencia considerarse una especie de contrapartida de éste⁴⁵.

2. La indemnización a cargo del cónyuge al que le sea imputable la nulidad del matrimonio del ordenamiento italiano

La “indemnización” que el art. 98 Cc reconoce a favor del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo es, desde nuestro punto de vista, una obligación de mantenimiento⁴⁶. La mejor prueba de ello es la remisión del propio precepto al art. 97 en el que se regula la pensión compensatoria, que es, sin duda, una prestación dirigida a procurar a su perceptor medios materiales de vida⁴⁷. No puede decirse lo mismo, en cambio, de la figura que aparece recogida en el art. 129 *bis Codice* en el que se establece que el cónyuge al que le sea imputable la nulidad del matrimonio está obligado a satisfacer al otro cónyuge, si es de buena fe, cuando el matrimonio sea anulado, una indemnización adecuada, incluso a falta de prueba del daño sufrido. Se añade que la indemnización consistirá en la suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. No existe, en el caso del Derecho español, una previsión similar, de manera que cualquier pretensión de resarcimiento frente al contrayente de mala fe deberá fundarse en las normas generales, siendo por lo tanto necesaria la prueba del daño.

La razón por la que la indemnización del art. 129 *bis Codice* queda fuera de la categoría de las obligaciones de mantenimiento es que esta indemnización no tiene como finalidad específica el mantenimiento. En este caso nos encontramos ante una verdadera indemnización, esto es, ante una prestación económica cuyo fundamento o causa es el daño que mediante ella se trata de resarcir o reparar, un daño que en este caso se presume. Esta indemnización, que puede nacer no sólo a cargo del cónyuge de

⁴⁵ Opinión contraria en RUSCELLO, *Lineamenti ...*, pág. 255, que considera que ambos derechos están relacionados entre sí.

⁴⁶ En contra, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, quien considera que se trata de una indemnización dirigida a reparar “toda serie de prestaciones que un cónyuge ha proporcionado al otro en la confianza de un matrimonio válido” (“La nulidad...”, págs. 90 y ss.).

⁴⁷ Nos ocupamos de ella, consecuentemente, en el capítulo IV, dedicado a la pensión post-matrimonial, en donde se explica más detenidamente lo afirmado en el texto.

mala fe o al cual le sea imputable la nulidad del matrimonio⁴⁸, sino también a cargo del tercero al que en su caso le sea imputable dicha nulidad, consistirá en la suma correspondiente al mantenimiento por tres años, lo que no significa que se trate de una obligación de mantenimiento en el sentido que aquí le venimos atribuyendo, de prestación pecuniaria cuya finalidad es la satisfacción de las necesidades ordinarias de la vida. La razón por la que se ha establecido que la indemnización no pueda en ningún caso ser inferior al importe del mantenimiento por tres años es evitar que el cónyuge al que le sea imputable la separación quede obligado en una cuantía inferior a la que la norma precedente, el art. 129, impone al cónyuge de buena fe⁴⁹.

En el caso del art. 129 *bis* estamos, en opinión de la doctrina, ante una norma sancionadora⁵⁰. El derecho a la indemnización puede nacer a favor del cónyuge más fuerte económicamente, dado que sus requisitos son la anulación del matrimonio, la buena fe de uno de los cónyuges, y la mala fe (o imputabilidad de la nulidad del matrimonio) del otro. Sus presupuestos son distintos a los de la pensión postmatrimonial, que se prevé para los casos en los que exista un desequilibrio o diferencia en los medios de vida de los esposos, algo que a los efectos del nacimiento de la indemnización *ex art. 129 bis* es irrelevante⁵¹.

3. El derecho de alimentos del concursado y el derecho de alimentos en la liquidación de la sociedad de gananciales

La Ley concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio, modificada por Ley 38/2011, de 10 de octubre⁵²) contiene previsiones específicas respecto de los alimentos, tanto del propio concursado como de las personas respecto de las cuales tenga éste el deber legal de prestarlos.

El art. 47 de la Ley concursal, en redacción dada por Ley 38/2011 se ocupa por separado de los alimentos del propio concursado, de su cónyuge, pareja de hecho⁵³ y descendientes bajo su potestad (art. 47.1), y de los alimentos del resto de las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos (art. 47.2).

Respecto de los primeros se establece que “El concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad. Su cuantía y periodicidad serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las

⁴⁸ Obsérvese la falta de coincidencia entre la rúbrica del art. 129 *bis* (responsabilidad del cónyuge de mala fe o del tercero) y los términos en que se expresa el precepto, que habla de “cónyuge al que le sea imputable la nulidad del matrimonio”). No son términos sinónimos, entendiéndose que esta última expresión comprende más supuestos que la primera.

⁴⁹ SANTOSUOSSO, *Il matrimonio...*, pág. 158.

⁵⁰ SANTOSUOSSO, *Il matrimonio...*, pág. 158.

⁵¹ En parecido sentido, FERRANDO, “Gli effetti...”, pág. 274.

⁵² Sobre las modificaciones en materia de alimentos introducidas por la Ley 38/2011 puede verse: RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, “El crédito alimenticio en el concurso tras la reforma de la Ley 38/2011”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Noviembre 2011, n. 7, págs. 9-15. Sobre las soluciones introducidas inicialmente por la Ley concursal, puede verse COBACHO GÓMEZ, “Acerca del derecho y deber de alimentos del concursado”. En: BLASCO GASCÓ, F. y OTROS (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, págs. 631-646.

⁵³ Siempre que esté inscrita y concurra en ella alguna de las circunstancias del art. 25.3, es decir “la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común”

que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. En este último caso, el juez, con audiencia del concursado o de la administración concursal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos”.

Respecto a los alimentos de otras personas con derecho frente al concursado se dispone que “sólo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos y siempre que hubieran ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse, previa autorización del juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía. La obligación de prestar alimentos impuestos al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez de concurso, teniendo en cuanto al exceso la consideración de crédito concursal ordinario” (art. 47.2)

Los alimentos a que tiene derecho el propio deudor concursado no son un supuesto de obligación de mantenimiento. No hay en estos casos una verdadera relación obligatoria, dado que no hay dos sujetos distintos, acreedor y deudor, sino tan sólo el reconocimiento del derecho del concursado a percibir alimentos con cargo a su propio patrimonio, un patrimonio al que no tiene libre acceso pero que sin embargo se considera que debe servir, mientras dure la tramitación del procedimiento, para hacer frente a su sustento, si está en situación de necesidad⁵⁴. Como dice JIMÉNEZ MUÑOZ, estos alimentos suponen que, dado que los bienes del concursado están sometidos a control y administración judicial y aquél no tiene poder directo de disposición sobre ellos, deben ser las instituciones concursales quienes le proporcionen unos medios de subsistencia⁵⁵. El citado artículo, más que reconocer un derecho, establece un medio para controlar el modo en que se hace efectivo ese derecho de alimentos, de tal manera que no merme de modo injustificado la masa activa del deudor en perjuicio de los acreedores⁵⁶.

La situación a que se refiere el art. 47.1 de la Ley concursal, que reconoce al deudor persona natural un derecho de alimentos durante el procedimiento, no es muy distinta a la contemplada en el art. 1408 Cc, que a propósito de la liquidación de la sociedad de gananciales, ordena que de la masa común de bienes se den alimentos a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos, mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber, aunque dispone que se descontarán de éste “en la parte que excedan de los que les hubiesen correspondido en razón de frutos y rentas”. El intervalo de tiempo al que se refiere el precepto es el que va desde la disolución de la sociedad de gananciales, hasta la liquidación y adjudicación de bienes concretos a cada uno de los cónyuges. La asignación prevista en el art. 1408 es a cuenta de la futura cuota de adjudicación, a la cual habrá de imputarse en el momento de la división⁵⁷. Se trata, pues, de un supuesto en que el “alimentista” recibe los alimentos con cargo a su propio patrimonio, exactamente igual que ocurre con el concursado, por virtud de lo dispuesto en la ley especial.

Distinta es, en cambio, la hipótesis de los alimentos debidos a terceros por el propio concursado. Ahora sí se puede hablar de una verdadera relación obligatoria. Para este caso se establecen algunas particularidades que serán tratadas oportunamente.

⁵⁴ Este presupuesto es novedad de la reforma del 2011.

⁵⁵ “La regulación...”, pág. 751.

⁵⁶ SANTANA Y SENENT: “Algunas cuestiones...”, pág. 168.

⁵⁷ GARCÍA RUBIO, *Alimentos...*, pág. 192.

4. El deber de alimentar a la viuda encinta con cargo a los bienes hereditarios

Dispone el art. 964 Cc que “La viuda que quede encinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable”. Se establece en el precepto el derecho de la viuda a cubrir sus necesidades, mientras dure el embarazo, con cargo a los bienes hereditarios y con absoluta independencia de cuál sea su situación económica. Aunque el derecho se establece en atención al póstumo, es la viuda la titular de la pretensión “alimenticia”⁵⁸. No hay, sin embargo, un deudor, siendo ésta la razón por la que este supuesto queda fuera de la categoría de las obligaciones de mantenimiento. No hay una verdadera relación obligatoria⁵⁹, sino una situación en la que el patrimonio destinado al póstumo se halla afectado por un deber de alimentos respecto de la madre. Conforme a la redacción de la norma (que alude a la parte de bienes hereditarios que corresponderá al póstumo, si nace y es viable) y conforme a los precedentes históricos, hay que entender que no es que los herederos estén obligados a prestar los alimentos a la viuda, sino que ésta ostenta un derecho que se hará efectivo sobre la cuota hereditaria del *nasciturus*. No es menos cierto, sin embargo, que si éste no llega a nacer en condiciones de viabilidad, la cuota alimenticia habrá gravitado sobre los herederos.

No se puede tampoco considerar, pues lo impediría el art. 29 Cc, que el póstumo sea el alimentante. En suma, a falta de un deudor, no hay desde luego una relación obligatoria, sino una situación distinta; nos encontramos ante un patrimonio afecto a un fin, el de alimentar a la viuda gestante⁶⁰.

Una cuestión distinta es la de la oportunidad actual de la norma contenida en el art. 964 Cc. El precepto procede de una época en la que la situación social y jurídica era muy distinta a la actual, y en la que era el marido el suministrador de los recursos económicos de la familia. Su justificación actual plantea dificultades. Por una parte parece guardar relación con el deber de los padres de mantener a sus hijos (art. 154, 1º Cc), pero este deber hay que considerar que se extingue con la muerte. Por otro lado, parece razonable ponerlo en relación con el deber de los hijos de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia, consagrado en el art. 155, 2º Cc y con la facultad que a los padres reconoce el art. 165 Cc de destinar los frutos de los bienes del menor “en la parte que corresponda, al levantamiento de las cargas familiares”; pero entonces habría que concluir que cualquier patrimonio destinado al *nasciturus*, y no sólo el procedente de su padre fallecido, estaría afecto a satisfacer alimentos a la madre durante el periodo de gestación, y es claro que no es ésta la intención de la ley. Lo que parece seguro es que no se trata, propiamente, de un derecho de la viuda, sino de la mujer encinta frente al patrimonio del padre de su hijo fallecido, independientemente de que estuviera o no casada con él. El precepto no puede interpretarse literalmente sino de

⁵⁸ ALONSO PÉREZ, “Comentario...” pág. 57. No faltan autores que han defendido que, en realidad, el titular del derecho es el *nasciturus*. En nuestra opinión es un punto de vista erróneo, pues el concebido carece de personalidad, aunque se le considere como nacido para todos los efectos que sean favorables, siempre que nazca con las condiciones establecidas en el art. 30 Cc; por lo que habría que considerar, y sería absurdo, que el derecho del póstumo a ser alimentado no ha existido en el caso de no concurrir los requisitos del citado precepto, con el consiguiente deber de restitución a cargo de la madre, en el caso de no ser viable.

⁵⁹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, pág. 55.

⁶⁰ ALONSO PÉREZ, “Comentario...” pág. 58; GARCÍA RUBIO, *Alimentos...*, pág. 188. En parecido sentido dice BUSTO LAGO que se trata de una carga impuesta *ex lege* sobre el patrimonio hereditario a favor de la viuda gestante y en interés del *nasciturus* (“Comentario...” pág. 1112).

conformidad con los principios constitucionales, que impiden toda discriminación entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales⁶¹.

Es cierto, sin embargo, que si la mujer no está casada, no será de aplicación la presunción de paternidad del marido establecida en el art. 116 Cc, por lo que corresponderá a la mujer que pretende los alimentos probar la paternidad del fallecido. Solo a raíz de esta prueba podrá hacer valer los derechos sucesorios del *nasciturus* y, consecuentemente, su derecho a ser alimentada durante el embarazo con cargo a la porción hereditaria que corresponde al hijo. Y no representa un obstáculo para hacer valer su pretensión *a posteriori* el art. 148 Cc, dado que la hipótesis del art. 964 Cc no es un supuesto de alimentos en sentido estricto.

5. Las pensiones a cargo de la herencia establecidas en el ordenamiento italiano a favor del cónyuge separado, del cónyuge divorciado y de los hijos no reconocibles

Aunque claramente orientadas a procurar al beneficiario medios de vida, no pertenecen tampoco a la categoría de las obligaciones de mantenimiento, precisamente por su naturaleza sucesoria, las pensiones que en determinadas circunstancias se reconocen en el Derecho italiano, con cargo a la herencia, a favor del cónyuge separado, del cónyuge divorciado o de los llamados hijos no reconocibles, las cuales quedan también, por consiguiente, fuera de nuestro campo de estudio.

En el Derecho español ni el cónyuge separado ni el cónyuge divorciado tienen reconocido derecho sucesorio alguno (cfr. arts. 834 y 945 Cc), a diferencia de lo que ocurre en el Derecho italiano.

De los derechos sucesorios del cónyuge separado se ocupa el art. 548 *Codice*, el cual parte de una distinción entre dos situaciones: el cónyuge al que no se le ha imputado la separación, -al que se le reconocen los mismos derechos sucesorios que el cónyuge no separado-, y la del cónyuge al que se le haya imputado la separación, -que tiene únicamente derecho a una pensión vitalicia si en el momento de la apertura de la sucesión disfrutaba de un derecho de alimentos a favor del cónyuge fallecido-. Esta diferencia de trato entre el cónyuge al que se le imputa la separación y el cónyuge al que no se le imputa es muestra de una clara finalidad sancionadora. Supone, con todo, una atenuación del rigor del régimen anterior en el que se negaba todo derecho sucesorio al cónyuge separado con culpa⁶².

La pensión vitalicia que se reconoce al cónyuge al que se le imputa la separación posee, sin ningún género de duda, naturaleza asistencial⁶³. Así resulta del hecho de ser presupuesto para su nacimiento el disfrute, en el momento de la apertura de la sucesión, de una pensión alimenticia. Esta pensión alimenticia le habrá sido reconocida con fundamento en lo dispuesto en el art. 156, 3º *Codice* y siempre que no se encuentre en situación de proveer a su propia subsistencia (art. 442), de donde se colige la *ratio* y la función del *assegno* hereditario, que no es otro que hacer posible la percepción de los medios materiales destinados a la satisfacción de las necesidades, tras la muerte del obligado a los alimentos, dado que la muerte, de conformidad con el art. 448 *Codice*,

⁶¹ GARCÍA RUBIO, *Alimentos...*, págs. 188 y 189.

⁶² Para algunos autores esto significa el abandono de la función sancionadora de la culpa en la separación y la introducción de un sistema mediante el que se tutela únicamente un interés privado del otro cónyuge, que es el interés de que quede excluido del grupo de los herederos legítimos el cónyuge culpable (BESSONE, *La famiglia...*, pág. 236).

⁶³ BIANCA, *Diritto...*, pág. 233.

extingue esta obligación. Extinguida la relación alimenticia por la muerte del obligado, nace, por disposición de la ley, un legado de alimentos⁶⁴.

La función de la pensión hereditaria es, sin embargo, la misma que la de la pensión alimenticia, de la que viene a ser una especie de continuación, sin necesidad de demostrar nuevamente la concurrencia del presupuesto de los alimentos, que es el estado de necesidad, entendido como no idoneidad del sujeto para satisfacer sus fundamentales necesidades de vida⁶⁵. Ahora bien, la continuidad no es absoluta, puesto que el legislador no se ha limitado a mantener el derecho de alimentos con cargo a la herencia. Habrá de procederse a fijar su cuantía con arreglo a los criterios legales, que son el caudal hereditario y la cualidad y el número de los herederos legítimos; además, no podrá superar el importe de la prestación alimentaria de que se hubiese disfrutado.

La indudable conexión que existe entre el *assegno* hereditario a favor del cónyuge separado con *addebito* y el deber de alimentos entre parientes regulado en los arts. 433 y ss. *Codice* suscita algunas dudas, como la de si habrá que entender que se extingue por el cese del estado de necesidad o si, por el contrario, posee naturaleza vitalicia⁶⁶. Por una parte hay razones para defender la no aplicación del régimen jurídico de los alimentos: el cónyuge supérstite no ostenta un derecho de alimentos frente a la herencia, sino un derecho de naturaleza hereditaria; mas por otro lado hay argumentos de peso para propugnar la aplicación de las causas de extinción de los alimentos, en particular el hecho de que no se encuentre razón alguna por la que deba ser distinta y mejor la posición del esposo separado en vida del cónyuge que tras su muerte.

En cuanto al cónyuge divorciado, le puede también corresponder un derecho sucesorio, cuya naturaleza es la un legado *ex lege*, si se dan los presupuestos establecidos en el art.9 *bis* de la Ley n. 898, de 1 de diciembre de 1970, reguladora de la disolución del matrimonio: el estado de necesidad del *ex* cónyuge, y el reconocimiento de su derecho a la pensión de divorcio, siempre que ésta consista en el pago periódico de sumas de dinero, no en cambio cuando la prestación post-matrimonial se haya satisfecho mediante un único pago.

En este caso el estado de necesidad, dice BIANCA, debe ser entendido en el mismo sentido que a propósito de la pensión de divorcio, esto es, como insuficiencia del patrimonio del *ex* cónyuge sobreviviente para mantener el nivel de vida matrimonial⁶⁷. Y el reconocimiento del derecho a la pensión, que puede ser previo o posterior a la apertura de la sucesión, no tiene que haberse producido necesariamente en vía judicial; puede ser también negocial.

Cuando se den estos presupuestos, el juez fijará una pensión a cargo de la herencia, teniendo en cuenta el importe de las sumas periódicamente percibidas por el supérstite, la entidad de la necesidad y en su caso de la pensión de reversibilidad⁶⁸, del patrimonio hereditario, y del número y cualidad de los herederos, así como de sus condiciones económicas. Dice el párrafo 2º del art. 9 *bis* que la pensión puede satisfacerse, si hay acuerdo de las partes, mediante un pago único, y que se extingue si el beneficiario contrae nuevo matrimonio o desaparece su estado de necesidad, y añade

⁶⁴ BARBIERA, *I diritti* ..., pág. 103; ROSSI, Marzia, "Gli effetti...", pág. 211.

⁶⁵ BIANCA, *Diritto*..., pág. 233.

⁶⁶ Esta es la opinión común de la doctrina: entre otros, BIANCA, *Diritto*..., pág. 235; BARBIERA, *I diritti* ..., pág. 107; BONILINI, *Diritto*..., pág. 114.

⁶⁷ *Diritto* ..., pág. 305.

⁶⁸ Con el término pensión de reversibilidad se entiende, dice SESTA, aquella prestación a que tiene derecho el supérstite cuando el familiar difunto fuese en vida titular de una pensión de vejez, de invalidez, de incapacidad, de ancianidad o suplementaria, o sea, de una prestación perteneciente al número de aquellas definidas como reversibles (*Diritto*..., pág. 365).

que cuando resurja el estado de necesidad se puede atribuir al cónyuge supérstite una nueva pensión.

Al igual que hemos visto que ocurría en el supuesto anterior de pensión hereditaria a favor del cónyuge al que se le imputa la separación, se considera en este caso que el derecho a favor del *ex* cónyuge es un derecho nuevo, que nace tras la cesación de la anterior pensión de divorcio, sobre la base de presupuestos y condiciones que no coinciden con aquellos que la justificaban. Es clara, no obstante, su naturaleza asistencial y su relación con la pensión de divorcio, que resulta, no solo de la letra de la ley, sino también del origen de la norma, que encuentra sus raíces en la convicción, no compartida por la jurisprudencia, de la intransmisibilidad *mortis causa* de la pensión de divorcio⁶⁹. Pese a sus coincidencias con la pensión de divorcio, esta pensión a cargo de la herencia no es una relación obligatoria, sino que tiene la naturaleza de un legado de origen legal.

La doctrina defiende de modo unánime que el fundamento de esta pensión con cargo a la herencia, en principio vitalicia, es la solidaridad post-conyugal⁷⁰. En lo que no hay acuerdo es en lo relativo a su naturaleza, discutiéndose si tiene naturaleza asistencial (para algunos, más exactamente, alimenticia⁷¹), sucesoria, o mixta⁷².

A nuestro modo de ver, el debate no está bien planteado. La cuestión no puede ser la de decidir si este *assegno* con cargo a la herencia a favor del divorciado tiene naturaleza alimenticia o naturaleza sucesoria. Es claro que ambas afirmaciones son correctas. Lo que interesa es aclarar el régimen jurídico de la figura. Los aspectos específicamente previstos por el legislador en el art. 9 *bis* no plantean dificultad. No es dudoso que el nuevo matrimonio del acreedor o la desaparición del estado de necesidad determinan la extinción de la pensión. Es claro también que el derecho puede resurgir, tras su extinción, si aparece de nuevo el estado de necesidad. Sobre estas cuestiones hay un pronunciamiento expreso del legislador. Las dificultades se plantean únicamente en cuanto a los aspectos no regulados. Surge entonces el interrogante de si se debe aplicar el régimen jurídico de los alimentos, o si se debería acudir al régimen de la pensión de divorcio.

No es un problema exclusivo de esta figura. Se plantea en relación con otras no reguladas de modo exhaustivo por el legislador, como la propia pensión de divorcio o el derecho de mantenimiento. La respuesta debe ser la misma en todos los casos: no se puede defender en bloque la aplicación del régimen jurídico de los alimentos, ni tampoco, probablemente, del *assegno* de divorcio, dado que se trata de un derecho distinto, si bien parcialmente coincidente con uno y con otro. Esto no quiere decir que la aplicación del régimen de los alimentos o de la pensión de divorcio deba quedar

⁶⁹ BARBIERA, *I diritti...*, pág. 107.

⁷⁰ BESSONE, *La famiglia...*, pág. 183; BONILINI, *Diritto...*, pág. 116; BIANCA, *Diritto...*, pág. 307; SESTA, *Diritto...*, pág. 370.

⁷¹ BESSONE, *La famiglia...*, pág. 184.

⁷² La mayor parte de los autores consideran que la prestación tiene naturaleza asistencial y al mismo tiempo sucesoria. Es el caso de BONILINI (*Manuale...*, pág. 243) o de BIANCA (*Diritto...*, págs. 307 y 308). Los argumentos que según este último avalan la naturaleza asistencial son el art. 9 *bis*, en cuanto que prevé su modificación por el cambio de circunstancias económicas, y su reaparición si surge de nuevo la necesidad, así como la extinción por el nuevo matrimonio del acreedor. Pero considera que también tiene naturaleza sucesoria, en cuanto que se trata de una atribución que tiene su causa en la muerte. Distinta es la opinión de BARBIERA que defiende la naturaleza alimenticia, pero no sucesoria, de la figura, considerando que ambos aspectos son inconciliables (*I diritti...*, pág. 107). De su tesis sobre la naturaleza alimenticia extrae el autor importantes consecuencias, como la imprescriptibilidad, la indisponibilidad, el hecho de que el pago deba ser anticipado y periódico, la aplicación del art. 440, 1º, la exclusión de la facultad en cuanto al modo de pago de la pensión, o el hecho de deberse desde el momento de la constitución en mora del deudor (*I diritti...*, págs. 109 y 110).

absolutamente descartada. Lo correcto es comprobar, caso por caso, si concurren los presupuestos necesarios para la aplicación analógica de cada norma, lo que exige, como paso previo, determinar su *ratio*.

Finalmente, no es tampoco una obligación de mantenimiento, pese a su origen legal, el derecho a la pensión sucesoria que el art. 580 *Codice*⁷³ establece a favor de los hijos no reconocibles, dado que ni es una relación obligatoria ni posee como finalidad atribuir al beneficiario medios de vida. Se trata, por el contrario, de un peculiar derecho de legítima⁷⁴, y su fundamento no es otro que el que generalmente se atribuye a ésta, esto es, la inderogable solidaridad que según la conciencia social existe entre los parientes más próximos⁷⁵. Aunque esta es la opinión más probable, no se puede ignorar que en la mente del legislador que redactó la norma estaba presente una cierta finalidad asistencial, como resulta de la relación entre el art. 580 y el 279 *Codice*, expresamente mencionado por éste, en el que se consagra el derecho del hijo no reconocible a obtener de sus padres el mantenimiento, la educación e instrucción. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en otros casos, la cuantía de este *assegno* periódico a cargo de la herencia no coincide ni encuentra el límite en la pensión de mantenimiento que en su caso estuviese ya cobrando, sino que viene determinada por el valor de la cuota hereditaria a la que habría tenido derecho en el caso de estar determinada legalmente su filiación.

⁷³ Dice el art. 580, 1º *Codice* que a los hijos naturales que tengan derecho al mantenimiento, a la educación y a la instrucción de conformidad con lo previsto en el art. 279, corresponde una pensión vitalicia, de igual montante a la renta de la cuota de herencia a la que tendría derecho si la filiación hubiese sido declarada o reconocida. El precepto tiene que ser completado con lo dispuesto en el art. 594, a cuyo tenor los herederos, los legatarios y los donatarios están obligados, en proporción a cuanto han recibido, a satisfacer a los hijos naturales a los que se refiere el art. 279, una pensión vitalicia con el límite establecido en el art. 580, si el padre no ha dispuesto por donación o testamento a favor de los propios hijos. Si el testador ha dispuesto a su favor, pueden renunciar a la disposición y solicitar la pensión.

⁷⁴ BIANCA, *Diritto...*, pág. 681.

⁷⁵ BIANCA, *Diritto...*, págs. 669 y 681.

CAPÍTULO II- LOS ALIMENTOS

I- INTRODUCCIÓN

Resulta oportuno comenzar el estudio de las obligaciones de mantenimiento por la llamada obligación de alimentos, o alimentos sin más, porque es objeto, en el plano legislativo, de un tratamiento sistematizado y autónomo, que se encuentra contenido en los arts. 142 a 153 Cc y 433 a 448 *Codice*. Se trata, además, de una normativa relativamente completa. Todo ello ha determinado que se acuda a ella con frecuencia a fin de llenar las numerosas lagunas que se revelan en las casi siempre escuetas disposiciones que el legislador dedica al resto de las obligaciones de mantenimiento.

Se hace preciso, no obstante, extremar la cautela a la hora de acudir a esta normativa para integrar el régimen jurídico de otras obligaciones legales de mantenimiento. El mero hecho de que una obligación impuesta por la ley persiga como finalidad proveer al acreedor de lo necesario para vivir, no basta para trasladarle sin más las previsiones de la obligación de alimentos, sino que será preciso dilucidar, caso por caso, si se dan o no los presupuestos necesarios para la aplicación analógica de las normas y en particular el requisito de la identidad de razón a que se refiere el art. 4.1 Cc.

La obligación de alimentos es, ciertamente, una obligación de mantenimiento, pero ello no significa que su régimen jurídico sea aplicable de manera automática a cualquier otra relación obligatoria con la que coincida en su finalidad.

No deben en ningún caso identificarse alimentos y obligaciones de mantenimiento, pues aquéllos son sólo uno de los tipos o clases de esta categoría general. Cuestión distinta es que, en un determinado momento histórico, la intención del legislador fuese agrupar distintos supuestos, que hasta entonces se encontraban dispersos, dentro de una única figura. Y cuestión distinta es, también, que no siempre estén claras las relaciones entre los alimentos y esas otras prestaciones de mantenimiento, algunas de las cuales han sido introducidas por las leyes con posterioridad; unas relaciones que, desde luego, interesa clarificar.

Para algunos autores italianos, estos otros casos de obligaciones “alimenticias” se insertan de modo anómalo en el contexto de los principios propios del régimen de los alimentos, echan por tierra el proyecto unitario y específico de la materia alimenticia que persiguió el Código de 1942, y ponen en discusión el concepto mismo de los alimentos⁷⁶. En nuestra opinión, esta apreciación parte de una premisa equivocada, cual es la de entender que aquella regulación, en efecto unitaria, es omnicompreensiva, pretendiéndose además que la finalidad de mantenimiento, que es lo que los nuevos supuestos tienen en común con ella, basta por sí sola para justificar su sometimiento a una misma disciplina, lo que resulta claramente inexacto.

El régimen jurídico de los alimentos constituye en cualquier caso un referente imprescindible a la hora de abordar el análisis teórico, y también la aplicación práctica, del resto de las obligaciones de mantenimiento. Se trata, de otro lado, de una normativa que, en palabras de JIMÉNEZ MUÑOZ, ha resultado revivificada en las últimas décadas, en las que la realidad sociodemográfica ha puesto de manifiesto un creciente envejecimiento de la población, que determina que un importante sector de la misma incida en alguna forma de dependencia, así como que un elevado número de jóvenes

⁷⁶ ARGIROFFI, *Gli alimenti...*, págs. 20 y 182.

tienen grandes dificultades para independizarse absolutamente de sus progenitores, principalmente por su tardía incorporación al mercado laboral (creciente elevación de la edad de finalización de estudios, falta de puestos de trabajo...) y la escasez actual de viviendas a precios asequibles⁷⁷.

La exposición está referida, como ya se ha anunciado anteriormente, al Derecho español y al italiano; las distintas cuestiones se tratarán a partir de lo establecido en ambos ordenamientos. Ello nos debe permitir perfilar adecuadamente esta obligación y en particular, determinar sus presupuestos y explicar la *ratio* de su particular régimen jurídico. Sólo así estaremos en condiciones de pronunciarnos, posteriormente, acerca de su aplicación a otras obligaciones legales de mantenimiento.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, en el Derecho italiano la obligación de alimentos, aunque es una obligación típicamente familiar, no es, sin embargo, exclusivamente familiar. Quizás por ello la rúbrica del título que el Código le dedica sea en el primer caso *De la obligación de alimentos entre parientes*, y en el segundo simplemente *De los alimentos*. El art. 437 *Codice* impone al donatario un deber de alimentos frente al donante⁷⁸. Dada su naturaleza extra-familiar, este supuesto, que posee su particular fundamento⁷⁹, queda fuera del presente estudio.

II- PRECEDENTES Y NORMATIVA ACTUAL

Tanto el Código civil italiano como el español contienen, dentro del Libro I, dedicado a la persona y a la familia, un título dedicado a los alimentos. En el caso del *Codice*, es el Título XIII, integrado por los artículos 433 a 448, y en el caso del Código español, es el Título VI, que conforman los arts. 142 a 153. Empezaremos por éste último, por ser cronológicamente anterior.

A diferencia del sistema adoptado por el Proyecto de 1851⁸⁰, que incluía el régimen de los alimentos entre “los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio” (Capítulo III del Título II), el Código español de 1889 creó un título diferenciado, dentro del Libro I, para regular de modo autónomo lo que dio en llamar la “obligación de alimentos entre parientes”, quedando en ella incluidos el caso de los cónyuges y el de los descendientes. Esta iniciativa, que fue bien recibida por la doctrina⁸¹, ha producido sin embargo un efecto nada deseable, cual es el de la confusión de figuras que, si bien presentan aspectos comunes, son en realidad distintas. Los sujetos que de conformidad con el art. 143 Cc están obligados a prestarse alimentos son los cónyuges, los

⁷⁷ “La regulación...”, pág. 745.

⁷⁸ El art. dice que “Il donatario è tenuto, con precedenza su ogni altro obligato, a prestare gli alimenti al donante, a meno che si tratti di donazione fatta in riguardo di un matrimonio, o di una donazione remuneratoria”. En el Derecho español las cosas son algo distintas, al no existir un precepto en el que directamente se imponga al donatario un deber de alimentos frente al donante en situación de necesidad. Ahora bien, dado que el art. 648 permite la revocación de la donación cuando el donatario niegue indebidamente alimentos al donante, un sector de la doctrina sostiene que de la donación surge un deber de alimentos a cargo del donatario.

⁷⁹ Aunque tradicionalmente se afirmaba que el fundamento del deber de alimentos del donatario era la gratitud de éste frente al donante, es mucho más convincente el punto de vista de quienes consideran que el ordenamiento se ha preocupado de impedir que el donatario siga disfrutando de las ventajas de la donación sin socorrer al donante, aparte de que no es razonable que el donatario se enriquezca mientras que la familia del donante, que en cierto modo ya se ha resentido de los efectos de la donación, tenga además que proveer a su mantenimiento (En este sentido, AULETTA, *Alimenti...*, pág. 62).

⁸⁰ La evolución histórica del Derecho español en este punto está expuesta con detalle por MORENO MOZO, *Cargas...*, págs. 3-35.

⁸¹ Así, entre otros muchos, ORTEGA LORCA, *Código...*, pág. 440; MANRESA y NAVARRO, *Comentarios...*, t. I, pág. 782.

ascendientes y descendientes, y los hermanos, por lo que sería lógico entender que las reglas contenidas en los artículos que conforman este Título VI rigen para todos esos supuestos, cuando en realidad no es así, según se admite hoy de modo unánime por la doctrina y por la jurisprudencia, que consideran que parte de esa normativa no se aplica en el caso de los alimentos debidos por los padres a los hijos sometidos a la patria potestad, ni tampoco en el caso de los cónyuges⁸². Quizás esta confusión no se hubiese producido si el art. 143 Cc no se hubiese interpretado de manera aislada sino en conexión con los preceptos que establecen el contenido de la relación matrimonial y de la relación paterno-filial, como ya hizo la antigua doctrina⁸³. Así, el hecho de que el art. 143 Cc mencione la existencia de un deber de alimentos entre cónyuges, o de un deber de alimentos de los padres respecto de sus hijos, no significa, necesariamente, que dicho deber, -con el contenido y régimen jurídico previsto en los preceptos sucesivos-, exista en todo momento entre los citados sujetos. Los supuestos en los que un cónyuge tiene frente a otro un derecho de alimentos, o en los que un hijo es titular frente a sus padres de tal derecho, habrán de deducirse, no sólo de las normas dedicadas a la obligación de alimentos entre parientes, sino también de las normas reguladoras de una y otra relación jurídica, que se convierten así en elementos interpretativos imprescindibles.

Está fuera de toda duda, en cualquier caso, que la idea de incluir en el Código un tratamiento diferenciado de la obligación de alimentos fue acertada, y es prueba de ello que el Código italiano de 1942 adoptase posteriormente la misma solución, la cual vino acompañada de una más perfecta elaboración conceptual, que evitó la confusión que aún hoy perdura en nuestro ordenamiento, entre la obligación de alimentos propiamente dicha y otras obligaciones de mantenimiento, en particular el deber de mantenimiento entre cónyuges o de los padres respecto de los hijos menores de edad.

La regulación de los alimentos que perfiló el legislador español en el Código de 1889 permanece en lo esencial invariada. En el título dedicado a la figura se encuentra un concepto de los alimentos (art. 142), la enumeración de los sujetos obligados (art. 143), las soluciones para el caso en que haya pluralidad de acreedores o deudores (arts. 144 y 145), las reglas para la fijación de la cuantía (art. 146 y 147) y el pago de los alimentos (arts. 148 a 149), así como previsiones sobre su extinción (arts. 150 a 152). Menos de la mitad de estos preceptos han sido reformados en más de un siglo de vigencia, lo que no constituye necesariamente una prueba de su adecuación a los tiempos que corren. Más bien, como tantas veces ocurre, el legislador se ha limitado a afrontar las reformas más perentorias, quedando en manos de los tribunales y de la doctrina la tarea de adaptar las previsiones legislativas a la realidad social.

⁸² Tanto una como otra se vienen considerando obligaciones de naturaleza alimenticia pero distintas de la obligación alimenticia *stricto sensu*. Se entiende que forman parte, respectivamente, de la relación paterno-filial y de la relación conyugal, adoptándose en ocasiones una terminología distinta para aludir a ellas y evitar su confusión con los alimentos entre parientes (Sobre la cuestión, últimamente, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, págs. 44 y ss., y JIMÉNEZ MUÑOZ, “La regulación...”, págs. 747 y ss.).

⁸³ ORTEGA LORCA. Expuso este autor que, dado que el Código contenía preceptos expresos para cada una de las fases o situaciones en que puede hallarse un matrimonio (el art. 68, 4º preveía el señalamiento de alimentos a la mujer en el caso de haberse entablado el divorcio o la nulidad del matrimonio, y el art. 1434 establecía de manera expresa que el marido y la mujer debían atender recíprocamente a su sostenimiento durante la separación), era lo lógico entender que el art. 143, cuando mencionaba el deber recíproco de alimentos entre cónyuges, estaba aludiendo al matrimonio subsistente y era tan sólo una ampliación del art. 56, que declaraba el deber de los esposos de socorrerse mutuamente (*Código...*, t. III, pág. 29). Y de modo análogo sostuvo el autor que “El caso del artículo se refiere a los descendientes emancipados, pues respecto de los que no lo están establece de un modo expreso la obligación de alimentos el inciso primero del art. 155” (*Código...*, tomo III, pág. 451).

La publicación de la Constitución en el año 1978 exigió adecuar el régimen de los alimentos a los nuevos principios constitucionales, tarea ésta que se llevó a cabo por la Ley 11/1981, de reforma del Código civil, la cual dio nueva redacción a los arts. 142, 143, 144 y 146, e incorporó un nuevo párrafo al art. 148.

La principal exigencia que se derivaba del texto constitucional era la necesidad de eliminar las diferencias de trato entre los llamados entonces hijos legítimos e hijos ilegítimos, que tenían su reflejo, entre otras muchas materias, en sede de alimentos. Se da, pues, nueva redacción al art. 143 Cc, al objeto de equiparar el parentesco que derivaba del matrimonio con el surgido al margen de él. A partir de este momento, no sólo se reconoce un derecho de alimentos de idéntico alcance y contenido para los hijos matrimoniales y para los no matrimoniales, sino que además se establece que todos los ascendientes, descendientes y hermanos tienen un derecho de alimentos entre sí, con independencia de que el parentesco que les ligue derive o no del matrimonio⁸⁴.

La reforma del art. 143 Cc y la desaparición de la anterior distinción entre los alimentos a favor de los hijos ilegítimos no naturales y el resto, determinó asimismo la necesidad de modificar el art. 146, que al ocuparse de la cuantía de los alimentos, tenía también en cuenta dicha diferencia⁸⁵.

El resto de los artículos sobre alimentos que se modificaron en el año 81 lo fueron por razones que nada tienen que ver con los principios constitucionales. Como tantas veces ocurre, se aprovechó la reforma para introducir pequeños cambios, cuya conveniencia se había dejado sentir. Es el caso del art. 142, que además de suprimir la antigua referencia a la “posición social de la familia” como criterio al que acudir para determinar lo que “es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”, incluye dentro del contenido de los alimentos la educación e instrucción del alimentista, aún mayor de edad, “cuando no haya terminado su formación por causa que

⁸⁴ En su redacción originaria el art. 143 Cc establecía como regla que la relación alimenticia de origen legal quedaba establecida en el ámbito de la familia legítima, esto es, de la que tenía su origen en el matrimonio. Tanto los ascendientes como los descendientes, así como los hermanos, se debían recíprocamente alimentos siempre y cuando fuesen legítimos. Se preveía también, no obstante, un derecho de alimentos entre los padres y los hijos legitimados por concesión real y los descendientes legítimos de éstos (art. 143, 3º) y entre los padres y los hijos naturales reconocidos y los descendientes legítimos de éstos (art. 143, 4º), a lo que se añadía, finalmente, un derecho de alimentos, pero de contenido menor, entre los padres y los hijos ilegítimos no naturales. En este caso sólo se les reconocía el derecho a exigirse recíprocamente “los auxilios necesarios para la subsistencia” y a los hijos ilegítimos no naturales el derecho a que sus padres les costeasen, además, “la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio”.

El texto exacto del artículo era el siguiente: “Están obligados recíprocamente a darse alimentos, en toda la extensión que señala el artículo precedente:

1º-Los cónyuges.

2º-Los ascendientes y descendientes legítimos.

3º-Los padres y los hijos legitimados por concesión y los descendientes legítimos de éstos.

4º-Los padres y los hijos naturales reconocidos y los descendientes legítimos de éstos.

Los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales, se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia. Los padres están además obligados a costear a los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio.

Los hermanos deben también a sus hermanos legítimos, aunque sólo sean uterinos o consanguíneos, los auxilios necesarios para la vida, cuando por un defecto físico o moral, o por cualquier otra causa que no sea imputable al alimentista, no pueda éste procurarse su subsistencia. 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”.

⁸⁵ La variación del texto del precepto es mínima. Si antes decía que “La cuantía de los alimentos, en los casos comprendidos en los cuatro números del art. 143, será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”, tras la reforma del 81, dice: “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”.

no le sea imputable” y “los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”. Es el caso, también, del art. 144, que introduce una diferencia, antes inexistente, entre los hermanos de doble vínculo y los de vínculo sencillo, quedando estos últimos obligados sólo en defecto de aquéllos. Y es el caso, finalmente, de la norma que se añade en el art. 148, cuyo último párrafo prevé la adopción por parte del juez de medidas cautelares que garanticen la efectividad de los alimentos.

Con posterioridad a la ley 11/1981, se produjo una nueva reforma legislativa, aunque muy puntual, del régimen jurídico de los alimentos contenido en el Código civil. La llevó a cabo la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, que introdujo una excepción a la norma que permite al deudor de los alimentos elegir como forma de pago el mantenimiento en la propia casa de quien tiene derecho a ellos. Esta elección no será posible, dice el párrafo 2º del art. 149, “cuando contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial”, y podrá además ser rechazada “cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”.

El régimen sobre los alimentos contenido en el Código civil español se completa con las previsiones sobre el tema contenidas en la Ley concursal (Ley 22/2003). Debe tenerse en cuenta, en particular, el art. 47, al que dio nueva redacción la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Por último, no podemos dejar de mencionar, pues se trata de la novedad más importante del panorama legislativo de los alimentos, la publicación en España de algunas leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho o uniones estables, que incluyen preceptos en los que se impone a los miembros de la pareja la obligación de prestarse alimentos entre sí. Es el caso de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, del Parlamento de las Islas Baleares y del Código del Derecho Foral de Aragón (aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo), de los que se trata en el capítulo V.

Pasando ya al Código italiano, lo primero que hay que señalar es que la existencia en él de un título autónomo para la obligación legal de alimentos constituye una novedad del texto vigente. El anterior Código civil, de 1865, regulaba la materia de las obligaciones alimenticias en lugares diversos: en el Título dedicado al matrimonio (sobre todo en los arts. 138 a 147, y también en el art. 156, sobre la separación); en el Título sobre la filiación (en concreto, en los arts. 186, 187 y 193, dedicados a los hijos nacidos fuera del matrimonio), y en el Título en el que se regulaba la adopción (art. 211). Había, además, algunas referencias aisladas a los alimentos fuera del Libro I, que eran el art. 846, sobre legado de alimentos, y en el art. 1081, que permitía la revocación de la donación por el donante cuando el donatario le negase indebidamente alimentos. Pese a esta dispersión, la sede principal de la figura eran los arts. 138 a 147 (sección II del Título V del Libro I), en los que se incluían disposiciones heterogéneas, y cuya rúbrica era la siguiente: “De los derechos y deberes de los cónyuges respecto a la prole y del derecho a los alimentos entre parientes”. La regulación de los alimentos dentro del capítulo dedicado a las obligaciones que nacen del matrimonio, en absoluto acertada, tiene una explicación histórica: se había tomado del Código de Napoleón que recogió una tradición consolidada y plurisecular en este sentido, obra de los glosadores y comentaristas⁸⁶.

La nueva disciplina constituye un diseño unitario y específico que aparece como reacción al anterior desorden normativo, pese a lo cual algún autor estima que es también fragmentaria y sintética, aunque se encuentre en un título independiente⁸⁷. A

⁸⁶ DOGLIOTTI, “Doveri...”, pág. 13.

⁸⁷ MORELLI, Mauro, Gli alimenti..., pág. 687.

este objetivo de sistematización, que se ha dicho que confirma la autonomía científica de la figura⁸⁸, se une el deseo de diferenciar los alimentos del deber de mantenimiento.

El planteamiento del Código de 1865 era, en este punto, bastante oscuro. Por una parte se establecía un deber de alimentos dentro de la regulación de determinadas relaciones jurídico-familiares que constituían su presupuesto: dentro del régimen del matrimonio se regulaba la obligación de alimentos entre cónyuges separados, y dentro del régimen de la filiación se reconocía un derecho de alimentos a favor de los hijos naturales; pero también dentro de las respectivas normativas se incluía el deber de asistencia entre cónyuges y el deber de mantener, educar e instruir a la prole. Al margen de lo anterior, había una serie de artículos que parecían estar referidos únicamente a los alimentos, no sólo porque era éste el término que empleaban, y nunca el de “mantenimiento” u otro término distinto, sino porque parecían adaptarse mejor a aquéllos que a éste⁸⁹. Es el caso de la norma que prevé que los alimentos se asignen en proporción a la necesidad de quien los reclama y a los medios de quien debe suministrarlos (art. 143), del precepto que consagra la mutabilidad de los alimentos, e incluso su cesación, por variación de las circunstancias (art. 144), o de la norma que admite dos formas posibles de prestación, *in natura* o en casa del obligado⁹⁰.

A partir de estas observaciones, y desde el convencimiento de que ya el legislador decimonónico había querido diferenciar el deber de mantenimiento del deber de alimentos, se elabora la distinción entre una y otra figura, y se aclara que el régimen jurídico unitario que pasa a estar contenido en los arts. 432 y ss. del nuevo texto no es aplicable al deber de mantenimiento entre esposos o de los padres respecto de los hijos, que están sujetos a su propia y particular normativa.

En el nuevo Código se introducen, de otro lado, modificaciones de carácter sustantivo, aunque de escasa importancia, que son, sustancialmente, las siguientes: la obligación alimenticia entre hermanos no se hace ya depender, como hasta entonces ocurría, de ningún defecto físico o mental, o de otra causa no imputable al alimentado; el derecho se subordina al estado de necesidad, pero también a la condición de no estar el sujeto en situación de proveer a su propio mantenimiento; y se reparten mejor las cargas, al regularse el concurso entre varios obligados y varios titulares⁹¹.

Sólo cinco años después de la publicación del actual *Codice civile*, que data de 1942, se publica, con fecha 27 de diciembre de 1947, la Constitución de la República italiana, que introduce principios que habían sido totalmente ignorados por aquél y que inciden directamente sobre la normativa de los alimentos, y de otras instituciones del Derecho de familia. Son el principio de igualdad jurídica de los cónyuges (art. 29), el reconocimiento del deber de los padres de mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los nacidos fuera del matrimonio (art. 30, 1º), y el reconocimiento a favor de los hijos extramatrimoniales de aquella tutela jurídica y social que resulte compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima (art. 30, 3º). En palabras de BESSONE, resultaba evidente que las directrices constitucionales obligaban al legislador ordinario a promover una reforma del *Codice civile* absolutamente radical⁹².

⁸⁸ ARGIROFFI, *Gli alimenti...*, pág. 1.

⁸⁹ VICENZI AMATO, *Gli alimenti...*, pág. 26.

⁹⁰ VICENZI AMATO, *Gli alimenti...*, pág. 26.

⁹¹ La exposición es de DOGLIOTTI, quien considera que se refuerza la tutela del alimentado (“Doveri...”, pág. 20).

⁹² “Rapporti...”, pág. 110. Pero el autor pone de relieve cómo no faltaron, en un primer momento, interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales poco respetuosas con el nuevo texto. La tutela de la familia legítima y de su integridad seguían justificando para algunos un régimen de discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, que estimaban “necesario para garantizar el orden moral (y económico) de la familia italiana” (pág. 112).

Así pues, tras una etapa de gran actividad por parte de la Corte Constitucional⁹³, que había dirigido al legislador una invitación expresa para adecuar la normativa a los principios constitucionales⁹⁴, se decide éste, finalmente, a afrontar la reforma del Código.

La reforma del régimen legal de los alimentos se realiza a través de dos leyes: la Ley de 8 de marzo de 1975, n. 39, y la Ley de 19 de mayo de 1975, n. 51. Los aspectos concretos que resultan modificados son los siguientes: los sujetos de la relación alimenticia, (por medio de una modificación de los arts. 433 y 436, y de la derogación del art. 435); y el alcance de la deuda alimenticia entre hermanos, (mediante la modificación del párrafo 2º del art. 439). A ello se suma la reforma de dos preceptos que se encuentran fuera de la oportuna *sedes materiae* y que no deriva de ninguna exigencia constitucional. Nos referimos al art. 51, cuya modificación posee escaso interés a los fines de este trabajo, al tener un carácter puramente técnico⁹⁵, y al art. 148, 1º, que proporciona, en cambio, interesantes elementos para la reflexión.

La reforma es consecuencia directa de los nuevos principios constitucionales; se ocupó de adecuar la vieja disciplina al principio de equiparación del *status* familiar mencionado por el art. 30, 3º CI, cuyo alcance innovador había subrayado la Corte Constitucional⁹⁶.

Inicialmente, la obligación de alimentos del padre respecto del hijo natural tenía lugar después de la que le correspondía frente a los padres y ascendientes legítimos, y la obligación del padre (natural o legítimo) respecto de los descendientes naturales del propio hijo (legítimos o naturales), se situaba tras el suegro o suegra del obligado, limitándose además a lo estrictamente necesario; la nueva normativa dispone en cambio que padres y ascendientes naturales ocupan el mismo puesto que los legítimos, y están obligados en todo caso a los llamados alimentos “civiles” o alimentos en sentido amplio.

Todas las anteriores previsiones van a quedar incorporadas al texto del art. 433 del *Codice*, suprimiéndose el art. 435, que preveía como una hipótesis distinta y autónomamente regulada, la obligación alimenticia en el ámbito de la familia natural. Se conserva, en cambio, el primer párrafo del art. 436, a pesar de que la obligación del padre adoptivo estaba ya prevista en el nº 3º del art. 433, con el único fin de precisar que el padre adoptivo precede en la escala de los obligados a los padres legítimos o naturales⁹⁷.

En cuanto a la reforma del art. 51 por la ley del 75, no hay mucho que decir. El precepto reconoce al cónyuge del ausente que se encuentre en estado de necesidad, acción para obtener en vía judicial una pensión alimenticia, “además de aquello que le corresponda por efecto del régimen patrimonial de los cónyuges o por título de sucesión”. El único cambio que se introduce en este precepto es que donde ahora dice “régimen patrimonial de los cónyuges”, antes se aludía a las convenciones matrimoniales. Como explica ROMAGNOLI, en el momento en el que se redacta la versión original, el régimen legal del matrimonio era el de separación, que no comportaba distribución de los bienes entre los cónyuges, de ahí que fuese pertinente la referencia a las convenciones matrimoniales, pues sólo de éstas podía derivar un

⁹³ La recoge con detalle CASSANO, que afirma que la labor de la jurisprudencia constitucional es determinante, más que en otros sectores, para la reconstrucción de un nuevo modelo normativo de las relaciones familiares patrimoniales y personales. (“Cenni...”, pág.19). También, LANZILLO e ZANETTI, “Le sentenze...”, pág. 360.

⁹⁴ Así lo manifiesta SESTA, *Diritto...*, pág. 27.

⁹⁵ Así lo afirma DELL’ORO, *Commentario...*, pág. 36.

⁹⁶ En este sentido, DELL’ORO, *Commentario ...*, pág. 30.

⁹⁷ DELL’ORO, *Commentario ...*, págs. 30 y 31.

particular régimen entre los esposos⁹⁸. En suma, la modificación de este precepto no es consecuencia de la entrada en vigor de un texto constitucional que responde a principios en su día ignorados por el *Codice*.

Quizás sí lo sea, en cambio, la reforma del art. 148, 1º *Codice*, que tras precisar que el deber de los cónyuges de mantener a la prole es proporcional a sus medios económicos y a su capacidad de trabajo, profesional y doméstico, dispone que cuando los padres no tengan medios suficientes, los otros ascendientes, legítimos o naturales, en orden de proximidad, están obligados a proporcionar a los propios padres los medios necesarios para que éstos puedan cumplir sus deberes frente a los hijos. Se tutela con ello el derecho de los padres a no soportar interferencias en el ejercicio del derecho-deber de mantener, educar e instruir a los hijos que la Constitución Italiana les reconoce (art. 30, 1º).

III- OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS Y CONSTITUCIÓN

Según ha quedado expuesto en el apartado anterior, contamos actualmente con una regulación específica de la obligación de alimentos, que sin embargo y pese a las modificaciones de que ha sido objeto, es previa a la Constitución. Ello exige que nos planteemos dos cuestiones distintas. La primera, la de las relaciones entre los alimentos y los deberes de asistencia que según el texto constitucional recaen sobre los poderes públicos, y la segunda, la de la determinación de los principios constitucionales que deben presidir la interpretación del régimen jurídico de los alimentos, e inspirar, en su caso, las propuestas de *lege ferenda*.

1. La obligación de alimentos y la asistencia pública

La Constitución española atribuye al Estado, configurado como un “Estado social y democrático de Derecho”, un importante papel en la protección y asistencia de la población (no necesariamente necesitada), del que son muestra los arts. 27. 4 -que declara que la enseñanza básica es gratuita-, 41 -que atribuye a la Seguridad Social la función de garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad y especialmente en caso de desempleo-, 43.2 -que se refiere a las prestaciones sanitarias-, 49 -referido a la atención especializada de los disminuidos-, y 50 -que garantiza la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad-. A ellos hay que añadir el art. 39. 2, según el cual los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos.

La cuestión que se plantea a partir de este hecho es la de la incidencia y repercusión que sobre la obligación de alimentos despliega esta participación de los poderes públicos en la atención de las necesidades de los ciudadanos.

La participación de los entes públicos en la satisfacción de las necesidades individuales está igualmente prevista en la Constitución italiana. Por eso su publicación, aparte de determinar la reforma del *Codice*, reavivó el debate relativo a si ante las situaciones de necesidad, la obligación de los poderes públicos debía seguir siendo subsidiaria a la de los familiares, que era lo que tradicionalmente se pensaba⁹⁹. La

⁹⁸ *Commentario...*, pág. 5.

⁹⁹ AULETTA expone cómo tradicionalmente eran los familiares los que se ocupaban de atender las necesidades y cómo el Estado sólo lo hacía de manera subsidiaria, si bien a principios del s. XIX empezó a tomar cuerpo la idea de que el Estado y los entes públicos debían intervenir en esta materia (*Alimenti...*, págs. 1 a 9). Consecuentemente, se planteó el debate relativo a las relaciones que debían existir entre la asistencia del estado y la familiar, emitiéndose opiniones de signo diverso. Así, mientras CICU sostuvo

discusión se recrudece debido a que, como dice DOGLIOTTI, el texto constitucional configura un mayor compromiso del Estado y de toda la sociedad en la satisfacción de las necesidades del individuo¹⁰⁰. Son prueba de ello el art. 30, 2º, en el cual se prevé la intervención pública en el caso de que los padres no puedan asumir sus deberes respecto de sus hijos; el art. 32, 1º, que garantiza cuidados gratuitos a los indigentes; el art. 34, que establece que la educación básica es gratuita y que los ciudadanos con capacidad y méritos tienen derecho a alcanzar el más elevado grado de estudios, incluso si carecen de medios; y el art. 38, según el cual todo ciudadano incapaz para el trabajo y desprovisto de los medios necesarios para vivir tiene derecho al mantenimiento y a la asistencia social.

Es claro, pues, que la asistencia aparece en los textos constitucionales como un deber de los entes públicos. Pero no es menos cierto que se mantiene el deber de auxilio económico entre familiares en situaciones de necesidad, en cuanto que no se elimina la obligación de alimentos establecida en el Código civil. El problema es, entonces, el de las relaciones que existen o deben existir entre la prestación asistencial intrafamiliar y la prestación asistencial pública¹⁰¹, cuestión que ha estado sujeta en Italia a una amplia discusión doctrinal¹⁰².

Frente a los que defienden la existencia de un principio constitucional conforme al cual la familia asume en vía primaria la satisfacción de las necesidades elementales de la vida y que el papel del Estado es sólo subsidiario¹⁰³, se sitúa la opinión de aquellos autores que, recientemente, han subrayado la total independencia e indiferencia de dos cuerpos normativos distintos mediante los cuales se hace efectivo el mandato constitucional¹⁰⁴. Esos cuerpos normativos serían, por una parte, el Derecho privado, a través de distintas instituciones jurídicas, entre las cuales se encuentran los alimentos, y por otra el Derecho público, distribuyéndose entre ambos los fines asistenciales del Estado, de manera cambiante en atención a diferentes circunstancias.

Así, como observa CAFERRA¹⁰⁵, en los momentos en los que entra en crisis el Estado asistencial, se restituyen a la familia deberes que parecían definitivamente

que la imposición a los familiares de una obligación de alimentos no significaba que el Estado estuviese delegando en la familia funciones que le correspondían, sino tan sólo reconociendo la función originaria de la familia misma, BO, aun compartiendo su opinión de que no hay delegación de deberes propios del Estado, cree que se tutela un interés estrictamente individual a la propia supervivencia y no, en cambio, un interés superior familiar, que es la tesis de CICU (Estos y otros puntos de vista pueden verse en VICENZI AMATO, *Gli alimenti...*, págs. 13 y ss.).

¹⁰⁰ “Doveri...”, pág. 22.

¹⁰¹ Una perspectiva histórica de las relaciones entre el deber de alimentos a cargo de los familiares y la asistencia por parte de los poderes públicos puede verse en DOGLIOTTI (“Doveri...”, págs. 8 a 28), quien pone de relieve cómo a pesar del evidente desarrollo del sistema asistencial público, sobre todo tras la entrada en vigor del *Codice* de 1865, ello no incide en la regulación de la obligación legal de los alimentos, que apenas sufre variación en el *Codice* de 1942, ni tampoco posteriormente, lo que a su juicio revela que el legislador no entiende que la normativa de los alimentos esté destinada a perder importancia (pág. 21).

¹⁰² MORELLI, Mauro, “Gli alimenti...”, págs. 687 y ss.

¹⁰³ Ésta es, según ROLANDO, la opinión prevalente (*Alimenti...*, pág. 288). La defiende, entre otros, AULETTA (*Alimenti...*, pág. 8).

¹⁰⁴ Es el caso de DOGLIOTTI, que afirma que la función primaria del Estado que resulta de los arts. 3.2 y 2 de la Constitución italiana “no sacrifica, sino que potencia y exalta las más diversas formas de solidaridad que emergen de la sociedad” (“Doveri...”, pág. 5), ó de MORELLI, Mauro, para quien dicho punto de vista resulta confirmado por la jurisprudencia (“Gli alimenti ...”, págs. 690 y 691). En análogo sentido puede citarse a ROLANDO (*Alimenti...*, pág. 292) o a CAFERRA, que afirma que las tradicionales obligaciones de asistencia familiar se coordinan con las nuevas formas de solidaridad social (*Famiglia...*, pág. 14).

¹⁰⁵ *Famiglia...*, pág. 14.

adquiridos por el sistema público de seguridad social. Pero considera que ni siquiera en una hipótesis de plena actuación del diseño constitucional, debe considerarse que la intervención del Estado o de los entes locales deba cubrir el espacio destinado a las varias formas de solidaridad familiar, y que ello resulta impedido por el formal reconocimiento de los derechos de la familia (arts. 29, 30 y 31 CI, en relación con el art. 2), que, si bien limitado a la familia nuclear, no permite situar los deberes de solidaridad familiar en un puesto de subsidiariedad respecto del sistema de la seguridad social. Añade, además, que el fundamento y finalidad de las dos formas de solidaridad son distintos, y que mientras que la familiar encuentra su razón de ser en la propia relación familiar, la social tiene como destinatario al ciudadano en cuanto tal y tiende a realizar una igualdad sustancial y un efectivo ejercicio de la libertad fundamental, según los arts. 2 y 3 CI. Concluye que el Estado no puede intervenir hasta el punto de sustituir íntegramente los deberes de la familia y vaciar de contenido sus derechos, pues en su actividad el Estado se encuentra con el límite derivado del carácter originario o necesario de la familia como sociedad natural, algo a lo que alude expresamente el propio texto constitucional (art. 29).

En opinión de RIBOT IGUALADA, desde un punto de vista ideológico la opinión favorable a la responsabilidad primaria de la familia se basa, en el fondo, en la caracterización de la familia como formación anterior al Estado: “Por la condición de la familia como sociedad natural el Estado no puede pretender otro papel que el de suplir o integrar a la familia en el cumplimiento de sus deberes; nunca sustituirla en las funciones que le son propias”¹⁰⁶. Pero como muy bien dice el autor, se trata de un planteamiento que no puede ser asumido en el Derecho español, dado que el legislador constituyente rechazó, como prueban los trabajos parlamentarios, el carácter de la familia como cédula o institución básica de la sociedad, dando paso a una forma de ordenación de las relaciones entre el individuo, la familia y el Estado diferente a la existente con anterioridad a la Constitución.

Sobre la base de lo establecido en la Constitución española, la conclusión que parece correcta, en cuanto a las relaciones entre la asistencia familiar y la asistencia pública es que, en el plano constitucional, una y otra son independientes, lo que no excluye que las leyes de protección social organicen las prestaciones públicas de manera subsidiaria “responsabilizando definitivamente a los familiares del pago de los costes que provoca la atención de las necesidades de los particulares”¹⁰⁷.

Los deberes asistenciales están, en efecto, compartidos por el Estado y por los familiares¹⁰⁸. La cuestión de las relaciones entre la función asistencial de los poderes públicos y de los familiares no debe plantearse globalmente en términos de prioridad o subsidiariedad de unas instancias u otras. Es cierto que históricamente el socorro público -que se llevaba a cabo a través de la beneficencia-, sólo entraba en juego cuando los necesitados no encontraban ayuda en el grupo familiar¹⁰⁹, pero ello no significa que la cuestión del auxilio a los necesitados deba continuar planteándose en los mismos términos. Muy por el contrario, lo que resulta de los preceptos constitucionales es, más bien, lo que podría considerarse un reparto de tareas entre la familia y los poderes públicos.

¹⁰⁶ *Alimentos...*, pág. 46.

¹⁰⁷ RIBOT IGUALADA, *Alimentos...*, pág. 47.

¹⁰⁸ Afirma ROCA TRÍAS que la configuración de España como un Estado social y democrático de derecho según establece el art. 1 CE, la protección a la familia y la de los derechos fundamentales constituyen los ejes del sistema constitucional y que, diseñadas las finalidades de protección, ésta se distribuye entre los particulares, dispensadores primarios de servicios, y los poderes públicos, configurándose un sistema mixto (“Globalización...”, pág. 25).

¹⁰⁹ En este sentido, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, pág. 91.

El problema es, entonces, el grado de participación de unas instancias y otras. Como dice DOGLIOTTI, el punto de equilibrio es difícil y variable en el tiempo, y acechan dos peligros que deben ser combatidos: uno, el de los poderes públicos que pueden tender a sustraerse de su responsabilidad, descargándola sobre la familia y las instituciones privadas; y otro, el de una confianza ciega en un Estado omnipotente, que se considera que puede, por sí sólo y sin colaboración de ninguna formación social, atender a las necesidades de cada ciudadano¹¹⁰.

Lo que de otro lado es indiscutible es que hoy numerosas normas ordinarias reconocen a los ciudadanos un derecho a recibir del Estado y de otros entes públicos, asistencia en vía primaria, y que, por esta razón, y en la medida en que se incrementan estas prestaciones, es menos frecuente la aparición de situaciones de estricta necesidad¹¹¹.

Pero esto no quiere decir, desde luego, que no puedan surgir. Las sociedades actuales no están absolutamente a salvo de la aparición de situaciones de insuficiencia económica, ni siquiera en los periodos en los que la cobertura del sistema de seguridad social ha sido amplia. Esta es una de las razones por las que se viene defendiendo la subsistencia del deber de alimentos entre familiares. Y tampoco se considera viable o conveniente que todas las cargas derivadas de las situaciones de necesidad de los ciudadanos recaigan sobre la colectividad¹¹². Ahora bien, una cosa es que se estime conveniente, aún hoy, atribuir deberes de asistencia a los familiares, y otra muy distinta afirmar que ello es una exigencia constitucional.

En la doctrina italiana parece haberse impuesto la opinión de que el texto constitucional atribuye a los poderes públicos, y también a la familia, deberes de asistencia en situaciones de necesidad. Lo primero está fuera de toda duda (cfr. los ya citados arts. 30, 2º y 38 CI, a los que se podría añadir el art. 2, que menciona como deberes inderogables la solidaridad política, económica y social). No resulta en cambio tan evidente, desde nuestro punto de vista, que la propia Constitución atribuya deberes de asistencia a la familia.

Si se dejan al margen los deberes de los padres respecto de sus hijos menores (que son una hipótesis distinta de los alimentos), resulta sumamente discutible la existencia de un deber de solidaridad familiar con base constitucional¹¹³. Este podría colegirse, a lo sumo, de los arts. 29, 30 y 31 CI, los cuales, ni siquiera puestos en relación con el art. 2, permiten establecer tal conclusión.

También un sector de la doctrina española considera que la Constitución impone a la familia deberes de asistencia. Así, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, en referencia al art. 39 CE, afirma que “A pesar de que el precepto no alude expresamente a otros deberes familiares distintos de los paternos, entendemos que, al reconocer y proteger a la familia, reconoce su función asistencial y por tanto, de forma implícita, también las relaciones de recíproca asistencia entre sus miembros”¹¹⁴. Pero una cosa es imponer a los poderes públicos el deber de proteger a la familia desde el punto de vista social, jurídico y económico, -que es lo que hace el citado precepto-, y otra muy distinta

¹¹⁰ “Doveri...”, pág. 5.

¹¹¹ AULETTA, *Alimenti...*, pág. 10; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Curso...*, pág. 43.

¹¹² Sobre esta cuestión, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, págs. 93 y ss.

¹¹³ En sentido análogo, aunque no idéntico, CAFERRA. El autor, tras afirmar que la Constitución italiana, al reconocer en el art. 29 los “derechos de la familia”, da relevancia constitucional a los derechos-deberes de solidaridad familiar, en concreto conyugales (art. 29) y de filiación (art. 30), añade que la garantía no llega fuera de la familia nuclear, lo que no excluye que el legislador ordinario, conforme a una arraigada costumbre social, dé relevancia jurídica, en mayor o menor medida, a través del instituto de los alimentos, al vínculo de solidaridad entre otros parientes (*Famiglia...*, pág. 26).

¹¹⁴ *La obligación...*, pág. 103.

deducir, a partir de ello, que a la familia se le está imponiendo una función asistencial. El propio legislador constituyente tiene en cuenta, ciertamente, la función de auxilio y apoyo económico que la familia desempeña en nuestra sociedad, tal y como demuestra el art. 50 al imponer a los poderes públicos, *con independencia de las obligaciones familiares*, el deber de promover el bienestar de las personas de la tercera edad. Pero eso no significa que la asistencia entre los miembros de la familia (fuera siempre del caso de los hijos menores), venga exigida por la Constitución. Lo que ocurre no es que la Constitución atribuya rango constitucional a las obligaciones, sino que presupone que existen en la legalidad ordinaria¹¹⁵.

Lo anterior significa que la obligación de alimentos establecida a favor de quienes se encuentran en situación de necesidad es tan sólo una opción legislativa, un instrumento mediante el cual el legislador ordinario cumple el mandato constitucional de promover la solidaridad económica entre sus ciudadanos (art. 2 CI), pero un instrumento del que podría muy bien prescindir, a diferencia de lo que ocurre con el deber de mantenimiento de los hijos, que sí que tiene rango constitucional (art. 30. 1º CI y art. 29.3º CE) y no puede, por lo tanto, ser ignorado por las leyes.

2. Los principios constitucionales

Al margen de las consecuencias directas que las Constituciones de los dos países produjeron sobre el régimen jurídico de los alimentos, y de las reformas legislativas que provocaron, tratadas anteriormente¹¹⁶, debe tenerse en cuenta que esta normativa recibe también la influencia derivada de otras normas constitucionales, lo que es especialmente importante en el momento de su aplicación e interpretación. En particular, no pueden ignorarse ni el papel central que el individuo ocupa en las relaciones familiares, ni el actual concepto de familia, pues ambos inciden muy significativamente, como ya se ha señalado, en todas las instituciones familiares, incluso en las de naturaleza patrimonial, entre las que se encuentra ésta de la que ahora nos ocupamos.

Si bien se mira, los cambios de que ha sido objeto la disciplina de los alimentos desde la época codificadora hasta nuestros días son escasos. Se reducen, prácticamente, a incorporar el principio de igualdad de los hijos y a eliminar las diferencias de trato entre cónyuges¹¹⁷. No es mucho si se tiene en cuenta el profundo cambio que ha sufrido la institución familiar en dicho periodo de tiempo, no ya en la realidad social, sino también en el ámbito jurídico. Es un hecho que la atención del legislador ha tendido a centrarse, en los últimos tiempos, en la familia nuclear, lo que viene determinado, en última instancia, por la evolución sociológica. De modo muy sucinto puede decirse que se ha pasado de una familia patriarcal a una familia nuclear, lo que ocurre con la transformación de la sociedad agrícola en sociedad urbana. La familia de la sociedad preindustrial era una familia en la que coexistían varias generaciones, era una comunidad de producción y consumo, y poseía, además, una estructura jerárquica, siendo el cabeza de familia, por así decirlo, el responsable del grupo. Hoy el concepto de familia es más estricto, se limita generalmente a los padres (o incluso a uno de ellos)

¹¹⁵ RIBOT IGUALADA, "El fundamento...", pág. 1132.

¹¹⁶ Apartado II de este mismo capítulo.

¹¹⁷ El art. 132 del *Codice Civile* de 1856 obligaba al marido a suministrar a la mujer cuanto fuese necesario para atender a las necesidades de la vida, en atención a sus medios económicos, mientras que sólo imponía a la mujer el deber de contribuir al mantenimiento del marido en el caso de que éste careciese de medios suficientes.

y a los hijos; la familia es una unidad de consumo y no de producción, y posee una estructura democrática¹¹⁸.

Así las cosas, resulta cuanto menos llamativa la subsistencia de una institución cuyo campo de actuación más característico es la familia extensa¹¹⁹. No puede, consecuentemente, eludirse una reflexión, de cara a realizar propuestas de futuro, acerca de lo oportuno y adecuado del alcance actual de los alimentos, que al menos a primera vista no resulta demasiado coherente con el concepto de familia que tiene en cuenta el Derecho privado. El problema está íntimamente ligado con el fundamento de la obligación de alimentos.

Constatado el hecho de la permanencia e inmutabilidad del régimen jurídico de los alimentos a lo largo del tiempo, a pesar del cambio profundo operado en la familia, algo en lo que toda la doctrina se muestra de acuerdo¹²⁰, se pueden emprender dos caminos distintos¹²¹: uno, la fidelidad a los antiguos principios, que es lo que hace la mayoría de los autores, muchas veces sin ni siquiera cuestionarlos, o a lo sumo introduciendo algunas excepciones y matices; y otro, repensar la figura partiendo de los principios constitucionales, de las últimas reformas legislativas en materia de Derecho de familia y de la legislación especial y/o en su caso autonómica. Es este segundo camino el único que tiene sentido si a lo que se aspira es a ofrecer soluciones a problemas actuales, desde el debido respeto a la tradición, pero sin anclarse en ella.

Se trata de un camino que algunos ya han emprendido. Es el caso de ARGIROFFI, quien parte de la idea de que muchos de los rasgos tradicionales de los alimentos desaparecen por efecto de reformas legislativas producidas fuera de su sede normativa¹²². O de GALLETTA, que a la hora de establecer el alcance de la deuda alimenticia tiene muy en cuenta el trasfondo que representa el diseño de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución¹²³. Es el caso, también, de RIBOT IGUALADA, que adopta una postura crítica a la hora de evaluar el instituto de los alimentos¹²⁴.

De modo parecido, si bien con alcance más general, lo que aquí se quiere destacar es que el creciente reconocimiento de los derechos individuales que inspira el actual Derecho de familia y se encuentra en la base de muchas de las últimas reformas legislativas, debe también provocar algún efecto en el régimen jurídico de los alimentos entre parientes, que de lo contrario corre el riesgo de convertirse, si no se ha convertido ya, en un cuerpo extraño dentro del sistema¹²⁵.

¹¹⁸ En el sentido del texto, entre otros muchos, DOGLIOTTI (“Doveri...”, pág. 3).

¹¹⁹ Téngase en cuenta que, si bien se reconoce también derecho de alimentos entre cónyuges y entre padres e hijos, esto es, entre los componentes de la llamada familia nuclear, la mayor parte de las veces, como tendremos ocasión de exponer, la relación que liga a éstos es la de mantenimiento, siendo la de alimentos, en realidad, bastante residual (en dicho sentido, SALA, “Gli alimenti...”, pág. 608).

¹²⁰ Así, ARGIROFFI, quien afirma que aunque la disciplina de los alimentos permanece invariada, ha cambiado profundamente todo lo que la rodea (*Gli alimenti...*, págs. 6 y 182); también SALA, “Gli alimenti”..., pág. 599.

¹²¹ ARGIROFFI, *Gli alimenti* ..., pág. 183.

¹²² En concreto, las novedades que considera que alteran los postulados tradicionales y la conceptualización unitaria de los alimentos son: el art. 129 *bis Codice* y el art. 5 de la Ley del divorcio, que extienden la noción de “cónyuge” en cuanto sujeto acreedor de los alimentos; los arts. 548 *Codice* y 9 *bis* de la Ley de divorcio, en cuanto que declaran subsistente el derecho del cónyuge tras la muerte del obligado; y el art. 148 *Codice*, que extiende los alimentos al mantenimiento de sujetos distintos del alimentista (*Gli alimenti...*, págs. 7 a 15).

¹²³ “Gli alimenti...”, págs. 940 y ss.

¹²⁴ *Vid.*, sobre todo “El fundamento...”.

¹²⁵ En esta línea afirma ARGIROFFI que el proceso de *privatización* de la familia y la idea según la cual los intereses que el Derecho de familia tutela son siempre intereses de la persona, no reconducibles a los del grupo, debe tenerse en cuenta a la hora de repensar una institución jurídica en relación con la cual las

IV- CONCEPTO Y CUANTÍA DE LOS ALIMENTOS. LOS CRITERIOS LEGALES DE DETERMINACIÓN.

En el presente capítulo nos ocupamos exclusivamente de la obligación regulada, bajo el nombre de alimentos, en los arts. 142 a 152 Cc y 432 a 448 *Codice*. El contenido de estos preceptos nos permite definir la obligación, con ARGIROFFI, diciendo que es el vínculo que nace de la ley sobre el presupuesto de que un sujeto, el alimentando o alimentista, se encuentre en estado de necesidad y no esté en condiciones de procurarse su propio mantenimiento. Será deudor aquel familiar que, en el orden taxativamente fijado por la ley, tenga posibilidad económica de cumplir. La prestación consiste en proporcionar al titular del derecho cuanto es necesario para la vida¹²⁶.

Las necesidades concretas que se cubren con esta prestación son de dos tipos: materiales y espirituales. Entre las primeras están la vivienda, vestido y manutención, mencionadas por el art. 142 Cc, que sin embargo no posee carácter exhaustivo, y entre las segundas los gastos de educación y todos aquellos que sean necesarios para atender a las necesidades intelectuales y espirituales del ser humano.

Los preceptos del *Codice* que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar en un caso concreto la cuantía de la deuda alimenticia, son los siguientes: el segundo párrafo del art. 438, conforme al cual los alimentos deben ser asignados en proporción a las necesidades de quien los demanda y a las condiciones económicas de quien debe suministrarlos, añadiéndose que no deben sin embargo superar lo que sea necesario para la vida del alimentando, teniendo en cuenta su posición social; y el art. 439, que dispone que entre hermanos los alimentos son debidos en la medida de lo estrictamente necesario, si bien pueden comprender también los gastos de educación e instrucción, si se trata de un menor. En cuanto al Código español, además del art. 142, en el que se describe el contenido de los alimentos, hay que tener en cuenta el art. 143 *in fine*, a cuyo tenor 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; y el art. 146, el cual ordena que la cuantía de los alimentos sea proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

Habida cuenta de cuáles son los criterios legales para la determinación de la cuantía de los alimentos, y del hecho de que tanto las necesidades del alimentista como los recursos económicos del alimentante están expuestos a variaciones, la ley ha contemplado la posibilidad de su modificación -o incluso de su cesación-, cuando cambien uno u otro. Esta es una de las notas más destacadas de los alimentos. La doctrina italiana suele referirse a ella diciendo que la prestación de alimentos está sujeta a la cláusula *rebus sic stantibus*, prevista expresamente en el art. 440, 1º *Codice*, que contempla la posibilidad de aumento, reducción o cese de la prestación alimenticia en el caso de que después de haberse establecido cambien las condiciones económicas de quien los recibe o de quien los suministra¹²⁷. El art. 147 Cc contiene, por su parte, una previsión análoga al preceptuar que los alimentos se reducirán o aumentarán

viejas opiniones doctrinales, referidas a su fundamento o a sus fines, resultan inactuales e inservibles (*Gli alimenti...*, págs. 2 y 5).

¹²⁶ *Gli alimenti...*, pág. 21.

¹²⁷ Interesa destacar que a pesar de este precepto, no ha faltado quien ha negado que los alimentos se incrementen cuando mejora la posición económica del obligado. Es el caso de AULETTA, que sostiene que, si bien el alimentante puede quedar relevado de su obligación, en base a su situación patrimonial, ésta nunca puede determinar que se le imponga un sacrificio que sólo corresponde al obligado al mantenimiento (*Alimenti...*, pág. 73).

proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

De los preceptos anteriormente recogidos se extraen dos ideas importantes en las que coinciden ambos ordenamientos: que la cuantía de los alimentos se establece en función de las necesidades del alimentista y de los medios económicos del alimentante, y que entre hermanos la cuantía de los alimentos es menor que en los casos en que la relación alimenticia se instaure entre otros parientes. La diferencia más destacada entre los dos ordenamientos es que el *Codice* sigue haciendo referencia a la posición social del alimentista, una circunstancia que el legislador español decidió omitir en la reforma del 81, guiado, probablemente, de un deseo de eliminar cualquier referencia clasista¹²⁸. La oportunidad de esta alusión ha sido también cuestionada por cierto sector de la doctrina italiana, que pone en duda su constitucionalidad, argumentando que la dignidad humana se reconoce por igual a todos los individuos, sin distinción de condiciones personales o sociales (art. 3 CI), y que, consecuentemente, no puede incidir sobre la cuantía de los alimentos, la cual debiera ser en todo caso la suficiente para proporcionar a quien los recibe una digna existencia¹²⁹.

El hecho de que conforme a la ley, la cuantía de los alimentos, que siempre se establece caso por caso, sea menor cuando la relación se entabla entre hermanos que entre otros parientes, lleva a la doctrina a mantener la antigua distinción entre los llamados alimentos congruos o civiles y los alimentos estrictos o necesarios, una diferencia que, sin embargo, en España se ha oscurecido bastante, por distintas razones, en particular tras la reforma del 81¹³⁰.

Siguiendo a ROLANDO, los alimentos civiles o congruos representan la normal prestación alimenticia, idónea para satisfacer las necesidades del acreedor y, por tanto, no sólo para ofrecerle el mínimo sustento material para sobrevivir; los segundos suponen, en cambio, un mayor rigor en la valoración de las exigencias fundamentales del titular del derecho, lo que no significa, según la opinión prevalente, que se limite a la comida y al alojamiento, sino también al vestido, a la asistencia médica y, en general, a cuanto resulta indispensable para la vida del sujeto¹³¹.

La determinación de la cuantía de los alimentos plantea importantes dificultades. Y ello se debe, en buena medida, a las previsiones legislativas, no del todo fáciles de coordinar.

Parece claro que hay una diferencia entre los alimentos debidos entre hermanos y los que surgen entre el resto de los parientes, y que en la práctica ello debe traducirse en que su importe será menor en el primer caso. Y ello porque, según se ordena, comprenderán únicamente los *auxilios necesarios para la vida* (art. 143 *in fine* Cc) o, lo que es lo mismo, lo estrictamente necesario (art. 439 *Codice*) y, además, los gastos para la educación del alimentista¹³².

Fuera del caso de los hermanos, los alimentos tienen un contenido más amplio. Hoy se entiende de modo unánime que la prestación debe ser suficiente para cubrir todas las necesidades del alimentista, no sólo las materiales (“sustento, habitación,

¹²⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, pág. 473, y demás autores allí citados.

¹²⁹ RUSCELLO, *Lineamenti ...*, pág. 34. También AULETTA manifiesta que puede existir contradicción entre la referencia a la posición social de la familia y el principio constitucional de igualdad (*Alimenti...*, pág. 63).

¹³⁰ Los detalles sobre esta cuestión pueden verse en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, págs. 503 y ss. También se ocupa largamente del asunto MORENO MOZO, *Cargas ...*, págs. 152-160.

¹³¹ *Alimenti...*, págs. 65 a 67.

¹³² Con la particularidad de que, mientras que el Código español no hace matización alguna, refiriéndose sin más a los gastos precisos para la educación del alimentista, el Código italiano advierte que tales gastos sólo quedan comprendidos en los alimentos debidos a los hermanos, si son menores.

vestido y asistencia médica”, en palabras del art. 142 Cc, a las que habría que añadir alguna otra como el transporte), sino también las espirituales, que comprenden, además de la educación e instrucción del alimentista -a las que expresamente se refiere asimismo el citado precepto-, las necesarias para mantener una vida de relación o satisfacer inquietudes culturales o intelectuales. Ahora bien, las citadas necesidades humanas, materiales y espirituales, es claro que pueden ser cubiertas de formas muy distintas, con más o menos amplitud. El legislador no puede por ello contentarse con señalar cuáles son los gastos que el sujeto en situación de necesidad tiene derecho a exigir que queden cubiertos con los alimentos, sino que tiene que resolver de algún modo en qué medida o alcance se deben satisfacer. Podría haber optado por establecer, con criterios objetivos, la misma prestación para todos los casos, sobre la base de que en una determinada sociedad y en un determinado momento histórico, todos los sujetos adultos necesitan los mismos medios materiales para vivir dignamente, pero ha acogido una solución distinta: la prestación alimenticia se fija caso por caso en atención a las necesidades del titular del derecho y en atención, también, a los medios económicos del deudor.

Lo primero resulta sumamente lógico: es obvio que las necesidades del titular del derecho no son las mismas en todos los casos, sino que dependerán de circunstancias tales como la edad, el estado de salud, los medios materiales de que en su caso disponga, etc. Si de lo que se trata es de cubrir todas sus necesidades, no se puede prescindir de las circunstancias concretas.

Presenta mayores dificultades determinar el significado y la razón de ser del otro criterio legal para la cuantificación de la deuda alimenticia, los recursos económicos del obligado.

Que estos sean relevantes para determinar el nacimiento de la obligación es lógico, pero ¿por qué se tienen también en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la deuda? ¿Por qué los hijos adultos, los nietos, los abuelos, y en el Derecho italiano incluso los suegros, el yerno y la nuera en situación de insuficiencia patrimonial, habrían de tener derecho a cubrir las necesidades de la vida con la amplitud que permitan los medios del obligado, participando de este modo en su nivel de vida?

La solución se comparte sin dificultad en el caso de los hijos aún no independientes económicamente, o entre cónyuges, pero en estos supuestos no hay, propiamente, un derecho de alimentos¹³³, sino de mantenimiento, cuyos presupuestos y fundamento son distintos.

La explicación que estimamos más probable guarda una estrecha relación con el hecho de que en otros momentos históricos el derecho de alimentos de los parientes se considerase una derivación o consecuencia del derecho a participar en el patrimonio familiar. Pierde entonces sentido cuando el patrimonio que debe soportar la prestación es un patrimonio personal, obtenido con el esfuerzo propio, que es lo que la mayor parte de las veces ocurre en nuestros días.

La consecuencia que de ello debe extraerse es que por el hecho de que las posibilidades económicas del deudor sean elevadas, no debe establecerse a favor del acreedor una prestación que le permita mejorar su nivel de vida a costa de éste, pues ninguna razón justificaría este reparto de riqueza entre sujetos entre los que no existe un deber de mantenimiento propiamente dicho. De ahí, probablemente, la aclaración contenida en el art. 438.2 *Codice* de que los alimentos no deban en ningún caso superar lo necesario para la vida del alimentando. De ahí, también, la supresión de la referencia que hacía el Código español a la posición social de la familia en el antiguo art. 142, de

¹³³ Salvo que, tratándose del ordenamiento italiano, se trate de una separación que le haya sido imputada a uno de los cónyuges, en cuyo caso éste ostenta frente al otro un derecho de alimentos en sentido propio.

la que se colige que el alimentista no ostenta el derecho a llevar un nivel de vida igual a los demás miembros de la familia¹³⁴.

Distinto es que la determinación de cuáles son las necesidades de los sujetos deba hoy hacerse con arreglo a un criterio amplio. El generalizado aumento del nivel de vida de las personas influye sin duda cuando se trata de determinar quiénes están en estado de necesidad, y también a la hora de cuantificar la deuda¹³⁵. Vivir dignamente no es lo mismo que sobrevivir, y se entiende que la prestación alimenticia debe permitir lo primero y no lo segundo.

En este sentido se ha puesto de manifiesto la influencia que los principios constitucionales deben producir a la hora de interpretar las normas sobre alimentos: así, aunque según el Código los hermanos sólo tienen derecho a lo estrictamente necesario, la más avanzada doctrina italiana considera que los gastos para la educación e instrucción, no ya de los menores -a los que expresamente se refiere el art. 439, 2º-, sino incluso de los mayores- deben quedar comprendidos en los alimentos, por cuanto que la formación es una necesidad fundamental de niños y jóvenes, que se puede afirmar que ostentan un derecho a la educación, íntimamente relacionado con el derecho al trabajo. También los gastos relativos al ocio se valoran de forma distinta hoy, en cuanto que actividades de relación social, culturales, deportivas, etc. están relacionadas con el derecho al libre desarrollo de la personalidad¹³⁶.

El riesgo que desde nuestro punto de vista entraña este planteamiento, que compartimos, es que se ponga toda la atención en la situación y en los derechos y expectativas del necesitado, olvidando los del deudor de los alimentos. No debe ignorarse que cuando se trata propiamente de derecho de alimentos, y no de mantenimiento, no sólo no hay ninguna razón para que el acreedor comparta la posición económica del deudor, sino tampoco para que éste tenga que sacrificar sus opciones vitales o las de su familia a fin de atender a las necesidades -hoy ciertamente muy amplias- del alimentista. Conseguir el adecuado equilibrio, sin lesionar los derechos de uno y de otro, puede no resultar fácil en casos concretos, en particular cuando la posición económica del obligado no sea especialmente desahogada, lo que ocurre con frecuencia. Y para nosotros es obvio que en este conflicto de intereses debe prevalecer siempre el interés del deudor de los alimentos. Entendemos que el derecho del necesitado a disfrutar de determinadas prestaciones sanitarias, de cierta formación, o de viajes y vacaciones, no puede anteponerse, ni tampoco igualarse, al derecho del obligado y de las personas a las que debe mantener, a la realización de esas mismas actividades. Dicho de otra forma, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del sujeto en situación de necesidad no puede nunca ser un argumento válido para que una persona acceda a un modo de vida que no ha alcanzado por sí misma, solo por el hecho de que un pariente, generalmente con su propio esfuerzo, lo haya hecho. Esto sería un entendimiento equivocado de la idea de solidaridad familiar, tan frecuentemente invocada en esta sede.

Los criterios legalmente establecidos para la fijación de la cuantía de los alimentos, unidos al hecho, al que acabamos de aludir, de que en la sociedad actual, las “necesidades” de los individuos son muy amplias, puede determinar, al menos en pura teoría, que la cuantía de los alimentos llegue a ser muy elevada y que, de hecho, el alimentista sea partícipe del *status* del alimentante. Ello no se compadece bien con la afirmación, que constituye un lugar común en la doctrina y en la jurisprudencia, de que los alimentos son una prestación destinada a cubrir las más elementales exigencias de la

¹³⁴ MORENO MOZO, *Cargas...*, pág. 143.

¹³⁵ *Vid.* GALLETTA, “Gli alimenti...”, pág. 941.

¹³⁶ GALLETTA, “Gli alimenti...”, págs. 941 y ss.

vida de las personas que se encuentran en estado de necesidad. No es, en rigor, una afirmación coherente, pero su explicación más probable no es otra que el deseo de mantener la distinción entre los alimentos y el derecho de mantenimiento.

En efecto, una de las diferencias más destacadas entre los alimentos y el derecho de mantenimiento, según opinión unánime, es que los alimentos cubren las necesidades elementales mientras que el mantenimiento tiene un alcance más amplio¹³⁷. Este planteamiento era probablemente correcto al tiempo de publicarse el *Codice*. DEGNI pone de relieve cómo los trabajos preparatorios dejan claro que fue siempre la intención del legislador que los alimentos se fijan en todo caso en la medida adecuada para consentir, únicamente, que el sujeto viva modestamente en condiciones correspondientes a su posición social, y que era su deseo evitar que un pariente pudiera llevar una vida lujosa a costa de otro¹³⁸. Incluyó, pese a todo, entre los criterios a tener en cuenta para determinar la medida de los alimentos, “las condiciones económicas de quien debe suministrarlos” (art. 438), lo que, no obstante la advertencia contenida en el mismo precepto de que “No deben sin embargo superar cuanto sea necesario para la vida del alimentista...”, hace posible una interpretación distinta, al amparo de los principios constitucionales y de conformidad con la realidad social actual.

Por eso pensamos que hoy no es del todo exacto afirmar que, a diferencia del mantenimiento, los alimentos sólo procuran a su perceptor la satisfacción de sus necesidades esenciales; o quizás sea, simplemente, que la diferencia no está bien formulada. *De lege lata*, y dejando de lado la voluntad del legislador (que con el paso del tiempo ha perdido relevancia), resulta indiscutible que la prestación de alimentos, cuando las necesidades del titular del derecho sean amplias y los medios económicos del obligado bastantes para atenderlas, no se diferencia, en cuanto a su contenido y alcance -otra cosa son los presupuestos o el régimen jurídico-, del mantenimiento. Así lo admiten, en cierto modo, aquellos autores que ponen de manifiesto cómo la frontera entre el deber de mantenimiento y los alimentos se oscurece, hasta prácticamente desaparecer, desde el momento en que las necesidades de los individuos se valoren de conformidad con las circunstancias y modo de vida de la sociedad actual¹³⁹.

V- LA NATURALEZA PATRIMONIAL DEL DERECHO DE ALIMENTOS

Resultaría innecesario dedicar un apartado a tratar de la naturaleza patrimonial del derecho de alimentos si no fuera por el hecho de que todavía hoy la cuestión se debate en el ámbito doctrinal.

La naturaleza patrimonial del derecho de alimentos está para nosotros fuera de toda duda: el titular del derecho, el alimentista, puede exigir al obligado u obligados los medios necesarios para su subsistencia, esto es, ostenta frente al alimentante o alimentantes una pretensión de dar cuyo cumplimiento podrá hacerse efectivo, a falta de un cumplimiento voluntario, a través de los instrumentos coercitivos con que el ordenamiento cuenta para ello.

La doctrina italiana sigue sin embargo discutiendo la naturaleza patrimonial del derecho de alimentos. Para algunos es indiscutible el carácter patrimonial de este

¹³⁷ Las opiniones de los autores sobre las diferencias entre alimentos y mantenimiento pueden verse con más detalle en el capítulo III.

¹³⁸ *Il Diritto...*, pág. 491.

¹³⁹ DOGLIOTTI e GIORGIANNI, “L’obbligazione...”, pág. 466; MORELLI, Mauro “Gli alimenti”..., pág. 710.

derecho¹⁴⁰, pero no son pocos los que introducen matices o adoptan posiciones intermedias¹⁴¹. Las vacilaciones las provoca, bien el interés que se considera tutelado con la figura, bien la indisponibilidad característica de la obligación.

Algunos, sobre la base de que el derecho de alimentos tutela el derecho a vivir dignamente, defienden que se trata de un derecho de la personalidad¹⁴², confundiendo desde nuestro punto de vista dos cosas distintas. Al margen de cuál sea la finalidad de la figura, lo que parece claro es que los alimentos encajan dentro del concepto de obligación en cuanto que se observa en ellos el esquema característico de los derechos de crédito, al consistir en la pretensión atribuida a un sujeto para exigir de otro determinado una prestación de dar de naturaleza pecuniaria¹⁴³. Las razones de ello, así como el objetivo o destino que se asigna a la prestación, no alteran este hecho, sin perjuicio de que puedan ser tomadas en cuenta por el legislador a la hora de establecer su régimen jurídico.

Otros autores, tomando en cuenta el hecho de que frente a lo que ocurre por norma en el ámbito de las obligaciones patrimoniales, el crédito alimenticio es indisponible, consideran que ello pone en cuestión su patrimonialidad¹⁴⁴. Esta perspectiva puede ser fácilmente rebatida, por cuanto que no todos los derechos patrimoniales son disponibles¹⁴⁵. Puede haber razones, y en este caso las hay, que exijan la exclusión en casos concretos, para determinadas obligaciones, de los actos de disposición¹⁴⁶.

Al margen de lo anterior, son muchos los autores que todavía aluden a la existencia en la figura de los alimentos de un interés de carácter general, no estrictamente privado. La idea la había defendido la antigua doctrina, con diversos significados. Algunos sostenían que los alimentos eran una institución cercana al Derecho público al apreciar un cierto paralelismo entre el Estado y la familia, y considerar que en ésta había un interés superior distinto del individual de cada uno de sus miembros, y otros entendían que los alimentos eran una manifestación del interés general del Estado en la tutela de la vida de los ciudadanos. Esta forma de ver las cosas, a la que no ha sido ajena la doctrina italiana, no ha desaparecido absolutamente. Entre los autores españoles que más recientemente se han ocupado de los alimentos no faltan

¹⁴⁰ En este sentido, ANGELONI, que basa su afirmación en los siguientes argumentos: en el art. 1174 *Codice*, en la existencia de diversas figuras contractuales, típicas o atípicas, que prevén la realización de prestaciones idénticas a las que son objeto de los alimentos, y en la terminología empleada por los arts. 433 y ss., que con frecuencia utilizan el término *obbligazione*, aunque en el título se hable de *obbligato* (*Autonomía...*, pág. 25).

¹⁴¹ Es el caso de DOGLIOTTI, quien tras afirmar que, frente a lo que ocurría en el pasado, en que se hablaba de un deber de asistencia moral y material, hoy la opinión prevalente es que tiene naturaleza patrimonial, dice que no se puede hablar de exclusiva patrimonialidad (*Il Diritto ...*, pág. 466). En el mismo sentido, ROLANDO, *Alimenti...* pág. 30.

¹⁴² AULETTA, *Alimenti...*, pág. 30. El autor añade más adelante que la obligación no es el simple pago de una deuda pecuniaria, sino que comprende una compleja actividad para poner al necesitado en condiciones de disfrutar medios de vida (pág. 38).

¹⁴³ No obstante, el carácter patrimonial de la prestación no resulta alterado por el hecho de que la obligación se cumpla acogiendo en la propia casa al alimentando (GALLETTA, *Gli alimenti ...*, pág. 949).

¹⁴⁴ Así, GALLETTA, *Gli alimenti ...*, pág. 928.

¹⁴⁵ De hecho, son muchos los autores que sostienen que se trata de un derecho patrimonial, aunque sea indisponible (TRABUCCHI, "Alimenti...", pág. 236; VICENZI AMATO, *Gli alimenti...*, pág. 73; TEDESCHI, "Alimenti...", pág. 380).

¹⁴⁶ *Vid.* sobre esta cuestión apartado X de este mismo capítulo.

quienes sostienen que el derecho de alimentos trasciende del mero interés personal a un interés general, siendo ésta la razón de su indisponibilidad¹⁴⁷.

VI- LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN ALIMENTICIA

Únicamente están obligados a prestarse alimentos, y siempre que concurren los presupuestos que se exponen en el siguiente apartado, los parientes a los que la ley impone expresamente este deber¹⁴⁸. Se encuentran enumerados en el art. 433 *Codice* y 143 del Código civil español. Entre ambos preceptos existen coincidencias, pero también notorias discrepancias. En los dos ordenamientos la obligación de alimentos se impone entre cónyuges, entre ascendientes y descendientes, y entre hermanos, pero sólo el Derecho italiano la extiende al yerno, a la nuera y a los suegros. El orden que se establece entre los tres primeros grupos, y los criterios para decidir dentro de cada categoría quienes son los obligados en primer lugar, son los mismos: primero resultará obligado el cónyuge del sujeto en situación de necesidad, después los descendientes conforme al criterio de proximidad de grado, seguidos de los ascendientes, también más próximos en grado. Tras éstos, el Derecho español sitúa a los hermanos, pero el italiano en cambio los coloca en último lugar, anteponiéndoles el yerno y la nuera, así como los suegros.

Debe también indicarse que el orden de los parientes obligados a prestar alimentos puede resultar alterado en el caso en el que el obligado sea declarado en concurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 47.2 de la Ley concursal, que dispone que “Las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos, con excepción de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad, sólo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos y siempre que hubieran ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse, previa autorización del juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía”.

1. Los alimentos entre cónyuges

Cuando se redacta el actual art. 433 *Codice*, la doctrina italiana había ya elaborado la diferencia entre los alimentos y el derecho de mantenimiento derivado del matrimonio, lo que determinó que desde el principio quedara muy claro que el deber de alimentos entre cónyuges que se contemplaba en esta sección tenía carácter residual, puesto que durante la normal convivencia matrimonial el deber existente entre los esposos es otro distinto, el de mantenimiento, con un diverso régimen jurídico. Quedaba, pues, fuera de toda duda, que a pesar de los términos amplios y generales con los que se expresa el art. 433 al declarar obligados a prestarse alimentos a los cónyuges, la determinación de los casos concretos en los que existe verdaderamente este deber debía buscarse en otros lugares del Código. Dicho de otra forma, el art. 433, a pesar de que no hace distinción alguna, no quiere decir que los cónyuges, mientras tengan esta condición -y en el momento de redactarse la norma no se admitía más causa de disolución del matrimonio que la muerte- estén recíprocamente ligados por un deber de

¹⁴⁷ JIMÉNEZ MUÑOZ, “La regulación ...”, pág. 754; MARTÍNEZ RODRIGUEZ, “Últimas...”, pág. 655.

¹⁴⁸ La enumeración legal es una lista cerrada (AULETTA, *Alimenti...*, pág.101).

alimentos, sino que lo que quiere decir es que entre cónyuges existe un deber de alimentos en los casos establecidos en las leyes.

En la doctrina española las cosas han estado, y probablemente continúan estando, mucho más confusas. Aunque parece haberse aceptado en el ámbito doctrinal la diferencia entre alimentos y mantenimiento, y está admitido que en las situaciones de normalidad matrimonial, cuando los esposos conviven, no hay un deber de alimentos en sentido propio, al hacerse efectivo el deber de asistencia conyugal mediante el deber de contribución, se sigue pensando que mientras subsista el vínculo matrimonial y sobre la base de lo establecido en el art. 143, 1º Cc, hay un deber de alimentos entre esposos, sujeto a la normativa de la obligación de alimentos entre parientes.

Ya en ocasiones anteriores hemos manifestado nuestra disconformidad con este punto de vista¹⁴⁹, que supone interpretar aisladamente el citado precepto, prescindiendo de la interpretación sistemática a que alude el art. 3 Cc. Entendemos, pues, que el art. 143, 1º Cc, lo mismo que el 433, 1º *Codice*, no significa que los cónyuges se deban alimentos en todo caso, sino que muy por el contrario la determinación de los supuestos concretos en que así ocurre, deberá resultar del conjunto del sistema.

Aclarado lo anterior, la cuestión central es, justamente, la del establecimiento de los supuestos en los que hay un deber de alimentos entre cónyuges.

La primera idea, y sobre ésta sí parece existir pleno acuerdo, es que en las situaciones de convivencia matrimonial, no cabe hablar de derecho de alimentos¹⁵⁰, pero en nuestra opinión, no sólo porque lo que existe es el más amplio deber de mantenimiento¹⁵¹, sino porque la contribución por parte de ambos esposos a la atención de las necesidades familiares (arts. 1318 Cc y art. 143, 3º *Codice*) impide que surja como derecho autónomo, como pretensión de uno de los esposos frente al otro¹⁵².

Lo anterior significa, entonces, que siempre que se habla de alimentos entre cónyuges, si se utiliza el término en su sentido propio, se está haciendo referencia a una situación de “patología” de la relación matrimonial¹⁵³. La pregunta inmediata es la de cuáles son las situaciones de no convivencia de la pareja para las que está prevista esta concreta prestación -sometida al régimen de los alimentos- y no otra.

En términos generales debe decirse que ésta es una decisión que queda en manos del legislador y que puede responder a razones de signo muy variado. Las que han movido al legislador italiano a la hora de establecer los supuestos en que los cónyuges se deben alimentos si se dan los presupuestos legales, pueden o no compartirse, pero están muy claras. Esta prestación, que debido a sus requisitos y al alcance que se le atribuye, es menos conveniente para el titular que otras prestaciones legales a cargo de uno de los esposos, se reserva para casos en que el cónyuge, aparte de estar en situación de necesidad, ha tenido alguna conducta o comportamiento, relacionado con la crisis matrimonial, que se estima merecedora de reproche. Es lo que ocurre en la hipótesis contemplada en el art. 156 *Codice*, que declara subsistente el derecho de alimentos a favor del cónyuge al que le sea imputable la separación, -siendo así que el cónyuge al que no le sea atribuible tiene reconocido el más amplio derecho al mantenimiento-, y es lo que ocurre en el caso del art. 129 *bis*, el cual impone al cónyuge que contrajo de mala

¹⁴⁹ MORENO-TORRES HERRERA, “La pensión ...”, págs. 138-140.

¹⁵⁰ Entre otros muchos, DELL’ORO, *Comentario...*, pág. 34; DOGLIOTTI, *Il Diritto...*, pág. 470; GALLETTA, “Gli alimenti...”, pág. 932; MESSINA: “L’obbligazione...”, pág. 365.

¹⁵¹ Hay que tener en cuenta que la distinción entre alimentos y mantenimiento en el caso de los cónyuges, admitida por el legislador italiano, no ha sido en cambio consagrada por el legislador español, aunque la acepte gran parte de la doctrina. Entre otros, RIBOT IGUALADA, *El fundamento...*, pág. 1106; JIMÉNEZ MUÑOZ, “La regulación...”, pág. 747.

¹⁵² MORENO-TORRES HERRERA, “La pensión...”, págs. 130 y ss.

¹⁵³ DOGLIOTTI, *Il Diritto...*, pág. 470.

fe un matrimonio luego declarado nulo, el deber de pagar alimentos al cónyuge de buena fe, -obligación que no existe en cambio a cargo del cónyuge de buena fe-. No existe sin embargo este matiz “sancionador” en el art. 51, que reconoce un derecho de alimentos al cónyuge del ausente.

Pero veamos por separado, con algo más de detalle, los tres casos en que el Derecho italiano reconoce una pretensión de alimentos a un cónyuge frente a otro. La exposición nos servirá, no sólo para demostrar la exactitud de la anterior afirmación sobre el carácter sancionador de los alimentos entre cónyuges, sino también para poner de relieve que algunas soluciones legislativas que se vienen presentando como protectoras del cónyuge débil suponen en realidad un recorte respecto de los derechos que se atribuyen a otros sujetos en situaciones sustancialmente idénticas.

El deber de alimentos entre cónyuges separados en el Código italiano

La separación conyugal se concibe hoy en el ordenamiento italiano como un remedio a una convivencia intolerable¹⁵⁴ y supone, según la doctrina, la atenuación o suspensión de algunos de los deberes y derechos que nacen del matrimonio¹⁵⁵. A diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley de 19 de mayo de 1975, n. 151, que fue la que introdujo el sistema vigente, la separación puede hoy ser judicialmente declarada prescindiendo de la culpa, que conserva sin embargo un papel relevante a través del llamado *addebito*, que es el pronunciamiento que hace el juez, al declarar la separación, de que ésta le es atribuible a uno de los cónyuges, en atención a su comportamiento contrario a los deberes que derivan del matrimonio. Dicho pronunciamiento está previsto por la ley cuando lo aconsejen las circunstancias, y a solicitud de parte¹⁵⁶.

Pues bien, cuando este pronunciamiento no se produce, subsiste entre los cónyuges el llamado deber de mantenimiento, que corresponde también al cónyuge al que no le sea imputable la separación¹⁵⁷. Por el contrario, el cónyuge al que se le haya imputado la separación ostenta frente al otro, en su caso, el derecho de alimentos de los arts. 433 y ss.¹⁵⁸

Es obvio que se ha establecido una diferencia de trato en atención, exclusivamente, a la conducta del cónyuge. Cuando uno de los miembros de la pareja incumple los deberes que nacen del matrimonio, de manera dolosa o culpable¹⁵⁹, y este incumplimiento ha sido la causa por la que se ha deteriorado la convivencia, llegando a

¹⁵⁴ Art. 151, 1º: “La separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tale da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole”.

¹⁵⁵ Vid. ANGELONI (*Autonomia...*, pág. 118), y la abundante doctrina por él citada.

¹⁵⁶ Art. 151, 2º: “Il giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio”.

¹⁵⁷ Nos ocupamos con detalle del deber de mantenimiento entre esposos separados en el siguiente capítulo.

¹⁵⁸ Art. 156:” Il giudice, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall’altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri.

L’entità di tale somministrazione è determinata in relazione alle circostanze e ai redditi dell’obligato.

Resta fermo l’obbligo di prestare gli alimenti di cui agli articoli 433 e seguenti ”.

¹⁵⁹ La doctrina y la jurisprudencia consideran que el pronunciamiento de *addebito* presupone que la conducta sea imputable al cónyuge, quedando excluida cuando se pretende fundar en situaciones en que no se aprecia dolo o culpa por su parte, y que, además, su comportamiento no debe de ser valorado de manera aislada, sino teniendo en cuenta el del otro miembro de la pareja.

ser intolerable, sus derechos económicos respecto del otro son de menor entidad que en el resto de los casos¹⁶⁰. Desde esta óptica la norma se revela como una sanción¹⁶¹, cuya imposición queda en manos del otro esposo. No creemos, sin embargo, que responda a la necesidad o conveniencia de tutelar ningún interés de carácter general, sino que está establecida en interés exclusivo del cónyuge al que no se imputa la separación, al que se libera de la carga de mantener al otro por el hecho de haberse producido por su causa la ruptura de la relación. No es, además, la única consecuencia de carácter sancionador que se hace recaer sobre el cónyuge al que se le imputa la separación: el art. 548 *Codice* le atribuye por esta razón distintos derechos sucesorios que al cónyuge separado sin *addebito*. Mientras que el cónyuge al que no se le imputa la separación tiene en la sucesión del otro los mismos derechos que el cónyuge no separado, el cónyuge al que se le imputa la separación sólo podrá disfrutar de una pensión vitalicia, y eso en el caso de que en el momento de la apertura de la sucesión percibiese alimentos a cargo del fallecido.

De esta manera, si bien formalmente el régimen de la separación del matrimonio deja de girar en torno a la culpa a partir del año 1975, lo cierto es que ésta no desaparece totalmente del sistema, aunque ya no se hable de *colpa*, sino de *addebito*. Es verdad que la culpa no es actualmente un presupuesto de la separación, pero sí que determina sus efectos. El caso es que, siquiera con una función distinta, continúa presente. El comportamiento de los esposos durante la etapa de la convivencia y su no adecuación a los deberes que nacen del matrimonio, que aparecen enumerados en el art. 143 *Codice*¹⁶², va a incidir en los efectos patrimoniales de la ruptura. Aunque la doctrina critica el sistema¹⁶³ y habla de la conveniencia de suprimir el *addebito*¹⁶⁴, lo cierto es que por el momento las cosas son como hemos expuesto, sin que la práctica judicial

¹⁶⁰ Nótese, sin embargo, cómo propiamente no se le priva de ningún derecho, dado que no hay base alguna para sostener que a los esposos separados les corresponda un deber de mantenimiento idéntico al que les corresponde en la etapa de la convivencia matrimonial. Es al legislador al que le compete decidir si subsisten o no durante la separación algunos de los efectos del matrimonio, en qué circunstancias y con qué alcance. Y el legislador italiano ha optado por entender subsistente el deber de asistencia material, aunque con alcance distinto según que la separación le haya sido imputada o no. La opción del legislador español, como se expondrá más adelante, ha sido distinta.

¹⁶¹ Se ha dicho que el *addebito* de la separación es el resultado de una modificación del precedente concepto de culpa (DOGLIOTTI, “La separazione...”, pág. 554). Por esta razón, gran parte de la doctrina ha argumentado que este viejo concepto reaparece en el ámbito de la separación matrimonial, si bien bajo una apariencia distinta. Frente a este punto de vista, una corriente de opinión trata de leer la norma, no en clave “sancionatoria”, sino en clave “reparadora”: se pretendería, no tanto culpabilizar al autor de un comportamiento ilícito, sino más bien poner la atención sobre el sujeto que lo ha sufrido, para, a través de los específicos efectos patrimoniales previstos, reparar el perjuicio. Frente a esto objeta el autor que “no se puede desconocer que la responsabilidad es un reflejo de la culpa” (“La separazione...”, pág. 84).

¹⁶² El art. 143 menciona como deberes recíprocos que nacen del matrimonio el de fidelidad, asistencia moral y material, cohabitación y el deber de colaborar en interés de la familia.

¹⁶³ En particular se ha observado que la disciplina de los efectos del *addebito* no es acorde con la actual concepción de la separación, entendida como remedio a la crisis de la convivencia, y que inhibe el ejercicio de un derecho constitucionalmente garantizado, como es el derecho a separarse; de ahí que sobre ella recaigan ciertas sospechas de inconstitucionalidad. También se ha puesto de manifiesto la incoherencia de un sistema en el cual el cónyuge que debido al *addebito*, puede verse privado del derecho al mantenimiento, tendría en cambio derecho a un *assegno* de divorcio, pues el único presupuesto de éste es la falta de adecuados medios propios, siendo las razones de la decisión sólo una circunstancia a tener en cuenta para su cuantificación. Habría así una mayor tutela para el cónyuge divorciado que para el separado, lo que entra en contradicción con el principio de igualdad sancionado por el art. 3 CI (Sobre todo ello, AL MUREDEN y autores por él citados, *Nuove...*, pág. 35).

¹⁶⁴ SESTA, *Diritto...*, pág. 31.

haya abandonado del todo la tradición culpabilística de la separación matrimonial¹⁶⁵. Según DOGLIOTTI, la demanda de imputación de la separación constituye la norma en las separaciones judiciales. Este elemento se convierte, dice el autor, en una mercancía de cambio y en un elemento de presión, que se abandona en el momento en que las partes llegan a un acuerdo sobre las relaciones económicas. De suerte que si bien en la intención del legislador, la separación con *addebito* revestía carácter excepcional, la realidad es que dicha intención ha quedado desterrada por la práctica judicial¹⁶⁶.

1.2. El deber de alimentos entre “cónyuges” tras la sentencia que declara la nulidad del matrimonio, en el ordenamiento italiano

La categoría de la nulidad del matrimonio agrupa todos aquellos casos en los que existe una anomalía en el momento de celebración del negocio, anomalía que puede referirse a la edad, a la existencia de un matrimonio anterior, aún vigente, a la existencia de un determinado grado de parentesco entre quienes lo contraen o a la concurrencia del llamado impedimento de crimen (arts. 84, 86, 87 y 88 *Codice*).

La nulidad del matrimonio es en el ordenamiento italiano una figura claramente diferenciada de la separación -que supone una atenuación de la relación conyugal-, y del divorcio -que entraña la disolución del vínculo conyugal y la pérdida del *status* de cónyuge-. Si bien la más reciente doctrina admite que desde un punto de vista sociológico, la nulidad, lo mismo que la separación y el divorcio, no es otra cosa que un supuesto de crisis del matrimonio, y que por lo tanto por lo que atañe a su funcionamiento en la práctica, las tres figuras tienen mucho en común¹⁶⁷, lo cierto es que en el Derecho italiano está muy presente la distinta configuración dogmática de los tres supuestos, tanto en el plano normativo, como en el doctrinal. Ni las exigencias prácticas si el sentir social han movido aún al legislador a sumarse al movimiento legislativo europeo que regula conjuntamente los efectos de las crisis matrimoniales¹⁶⁸. La corriente encuentra en cambio eco entre algunos autores, que propugnan el establecimiento de un régimen homogéneo de los efectos de la nulidad y del divorcio¹⁶⁹, o incluso de los efectos de la separación, la nulidad y el divorcio¹⁷⁰.

Del hecho de que la nulidad del matrimonio descansa en un vicio originario, se extrae tradicionalmente la idea de que en tales casos el matrimonio como tal nunca ha existido, y por lo tanto no produce efectos. Es destacada excepción a este principio la llamada doctrina del matrimonio putativo, consagrada en el art. 128 *Codice*, que consiste, básicamente, en considerar que para el cónyuge de buena fe (esto es, el

¹⁶⁵ Así lo manifiesta DE FILIPPIS, que atribuye la equiparación entre *addebito* y culpa al propio legislador, pues si bien es cierto que en el texto del art. 151, la declaración de *addebito* aparece como algo marginal y eventual, en realidad no es así, toda vez que el art. 156 le atribuye el efecto de excluir la prestación de mantenimiento (*Il matrimonio...*, pág. 408).

¹⁶⁶ “La separazione personale ...”, pág. 520.

¹⁶⁷ VITALI, “Nullità...”, pág. 387; TERRANOVA, *Contributo...*, pág. 22.

¹⁶⁸ VITALI: “Nullità...”, pág. 387.

¹⁶⁹ Es el caso de BARBIERA, que realiza un tratamiento unitario de la problemática relativa a las pensiones de separación y divorcio en su libro *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorzati*. O de FERRANDO, que afirma que en una perspectiva funcional deberían ser superadas las diferencias entre divorcio y anulación en la regulación de las relaciones patrimoniales de los ex cónyuges, lo que no excluye que se pueda considerar la oportunidad de establecer espacios normativos específicos para singulares situaciones, cuando concurren intereses de orden público, como en el caso de la bigamia o el incesto (“Matrimonio ...”, págs. 13 y 16); también PARISI, “Le invalidità...”, pág. 193, ó AL MUREDEN, el cual propugna una intervención legislativa dirigida a equiparar los efectos de la nulidad y del divorcio (*Nuove...*, págs. 93 y 94).

¹⁷⁰ TERRANOVA, *Contributo...*, pág. 37.

ignorante de la existencia de una causa de invalidez del matrimonio), el matrimonio produce todos sus efectos hasta la sentencia que pronuncia la nulidad¹⁷¹.

La consideración de la nulidad del matrimonio como un supuesto de ineficacia originaria, con el significado expuesto, inspira la normativa contenida en la sección VI del capítulo III del Título VI del Libro I, bajo la rúbrica “De la nulidad del matrimonio”, y cobra particular relieve a la hora de comprender los arts. 129 y 129 *bis*, que son los que se ocupan de los efectos patrimoniales entre cónyuges tras la sentencia que establece la nulidad, y que suelen presentarse como corolario de la doctrina del matrimonio putativo.

Se parte en ellos, a la hora de establecer las consecuencias económicas de la nulidad, de una distinción entre el cónyuge de buena y el de mala fe. Si ambos son de buena fe, “el juez puede disponer a cargo de uno de ellos y por un periodo no superior a tres años, la obligación de satisfacer sumas periódicas de dinero, en proporción a su caudal, a favor del otro, cuando éste no tenga rentas propias adecuadas y no haya contraído nuevas nupcias” (art. 129, 1º). En el caso de que uno de los cónyuges sea de buena y el otro de mala fe, se prevén a cargo de éste último y a favor del primero, dos prestaciones distintas: una congrua indemnización, sin necesidad de que pruebe el daño, y “los alimentos”, siempre que no existan otros obligados (art. 129 *bis*)¹⁷². No hay previsiones expresas respecto de lo que habrá de ocurrir en el caso de que los dos cónyuges sean de mala fe, aunque ello puede deducirse sin dificultad de los dos preceptos citados y del principio general de ineficacia jurídica de los actos inválidos: ninguno de los cónyuges tendrá pretensión alguna, ni de naturaleza alimenticia, ni de carácter indemnizatorio, frente al otro.

Dice SESTA que el legislador no se limita en estos preceptos a salvaguardar los efectos del matrimonio inválido hasta el momento en que se pronuncia la sentencia de nulidad, sancionando su irretroactividad, sino que prevé además una especie de subsistencia del matrimonio nulo¹⁷³. Desde nuestro punto de vista, no es tanto que el legislador esté considerando existente el matrimonio, al reconocer a quienes contrajeron matrimonio nulo de buena fe un derecho a percibir una suma periódica de dinero para el caso de no contar con medios adecuados, sino que lo que está haciendo, más bien, es aplicar el razonamiento propio de la doctrina del matrimonio putativo.

Téngase en cuenta que la doctrina del matrimonio putativo supone entender que la relación matrimonial existió. Y en el sistema vigente la existencia del matrimonio justifica la subsistencia, tras la ruptura, de prestaciones económicas entre *ex* esposos, como claramente resulta del art. 5 de la Ley n. 898, de 1 de diciembre de 1970, reguladora de la disolución del matrimonio, que contempla la posibilidad de que el juez, en la sentencia de divorcio, imponga a un cónyuge la obligación de suministrar periódicamente a favor del otro una pensión cuando éste último no tenga medios adecuados o cuando no pueda procurárselos por razones objetivas. ¿No es acaso lo mismo que hace el art. 129 *Codice* al reconocer al cónyuge de buena fe el derecho a recibir del otro sumas periódicas de dinero en el caso de no tener “medios propios adecuados”? La doctrina está de acuerdo en que el presupuesto de la “ausencia de

¹⁷¹ En el texto aludimos solamente al significado de la doctrina del matrimonio putativo en referencia a los cónyuges, porque es la perspectiva que aquí interesa. No obstante, el art. 128 *Codice* se ocupa también de los efectos de la sentencia de nulidad del matrimonio respecto de los hijos.

¹⁷² Los términos exactos del artículo son los siguientes: “Il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere allo altro coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto. L’indennità deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. È tenuto altresì a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, sempre che non vi siano altri obbligati”.

¹⁷³ *Diritto* ..., pág. 95.

réditos propios” concurre siempre que el cónyuge débil no pueda mantener un tenor de vida análogo al que disfrutó durante la convivencia derivada del matrimonio inválido¹⁷⁴.

La diferencia entre ambas hipótesis sería entonces únicamente la duración temporal de una y otra pensión: ilimitada o vitalicia la de divorcio, por un máximo de tres años la de nulidad. ¿Por qué esta diferencia? La finalidad no es en este caso sancionadora, dado que se aplica entre cónyuges de buena fe. Se basa en un motivo puramente dogmático: la consideración de que el matrimonio nulo no existió¹⁷⁵. La pregunta es si esto justifica la diferencia de trato.

A nuestro entender, no; lo que no quiere decir que no compartamos algunas de las razones que se esgrimen por los autores para justificar la limitación temporal de la prestación o la función que a ésta se le quiere atribuir. Nuestra crítica se refiere sólo a la existencia de un régimen para el caso de disolución del matrimonio y otro diferente para el caso de la nulidad. El motivo para reconocer al cónyuge de buena fe, tras la sentencia que declara la nulidad del matrimonio, el derecho a mantener a costa del otro, el nivel de vida de que disfrutó durante la convivencia es, según la doctrina, evitar que la situación económica previa se interrumpa bruscamente¹⁷⁶; pero también se piensa que no puede durar indefinidamente¹⁷⁷. Con el establecimiento de un plazo máximo de tres años se tratan de conciliar las posiciones de las partes y dar al cónyuge de buena fe la oportunidad de ponerse en situación de proveer a su propio sustento¹⁷⁸. Sin embargo, no faltan quienes arguyen que la solución no debe ser la misma en todos los casos, y que la solución legal puede ser acertada en el supuesto de que la anulación del matrimonio se produzca tras un breve plazo o cuando no ha llegado a instaurarse la comunidad de vida, pero que no es en cambio satisfactoria cuando la vida matrimonial se ha prolongado en el tiempo¹⁷⁹.

Obsérvese cómo el derecho del art. 129 *Codice* no supone en realidad un trato de favor para el cónyuge de buena fe, sino, muy por el contrario, un recorte de los derechos que le corresponderían de aplicarse hasta sus últimas consecuencias la doctrina del matrimonio putativo. Sin embargo, la doctrina italiana contempla la norma como una solución favorable al cónyuge de buena fe, como una derogación del principio general de la ineficacia absoluta de los actos inválidos, olvidando con ello que la excepción que representa respecto de dicho principio la doctrina del matrimonio putativo exige establecer el mismo trato para los cónyuges que contrajeron un matrimonio nulo, sin conocimiento de ello, que para los que se divorcian.

Por lo demás, no es dudoso que la pensión periódica del art. 129 *Codice* no es, en sentido estricto, una pensión alimenticia. Parece coincidir, en cuanto a su contenido, con una obligación de mantenimiento¹⁸⁰, si bien exige que se compruebe que el cónyuge de buena fe no tiene medios adecuados para mantener el tenor de vida del matrimonio. Nótese, en éste punto, la coincidencia con *l'assegno* de divorcio, máxime porque la letra del art. 129, que dice que el juez “puede disponer” la obligación de pagar la pensión, no significa que se esté reconociendo al juez la facultad discrecional de negar la prestación

¹⁷⁴ SESTA, *Diritto...*, pág. 96, y autores por él citados; MESSINETTI, “Il matrimonio...”, pág. 489.

¹⁷⁵ Dice MESSINETTI que la temporalidad se justifica por la falta de la causa normativa fundamental: la subsistencia de un matrimonio válido (“Il matrimonio...”, pág. 487).

¹⁷⁶ FERRANDO, “Gli effetti...”, pág. 269; MESSINETTI, “Il matrimonio...”, pág. 485.

¹⁷⁷ DOGLIOTTI, por ej., señala que el legislador considera que las relaciones derivadas de un matrimonio nulo deben resolverse, entre los cónyuges, en un plazo relativamente breve, y comparte esta preocupación, que considera que debe guiar las soluciones legislativas, independiente de la buena o mala fe del obligado, “de modo que cada uno pueda reconstruirse una vida autónoma” (“Doveri...”, pág. 113).

¹⁷⁸ FERRANDO, “Gli effetti...”, pág. 269; AULETTA, “Gli effetti...”, pág. 310.

¹⁷⁹ AULETTA, “Gli effetti...”, pág. 310.

¹⁸⁰ Lo afirma así, expresamente, MESSINETTI, “Il matrimonio...”, pág. 488.

aun concurriendo los requisitos legales, sino que se está condicionando a la ausencia de réditos adecuados propios, y a la disponibilidad de medios del obligado, quien tiene, también, el derecho a gozar del mismo tenor de vida de que disfrutó durante el matrimonio¹⁸¹.

En cuanto a los efectos económicos que se establecen para el caso de que uno de los contrayentes del matrimonio nulo sea de mala fe, están previstos en el art. 129 *bis*. Son dos distintos: una indemnización y los alimentos.

La indemnización está sometida a un régimen especial, que aparentemente privilegia al cónyuge de buena fe, en cuanto que no requiere la prueba del daño. Se viene considerando como una hipótesis especial respecto de la regla general contenida en el art. 2043 *Codice*¹⁸², con la cual se considera compatible. Consiste en la suma correspondiente al mantenimiento por tres años, lo que, unido al hecho de que el mismo artículo prevea una obligación de alimentos a cargo del cónyuge de mala fe, ha llevado a algunos autores a atribuirle naturaleza asistencial, en el sentido de que su objetivo es paliar una situación de necesidad. Pero no se debe olvidar, como oportunamente se ha observado, que esta prestación, a diferencia de otras, no se hace depender de las condiciones económicas del acreedor ni de su aptitud para proveer de modo adecuado a sus propias necesidades. En realidad, sus únicos requisitos parecen ser la sentencia que anula el matrimonio y la prueba de la mala fe de uno de los cónyuges. De ahí, probablemente, que se afirme, de modo poco preciso, que la norma tiene naturaleza sancionadora¹⁸³.

No por el hecho de entenderse que el art. 129, 1º *Codice* contiene un caso de responsabilidad civil, resulta un artículo superfluo, habida cuenta de que introduce particularidades respecto del régimen general. La norma descansa en la idea de que el cónyuge de buena fe que celebra un matrimonio inválido con un sujeto que conoce en cambio la concurrencia de una causa de invalidez, sufre un daño injusto, que consiste en la lesión de la libertad matrimonial¹⁸⁴; consecuentemente, exime al perjudicado de la prueba del daño. Por otra parte, el legislador, quizás consciente de las dificultades que entraña la demostración de la entidad de este tipo de daño, habría exonerado al perjudicado de esta carga, estableciendo un resarcimiento forfitario¹⁸⁵.

La otra obligación que se hace recaer sobre el cónyuge de mala fe tras la sentencia que declara anulado el matrimonio son los alimentos. Es opinión unánime que en este caso se trata de una obligación sujeta al régimen general de los arts. 433 y ss. Hay, sin embargo, una particularidad, prevista en el propio artículo, cual es la de que la obligación de alimentos del cónyuge de mala fe queda condicionada a la inexistencia de otros obligados. Esto quiere decir que se altera el orden habitual de los deudores de alimentos¹⁸⁶. No ha faltado quien ha interpretado que la aclaración significa, simplemente, que la obligación del cónyuge de mala fe cesa con el nuevo matrimonio

¹⁸¹ AULETTA, “Gli effetti...”, pág. 309; con matices, FERRANDO, para quien la formulación textual del art. 129 *Codice*, según el cual el juez “puede disponer” la obligación de pagar la pensión, alude claramente a un poder discrecional que, según algunos, alcanza directamente a la valoración del interés a proteger y en consecuencia puede llegar a poner en discusión el derecho mismo a recibir la prestación (“Gli effetti...”, pág. 270).

¹⁸² “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

¹⁸³ FERRANDO, “Gli effetti...”, pág. 268; MESSINETTI, “Il matrimonio...”, pág. 491.

¹⁸⁴ FERRANDO, “Gli effetti...”, págs. 273 y ss.

¹⁸⁵ AULETTA, “Gli effetti...”, págs. 318 y 319.

¹⁸⁶ Es la interpretación que hacen autores como AULETTA, “Gli effetti...”, pág. 320; ROLANDO, *Alimenti...*, págs. 81 y 82; FERRANDO, “Gli effetti...”, pág. 280, ó MESSINA, “Le obbligazione...”, pág. 368.

del acreedor. Aunque la interpretación literal no apoya, a nuestro modo de ver, esta última opinión, la cuestión no es demasiado relevante a los fines aquí perseguidos. Sea como fuere, lo que está claro es que ese deber de alimentos, aun residual, sólo se impone al contrayente de mala fe, en atención, precisamente, a su conducta reprochable. De nuevo en esta ocasión, el legislador italiano se ha centrado en el comportamiento de los esposos a la hora de regular los efectos patrimoniales de las crisis conyugales, considerando además de modo aislado la hipótesis de la nulidad, como si no tuviera nada que ver con la disolución del matrimonio.

Las mismas reflexiones que hemos hecho anteriormente respecto de los efectos patrimoniales del art. 129 *Codice* (supuesto en que ambos cónyuges son de buena fe) son válidas respecto del art. 129 *bis* (caso en el que uno de los cónyuges es de buena fe y otro de mala fe): lo que desde determinado punto de vista puede resultar un régimen de favor, desde otra óptica distinta entraña, por el contrario, una discriminación que no encuentra justificación válida.

En efecto, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el reconocimiento por parte del legislador del derecho a obtener una reparación sobre la base, simplemente, de un comportamiento culposo o doloso de un sujeto, a partir sólo de la prueba de ser consciente de su ilicitud, supone una derogación de las reglas generales: el autor de dicho comportamiento va a ser condenado a indemnizar sin que el perjudicado pruebe ni cuantifique el daño. El daño se presume, y es la ley la que lo valora, admitiendo, no obstante, la posibilidad de obtener un resarcimiento mayor siempre que el daño sea efectivamente probado. En cambio, en el ámbito de las relaciones matrimoniales, o mejor, post-matrimoniales, la posición de quien contrajo, incluso de buena fe, un matrimonio nulo, es claramente desfavorable. Mientras que el cónyuge divorciado tiene derecho a percibir una pensión periódica que le asegure, en principio ilimitadamente, el mantenimiento del tenor de vida de que disfrutó durante la relación matrimonial, el sujeto que contrajo de buena fe un matrimonio nulo, únicamente tiene derecho a la cuantía en que consistiría la prestación de mantenimiento durante los tres primeros años y, pasados éstos, a los alimentos, esto es, a una prestación que se considera que tiene un contenido más reducido, y sólo si se encuentra en estado de necesidad. No es fácil, a nuestro entender, encontrar argumentos que justifiquen la diferencia.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, compartimos la opinión de quienes defienden la unificación en el Derecho italiano de los efectos económicos de la nulidad y el divorcio. Y probablemente la solución preferible no sea la de reformar el régimen del matrimonio putativo, como se había propuesto en anteriores legislaturas, sino una reforma global de los efectos del matrimonio anulado, que establezca una normativa de base uniforme de los efectos económicos de la crisis conyugal¹⁸⁷. Para ello es necesario prescindir del modelo de formalización de la crisis matrimonial y restar importancia al hecho de que la nulidad descansa en un vicio originario, y a la idea, que tanto peso tiene hoy, de que un matrimonio nulo es un matrimonio que nunca ha existido. Debe adquirir relevancia, en vez, la comunidad de vida que la mayor parte de las veces se habrá establecido entre quienes celebraron el matrimonio nulo, y acogerse como principio general el de que la sentencia de nulidad produce efectos *ex nunc*, igual que el divorcio¹⁸⁸.

En esta línea se mueve el Código español, en el cual rige el principio según el cual los efectos patrimoniales de la separación, la nulidad y el divorcio, o, si se prefiere, de las crisis matrimoniales, son sustancialmente idénticos, siempre y cuando haya

¹⁸⁷ FERRANDO, “Matrimonio...”, págs. 17-18.

¹⁸⁸ FERRANDO, “Gli effetti...”, pág. 243.

existido convivencia matrimonial. La única excepción está establecida precisamente para el caso de la nulidad: el cónyuge de mala fe no tiene reconocido el derecho a exigir del otro, en ninguna circunstancia, una prestación económica (art. 98 Cc *a contrario*), a excepción, claro está, de las que puedan resultar de la liquidación del régimen económico matrimonial.

1.3. Referencia al derecho a los alimentos del cónyuge del ausente

El art. 51 *Codice* reconoce al cónyuge del ausente, sin perjuicio de lo que le corresponda por efecto del régimen patrimonial de los cónyuges o por título de sucesión, el derecho a exigir, en caso de necesidad, una prestación alimenticia, que habrá de determinarse según las condiciones de la familia y la entidad del patrimonio del ausente¹⁸⁹.

La norma no reviste a los fines de este trabajo demasiado interés; tampoco ha sido objeto de especial atención por parte de la doctrina, pero no hemos querido dejar de mencionarla, a fin de que la exposición de los supuestos de derecho de alimentos entre cónyuges sea completa.

La pretensión de alimentos que se reconoce al cónyuge del ausente está pensada para aquellos casos en los que se encuentre en estado de necesidad, a pesar de encontrarse como heredero en la posesión temporal de los bienes del ausente conforme a lo previsto en el art. 50 *Codice*. Es obvio que, pese a ello, la situación de necesidad puede surgir. Pero para algunos autores no es fácil comprender cómo funcionarán las cosas en este caso¹⁹⁰.

Lo razonable es entender que este deber de alimentos está previsto con carácter temporal y que sólo debe considerarse subsistente en tanto en cuanto se mantenga la situación de incertidumbre, que dejará de existir con la aparición del ausente o con la declaración de fallecimiento¹⁹¹.

Por lo demás, parece claro, en atención a los términos empleados en la norma, que lo que se ha querido reconocer al cónyuge del ausente es un verdadero derecho de alimentos. El precepto establece como presupuesto el estado de necesidad. Pero nos surge la duda de si lo que se quiso decir es que el titular de la pretensión es el esposo del ausente que carezca de medios suficientes para mantener el tenor de vida del matrimonio, y ello por dos razones: una, porque la redacción de la norma no resulta definitiva, al estar tomada del Código de 1865, en el que, como ya se ha dicho, no había una clara diferencia entre derecho de alimentos y derecho de mantenimiento; otra, porque son muchos los autores que se manifiestan en este sentido¹⁹², a lo que se puede añadir que no se ve la razón por la que la situación del cónyuge del ausente deba quedar equiparada a la del cónyuge al que se le ha imputado la separación y no en cambio a la del separado sin *addebito*, el cual disfruta, conforme al art. 156, 1º *Codice*, del derecho al mantenimiento.

¹⁸⁹ Los términos exactos de la norma son los siguientes: “Il coniuge dell’assente, oltre ciò che gli spetta per effetto del regime patrimoniale dei coniugi e per titolo di successione, può ottenere dal tribunale, in caso di bisogno, un assegno alimentare da determinarsi secondo le condizioni della famiglia e l’entità del patrimonio dell’assente”.

¹⁹⁰ Manifiesta DOGLIOTTI que la norma es oscura y confusa, probablemente porque se introdujo en un momento histórico en el que el cónyuge no tenía la condición de heredero, y ha perdido sentido y resulta difícil de entender una vez que se le reconoce esta condición. Sus reflexiones sobre la norma pueden verse en “Doveri...”, págs. 116-117.

¹⁹¹ ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 82.

¹⁹² Vid. MORELLI, Mario Rosario, Comento..., pág. 629.

1.4. Conclusiones sobre el régimen de los alimentos entre cónyuges en el Derecho italiano.

En las páginas anteriores han quedado expuestas las hipótesis en que el Código italiano reconoce entre cónyuges un derecho de alimentos. Dejando de lado el caso del cónyuge del ausente, claramente menos importante, son dos: la hipótesis del cónyuge separado judicialmente al que la sentencia le haya imputado la separación (art. 156 *Codice*), y la del contrayente de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, sólo si el otro es de mala fe y no hay otros parientes obligados (art. 129 *bis Codice*).

Al margen de la valoración que estos supuestos puedan merecer, sobre todo en atención a la finalidad sancionadora que en ellos subyace¹⁹³, se trata de una regulación que no suscita especiales problemas interpretativos y de la cual resulta oportuno extraer las siguientes conclusiones, que serán de utilidad para afrontar el análisis de la cuestión en Derecho español.

Primera: entre quienes ostentan en un momento dado la cualidad de cónyuges, por haber contraído un matrimonio válido que no ha sido disuelto, no siempre existe un derecho de alimentos. Muy por el contrario, este parece poseer carácter residual, en tanto que sólo se reconoce en casos en los que está excluido el derecho de mantenimiento. No sería correcto, por lo tanto, afirmar que el derecho de alimentos forma parte siempre de la relación conyugal. Desde esta óptica no resultaría inexacto afirmar que como contenido de la relación matrimonial, el derecho de alimentos posee carácter excepcional.

Segunda: El derecho de alimentos no es siempre una prestación económica reconocida a favor de un esposo en situación de necesidad, dado que se contempla un caso en que nace a favor de un sujeto que no posee, en rigor, la cualidad de cónyuge: el sujeto que contrajo de buena fe un matrimonio que ha sido anulado.

No cabe, por lo tanto, establecer una conexión entre matrimonio y alimentos (ni todos los cónyuges son titulares de un derecho de alimentos, ni el derecho de alimentos es una prestación reservada a quienes ostentan tal cualidad).

En definitiva, y siempre en referencia al Derecho italiano, en el campo de las relaciones horizontales o de pareja, los alimentos son el instrumento jurídico de que se vale el legislador para procurar medios de subsistencia a quien carece de lo necesario para vivir. Esta situación de necesidad se habrá originado, bien por la concurrencia de razones que a juicio del legislador no han hecho a este cónyuge necesitado merecedor de la prestación económica de contenido más amplio que constituye la regla en la relación matrimonial, (el derecho de mantenimiento), bien como consecuencia de la ruptura de la relación nacida de un matrimonio nulo imputable al otro contrayente (arts. 156, 3º y 129 *bis Codice*, respectivamente).

1.5. Los alimentos entre cónyuges en el Derecho español

La única referencia legislativa que se encuentra en el Código civil al deber de alimentos entre cónyuges es la contenida en el art. 143, según el cual “Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión del artículo precedente: 1º- Los cónyuges...”. El hecho de que no se haga ninguna aclaración, ni en este ni en otros lugares del Código, a los casos en los que tal derecho-deber existe entre esposos, ha determinado que siempre haya resultado necesario realizar una labor interpretativa al

¹⁹³ Lo admiten expresamente, para el caso de los cónyuges separados, DOGLIOTTI, (*Il Diritto...*, pág. 471); SESTA, (*Diritto...*, pág. 295), y para el caso de la anulación del matrimonio, ROLANDO, (*Alimenti...*, pág. 81).

objeto de dilucidar este extremo¹⁹⁴. El mero hecho de que el legislador no especifique a qué situaciones matrimoniales se refiere, no significa, necesariamente, que siempre que haya una relación matrimonial vigente, sus miembros sean recíprocamente titulares de los alimentos, con el contenido y alcance que resulta del Título VI del Libro I del Código civil. La determinación de las situaciones matrimoniales concretas en que hay entre los cónyuges un derecho de alimentos en sentido propio, exige, al igual que hemos visto que ocurre en el ordenamiento italiano, realizar un recorrido por las previsiones legales referidas, bien al régimen económico matrimonial (para ver lo que ocurre en las situaciones de normalidad matrimonial), bien a las crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio).

Sentado lo anterior, es oportuno recordar que en España el régimen jurídico de las crisis matrimoniales o, más exactamente, de la separación y el divorcio, fue objeto de una reforma en el año 2005, concretamente por Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, cuyas novedades son de fundamental importancia en relación a la cuestión que nos ocupa.

Las novedades de esta ley son dos. En primer lugar, la separación, antes concebida como un paso obligado para llegar al divorcio, pierde esta función y se convierte en una situación propia y autónoma frente al divorcio, de manera que actualmente quienes deseen poner fin a su relación matrimonial tienen dos opciones diferentes, a las que pueden acogerse indistintamente en cualquier momento: la disolución del matrimonio, o la separación. El legislador tenía -y tiene en el futuro- que mantener la figura de la separación matrimonial, pues ello es una exigencia constitucional (cfr. art. 32 CE). En segundo lugar, y a diferencia también de lo que ocurría en el régimen anterior, la separación hoy no tiene que fundarse en ninguna causa legal. Puede solicitarse, incluso por uno sólo de los esposos, sin necesidad de invocar ni probar causa alguna. El art. 82 Cc, que recogía como causas de separación conductas tales como el abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la violación grave y reiterada de los deberes conyugales o la violación grave y reiterada de los deberes respecto de los hijos, ha quedado vacío de contenido. Con ello han desaparecido de nuestro sistema lo que para algunos eran todavía rasgos de la separación como sanción a la conducta de uno de los esposos. La separación es ahora, simplemente, uno de los remedios o soluciones legales a las crisis matrimoniales, que no tienen que justificar quienes la solicitan.

Pues bien, teniendo en cuenta el actual marco normativo, la conclusión que creemos que debe establecerse es que desde la entrada en vigor de la reforma de 2005, no hay en el ordenamiento español ningún supuesto de derecho de alimentos (en sentido propio) entre cónyuges, al menos si se entiende (y la matización es importante) que éste es un derecho que se origina únicamente a favor de sujetos en situación de necesidad, entendido este presupuesto en un sentido objetivo.

Tampoco se prevé ningún derecho de alimentos entre divorciados, ni entre los contrayentes de un matrimonio nulo, sino otras prestaciones distintas: la pensión compensatoria (art. 97 Cc) y la indemnización a favor de quien haya contraído de buena fe un matrimonio nulo (art. 98 Cc), de las que nos ocuparemos en capítulos sucesivos.

Que el derecho de alimentos entre los miembros de la pareja no sea en ningún caso efecto de la nulidad o del divorcio es algo que no admite discusión. Las dudas se

¹⁹⁴ ORTEGA LORCA, por ejemplo, comenzaba su comentario a la norma, con idéntica redacción en lo que se refiere a los cónyuges, antes de la reforma del 81, con las siguientes palabras: “¿A qué periodo de la vida matrimonial se refiere el Código en este caso?”, dando con ello por supuesto que no se estaba pensando en todas las situaciones matrimoniales posibles y que era preciso realizar una interpretación sistemática (que es lo que, de hecho, realiza el autor) para determinarlo (*Código...*, t. III, p. 4).

suscitan en referencia a la hipótesis de la separación, debido a que el art. 143 Cc menciona en su n° 1º, como sujetos obligados a prestarse alimentos, a los cónyuges.

Nuestra opinión, pese a ello, es que entre cónyuges separados no surge un derecho de alimentos. Para justificar la anterior aseveración es preciso aludir por separado a las distintas situaciones que pueden darse entre cónyuges.

En las situaciones de normalidad matrimonial, es decir de convivencia de los cónyuges, no existe propiamente un derecho-deber de alimentos. Ninguno de los esposos está obligado a satisfacer al otro una cantidad de dinero destinada a cubrir sus necesidades vitales. Distinto es que estén ligados por el deber de ayuda y socorro mutuo que mencionan los arts. 67 y 68 Cc, un deber que incluye desde luego el auxilio económico. Pero esta asistencia económica se hace efectiva a través del deber de contribuir al levantamiento de las cargas familiares que se entiende que está recogido en el art. 1318 Cc, contribución que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1438 Cc, será proporcional a los recursos respectivos y producirá como efecto que ambos esposos disfruten del mismo nivel de vida, aun siendo diferentes sus capacidades económicas individuales.

Es opinión unánime que mientras que hay convivencia matrimonial, el deber de ayuda derivado del matrimonio se materializa a través de la contribución de los esposos al levantamiento de las cargas del matrimonio y que únicamente cuando cesa la vida en común cabe la posibilidad de que nazca un derecho de alimentos propiamente dicho, de carácter autónomo e independiente¹⁹⁵. No parece necesario, pues, insistir más en este punto.

También es opinión común que el cese de la convivencia cambia este estado de cosas y que es entonces cuando en el ordenamiento español nace un derecho de contenido económico de uno de los esposos frente a otro, que sería el derecho de alimentos, algo que se postula tanto para la separación de hecho como para la separación judicial.

Coincidimos con la opinión general en que, efectivamente, el cese de la convivencia puede determinar la aparición de un derecho del que sería titular uno de los esposos y sujeto pasivo el otro, pero lo que no creemos es que se trate de un derecho de alimentos, por las razones que pasamos a exponer.

Ante todo debe distinguirse según se trate de una separación de hecho o de una separación judicial. Comencemos por el segundo caso, que es el directamente regulado en las leyes.

De la separación judicial se ocupan los arts. 81 a 84 Cc, si bien sus efectos aparecen regulados, junto con los de la separación y el divorcio, en los arts. 90 a 101. De conformidad con ellos, la única prestación de contenido económico entre cónyuges (al margen de las que traigan causa de la liquidación del régimen económico del matrimonio) es la pensión compensatoria del art. 97. Es cierto que el art. 90, al enumerar el contenido mínimo del convenio regulador de la separación y divorcio que es imprescindible para la separación o el divorcio consensuales, menciona, en su apartado d), “la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso”, pero de su texto no puede deducirse el reconocimiento de un derecho de alimentos entre cónyuges, habida cuenta de que las expresiones que se utilizan pueden muy bien tener otro significado: es claro que los

¹⁹⁵ BELTRÁN DE HEREDIA, “Comentario...”, pág. 10; COBACHO GÓMEZ, *La deuda...*, pág. 57; DELGADO ECHEVERRÍA, “Comentario...”, pág. 525; GARCÍA RUBIO, *Alimentos...*, pág. 42; PADIAL ALBÁS, *La obligación...*, pág. 196; QUICIOS MOLINA, “Comentario...”, pág.261; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, págs. 297 y ss.; MORENO MOZO, *Cargas...*, págs. 42 y 43; ROGEL VIDE, *Alimentos...*, pág. 40.

“alimentos” pueden ser los debidos, en su caso, a los hijos comunes, y que la expresión “cargas del matrimonio”, de significado ciertamente dudoso y discutible, está con seguridad referida a algo distinto de los “alimentos”, a los que la propia norma alude de manera separada.

A pesar del hecho de que dentro de la regulación de los efectos de la nulidad, separación y divorcio (Capítulo IX del Libro I del Cc), no haya ningún reconocimiento explícito de la atribución de un derecho de alimentos a favor del cónyuge judicialmente separado, la doctrina viene entendiendo, de manera unánime, que en los casos de separación judicial, el cónyuge en situación de necesidad ostenta frente al otro un derecho de alimentos que se considera un derecho distinto, independiente y compatible con la pensión compensatoria prevista en el art. 97 Cc¹⁹⁶.

El razonamiento habitual es que en los casos de separación subsiste el vínculo conyugal, y que la condición de cónyuge, que es la que el legislador tiene en cuenta, sin distinciones, para establecer el deber de alimentos (art. 143), no desaparece, se dice, sino con el divorcio. El argumento, que parece inspirado en la concepción canónica del matrimonio, no es definitivo. Sin entrar en la cuestión de si en el año 1981 se quiso o no reconocer a los esposos separados, aparte de la pensión compensatoria, una pensión alimenticia sometida a las normas de la obligación legal de alimentos entre parientes, lo que resulta claro es que tal conclusión no puede mantenerse tras la reforma de 2005. El nuevo sistema exige que se equiparen lo más posible las situaciones de separación legal y de divorcio, una vez que la primera ha dejado de ser una situación de tránsito a la segunda. En el régimen que ha estado vigente hasta 2005, podía resultar coherente que la situación patrimonial de los separados fuera diferente a la de los divorciados y que entre los primeros se mantuviera el deber de asistencia material. Tenía cierto sentido porque la separación se concebía como una situación intermedia entre la relación matrimonial y el “no matrimonio” que producía el divorcio. Pero hoy esta diferencia ha desaparecido. Si se mantiene, de conformidad con el art. 32 CE, la separación judicial como figura autónoma, es para respetar la voluntad de los cónyuges. A nuestro modo de ver el deber de ayuda mutua entre cónyuges desaparece tanto en la separación judicial como en el divorcio, porque no es un deber ligado al *vínculo* matrimonial, sino un deber propio de la *relación matrimonial*, y es lo razonable entender que ésta desaparece tanto si hay divorcio como si hay separación, sin perjuicio de su posible reviviscencia, en caso de separación, como consecuencia de la reconciliación (art. 84 Cc).

En definitiva, nuestra opinión, ya defendida en otras ocasiones¹⁹⁷, es que entre cónyuges separados, al igual que entre cónyuges divorciados, la única prestación económica que contempla el Derecho español es la pensión compensatoria del art. 97 Cc.

Entrando ya en las situaciones de separación de hecho, plantea mayores dificultades pronunciarse acerca de si durante ellas existe o no un deber de alimentos entre los sujetos de la relación matrimonial. Las dificultades derivan del hecho de que, según opinión generalizada, de alimentos en sentido propio sólo cabe hablar cuando su

¹⁹⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, “Comentario...”, pág. 525; ROCA TRÍAS, “De los efectos...”, págs. 617 y 628; GARCÍA RUBIO, *Alimentos...* pág. 106; PADIAL ALBÁS, *La obligación...*, pág. 202; QUICIOS MOLINA, “Comentario...”, pág. 261; GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, “El matrimonio...”, pág. 183; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...* pág. 322; SAURA ALBERDI, *La pensión...*, pág. 72. Tras la reforma de 2005, mantienen la misma opinión SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Consecuencias...”, págs. 243 y 244; GÓMEZ IBARGUREN, “La naturaleza...”, págs. 2-6; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “Últimas...”, págs. 679 y 680; RUÍZ-RICO RUÍZ-MORÓN, “La supresión...”, pág. 2055; MORENO MOZO, *Cargas...*, pág. 43.

¹⁹⁷ MORENO-TORRES HERRERA, “La pensión ...”, págs. 138 y ss.

titular está en situación de necesidad y del hecho de que este presupuesto se venga entendiendo en sentido subjetivo.

Pero empecemos el razonamiento por el principio. La situación de separación de hecho, aunque no ignorada totalmente por el legislador (cfr. arts. 116, 834 ó 945 Cc), no es, desde luego, objeto de regulación en el Código. Esto quiere decir que, a diferencia de lo que hemos visto que ocurre con la separación judicial, no cabe el recurso a datos normativos directos para resolver la cuestión de si en esta situación hay un deber de alimentos entre esposos. La conclusión deberá por lo tanto extraerse del conjunto del sistema. Pero recuérdese que responder negativamente a esta pregunta no es lo mismo que negar absolutamente la existencia de deberes económicos entre esposos durante las situaciones de separación de hecho, sino, simplemente, excluir la aplicación del régimen jurídico de la obligación de alimentos entre parientes.

Respondiendo a la cuestión, partimos de la idea de que el contenido de la relación matrimonial, que es un contenido establecido por la ley, no resulta modificado por una mera situación fáctica. Así pues, el deber de asistencia material continúa teniendo, no obstante la separación, el mismo alcance que en la fase de la convivencia. Lo único que cambia es el modo de hacerlo efectivo, que ahora no será a través de la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, sino mediante el pago de una cantidad de dinero. La doctrina española, así como los tribunales, utilizan el término “alimentos” para referirse a ella, pero ¿se trata, verdaderamente, de un derecho de alimentos?

Creemos que no, por cuanto que no es requisito del mismo el estado de necesidad. El derecho no nace a favor del cónyuge que carezca objetivamente de lo necesario para vivir (incluso desde un amplio entendimiento de esas necesidades), sino a favor del esposo que, sencillamente, no pueda mantener el nivel de vida del otro. Durante la convivencia matrimonial se produce una cierta igualación del nivel de vida de los esposos, al margen de que su contribución a los gastos, por su diversidad de recursos, no sea idéntica. Pues bien, esa situación no puede cambiar por el hecho de que se interrumpa la vida en común. Por una parte, porque los deberes que nacen del matrimonio no se extinguen sino con una sentencia judicial (otra cosa es que algunos de ellos, como el de convivencia, sean incoercibles). Y por otra parte, porque ello sería claramente incoherente con lo que ocurre en los casos de separación judicial y de divorcio, para los que está previsto, a través de la figura de la pensión compensatoria, la igualación del *status* entre los dos miembros de la pareja., aunque sea de manera temporal.

En suma, en las situaciones de separación de hecho no hay entre los esposos un estricto derecho de alimentos, condicionado a una situación de necesidad de uno de los cónyuges y a la suficiencia económica del otro, sino un derecho de contenido más amplio, un derecho del cónyuge más débil económicamente a participar del nivel de vida del otro, que por lo tanto en principio coincide con el mantenimiento del Derecho italiano.

La dificultad de este punto de vista estriba en que la figura del derecho de mantenimiento, aunque admitida entre nosotros por la doctrina¹⁹⁸ y la jurisprudencia, no está en realidad reconocida por el Derecho positivo.

¹⁹⁸ Está bastante extendida la afirmación según la cual el deber de los esposos de socorrerse mutuamente (arts. 67 y 68 Cc), que es contenido de la relación matrimonial, es independiente de la concurrencia o no de necesidad de cualquiera de los cónyuges (es rotundo en este sentido, JIMÉNEZ MUÑOZ, “La regulación...”, pág. 747), no obstante lo cual es opinión unánime que, en situaciones de separación, el apoyo material entre los esposos está supeditado a la existencia de un estado de necesidad.

Se nos abren, entonces, dos posibilidades: una, considerar el deber económico de asistencia entre esposos separados un caso de alimentos, al amparo de la letra del art. 143, 1º Cc, y salvar el inconveniente del presupuesto del estado de necesidad, -que se considera requisito imprescindible de los alimentos-, por medio de una interpretación subjetiva del requisito¹⁹⁹; otra, admitir que no estamos, en realidad, ante un verdadero supuesto de alimentos, sino ante una prestación distinta, y consecuentemente adoptar para ella otra denominación, a fin de evitar confusiones.

Parece que la opción preferible es esta última. Si queremos introducir mayor claridad conceptual en este ámbito, debemos aceptar que el propio legislador, al hablar en ciertas ocasiones de los “alimentos” está utilizando una terminología poco precisa, cuyo uso debería ser definitivamente desterrado. Sólo en un sentido laxo es hoy correcto afirmar que entre cónyuges hay un deber de alimentos. Porque, o bien hay un deber de mantenimiento²⁰⁰ (en las situaciones de normalidad matrimonial y de separación de hecho), o bien hay derecho a una pensión compensatoria (en las situaciones de separación judicial); en definitiva, siempre una relación obligatoria no sujeta en principio a las normas contenidas en los arts. 142 a 153 Cc.

2. La obligación de alimentos de los descendientes

Frente a la sencilla fórmula del art. 143, 2º Cc, que declara que los obligados a prestarse alimentos después del cónyuge son los descendientes, sin más aclaraciones, dispone el art. 433, 2º *Codice* que tras el cónyuge, están obligados a prestar alimentos “los hijos legítimos o legitimados o naturales o adoptivos y, a falta de ellos los descendientes próximos, incluso naturales”.

Lo primero que se piensa es que la aclaración que hace el precepto, al mencionar de modo expreso los distintos tipos de hijos, legítimos, legitimados, naturales y adoptivos, es en rigor innecesaria, y que habría bastado con aludir, sin más, a los hijos y descendientes. La especificación puede responder, no obstante, al deseo de destacar el cambio que se introduce con esta norma respecto de la situación anterior²⁰¹; pero la fórmula empleada no resulta la más adecuada, siquiera por una razón puramente “estética”.

Lo que es obvio es que el legislador quiso dejar claro, frente a lo que hasta entonces se disponía, que todos los hijos están obligados a auxiliar materialmente a sus padres y demás ascendientes cuando se den los presupuestos de la obligación legal. En la doctrina italiana se ha suscitado la duda de si podrían considerarse también obligados a prestar alimentos los hijos naturales no reconocibles. La categoría no existe como tal en el ordenamiento español, en el cual todos los hijos pueden ser reconocidos, si bien se exige autorización judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal, para determinar legalmente la filiación de un menor o incapaz en el caso de que los progenitores fueran consanguíneos en línea recta (art. 125 Cc). De modo más tajante, el art. 251 *Codice* introduce una prohibición de reconocer a los hijos nacidos de personas entre las cuales exista un vínculo de parentesco, incluso natural, en línea recta hasta el infinito, o en

¹⁹⁹ Fue este el camino que seguimos en “La pensión...”, págs.168 y ss. En sentido análogo al defendido por nosotros en el citado trabajo, aunque en relación a una cuestión diferente, afirma AULETTA que el objeto de la deuda alimenticia es “el valor necesario para obtener el tenor de vida que *el necesitado tiene derecho a alcanzar* (el subrayado es nuestro) y que el legislador indica con la calificación de “necesario” (*Alimenti...*, pág. 37).

²⁰⁰ Con este término nos estamos refiriendo a una prestación económica que no tiene como presupuesto el estado de necesidad del acreedor.

²⁰¹ Téngase en cuenta que anteriormente los hijos naturales sólo estaban llamados a asistir a sus padres, no sólo después de los hijos legítimos, sino también después de los padres y ascendientes legítimos.

línea colateral hasta el segundo grado, o bien un vínculo de afinidad en línea recta, con la excepción de que en la época de la concepción ignorasen el vínculo existente entre ellos o que haya sido declarado nulo el matrimonio del que deriva la afinidad. Se añade que cuando sólo uno de los progenitores sea de buena fe, el reconocimiento del hijo puede ser realizado únicamente por él.

Ahora bien, a pesar de estar excluida la posibilidad del reconocimiento, estos hijos llamados incestuosos tienen reconocido el derecho a ser mantenidos por sus padres, y también un derecho de alimentos (art. 279²⁰²). No podía ser de otra forma dado que el principio de igualdad de los hijos está consagrado constitucionalmente.

Debido al hecho de que los hijos no reconocibles son titulares de una pretensión de alimentos frente a sus padres y a que los alimentos son una obligación recíproca entre los sujetos a los que la ley se refiere, la doctrina se ha preguntado si cabría también entender que ocurre a la inversa, y que estos hijos incestuosos tienen un deber de alimentos frente a sus padres. La respuesta mayoritaria parece ser negativa, argumentándose, bien que la finalidad del art. 279 -que se considera como una medida de ayuda a favor de aquellos hijos que no pueden obtener tal *status*, pero por razones imputables a otros- no concurre en el caso de los padres²⁰³, bien que tal solución no resultaría coherente con la *ratio* sancionadora de la norma contenida en el art. 251 *Codice*, dirigido a impedir la producción de ventajas a favor del progenitor que no haya respetado el principio de responsabilidad en la procreación²⁰⁴.

Siguiendo un razonamiento estrictamente jurídico, la respuesta a esta pregunta, para nosotros, es clara: esos hijos incestuosos son, ciertamente, hijos biológicos, pero no son jurídicamente hijos, dado que el ordenamiento les niega el establecimiento de la relación jurídica paterno-filial, con todo el contenido que le es propio. Se trata de un caso en el que se niega el *status* jurídico de padre y de hijo a sujetos que biológicamente lo son. Consecuencia de ello es que el progenitor no pueda ser considerado titular de ningún derecho que el ordenamiento le atribuya por su condición de padre y, por tanto, de los alimentos. Otra cosa es que se pueda discutir la oportunidad de la solución legislativa, o su *ratio*; o, incluso, estimarse anticonstitucional la prohibición de reconocimiento del art. 251²⁰⁵.

La norma recogida en este último precepto se ha intentado justificar desde una perspectiva no sancionadora, viendo en ella, no tanto la respuesta del ordenamiento a un comportamiento del progenitor, que se considera contrario a la moral y al Derecho, sino más bien como una norma dirigida a proteger a los hijos. Alude SESTA²⁰⁶ a una corriente de opinión defendida por quienes contemplan la prohibición del reconocimiento como una consecuencia de un juicio del legislador, que considera que los padres a los que se niega la posibilidad de reconocer no son idóneos para llevar a cabo la función educativa de los hijos. Ésta, y no tanto la censura de una unión

²⁰² Literalmente el artículo dice: “In ogni caso in cui non può proporsi l’azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il figlio naturale può agire per ottenere il mantenimento, l’istruzione e l’educazione. Il figlio naturale se maggiorenne e in stato di bisogno, può agire per ottenere gli alimenti”.

²⁰³ DOGLIOTTI, “Doveri...”, pág. 86.

²⁰⁴ MORELLI, Mauro, “Gli alimenti”..., pág. 716. En análogo sentido, FERRI, “Degli alimenti”...pág. 615; PROVERA, “Degli alimenti...”, pág. 31, y ROLANDO, *Alimenti*..., pág. 86.

²⁰⁵ Hay que tener en cuenta que a la prohibición de reconocimiento aparece unida la imposibilidad de reclamar y obtener la declaración judicial de paternidad y maternidad natural del art. 278 Cc y que esta última podría lesionar derechos fundamentales. En esta línea la Sentencia de la Corte Costituzionale de 10 de febrero de 2006, n. 50, ha declarado constitucionalmente ilegítimo el art. 274 *Codice*, por varias razones, entre ellas la violación de los arts. 2, 30 y 24 CI, al determinar el procedimiento en aquél regulado un obstáculo a la tutela de derechos fundamentales de los hijos naturales.

²⁰⁶ *Manual* (2007)..., págs. 262 y 263.

incestuosa, sería la *ratio* del art. 251 *Codice*. El hecho de impedir el establecimiento legal de la filiación en estos casos tiene además la ventaja, señala el autor, de que al aparecer el hijo como de padres desconocidos, se facilita la adopción, lo que no quita que, en el caso de que la adopción no se lleve a cabo, el hijo pueda accionar para pedir una declaración de paternidad o para beneficiarse de los derechos atribuidos por el art. 279 *Codice*.

No resulta convincente este intento de justificar la norma desde la óptica de la tutela del hijo, por cuanto que el hecho de engendrar un hijo incestuoso no determina de por sí la falta de idoneidad para el ejercicio de la función paterno-filial. Es cierto que en casos concretos ambas cosas podrían ir unidas, pero el perjuicio del hijo, caso de establecerse tal relación paterno-filial, no puede en absoluto suponerse. Y si se aprecia, bastará con acudir a los instrumentos jurídicos previstos para evitarlo, esto es, al cese de la patria potestad (art. 330 *Codice*). Por otro lado, la finalidad sancionadora de la norma que impide el reconocimiento de los hijos incestuosos parece fuera de toda duda si se tiene en cuenta que la prohibición no rige en el caso en que los padres ignorasen, en el momento de la concepción, el vínculo existente entre ellos, o cuando haya sido declarado nulo el matrimonio del cual deriva la afinidad. A nuestro entender, es claro que se quiere castigar a los progenitores (y, en último término, proteger a la familia legítima); el problema es que se podría estar también perjudicando al hijo, al que se priva del contenido personal de la relación paterno-filial. Hay otras formas de sancionar al padre: negarle a él derechos económicos frente al hijo.

En cualquier caso, en lo que aquí interesa, lo que parece claro es que mientras que esté en vigor la prohibición de reconocer a los hijos incestuosos, debe entenderse que éstos no están obligados a prestar alimentos al padre, porque aunque la finalidad de la norma no fuera sancionar a éste, la voluntad del legislador en el sentido de excluir la relación paterno-filial es clara. Frente a ella no es suficiente esgrimir, salvo de cara a la adopción de una distinta solución *de lege ferenda*, la relevancia exclusivamente económica, y no personal, que al vínculo familiar atribuye el art. 279 *Codice*, pues como muy bien dice ROLANDO, esta relevancia patrimonial, y no otra, es la expresamente atribuida en el precepto²⁰⁷.

En conclusión, mientras que en el Derecho español todos los hijos y descendientes están obligados, siempre que se den los presupuestos legales, a prestar alimentos a sus descendientes, en el caso del Derecho italiano tal deber no alcanza a los llamados hijos no reconocibles, quienes aun siendo hijos biológicos no tienen el *status* jurídico de filiación.

3. La obligación de alimentos de los padres y ascendientes

3.1. La obligación de los padres y ascendientes en general

Tras los hijos y descendientes, los sujetos obligados a prestar alimentos son los ascendientes del necesitado, conforme al criterio de proximidad de grado.

En el plano del Derecho positivo, las normas que los respectivos códigos destinan a los alimentos a cargo de los ascendientes, presentan el mismo rasgo que ya apuntábamos en el apartado anterior: las previsiones del texto italiano son más detalladas, con la diferencia de que ahora algunas son necesarias, como es el caso de la norma contenida en el art. 436 *Codice*, que dispone que el deber de alimentos del

²⁰⁷ *Alimenti...*, pág. 86.

adoptante respecto del hijo adoptivo se antepone al de sus progenitores legítimos o naturales.

El Código español se contenta con declarar que están obligados a prestarse alimentos recíprocamente “los ascendientes y descendientes” (art. 143, 2º) y con especificar que los primeros sólo están obligados a falta de cónyuge y descendientes (art. 144), pero no aclara cuál es el orden, en su caso, entre padres adoptivos y padres biológicos, a pesar de admitir algún supuesto en que la adopción no extingue la relación del adoptado y sus progenitores (cfr. art. 178, 2º). Se echa de menos una norma similar a la contenida en el art. 436 *Codice*, que viene a completar la regla general del art. 433.

Dice el art. 433 *Codice* que están obligados a los alimentos, tras el cónyuge y los descendientes, “los padres y, a falta de éstos, los ascendientes próximos, incluso naturales; los adoptantes” (nº 3º).

En relación al primer grupo, esto es, a los padres, no se introduce aclaración alguna referida a su condición de legítimos o naturales, lo que sí se hace a propósito de los demás ascendientes; pero nadie duda que se está incluyendo a cualquier sujeto que legalmente tenga la consideración de padre, tanto si se trata de una filiación matrimonial como extramatrimonial²⁰⁸. La particularidad del Derecho italiano es que también quedan obligados a prestar alimentos los progenitores biológicos a los que el art. 251 *Codice* impide realizar el reconocimiento en atención al vínculo de parentesco que les une (art. 279, ya citado). Se produce de esta forma una situación que a nosotros nos parece extraña, cual es la del reconocimiento de derechos y deberes propios de la relación paterno-filial entre sujetos no unidos por ese vínculo jurídico, aunque sí por lazos de sangre²⁰⁹.

Por lo demás, se discute a propósito de esta norma si los ascendientes biológicos de los hijos no reconocibles están o no obligados a prestar alimentos a sus nietos²¹⁰. Se dice, por un lado, que el art. 279 atribuye este deber únicamente a los padres responsables de la procreación ilícita, más por otro se arguye que el art. 148 impone a los ascendientes, legítimos o naturales, el deber de procurar a los propios padres los medios necesarios para el cumplimiento de sus deberes frente a los hijos²¹¹. En nuestra opinión, el principio constitucional de igualdad de los hijos, al que sería razonable acudir para resolver esta duda, no resulta, desgraciadamente, definitivo, si se tiene en cuenta que el art. 30, párrafo. 3º CI únicamente garantiza a los hijos nacidos fuera del matrimonio, “aquella tutela jurídica y social que sea compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima”, aclaración ésta que puede amparar diferencias de trato. Así las cosas, la clave para resolver el debate no puede ser otra que el fundamento del deber de alimentar a ascendientes distintos de los progenitores. Parece ser, aunque quizás haya llegado el momento de cuestionárselo, que lo que la ley tiene en cuenta son los meros lazos biológicos, de manera que habría que concluir que, efectivamente, los ascendientes de los hijos no reconocibles son, en caso de necesidad de éstos y en

²⁰⁸ ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 89.

²⁰⁹ Ese descendiente biológico no sólo ostenta un derecho de mantenimiento o de alimentos frente a su progenitor, sino que tiene además reconocidos derechos sucesorios. Pero no son los mismos derechos sucesorios que corresponden a los hijos, en el sentido jurídico del término. En el Derecho italiano, los hijos no reconocibles (esto es, incestuosos) no son legitimarios ni sucesores legítimos (arts. 537 y 565 *Codice*), sino titulares de una pensión vitalicia, cuya cuantía será parecida a la que les hubiese correspondido si la filiación hubiese sido declarada o reconocida (arts. 580 y 594 *Codice*).

²¹⁰ Entienden que no autores como DEGNI, *Il Diritto...*, pág. 485.

²¹¹ Este argumento no es oportuno, si se tiene en cuenta que el art. 148 *Codice* está pensado para el caso de los padres, titulares de la patria potestad y en consecuencia obligados a “mantener, educar e instruir” a sus hijos (art. 147 *Codice*), siendo distinto el supuesto que aquí nos ocupa.

defecto o por insuficiencia de sus padres, deudores de alimentos²¹². Pero nótese que jurídicamente no son realmente ascendientes y que carecerían por lo tanto de los derechos que a ellos les atribuyen las leyes.

En cuanto a los adoptantes, es claro que deben alimentos al hijo adoptivo. El art. 433, 3º, *in fine*, los menciona expresamente. Los padres biológicos, por el contrario, no tienen, tras la adopción, deber alguno frente al hijo, habida cuenta del principio según el cual la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, consagrado explícitamente en el art. 178, 1º Cc y en el art. 27 de la Ley de 4 de mayo de 1983, n. 184, llamada “derecho del menor a una familia”, en la que se regula la figura de la adopción en el ordenamiento italiano. Ahora bien, la regla tiene excepciones. En determinados casos va a subsistir el vínculo jurídico entre adoptado y padres biológicos, lo que hace preciso aclarar de qué manera incide esta situación sobre la obligación de alimentos.

El legislador italiano ha afrontado directamente el problema, estableciendo en el art. 436 *Codice* que el adoptante debe alimentos al hijo adoptivo con preferencia a sus padres legítimos o naturales, completando así la regla general del art. 433, 3º. Como dice ROSSI²¹³, la norma sólo tiene sentido en relación a aquellos supuestos en los que las leyes prevean la coexistencia de dos tipos de padres, los adoptivos y los legítimos o naturales (esto es, biológicos). Estos casos son los siguientes: la adopción de las personas mayores de edad contemplada en los arts. 291 y ss. *Codice*, y la adopción no legitimante de los menores de edad a que se refiere el art. 44 de la ley especial²¹⁴; en ambas hipótesis el adoptado conserva los derechos y deberes frente a la familia de origen (art. 300 *Codice*).

Conviene destacar, por último, que si bien el art. 433, 3º *Codice* aclara que quedan comprendidos los ascendientes *naturales* del necesitado, no dice nada en cambio respecto de los ascendientes del adoptante ¿Significa esto que si son extramatrimoniales no están obligados? No necesariamente. Ello dependerá del tipo de adopción de que se trate, pues cómo se ha expuesto anteriormente, los efectos de la adopción no son siempre los mismos. Hay casos en los que el legislador ha decidido que el vínculo de la adopción se constituya sólo entre adoptante y adoptado, pero no con los parientes de uno y otro, de donde se colige que los ascendientes del adoptante no están en tales hipótesis obligados a prestar alimentos al adoptado²¹⁵.

3.2. Especial referencia al deber de alimentos de los padres respecto de los hijos

Consecuencia inmediata del criterio de proximidad de grado que el legislador ha adoptado para determinar quién o quiénes en concreto, de entre los distintos grupos de parientes, serán los deudores de alimentos, es que los padres se anteponen a los abuelos y, en su caso, a otros ascendientes.

En el caso del ordenamiento italiano, cuyas leyes distinguen alimentos y mantenimiento, se puede afirmar que el deber de alimentos de los padres respecto de los hijos tiene carácter residual, en cuanto que el que les corresponde a éstos hasta el

²¹² ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 89.

²¹³ ROSSI, Rita, *Il mantenimento...*, págs. 56 y 57.

²¹⁴ Los supuestos a que se refiere este artículo son los siguientes: la adopción de menores unidos por vínculo de parentesco hasta el sexto grado, o cuando exista una pre-existente relación, estable y duradera, y se trate de un menor huérfano de padre y madre; la adopción por el cónyuge cuando el menor sea hijo, incluso adoptivo, del otro cónyuge; la adopción del menor discapacitado que sea huérfano de padre y madre, y la adopción de un menor cuando se haya constatado la imposibilidad de un acogimiento pre-adoptivo.

²¹⁵ ROSSI, Rita, *Il mantenimento...*, pág. 57.

momento de alcanzar independencia económica, no es el de alimentos de los arts. 432 y ss., sino el de mantenimiento, cuya sede normativa es, fundamentalmente, el art. 30 CI, a cuyo tenor “Es deber y derecho de los padres, mantener, instruir y educar a los hijos, incluso nacidos fuera del matrimonio”. El principio constitucional aparece, lógicamente, desarrollado por el legislador ordinario, dentro del Código civil, pero no en un solo precepto, sino en varios: del deber de mantener a los hijos matrimoniales se ocupa el art. 147; el art. 261 atribuye al padre que reconoce a un hijo la asunción de los mismos derechos y deberes que le corresponderían frente a un hijo legítimo; el art. 277 extiende los efectos del reconocimiento a las sentencias judiciales que declaran la filiación natural; el art. 279 impone el deber de mantenimiento al padre frente al hijo en los casos en los que está excluido el reconocimiento y la determinación judicial de la paternidad; y, finalmente, el art. 27 de la Ley n. 184, de 4 de mayo de 1983, del derecho del menor a una familia, dispone que por efecto de la adopción, el adoptado adquiere el estado de hijo legítimo del adoptante, lo que quiere decir que se convierte en titular de un derecho de mantenimiento.

Todo parece indicar que hay plena coincidencia entre el deber de mantenimiento de los hijos consagrado en el art. 30 CI, junto con los de instrucción y educación, y el mantenimiento de los hijos a que alude el art. 147 *Codice*, que si bien referido en principio a los hijos matrimoniales, resulta en realidad aplicable, por virtud de lo dispuesto en el resto de los preceptos anteriormente mencionados, a toda clase de hijos.

Este derecho de mantenimiento nada tiene que ver con los alimentos, por lo que no se rige por las disposiciones comprendidas en el capítulo que a ellos dedica el Código. Independientemente de cuáles sean esas diferencias, que se verán con detalle en su momento²¹⁶, interesa desde ahora destacar que los padres de los hijos menores de edad, además de ser titulares de un derecho-deber de educarlos e instruirlos, están obligados a mantenerlos, de tal manera que, en principio, y salvo que por cualquier tipo de razones haya un incumplimiento de este deber, no se originarán situaciones de necesidad en los menores ni, consecuentemente, un deber de alimentos a cargo de otros parientes. De otro lado, el hecho de que alimentos y mantenimiento sean figuras distintas, no quiere decir que no haya coincidencias entre ellas y que compartan algunas características, como en el hecho de ser ambos derechos irrenunciables.

El panorama que ofrece el Derecho positivo español es algo diferente, empezando por la propia Constitución. La Constitución española no habla, como la italiana, de un derecho de mantenimiento de los padres, sino, en términos más generales, de un deber de los padres de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda” (art. 39.3). Es claro que el precepto comprende la asistencia económica, quedando en manos del legislador ordinario la determinación de los instrumentos jurídicos mediante los cuales esa asistencia se habrá de hacer efectiva. Es claro, igualmente, que junto con el deber de asistencia de todo orden en la etapa de la minoría de edad (que al ser una exigencia constitucional, las leyes no podrán excluir), se reconoce la posibilidad de que las leyes impongan a los padres deberes de asistencia más allá de la mayoría de edad de los hijos.

Las dificultades surgen en el Derecho codificado porque a la previsión general del deber de los ascendientes de prestar alimentos a los descendientes, contenida en el art. 143, 2º Cc, se suman otra serie de preceptos que hablan de un deber de los padres de “alimentar” a sus hijos (art. 110, art. 111 y art. 154 Cc), lo que conduce a pensar, con

²¹⁶ *Vid.* capítulo III.

toda lógica, que les es de aplicación el régimen jurídico contenido en los arts. 142 a 153 Cc²¹⁷.

Sin embargo, en realidad no es así. Hoy día la jurisprudencia admite que el deber de los padres de “alimentar” a los hijos menores de edad no queda sujeto en su totalidad a las normas del Código que regulan la obligación de alimentos entre parientes²¹⁸. No es entonces lógico hablar de “alimentos”; sería preferible una expresión distinta.

No es menos cierto, sin embargo, que no obstante la expuesta doctrina jurisprudencial, -que hoy acoge toda la doctrina-, y debido a que la distinción entre alimentos y mantenimiento no cuenta con el respaldo del Derecho positivo, se continúa hablando, sobre todo en la práctica judicial, de alimentos, para referirse a supuestos en que en realidad no existe tal derecho; y lo que es más importante, se invocan frecuentemente ciertos preceptos sobre la obligación de alimentos entre parientes, que hay que admitir que poseen pleno sentido y son sin duda aplicables al mantenimiento de los menores de edad. Es el caso del art. 142 Cc, que describe el contenido de los alimentos; del párrafo 1º del art. 145, que establece como criterio de distribución de la pensión entre los alimentantes, cuando son varios, la proporcionalidad con sus recursos; del art. 146, según el cual la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe; o del art. 151, que declara irrenunciable, intransmisible e incompensable el derecho a recibir alimentos futuros.

Es difícil, a la vista de preceptos como los citados, mantener con todas sus consecuencias la afirmación de que este régimen jurídico no es aplicable al deber de los padres de mantener a los hijos menores de edad. De ahí que el TS haya afirmado, no que dicho régimen no rige para el caso de los menores de edad frente a sus progenitores, sino tan sólo que no es “íntegramente aplicable”. Y es que todo indica que, a diferencia del legislador italiano, que redactó el capítulo dedicado a los alimentos con plena consciencia de que no estaba regulando el deber de asistencia económica de los padres frente a sus hijos menores de edad, el legislador español pensaba, entre otros, justamente en ese supuesto.

²¹⁷ No es una cuestión meramente terminológica. De hecho, algunas de las normas más recientemente introducidas en sede de alimentos, están referidas, claramente a los “alimentos” debidos a los hijos menores de edad. Es el caso del párrafo 2º del art. 149 Cc, que excluye el derecho del alimentante a elegir la forma en la que se han de prestar los alimentos, en el caso de que con ello se “contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial”, así como “cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”. La norma fue introducida por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²¹⁸ SSTS 5 octubre 1993 (Ponente: Ortega Torres) y 16 julio 2002 (Ponente: Corbal Fernández). Declaró ésta última que “La obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad (artículos 39.3 de la Constitución Española, 110 y 154.1º del Código Civil) tiene unas características peculiares que la distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad (como ya puso de relieve la paradigmática Sentencia de 5 de octubre de 1993). Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria, que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil sólo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (artículo 154.1º del Código Civil) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de éstos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta el vínculo de filiación y la edad. Por todo ello se acogen los motivos, y se estima más adecuada al caso de autos la solución del juzgador de primera instancia; sin que obste que la determinación de la cuantía de los alimentos constituya por regla general una materia confiada al prudente arbitrio y función soberana del Tribunal de instancia, porque su decisión es revisable no sólo cuando hay un error en la valoración de la prueba, sino también cuando se produce una infracción legal.

Así las cosas, no es fácil salir de la situación de confusión en la que nos encontramos, una situación en la que cualquier jurista busca las respuestas a los problemas que se plantean a propósito de los deberes económicos de los padres frente a sus hijos (tan frecuentes hoy, debido al elevado número de progenitores no convivientes), dentro del título dedicado a los “alimentos entre parientes”, no obstante la existencia de una consolidada doctrina jurisprudencial que nos advierte de que una cosa son los alimentos y otra distinta el deber de los padres de mantener a sus hijos.

Clarificar de una vez por todas esta situación es, ya, tarea del legislador. Porque la jurisprudencia, y también la doctrina, no pueden evitar este recurso constante a preceptos que regulan los alimentos. Ello sólo puede hacerlo el legislador, estableciendo con toda nitidez los supuestos y las reglas de una y otra figura. Lo que en definitiva proponemos es que se diferencie absolutamente el deber de contenido económico que corresponde a los padres durante la minoría de edad de sus hijos (derecho de mantenimiento) del deber, igualmente de contenido económico, que se establece entre parientes en situación de necesidad (derecho de alimentos). La elaboración de la doctrina italiana, pese a que presenta en nuestra opinión algún aspecto discutible²¹⁹, puede ser, a tal fin, extremadamente útil. Y también, obviamente, las aportaciones al respecto de la doctrina española²²⁰.

Pero en relación a las aportaciones doctrinales, queremos señalar que el énfasis no debe ponerse en el hecho de que el mantenimiento, a diferencia de los alimentos, no sea un derecho autónomo y que forme parte de un más amplio deber de los padres respecto de sus hijos menores de edad²²¹. Porque también el mantenimiento, normalmente ligado a otros derechos-deberes que forman parte de la patria potestad, puede ser un derecho autónomo, un derecho de contenido estrictamente patrimonial, un verdadero derecho de crédito, pero con un régimen jurídico distinto a los alimentos.

No es dudoso, pese a algunas afirmaciones en sentido contrario realizadas por el propio Tribunal Supremo²²², que el mantenimiento no es contenido de la patria potestad. Así lo demuestran los arts. 110 y 111 Cc que lo declaran subsistente²²³, respectivamente, en el caso de privación y de exclusión de la patria potestad. El mantenimiento no va, pues, necesariamente unido al derecho-deber de los padres de educar e instruir a sus hijos, usando la terminología del Derecho italiano. Muy por el contrario, es independiente de éstos según se deduce del hecho de que subsista no obstante la privación o exclusión de la patria potestad, que entrañan para el progenitor la pérdida de todo poder de dirección sobre la vida del hijo.

²¹⁹ En concreto la idea según la cual el derecho de mantenimiento tiene un contenido más amplio que los alimentos. Entendemos que actualmente no es así, sin perjuicio, lógicamente, de que se optase por restringir el alcance y contenido de los alimentos, bien haciendo de ellos una prestación independiente de los recursos económicos del obligado, bien limitando las “necesidades” por ella cubiertas.

²²⁰ Como más recientes, pueden citarse, aparte del libro de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, repetidamente citado en este trabajo, JIMÉNEZ MUÑOZ, “La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes” y el comentario a los arts. 142 a 153 Cc de SIERRA PÉREZ. Siguen siendo muy útiles los trabajos de DELGADO ECHEVERRÍA, (“De los alimentos entre parientes”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*), así como el comentario a los arts. 142 a 153 CC en *Comentario del Código Civil* y de GARCÍA RUBIO, (*Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*). Particularmente interesantes, aunque no aborden directamente la cuestión que se trata en el texto, es el trabajo de RIBOT IGUALDADA, “El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes”.

²²¹ Esta es el planteamiento seguido por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, págs. 47 a 49 y 362 y ss.

²²² Cfr. STS 5 octubre 1993, ya citada.

²²³ Los preceptos no usan el término “mantenimiento”, sino “alimentos”, lo que se explica por las razones ya expuestas.

La consecuencia de aceptar el anterior planteamiento, la diferenciación absoluta entre el mantenimiento de los hijos menores de edad y los alimentos, es que estos últimos tendrán un carácter residual en las relaciones paterno-filiales, en cuanto que la mayor parte de las veces los hijos serán titulares del derecho de mantenimiento frente a sus padres, sobre todo si el legislador optase, en una hipotética reforma legislativa, por situar el límite entre uno y otro derecho, no en la mayoría de edad, sino en el momento de adquisición por el hijo de independencia económica.

Llegamos así a una de las cuestiones más delicadas y problemáticas que actualmente se plantean en relación con los deberes económicos de los padres respecto de los hijos, la del momento en que dichos deberes se extinguen. Pero nos ocupamos de ella en el siguiente capítulo.

3.3. Especial referencia al deber de alimentos de los abuelos

El tratamiento separado en este trabajo del deber de alimentos de los abuelos se debe a la existencia en el *Codice* de una particular previsión, contenida en el art. 148, el cual, tras señalar que los cónyuges (en rigor los padres), deben cumplir la obligación de mantener a sus hijos en proporción a sus respectivos recursos y según su capacidad de trabajo, profesional o doméstico, dispone que cuando los padres no tengan medios suficientes para mantener, instruir y educar a sus hijos, los otros ascendientes, legítimos o naturales, en orden de proximidad, están obligados a proporcionar a los propios padres los medios necesarios para que estos puedan cumplir sus deberes frente a los hijos. El precepto guarda una evidente relación con el art. 147, a cuyo tenor el matrimonio impone a ambos cónyuges la obligación de mantener, instruir y educar a la prole, teniendo en cuenta las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los hijos.

El supuesto para el que está pensado el art. 148, 1º *Codice*, recibía, con anterioridad a la reforma del 75, una solución diferente, coherente con los principios vigentes en materia de alimentos, y en particular con el art. 441 del mismo texto legal: se establecía que la obligación de alimentos correspondía a los ascendientes más próximos. La nueva fórmula revela que lo que ahora se prevé no es el mero cambio del sujeto pasivo de la relación obligatoria, sino la obligación de los abuelos de procurar a sus hijos, a su vez padres, todos los medios necesarios para que estos últimos puedan cumplir sus deberes paterno-filiales, habida cuenta de que este cumplimiento precisa de unos medios materiales.

Presupuesto para que nazca el deber de los abuelos es la insuficiencia de medios de los padres, lo que significa que los nietos están en situación de necesidad²²⁴. Parece razonable descartar el deber de los abuelos en el caso de que la situación de necesidad no se plantease por tener los nietos un patrimonio propio apto para cubrir sus necesidades²²⁵. No estaría en tal caso justificado el deber de los abuelos, dado que ellos no son legalmente los responsables del cuidado y atención de los nietos.

La obligación de los abuelos consiste en proporcionar a los padres los medios necesarios para que éstos puedan cumplir su deber de mantenimiento. Es una obligación dineraria. Se excluye el cumplimiento en especie, esto es, recibiendo y manteniendo en casa a los nietos. La finalidad de la norma es precisamente ésta: impedir que el deber de

²²⁴ Así lo ha entendido la *Corte di Cassazione*, afirmando que el supuesto contemplado en el art. 148 *Codice* es “asimilable a los alimentos, al menos en cuanto subordinado a la insuficiencia de medios económicos” (Cass. 23 marzo 1995, n. 3402).

²²⁵ Por eso se ha sostenido que la obligación de los ascendientes subsiste aunque los padres hayan muerto, siempre y cuando, naturalmente, los hijos no tengan adecuados medios propios (TRABUCCHI, “Commento...”, pág. 343).

educar e instruir a los hijos, que es personalísimo, sea en la práctica ejercitado por los abuelos, algo que podría ocurrir si se optase por el cumplimiento *in natura*. Como dice SESTA, el legislador ha pretendido excluir cualquier intromisión de los ascendientes en el ejercicio de la potestad parental, tutelando, de un lado, a los padres, a los cuales les corresponde en exclusiva la tarea de decidir cómo debe ser empleada la contribución de los abuelos; y de otro lado, a los menores mismos, a los cuales se les garantiza el mantenimiento de la unidad familiar en todos sus aspectos, incluso en casos de necesidad económica²²⁶.

Un aspecto poco claro es el del alcance de la obligación de los abuelos, que no queda precisado en la norma y del cual tampoco se ocupan los autores. La interpretación que parece más acertada, teniendo en cuenta que los sujetos a los que están destinados los medios económicos son menores y que la prestación está orientada a facilitarles el libre desarrollo de la personalidad²²⁷, consiste en entender que las necesidades de los hijos tienen que ser satisfechas con amplitud, con toda la amplitud que permitan los recursos de los abuelos obligados.

Lo anterior no significa, creemos, que no se trate de un derecho de alimentos, que es, además, la opinión de la doctrina, pero sí que demuestra lo que ya se ha apuntado en alguna ocasión: que de *lege lata* el contenido de la obligación de mantenimiento y de la obligación de alimentos es idéntico -la cuantía en ambos casos viene determinada por las necesidades de los beneficiarios y por los recursos económicos de los obligados- y que lo que diferencia una figura y otra son los presupuestos.

En el presente caso nos encontramos ante una obligación de los abuelos que es subsidiaria a la de mantenimiento de los padres, lo que no quiere decir que tenga la misma naturaleza que ésta²²⁸. La obligación que impone a los ascendientes (que en la práctica serán los abuelos) el art. 148, 1º *Codice* es, de hecho, una obligación alimenticia. La propia génesis de la norma así lo indica: surge para sustituir a la norma que anteriormente imponía a los ascendientes un deber de alimentos en el caso de que los padres no pudiesen cumplirlo. Por eso, el art. 148 y el 433, 3 *Codice* deben leerse conjuntamente. La necesidad de los nietos, la falta de medios de los padres y la consiguiente obligación a cargo de los ascendientes inducen a concluir que las dos normas, la particular y la general, establecen la misma obligación alimenticia.

Como en el resto de las obligaciones alimenticias, el alimentante no está obligado sino en tanto en cuanto tenga posibilidad económica de cumplir²²⁹, no está obligado por el contrario a desarrollar su capacidad de trabajo o de obtención de ingresos.

La particularidad más destacada del supuesto contemplado en el art. 148 *Codice* es que el titular del derecho de crédito no es la persona que está en estado de necesidad²³⁰; los padres de los menores necesitados son titulares de un derecho propio frente a los ascendientes de éstos, aunque la prestación esté dirigida a satisfacer necesidades de terceros. A ello hay que añadir, como una segunda particularidad de este supuesto de derecho de alimentos, que se excluye expresamente el cumplimiento *in natura*, que de resto y siempre con los límites establecidos en el art. 443 *Codice*, es una facultad del deudor.

²²⁶ *Diritto...*, pág. 455.

²²⁷ BESSONE, *La famiglia...*, pág. 104.

²²⁸ Niega que se trate de un derecho de alimentos, DOGLIOTTI, "Doveri...", pág. 59.

²²⁹ TRABUCCHI, "Commento...", pág. 342; DOGLIOTTI, "Doveri...", pág. 60.

²³⁰ En este sentido, SESTA, *Il Diritto...*, pág. 455.

El Código español no contiene ninguna previsión análoga a la del art. 148 *Codice*, lo que no significa que no se origine una situación parecida, en la hipótesis que el precepto contempla, al amparo de determinados preceptos, en concreto de los arts. 143, 144 y 149, 2º en relación con el art. 154. En el caso concreto de que haya menores en situación de necesidad debido a la insuficiencia de recursos de sus padres, (unida, lógicamente, a la inexistencia o insuficiencia del propio patrimonio), la aplicación de la norma contenida en el párrafo 2º del art. 149 Cc producirá como efecto que sean los progenitores los que perciban la pensión alimenticia destinada a sus hijos, y que sean ellos los que administren libremente, sin intervención alguna del alimentante o de los alimentantes, las cantidades recibidas, que en último término no son sino un medio necesario para cumplir eficazmente el deber que la ley les atribuye de educar a sus hijos y “procurarles una formación integral” (art. 154 Cc).

La regla general es que el deudor de alimentos tiene la facultad de elegir entre dos formas posibles de cumplimiento: el pago de una cantidad de dinero o la atención y mantenimiento del alimentante en su propia casa. Pero en determinados casos sólo cabe el pago de una cantidad de dinero, excluyéndose por el legislador, en interés del alimentista, la posibilidad de cumplimiento *in natura*. Estos casos están recogidos en el segundo párrafo del art. 149 Cc, y son: que la facultad de elección “contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial”, la concurrencia de una “justa causa” y el “perjuicio del interés del alimentista menor de edad”. Aunque las expresiones utilizadas por el legislador suscitan algunas dudas, en lo que aquí interesa, está claro que si el alimentista fuese un menor de edad sometido a la patria potestad de uno o ambos progenitores, el alimentante no podría pretender el cumplimiento en especie del deber de alimentos, pues ello contravendría “normas aplicables”, en concreto el régimen jurídico de la patria potestad. De hecho, este es uno de los supuestos en que el TS excluyó la facultad de elección del alimentante²³¹, antes de que se introdujesen, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, las excepciones del párrafo 2º del art. 149 Cc. Es más, tal y como pone de manifiesto MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, el legislador, en aquella ocasión, no hizo sino consagrar una vieja y consolidada doctrina jurisprudencial que había venido considerando improcedente la facultad de elección del deudor cuando existiese una causa legal que se opusiese a su ejercicio. Y añade, “Conforme a este precepto, la opción de mantener al alimentista en su propia casa no puede ser aceptada cuando, al ser el obligado una persona distinta de los progenitores, se priva a éstos del derecho-deber de tener al hijo en su compañía (art. 154.1 Cc)”²³².

Así pues, al igual que ocurre en el Derecho italiano por expresa disposición del art. 148 *Codice*, los ascendientes alimentantes de un menor de edad cumplirán su deber legal mediante la satisfacción de una cantidad periódica destinada a cubrir todas sus necesidades. La diferencia es que mientras que en el ordenamiento italiano los padres de los menores se vienen considerando titulares de un derecho propio frente a los ascendientes, en el Derecho español actúan como representantes legales de los menores.

Obsérvese, por último, como a través de instrumentos diversos se tutela sin embargo el mismo interés, que en este caso no es otro que el de los menores. El Derecho español limita la tradicional facultad de elección de la forma de cumplimiento

²³¹ La STS 2 diciembre 1983 (Ponente: Pérez Gimeno) estableció que en caso de concurrencia entre el derecho de opción del alimentante y el derecho-deber que para la madre se deriva de la patria potestad de tener a los hijos en su compañía para cumplir las funciones que le asigna el art. 154 Cc, debe darse preferencia a éste sobre aquél. Se trataba de un caso en el que los obligados a prestar alimentos eran los abuelos.

²³² *La obligación...*, pág. 532.

de su obligación que corresponde al alimentante; el Derecho italiano, en el que por el contrario no existe una limitación explícita de esta facultad, sino tan sólo el reconocimiento de la facultad del juez de decidir la forma de cumplimiento (cfr. art. 443 *Codice*), ha atribuido a los padres el derecho, en caso de insuficiencia económica, de recibir los recursos necesarios para cumplir, ellos mismos, los deberes paterno-filiales.

4. El deber de alimentos entre afines. El deber conyugal de cuidado y atención de ascendientes, descendientes y personas dependientes del art. 68 del Código civil español

Tras los ascendientes, el art. 433 *Codice* menciona como obligados a los alimentos, al yerno y a la nuera (n. 4) y al suegro y a la suegra (n. 5). El art. 434 declara por su parte que la obligación de alimentos de estos parientes cesa cuando la persona que tiene derecho a los alimentos contrae nuevo matrimonio (n. 1) y cuando el cónyuge, del cual deriva la afinidad, y los hijos nacidos de su unión con el otro cónyuge y sus descendientes, estén muertos (n. 2).

Aunque no es un aspecto que despierte gran interés entre los autores, no hay en la doctrina italiana una opinión unánime acerca de la oportunidad de la norma que consagra un deber legal de alimentos entre el suegro o la suegra por un lado y el yerno o la nuera por otro. Frente a quienes afirman que la obligación aparece como una especie de residuo de la tradición patriarcal según la cual el ingreso en la familia del cónyuge comporta la asunción de deberes de solidaridad análogos a los existentes entre padres e hijos²³³, están quienes consideran que se trata de una obligación que tiene su origen en la valoración social y que está tradicionalmente consolidada²³⁴. La idea última en la que se ampara es la consideración de que el ingreso en la nueva familia crea un vínculo de solidaridad análogo al que existe entre padres e hijos²³⁵.

En general, no parece haber problemas en aceptar que las leyes extiendan el deber de alimentos a los afines. Algunos autores incluso echan de menos que no se incluya al padrastro, a la madrastra o al hijastro, considerando que ello responde a principios jurídicos y costumbres sociales de épocas lejanas, pero que resulta contraria al interés del menor y debería corregirse en los casos en los que el cónyuge progenitor sea viudo o el menor no tenga reconocida la filiación de otro progenitor²³⁶.

Una parte de la doctrina no comparte en cambio la interpretación restrictiva de las causas de extinción del art. 434 *Codice* que ha seguido la Corte de Casación al considerar que el vínculo de afinidad no se extingue con el divorcio, y que por lo tanto subsiste, tras éste, el deber de alimentos entre afines (Cass. 7 junio 1978, n. 2848). La doctrina de esta sentencia, que se fundamentó en el art. 78. 3 *Codice*, del que se dedujo que la afinidad sólo cesa con la declaración de nulidad del matrimonio, no es compartida por algunos, que invocan en sentido contrario el art. 87, n. 4 *Codice*, el cual prohíbe contraer matrimonio a los afines, incluso si la afinidad deriva de un matrimonio nulo o de un matrimonio cuyos efectos civiles hayan cesado²³⁷. Con independencia de lo convincente o no del argumento, lo que interesa destacar es la existencia de una corriente de opinión partidaria de la extinción de la obligación alimenticia entre afines

²³³ GALLETTA, “Gli alimenti...”, pág. 933.

²³⁴ ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 92.

²³⁵ AULETTA, *Alimenti...*, pág. 128.

²³⁶ RESCIGNO, “Le famiglie ricomposte...”, pág. 7; también GALLETTA, “Gli alimenti...”, pág. 934.

²³⁷ Es el caso de SALA, “Gli alimenti”, pág. 609, y autores por él citados en nota 48.

como consecuencia del divorcio²³⁸. Pero no nos consta que exista una propuesta de supresión absoluta del deber de alimentos entre afines.

Por lo que respecta al Derecho español, éste no incluye, entre los obligados a prestarse alimentos, a los afines, ni siquiera de primer grado y en línea recta, como hace el Código italiano. Tampoco en el régimen de los alimentos incluido en la redacción originaria del Código²³⁹ estaba prevista obligación alguna entre afines. La doctrina, por su parte, no se ha mostrado nunca partidaria de su introducción. El tema, no obstante, ha alcanzado últimamente cierto interés, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 1 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, la cual ha añadido un nuevo inciso al art. 68 Cc, en el que se enumeran los deberes conyugales.

Antes de la citada reforma, el art. 68 Cc se limitaba a señalar que “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”. A ello se añadió lo siguiente: “Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. La cuestión que se suscita es la de si podría entenderse que ese deber de “cuidado y atención” de todas las personas dependientes que convivan en el hogar familiar, entre las cuales se menciona expresamente a los ascendientes y descendientes, es o no un deber de contenido económico. Sólo en el caso de responder afirmativamente a esta pregunta, habría luego que formularse otra, la de si se trata o no un derecho de alimentos.

Debe ante todo destacarse que el precepto, desde luego, no atribuye un derecho subjetivo a los ascendientes, descendientes y personas dependientes a cargo de los cónyuges, los cuales no ostentan por virtud de lo dispuesto en esta norma, pretensión alguna frente a los cónyuges²⁴⁰. El deber de atención y cuidado es un deber conyugal aunque sus beneficiarios no sean los cónyuges, como ocurre con el resto de los deberes matrimoniales.

En opinión de algunos autores resulta incoherente que el legislador haya eliminado con la reforma de 2005 las causas de separación y divorcio y mantenido en cambio los deberes conyugales²⁴¹, añadiendo además uno nuevo; pero ello no entraña, entendemos, incoherencia alguna. El legislador se ha limitado a suprimir la virtualidad jurídica que, a los efectos de la separación y el divorcio, correspondía al incumplimiento de los deberes conyugales, lo cual no quiere decir, por supuesto, que los esposos no tengan deberes y que estos no sean verdaderos deberes jurídicos. Otro problema es el de los efectos que se deriven de su infracción, que serán en cada momento los previstos en las leyes. Pero al margen de ellos y con independencia de que las consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales sean escasas²⁴² o que incluso desaparecieran, no sólo es oportuna, sino absolutamente imprescindible, la enumeración legal de los deberes que nacen de la celebración del matrimonio, pues el contenido de la relación conyugal debe aparecer explicitado por el propio ordenamiento. A nuestro modo de ver, actualmente el sentido y la utilidad de los arts. 67 y 68 Cc es que en ellos se contiene el concepto de matrimonio. Estos preceptos ponen de manifiesto, y no nos parece que esto sea superfluo, que quienes contraen matrimonio constituyen una comunidad de vida cuyos principios rectores son la igualdad, la colaboración y ayuda entre sus miembros,

²³⁸ Es también la opinión de AULETTA, quien, sin embargo, cree que la solución no encuentra apoyo en la normativa vigente (*Alimenti...*, págs. 131 y 132).

²³⁹ Modificada primero por la Ley 11/1981 y luego por la Ley Orgánica 1/ 1996.

²⁴⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios...*, pág. 34.

²⁴¹ NOVALES ALQUÉZAR, *Los deberes...*, pág. 369.

²⁴² Hoy parecen haber quedado reducidas a ser causa de desheredación y de indignidad para suceder.

la fidelidad y la actuación en interés de la familia. No es lo más importante que la mayor parte de estos deberes no sean coercibles, ni que su incumplimiento cause más o menos efectos jurídicos, dado que de lo que se trata es de dar a conocer el contenido de la relación matrimonial. Puede discutirse la oportunidad y el acierto de que al tradicional elenco de deberes conyugales se añadiese en el año 2005, el deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a cargo de los cónyuges, pero no la subsistencia de los preceptos dedicados a enumerar cuáles son los deberes conyugales, cuestión ésta que nada tiene que ver con la supresión de las causas de separación y divorcio.

La novedad introducida en el art. 68 Cc por la Ley que reformó el régimen de la separación y el divorcio ha sido recibida por la doctrina de manera desigual. Algunos autores han manifestado, y así parece ser en efecto, que no era necesaria una mención específica de los deberes de compartir las tareas domésticas y el cuidado y atención de las personas que conviven en el hogar conyugal²⁴³, pero no es menos cierto que dado que con frecuencia hay una distribución desigual de funciones en la familia en perjuicio de la mujer, lo que repercute negativamente en sus posibilidades de realización personal, la norma puede, desde esta óptica, considerarse oportuna²⁴⁴.

Sin embargo, no es, en rigor, una norma novedosa, sino una aplicación concreta del principio de igualdad conyugal y del deber de colaboración entre esposos. Cuando el legislador declara que los cónyuges deberán “compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo” no hace más que proclamar que todas las responsabilidades domésticas, entre ellas la atención y cuidado de otras personas, son comunes²⁴⁵. Pero ello no significa, pues sería absurdo, que no puedan distribuírselas en la forma que tengan por conveniente²⁴⁶, o que no sea válido el acuerdo por virtud del cual uno de los cónyuges participe en mayor medida que el otro en la organización de la vida familiar²⁴⁷.

Por otro lado, y aun siendo cierto que la atención y cuidado de otras personas es una actividad que posee un valor económico, “parece ser que, teniendo en cuenta la finalidad de la norma, en el deber de colaborar con el otro cónyuge en el cuidado y atención de determinados sujetos prima más el componente personal que el patrimonial, de modo que lo que se requiere principalmente es que el marido y la mujer compartan el tiempo y la dedicación necesarios a fin de que las cargas familiares sean asumidas por ambos en aplicación del principio de igualdad”²⁴⁸.

La conclusión que se extrae de todo lo anteriormente expuesto es que el art. 68 Cc no ha introducido un nuevo caso de alimentos ni ninguna otra obligación de mantenimiento a cargo de la persona casada y a favor de ascendientes o descendientes propios o de su consorte o de cualquier otra persona que esté a cargo de uno u otro, de modo permanente o temporal²⁴⁹. Ha establecido, simplemente, el deber de ambos

²⁴³ SERRANO ALONSO, *El nuevo matrimonio...*, pág. 70; VEGA SALA, “La reforma ...”, pág. 55.

²⁴⁴ LÓPEZ DE LA CRUZ, “Un paso...”, pág. 128.

²⁴⁵ RAMS ALBESA, *Elementos...*, pág. 68.

²⁴⁶ RAMS ALBESA, *Elementos...*, pág. 68; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso...*, pág. 150.

²⁴⁷ LÓPEZ DE LA CRUZ, “Un paso...”, pág. 136.

²⁴⁸ LÓPEZ DE LA CRUZ, “Un paso...”, pág. 131.

²⁴⁹ Argumenta MARTÍNEZ DE AGUIRRE, para quien el deber del art. 68 no incluye la obligación de hacer frente a los gastos ocasionados por las personas dependientes, que “las expresiones que emplea el art. 68 Cc (“cuidado y atención”) remiten a prestaciones de carácter personal”, a lo que añade que el precepto que específicamente contempla las cargas del matrimonio (art. 1362, 1º Cc) “no se ha visto modificado y sigue contemplando como tales, únicamente, los gastos de alimento y educación de los hijos

esposos de participar en las tareas de atención y cuidado de terceras personas, que no es lo mismo que sufragar sus necesidades. Estas se costearán con arreglo a las normas generales.

Un problema distinto, pero que aquí no interesa, es el de las consecuencias jurídicas del incumplimiento del “nuevo” deber conyugal, que, como se ha dicho, admite una valoración económica.

5. La obligación de alimentos entre hermanos

Los hermanos ocupan el último puesto entre los obligados a los alimentos, tanto en el Derecho italiano como en el español, y en ambos casos la prestación tiene un menor alcance que entre el resto de los parientes: dice el art. 143 *in fine* Cc que los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y que se extenderán en su caso a lo que precisen para su educación, y el art. 439 *Codice* que entre hermanos los alimentos son debidos en la medida de lo estrictamente necesario, pudiendo comprender los gastos para su educación e instrucción si se trata de un menor. Por otra parte se establece una distinción entre dos clases de hermanos, los de doble vínculo y los unilaterales, quedando estos últimos obligados sólo a falta de los primeros (art. 144, 4º Cc y 433, 6º *Codice*).

No hay, pues, diversidad alguna en el plano legislativo, a excepción del hecho de que en el ordenamiento italiano se anteponen a los hermanos los afines y que en él la obligación de alimentos sólo comprende, al menos literalmente, los gastos de educación e instrucción durante la minoría de edad.

Las diferencias se observan en el ámbito doctrinal. La obligación de alimentos entre hermanos, al margen del tema de su alcance, suscita muy escaso interés entre los autores españoles, y las cuestiones que la doctrina italiana debate en relación a ella carecen de interés desde la perspectiva del Derecho español. En efecto, los aspectos más criticados son el puesto que ocupan los hermanos entre los obligados -se piensa que deberían anteponerse a los afines²⁵⁰, y la extensión de la obligación -que algunos estiman injustificadamente reducida²⁵¹. También se discute si quedan comprendidos, además de los hermanos legítimos, los hermanos naturales²⁵². La opinión que se ha impuesto a partir de la reforma del año 75, que cambió en el plano legislativo la consideración de la filiación natural, es la positiva, pero lo cierto es que los argumentos no están demasiado claros: se ha considerado que lo contrario supondría una violación del art. 30 CI, en cuanto que se discriminaría a sujetos nacidos fuera del matrimonio, sin que ello constituya una exigencia de la tutela de la familia legítima²⁵³, y se ha invocado la doctrina de la Corte Constitucional que declaró contrario a la Constitución el art. 565 *Codice*, en la parte que excluía a los hermanos naturales de la sucesión legítima²⁵⁴; mas también se ha observado que no existe en el ordenamiento italiano un verdadero

comunes y los de uno de los cónyuges sólo si conviven en el hogar familiar, pero no los de otros eventuales convivientes” (*Curso...*, pág. 151).

²⁵⁰ AULETTA, *Alimenti...*, pág. 132; SALA, “Gli alimenti...”, pág. 609; ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 96.

²⁵¹ SALA, “Gli alimenti...”, pág. 609.

²⁵² En España el asunto está fuera de discusión. En la redacción originaria del Cc el art. 143 mencionaba como sujetos obligados a los alimentos a los hermanos *legítimos*; hoy se habla de hermanos, sin más. La actual redacción procede de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que aplicó el principio de igualdad constitucional.

²⁵³ Corte Costituzionale, 4 julio 1979, n. 55.

²⁵⁴ Entre otros, AULETTA, *Alimenti...*, pág. 133.

paralelismo entre la sucesión *mortis causa* y los alimentos, y que el mero hecho de que los hermanos naturales se equiparen a los legítimos a efectos sucesorios no es razón suficiente para concluir que ocurre lo mismo en sede de alimentos²⁵⁵.

A nuestro modo de ver la respuesta a la cuestión planteada, como la de muchas otras que se suscitan en sede de alimentos, debe venir determinada por el fundamento de la norma. ¿Cuál es la razón por la que el legislador declara que están obligados a prestarse alimentos los hermanos? ¿El mero dato biológico u otra cosa? Hay indicios de que la biología no es, en efecto, indiferente para el legislador, el cual distingue entre hermanos con padre y madre común y hermanos unilaterales, a los que relega al último lugar entre los obligados. Claro que, al parecer, en sus orígenes la *ratio* de la distinción era la convicción de que en el caso de los hermanos que tienen en común ambos progenitores, existe un vínculo más intenso que en el de los que tienen en común uno solo de ellos²⁵⁶.

Ahora bien, centrarse únicamente en el dato biológico de cara a imponer entre hermanos, sean o no de doble vínculo, un deber legal de prestarse auxilio económico en situaciones de necesidad, podría llevar a consecuencias absurdas, como entender que un sujeto está obligado a prestar alimentos a los hijos de su padre o de su madre, a los que puede incluso no conocer o con los que quizás nunca ha convivido ¿Acaso en casos como éstos la conciencia social imperante defendería la existencia de la obligación? Nótese cómo el planteamiento difiere claramente del que se aplica entre padres e hijos. Por eso el principio constitucional de igualdad de los hijos, que exige que estos ostenten los mismos derechos frente a los padres, resulta inadecuado para resolver este problema, pues no nos encontramos ante relaciones entre padres e hijos, sino ante relaciones entre hermanos.

Sea cual sea el fundamento de la obligación legal de alimentos entre hermanos, lo que nos parece claro es que el hecho de que los sujetos de la relación alimenticia hayan nacido de una unión matrimonial o por el contrario extramatrimonial, no debe en absoluto ser tenida en cuenta. Pero lo que también queremos destacar es que habría que plantearse muy seriamente, *de lege ferenda*, si el simple parentesco, la existencia de lazos de sangre, es realmente suficiente para imponer esta obligación legal, o si deberían además añadirse otros requisitos y circunstancias. Todo ello, lógicamente, en el supuesto de que se estimase conveniente mantener el deber de alimentos entre hermanos.

6. Concurso de obligados y concurso de titulares

La ley no se limita, como es lógico, a señalar quienes son los sujetos obligados a prestar alimentos, sino que establece entre ellos un orden. Tras el cónyuge, al que como regla se coloca en primer lugar, están obligados los descendientes del necesitado, luego los ascendientes, y después, en el caso del Derecho español, los hermanos²⁵⁷. Entre los descendientes y los ascendientes el criterio es el de la proximidad de grado (art. 144 Cc y art. 441 *Codice*). El orden establecido significa que a falta del primer o de los primeros obligados, la relación alimenticia se establecerá con los posteriores. Pero significa también que, si aun existiendo un primer obligado, no tiene capacidad económica suficiente, se acudirá al siguiente. La duda se plantea en aquellos supuestos en que las personas llamadas en primer lugar no están en condiciones de soportar en su

²⁵⁵ GABRIELLI, Comentario..., pág. 833; DOGLIOTTI, “Doveri...”, pág. 129.

²⁵⁶ PROVERA, “Degli alimenti...”, pág. 30.

²⁵⁷ Tratándose en cambio del Derecho italiano, a los hermanos se anteponen, por este orden, el yerno y la nuera y después el suegro y la suegra (art. 433 *Codice*).

totalidad, pero sí en una parte, la carga económica que representa la deuda alimenticia. La cuestión no ha sido abordada directamente por el Código español, pero sí por el italiano, que prevé que en estos casos la obligación recaiga sobre el obligado en primer lugar, en la medida o parte que sus recursos permitan, y en el obligado del grado siguiente por el resto (art. 441, 2º *Codice*). También hay que entender que es la solución en Derecho español, porque la otra posibilidad, que es hacer recaer la totalidad de la deuda sobre el obligado de grado sucesivo, implicaría, de hecho, alterar el orden legalmente establecido. La *ratio* del art. 441, 2º *Codice* es precisamente evitar que obligados sucesivos vengan gravados por los alimentos en casos en los que el necesitado podría haberse dirigido a obligados de grado anterior.

La situación que se va a originar, entonces, va a ser la de la existencia simultánea de varios deudores de alimentos a favor de un único acreedor, una situación que también se dará en el supuesto, sin duda más probable, en el que el grado de parientes obligados (por ej., los hijos) esté formado por varios sujetos. De otro lado, cabe también la posibilidad de que varios sujetos sean simultáneamente titulares de un derecho de alimentos frente a un único deudor.

El legislador ha previsto expresamente ambas situaciones, la de concurso de obligados y la de concurso de titulares. Para la primera ha establecido que cada obligado debe contribuir a la prestación en proporción a sus propias condiciones económicas (art. 441, 1º *Codice* y art. 145, 1º Cc) y además ha contemplado, aunque con carácter excepcional, la posibilidad de que en caso de urgencia o por circunstancias especiales, la autoridad judicial pueda imponer la prestación a uno solo de los obligados, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los restantes la parte que les correspondiese satisfacer (art. 443, 3º y art. 446 *Codice* y 145 Cc).

Ni el art. 145, 1º Cc -que dice que “Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión, en cantidad proporcional a su caudal respectivo”-, ni el art. 441, 1º *Codice* -que dispone que si varias personas están obligadas en el mismo grado a la prestación de alimentos, todas deben participar en la prestación misma, cada una en proporción a sus propias condiciones económicas-, resuelven el problema de la naturaleza de la deuda alimenticia en estos casos, sino que lo que hacen es establecer el criterio para su distribución entre los deudores (en relaciones internas, por lo tanto).

La doctrina española no ha dudado nunca de que la deuda alimenticia, cuando son varios los obligados al pago, no es solidaria, salvo en el caso, que reviste carácter excepcional, en que el juez así lo establezca en los supuestos señalados en la ley²⁵⁸. Hay cómodos argumentos que invocar a favor del carácter parciario de la deuda alimenticia con pluralidad de sujetos: la solidaridad no se presume (art. 1137 Cc), por lo que, en virtud de lo establecido en el art. 1138 Cc, la obligación habrá que entenderla parciaria o, lo que es lo mismo y empleando los términos de este último precepto, habrá que entender que está dividida en tantas partes como deudores haya, reputándose deudas distintas unas de otras.

En cambio, la doctrina italiana ha discutido tradicionalmente acerca de la naturaleza solidaria o parciaria de la deuda, lo que quizás se explique por el hecho de que en este ordenamiento, la regla, en el caso de obligaciones pluripersonales, es la solidaridad²⁵⁹. El debate hoy debe considerarse zanjado a favor de la parciariedad. La opinión que se ha impuesto consiste en excluir la solidaridad, por entenderla

²⁵⁸ Vid. al respecto las reflexiones de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, págs.195 y ss.

²⁵⁹ El art. 1294 *Codice* dispone: “I condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente”.

incompatible con la exigencia de satisfacer las necesidades del acreedor en proporción a las condiciones económicas de cada obligado²⁶⁰.

La exclusión de la solidaridad a favor del carácter parciario de la deuda en la hipótesis del concurso de varios sujetos obligados frente al necesitado, no supone para éste la más favorable de las distintas soluciones teóricamente posibles, dado que significa que no puede reclamar el cumplimiento íntegro de la deuda de cualquiera de los obligados. El juez pone a cargo de cada uno de los deudores el deber de satisfacer una parte de la prestación total que recibirá el alimentista. Ahora bien, el reparto de la deuda entre los alimentantes no es por partes iguales (regla general del art. 1138 Cc y del art. 1298, 2º *Codice*), sino proporcional a sus recursos económicos. Advertir de ello es la verdadera utilidad de los arts. 145, 1º Cc y 441 *Codice*.

Se ha dicho que la solidaridad es una solución que se compeadece mal con la exigencia legal conforme a la cual la cuantía de la prestación alimenticia debe ser proporcionada a las posibilidades económicas del obligado, por cuanto que determinaría el surgimiento de fracciones de la misma deuda solidaria de contenido potencialmente muy diverso²⁶¹. Sin embargo, es sabido que la solidaridad no impide que en el ámbito interno la deuda esté desigualmente distribuida entre los varios deudores (art. 1140 Cc y 1293 y 1298 *Codice*). No se aprecia ninguna razón derivada del régimen de la solidaridad pasiva que obligue a excluir la solidaridad en este caso, lo que no altera el hecho de que la división de la deuda sea la mejor opción, pues no estaría justificado, si siquiera en interés del titular de los alimentos, agravar la carga de los parientes, los cuales (no se olvide) son deudores por decisión del legislador. El problema es que la doctrina italiana, a falta de una previsión legislativa explícita en este sentido y en atención a que la regla general es la solidaridad, se ve en la necesidad de encontrar argumentos para sostener que en este caso concreto no rige.

Queda de relieve que en cualquier caso y por uno u otro camino, el ordenamiento italiano y el español resuelven de idéntica manera el concurso de obligados a prestar alimentos. En ambos la deuda se divide entre los distintos deudores. Por el contrario, las respuestas legislativas para el caso de concurso de titulares son distintas. El *Codice* atribuye una amplia discrecionalidad al juez al atribuirle la decisión, que él deberá adoptar teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: la posibilidad de que alguno de los titulares del derecho consiga la prestación de otro obligado, incluso de grado posterior, la intensidad del grado de necesidad de cada acreedor y la proximidad del grado de parentesco entre el deudor y cada acreedor (art. 442). Los criterios no se aplican de modo excluyente, sino cumulativo²⁶². Frente a este sistema, el Código español acoge una solución más adecuada en términos de seguridad jurídica, pero de escasa flexibilidad. El párrafo 3º del art. 145 Cc preceptúa que “Cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso será preferido a aquél”.

La idea más importante que en nuestra opinión resulta del precepto transcrito es que se ha excluido, como criterio para resolver el problema de la insuficiencia del patrimonio del deudor para atender la pluralidad de deudas alimenticias que en principio pesan sobre él, de la distribución de los recursos de éste entre los distintos acreedores. En lugar de resolverse el problema disponiendo que cada uno de los titulares del derecho perciba una parte de la prestación alimenticia adecuada para la satisfacción de

²⁶⁰ TEDESCHI, “Alimenti”, pág. 497.

²⁶¹ MORELLI, Mauro, “Gli alimenti...”, pág. 718.

²⁶² GALLETTA, “Gli alimenti...”, pág. 936, siguiendo a Tamburrino.

sus necesidades, se ha preferido anteponer a unos parientes en detrimento de otros. En referencia a los alimentos propiamente dichos, resulta un criterio admisible²⁶³, pero no lo sería en cambio si se tratase del deber de mantenimiento (frente al cónyuge o frente a hijos menores), en cuyo caso está claro que los recursos del obligado deberían distribuirse entre todos. El problema es el de siempre. El art. 145, 3º Cc está pensando, no sólo en los alimentos, entendidos en su sentido estricto, sino también en el deber de mantenimiento, como se deduce de la mención explícita de la hipótesis de concurrencia del cónyuge del alimentante y de un hijo sujeto a la patria potestad. Pero contiene, ciertamente, un principio que resulta igualmente útil y adecuado en referencia a los verdaderos alimentos: la preferencia de los menores de edad, que en nuestra opinión debe extenderse a todas las situaciones²⁶⁴ y que encontraría su fundamento en el principio de protección del menor.

Ahora bien, dejando al margen el caso de los menores, a cuyas necesidades parece lógico que atienda en primer lugar el alimentante, sea cual sea el grado de parentesco que le una con él²⁶⁵, resulta cuanto menos discutible que el alimentante deba atender antes las necesidades de los hijos adultos que ya alcanzaron independencia económica que la de los padres, que presumiblemente se encontrarán en condiciones más desfavorables para la obtención, por ellos mismos, de recursos económicos. Otra cosa, claro está, es que se tratase de hijos incapaces *de facto* para procurarse tales recursos.

Coherentemente con lo que se ha expuesto con anterioridad, la norma del art. 442 *Codice*, que resuelve, ésta sí, el problema de la concurrencia de varios titulares de un derecho de alimentos respecto de un único sujeto pasivo, no nos parece inadecuada; incómoda en la práctica, sí, pero no inadecuada. Dejar el asunto en manos del juez, que lo resolverá caso por caso, fue, probablemente, la solución a la que condujo la diversidad de opiniones que la doctrina italiana venía manifestando al respecto²⁶⁶.

VII- LOS PRESUPUESTOS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA

Hay pleno acuerdo en la doctrina en cuanto a que son dos los presupuestos que han de concurrir para el nacimiento de la obligación de alimentos: el estado de necesidad de quien los reclama y la capacidad económica del obligado. Aunque sobre todo el primero de ellos está más claramente formulado en el texto italiano, no hay diferencias sustanciales en este punto entre los dos ordenamientos que venimos comparando. Dice el art. 433, 1º *Codice* que los alimentos sólo pueden ser reclamados por quien se encuentra en estado de necesidad y no está en condiciones de proveer a su propio mantenimiento. Es la misma idea que resulta de la interpretación conjunta de los arts. 147 Cc -en cuanto que dispone que los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista-, 148 -que establece que la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos-, y 152, 3º -conforme al cual cesa la obligación de dar alimentos cuando el alimentista pueda ejercer

²⁶³ No se quiere con esto decir que el contrario, el de distribución de los recursos entre los distintos titulares, no lo sea.

²⁶⁴ El artículo la circunscribe al caso de conflicto con el cónyuge del alimentante.

²⁶⁵ Lo que proponemos significa ignorar el criterio de la proximidad de grado a favor de los menores de edad. Así, el abuelo debería destinar sus recursos a los nietos menores de edad antes que al hijo en situación de necesidad. Otra cosa es que en la práctica se produjera un efecto distinto y se distribuyesen de hecho los medios del alimentante entre los nietos y el hijo, algo difícil de evitar si éstos conviven, dado que además, el padre es administrador de los bienes del hijo y titular de la patria potestad.

²⁶⁶ En este sentido, ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 186.

un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia-. En cuanto a la necesaria capacidad económica para prestarlos, la doctrina italiana la deduce del art. 438 *Codice*, que prevé que los alimentos deben ser asignados en proporción a las condiciones económicas de quien debe suministrarlos, y la doctrina española del art. 152, 2º Cc, que ordena el cese de la obligación en el caso de que la fortuna del obligado a darlos se hubiese reducido hasta al punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

1. El estado de necesidad del alimentista

La necesidad del futuro acreedor va a ser tenida en cuenta por la ley en dos momentos distintos; desempeña una doble función, al ser presupuesto, pero también medida, de la prestación alimenticia. Ahora nos referimos sólo a lo primero, aun admitiendo que los dos aspectos están muy relacionados. Precisar qué se entiende por estado de necesidad es una cuestión de suma importancia, puesto que es el criterio primordial de diferenciación entre los alimentos y otras obligaciones de mantenimiento.

Explicar qué hay que entender a estos efectos por estado de necesidad no es empero una tarea fácil. Parece claro que quien carece absolutamente de bienes e ingresos, aun cuando posea un lugar para vivir, está en estado de necesidad. Pero ¿son sólo situaciones de este tipo las que quedan amparadas por la obligación legal de alimentos?, ¿qué hay de quien tiene unos ingresos escasos? y, ¿cuándo hay que entender que son lo suficientemente escasos como para originar la pretensión legal a su favor?, ¿acaso cuando no puede cubrir todas aquellas necesidades, materiales, pero también espirituales, de un determinado *status* socio-económico en un momento histórico concreto?

Esta es, en efecto, la interpretación que se ha impuesto, la de que el sujeto está en situación de necesidad cuando carece de recursos suficientes para satisfacer sus necesidades (las suyas concretas y personales, que vienen determinadas por una serie de factores y circunstancias que no son idénticas en todos los seres humanos). Esto explica la tradicional referencia en sede de alimentos a la posición de la familia, que el Código italiano mantiene, si bien no referida a la familia, sino al propio sujeto (art. 438, 2º), que no es lo mismo. Esta alusión pone de relieve que a los efectos del nacimiento del derecho de alimentos, las necesidades de todos los individuos, incluso en un mismo momento histórico y país, no se consideran idénticas, y que deben valorarse caso por caso en función de “un cúmulo de circunstancias de las que forman parte las condiciones de edad y salud del individuo, el ambiente material en el que ha vivido, su nivel cultural e, incluso, sus propias aptitudes y aspiraciones en la vida”²⁶⁷.

También el Código español, en su redacción originaria, mencionaba, como criterio para determinar el alcance de los alimentos, “la posición social de la familia”²⁶⁸, pero esta referencia se suprimió por la Ley 11/1981. Consecuencia de ello es que hoy no se pueda tener en cuenta, a la hora de determinar cuáles son las necesidades del alimentista o supuesto alimentista, la posición socio-económica de la familia. Además, ¿de qué familia?, ¿de la familia en sentido nuclear o estricto o de la familia entendida en sentido más extenso? Esa relevancia de la posición social de la *familia* ha perdido todo sentido desde el momento en el que los alimentos no representan en ningún caso el

²⁶⁷ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, pág. 222.

²⁶⁸ El primitivo art. 142 decía: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia”.

derecho del sujeto a participar en el patrimonio familiar, como sucedió en épocas pasadas.

No es menos cierto, sin embargo, que afirmar que las necesidades del alimentista se determinan caso por caso, y que en esa determinación se tienen en cuenta todas sus circunstancias personales, supone admitir que la posición socio-económica del sujeto activo de la relación alimenticia no es indiferente, algo que, por otra parte, nadie discute. Pero, en nuestra opinión, no es el ambiente familiar lo que debe influir a la hora de apreciar las necesidades²⁶⁹, sino el *status* personal del sujeto, aquél que sea fruto, por así decirlo, de su propio esfuerzo. Es claro que dentro de las circunstancias personales de cada ser humano se incluyen las condiciones de la familia en la que nace y se educa, pero ello no puede significar, a nuestro parecer, que pretenda estar en situación de insuficiencia económica y consecuentemente ser acreedor de alimentos, pero el mero hecho de disfrutar de una posición inferior a la de la familia en que nació y se educó²⁷⁰. Esto es lo que ocurre cuando se trata de un derecho de mantenimiento, en cuyo caso el titular puede, en efecto, aspirar a una prestación que le permita participar del nivel de vida del obligado.

En definitiva, y por las razones ya expuestas, nos parece acertada la supresión de la referencia a la posición social de la *familia* que contenía el viejo art. 142 Cc, pero no nos parece inexacta la mención que de la posición social del *alimentista* hace el art. 438 *Codice*. Es más, esta última es una referencia honesta y coherente si se tiene en cuenta que el sistema parte de la idea de que las necesidades de todos los individuos no son iguales y que no cambian de unos a otros sólo por circunstancias como la edad o el estado de salud, sino también y sobre todo en función del ambiente material, cultural y social en el que se desenvuelve su vida. De otro lado, el hecho de que el legislador mantenga un sistema en el que no solo se reconocen las diferencias entre individuos, sino que en cierto sentido se aceptan, no supone que se esté vulnerando el principio constitucional de igualdad porque, como observa con acierto DELGADO ECHEVERRÍA, la pretensión de alimentos no es una pretensión frente a los poderes públicos, sino entre particulares²⁷¹.

Las anteriores observaciones no deben interpretarse como una defensa del régimen vigente, con el cual estamos en realidad en bastante desacuerdo; simplemente, nos merece una valoración positiva el hecho de que el legislador italiano no adopte una actitud hipócrita, suprimiendo una referencia que es coherente con el sistema que establece. Parece fuera de toda duda que el *status* socio-económico del individuo se tiene en cuenta de cara a determinar si está o no en situación de necesidad. Así lo admiten incluso aquellos autores que, como JIMÉNEZ MUÑOZ, afirman que, tras la reforma del 81, en el Derecho español el estado de necesidad habrá de apreciarse objetivamente.²⁷²

²⁶⁹ Así lo sostiene MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, que pone de relieve cómo a su juicio la supresión de la referencia a la “posición social de la familia” no ha producido el efecto de la total independencia de la condición familiar en la valoración de la necesidad de uno de sus miembros (*La obligación...*, pág. 473).

²⁷⁰ No debe perderse de vista, a fin de no interpretar erróneamente nuestras afirmaciones, que en el texto estamos tratando únicamente de la cuestión de la relevancia de la posición familiar del sujeto que pretende los alimentos, a los efectos de determinar cuándo se encuentra en estado de necesidad, y no del papel que en la fijación de la cuantía de la deuda tiene la “posición” económica del alimentante (pariente del alimentista, necesariamente), una relevancia que es obvia según resulta del art. 146 Cc. De todas formas, no ignoramos, como se expone más adelante en el texto, que el hecho de que la cuantía de los alimentos deba fijarse en atención a los recursos económicos de quien ha de suministrarlos, incide a su vez en la apreciación de las necesidades que con la prestación deben ser atendidas.

²⁷¹ “De los alimentos...”, pág. 1028.

²⁷² “La regulación...”, pág. 765, en particular nota 100.

En otro orden de cosas, el estado de necesidad, en cuanto requisito para que surja el derecho de alimentos, no es una mera situación de hecho, sino que exige valorar el comportamiento del futuro acreedor. La indagación del juez no puede reducirse a una mera investigación de la situación económica del sujeto que pretende los alimentos, sino que debe extenderse a su potencialidad de renta. El tenor del art. 438 *Codice* evidencia que se deberá controlar si el que reclama los alimentos está en situación de procurárselos, teniendo en cuenta, naturalmente, sus aptitudes físicas e intelectuales, además de las concretas posibilidades ambientales. Ello no quiere decir que se deban descartar los alimentos respecto de aquel sujeto que esté en situación de necesidad por su culpa²⁷³, sino, lo que es distinto, excluir los alimentos cuando el obligado tenga una posibilidad de obtenerlos por sí mismo. La norma no es más que una aplicación del principio constitucional según el cual todos los ciudadanos tienen el deber de trabajar (art. 4.2 CI)²⁷⁴.

Aunque la letra del artículo 438 *Codice* da pie para entender que en realidad en él se están recogiendo dos requisitos, (uno sería el estado de necesidad y otro la incapacidad para proveer al propio sustento) se considera que se trata de uno solo. Dice ARGIROFFI que aquello que parece un segundo y autónomo presupuesto, en realidad se limita a añadir un elemento volitivo a un simple dato de hecho: el estado de necesidad no es relevante si puede ser eliminado por el reclamante. Por eso se formula así el presupuesto: estado de necesidad que el sujeto no está en condiciones de eliminar. Esa imposibilidad de proveer al propio mantenimiento no es un concepto absoluto, sino relativo²⁷⁵, que deberá valorarse en atención a las circunstancias concretas del sujeto en cuestión. La idea de fondo es que el derecho a recibir los alimentos no debe en ningún caso valer como un expediente para resolver un problema vital, debiendo ser considerado como un remedio extremo en la sola hipótesis de la imposibilidad de proveer con los propios medios²⁷⁶.

La doctrina italiana insiste en que son irrelevantes, para el nacimiento de la obligación, las razones determinantes del estado de necesidad, y en concreto el hecho de que ésta sea debida a culpa del necesitado²⁷⁷. Se entiende que el derecho a los alimentos no puede ser negado cuando el titular se encuentre en estado de indigencia a causa de la negligencia con la cual ha dilapidado el propio patrimonio, de la imprudencia o impericia con la cual ha asumido sus obligaciones, etc. Ahora bien, tales conductas, que son irrelevantes de cara al nacimiento del derecho, adquieren relevancia jurídica con posterioridad: el art. 440 *Codice* prevé la reducción de alimentos por la conducta desordenada o reprobable del alimentado. De tal manera que se exige al alimentista que se esfuerce en hacer cesar el estado de cosas anterior.

En España la doctrina llega a conclusiones muy parecidas acerca del significado del estado de necesidad como presupuesto para el nacimiento de la obligación alimenticia. Es cierto que ningún artículo se refiere de modo directo, como presupuesto de la obligación, a la imposibilidad del necesitado de procurarse por sí los recursos para vivir, pero el art. 152 Cc menciona en su párrafo 3º, como causa de cese de los alimentos, que el alimentista “pueda ejercer un oficio, profesión o industria”, lo que permite llegar a la misma conclusión.

²⁷³ ARGIROFFI, *Gli alimenti...*, págs. 26-27; GALLETTA, “Gli alimenti”..., pág. 943. Pero cfr. art. 143, 2º Cc español, referido al caso de los hermanos.

²⁷⁴ Entre otros muchos, BESSONE, *La famiglia...*, pág. 31.

²⁷⁵ DOGLIOTTI, *Il Diritto...*, pág. 461.

²⁷⁶ TRABUCCHI, “Alimenti”..., pág. 234

²⁷⁷ RUSCELLO, *Lineamenti...*, pág. 33; ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 48.

Dentro de este apartado es conveniente, finalmente, incluir una última idea de interés. Se ha dicho que el objetivo de este epígrafe era precisar en qué consiste el estado de necesidad que es presupuesto del derecho de alimentos o, lo que es lo mismo, cómo se determinan las necesidades del sujeto. La conclusión a la que se ha llegado es que se hace caso por caso, en atención a las particulares y concretas circunstancias de quien aspira a los alimentos. Aun siendo ello cierto, debe añadirse algo: a la hora de decidir quien está en estado de necesidad y quien no, hay que tener en cuenta las previsiones legales referidas al alcance de la prestación alimenticia. Así, si a los hermanos se les reconocen exclusivamente los auxilios necesarios para la vida, esto quiere decir que a un sujeto no se le puede considerar en estado de necesidad, frente a un hermano, si esas necesidades mínimas están cubiertas, lo que no excluye que puedan ser considerados en estado de necesidad respecto de sus padres o sus abuelos, por cuanto que estos sí que están obligados a satisfacer algo más que lo estrictamente necesario. Es por eso por lo que hemos sostenido que el estado de necesidad no solo se determina individuo por individuo, sino que se debe establecer en referencia al sujeto obligado por la ley, sin olvidar que la medida del deber no es idéntica para todos. La ley deja muy claro que la medida de la obligación de los hermanos es muy reducida, al margen de cuáles sean las posibilidades económicas del sujeto pasivo, pero no precisa con la deseable claridad cuál es la medida de la obligación en el resto de casos, si bien se ha interpretado de modo amplio, al menos potencialmente, como ya se ha expuesto anteriormente, lo que oscurece, como muchos autores admiten²⁷⁸, la tradicional diferencia entre alimentos y derecho de mantenimiento.

Desde nuestro punto de vista la diferencia entre los alimentos y el deber de mantenimiento entre esposos, y de los padres respecto de los hijos, no es tanto el alcance de la prestación, que es siempre muy amplio, como el hecho de que sólo los titulares del mantenimiento tienen derecho a participar en la posición económica del deudor y a cubrir sus necesidades vitales con toda la amplitud que esta permita. Los sujetos de la relación alimenticia *stricto sensu* no comparten sus recursos económicos para disfrutar del mismo nivel de vida, algo que sí ocurre, en cambio, entre cónyuges y entre padres e hijos que aún no han alcanzado independencia económica.

2. La capacidad económica del obligado

Son escasos los datos que nos ofrece la ley para establecer el significado exacto del segundo requisito de la obligación de alimentos, la capacidad económica del obligado. El *Codice* declara que los alimentos deben ser fijados en proporción a la necesidad de quien los pide y a las *condiciones económicas de quien debe suministrarlos* (art. 438, 2º). En cuanto al Código español, aparte del art. 146, que de modo análogo a la citada norma del italiano, ordena que la cuantía de los alimentos sea proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, debe tenerse en cuenta la norma contenida en el art. 152, 2º, que ordena el cese de la obligación de alimentos “cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiese reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”.

Dada la parquedad legislativa, se impone acudir a las observaciones de la doctrina para aclarar el significado de la capacidad económica del obligado como presupuesto de los alimentos.

²⁷⁸ DOGLIOTTI, *Il Diritto...*, pág. 458; ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 41.

Hay acuerdo en entender que la capacidad económica del alimentante supone que éste, tras satisfacer sus propias necesidades y, en su caso, las de los sujetos a los que legalmente estuviese obligado a mantener, posee recursos suficientes para cubrir, además, las necesidades del pariente que le reclama alimentos.

Los recursos que se toman en consideración son aquellos de que efectivamente dispusiere el demandado en el momento en que se hace valer la pretensión, de tal manera que la obligación de alimentos no nacerá a su cargo si estos son insuficientes, incluso si hay indicios para deducir que podrían incrementarse en el caso de que el demandado utilizase toda su capacidad de trabajo²⁷⁹. Entender otra cosa significaría limitar su libertad personal²⁸⁰. Cuando se habla de capacidad económica no se está haciendo alusión a la idoneidad o aptitud del sujeto para obtener recursos económicos, sino a la situación (estática) en la que de hecho se encuentra desde el punto de vista patrimonial²⁸¹. Al pariente contra el que se dirige la pretensión de alimentos no le es exigible, entonces, un deber de esfuerzo, esto es, el deber de llevar a cabo la actividad necesaria para ponerse en situación de satisfacer los alimentos, lo que constituye una de las más destacadas diferencias entre los alimentos y el derecho de mantenimiento²⁸².

Más discutible resulta si el pariente contra el que se dirige la pretensión de alimentos estaría o no obligado a rebajar su propio nivel de vida a fin de satisfacer las necesidades del demandante. Es claro que, por lo que respecta al Derecho español, el art. 152, 2º Cc está dejando a salvo las necesidades del propio alimentante y de su familia, término éste que se ha interpretado en sentido estricto, entendiéndose referido a la familia nuclear, pero ello no implica necesariamente el reconocimiento del derecho del destinatario de la pretensión alimenticia a mantener absolutamente inalterado su actual nivel de vida. De hecho, de entenderse así, el deber legal de alimentos tendría en la actualidad un campo de aplicación ciertamente reducido; serían potenciales alimentistas una parte reducida de la población, dado que son muchas las familias que consumen todos sus recursos, de tal manera que la atención de nuevas necesidades conllevaría forzosamente una reducción del gasto y por lo tanto del nivel de vida. De otra parte, parece bastante claro que si el sujeto en estado de necesidad es un menor de edad, no debe ser rechazada su pretensión de alimentos con el argumento de que para satisfacerla el demandante tendría que rebajar su nivel de vida. Y cuesta creer que, incluso si se tratase de un adulto, el juez o tribunal estuviese dispuesto a eximirlo de su deber legal por esta razón. No creemos, en suma, que pueda afirmarse, a día de hoy, que el deudor de alimentos no tiene que ver reducido su nivel de vida como consecuencia de la aparición del acreedor alimentante²⁸³. Es cierto, desde luego, que no puede ser constreñido a vivir en una situación de estrechez económica, pero sí, en el sistema vigente, a detraer parte de sus ingresos para cubrir las necesidades del familiar en situación de necesidad. Tal y como ha apuntado algún autor, no hay ningún fundamento legal que permita deducir que el alimentante tiene que soportar tal reducción²⁸⁴, pero lo cierto es que es una consecuencia del propio sistema legal.

²⁷⁹ AULETTA, *Alimenti...*, pág. 68; DOGLIOTTI, *Il Diritto...*, pág. 462.

²⁸⁰ VICENZI AMATO, "Gli alimenti..." Distinto es el argumento de DOGLIOTTI, quien afirma que la razón por la que se atiende simplemente a la consistencia patrimonial del sujeto es la lejanía del vínculo de los obligados, la cual no justifica que se exija un sacrificio tan grande ni se utilice toda la potencialidad de adquisición de medios económicos (*Il Diritto...*, pág. 462).

²⁸¹ ARGIROFFI, *Gli alimenti...*, pág. 57.

²⁸² ARGIROFFI, *Gli alimenti...*, pág. 58.

²⁸³ Es la opinión de COBACHO GÓMEZ, *La deuda...*, pág. 188; ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 59.

²⁸⁴ En este sentido, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, pág. 258.

VIII- EL FUNDAMENTO DE LOS ALIMENTOS

En la doctrina actual existe bastante acuerdo acerca de cuáles son el fundamento y los fines de la obligación de alimentos entre parientes. Generalmente se señala que el fundamento de esta obligación es la solidaridad familiar²⁸⁵ y que con ella se tutela el derecho a la vida²⁸⁶ o el derecho a la dignidad de la persona²⁸⁷.

Es claro que en la medida en que los alimentos son una prestación destinada a la satisfacción de las necesidades que el propio sujeto, que es el obligado a ello²⁸⁸, no puede atender por sí mismo, se puede decir, de un modo muy general, que se tutela con los alimentos el derecho a la vida. Pero con ello no se aclara mucho, ni siquiera si se matiza que el derecho a la vida no se interpreta aquí como un mero derecho a la supervivencia o conservación biológica de la persona, sino “como un derecho a disfrutar de esa vida en unas condiciones físicas y psíquicas adecuadas a su dignidad, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)”²⁸⁹. Lo que realmente importa a propósito del fundamento de la obligación, sobre todo al objeto de pronunciarse acerca de cuáles habrían de ser en el futuro los sujetos obligados a prestarse alimentos, es preguntarse por las razones que justifican hoy, y no en el pasado, cada uno de los casos. Como dice RIBOT IGUALADA, la cuestión relativa al fundamento de la obligación legal de alimentos debe aclarar qué justifica la imposición legal de la misma a los parientes. Hay que explicar, dice el autor, por qué tienen que ser los parientes quienes financien los gastos requeridos para que una persona supere la situación de necesidad que padece²⁹⁰.

El hecho de que la actual regulación unitaria de los alimentos naciese a partir de una vieja normativa en la que se entremezclaban disposiciones relativas a los alimentos con disposiciones referentes a deberes propios de la relación matrimonial o de la relación paterno-filial, ha determinado, en particular en el caso del ordenamiento español, que la doctrina, al ocuparse del fundamento de los alimentos, aborde no sólo la estricta cuestión de la *ratio* del deber de prestar asistencia a un pariente en situación de necesidad -que es, propiamente lo que aquí interesa-, sino, además, la cuestión relativa al fundamento del deber de mantenimiento conyugal o del deber de mantenimiento de los padres respecto de los hijos menores de edad²⁹¹, con lo que no se ha hecho sino abundar en la confusión pre-existente.

Dicho lo anterior, y habida cuenta de que desde nuestro punto de vista en el actual Derecho español no existe un derecho de alimentos propiamente dicho entre cónyuges, y que tampoco es un derecho de alimentos el que ostentan los menores de edad frente a sus progenitores, el análisis debería excluir ambas hipótesis. Así será en cuanto a los hijos menores, pero no por lo que respecta a los cónyuges, dado que este estudio comprende también el Derecho italiano, y en él sí que existen supuestos de verdadero derecho de alimentos entre los sujetos de la relación matrimonial.

Entre cónyuges el deber de alimentos encuentra su última razón de ser en un acto de autonomía privada: la celebración del matrimonio²⁹². Quienes contraen

²⁸⁵ DOGLIOTTI, “Doveri...”, pág. 96; MORELLI, Mauro, “Gli alimenti...”, pág. 688; AULETTA, *Il Diritto...*, pág. 95; CAFERRA, *Famiglia ...*, pág. 30; MESINETTI, “La separazione...”, pág. 500; GALLETTA, “Gli alimenti...”, pág. 926; JIMÉNEZ MUÑOZ, “La regulación...”, pág. 766; RIBOT IGUALADA, “El fundamento...”, págs. 1134 y ss.

²⁸⁶ ANGELONI, *Autonomia...*, pág. 29; DOGLIOTTI, “Doveri...”, pág. 7.

²⁸⁷ SESTA, *Diritto...*, pág. 639.

²⁸⁸ SIERRA PÉREZ, “Comentario...”, pág. 726.

²⁸⁹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, pág. 70.

²⁹⁰ RIBOT IGUALADA, “El fundamento...”, págs. 1108-1109.

²⁹¹ De estos nos ocupamos en el capítulo dedicado al mantenimiento.

²⁹² RUSCELLO, *Lineamenti...*, pág. 30; RIBOT IGUALADA, “El fundamento...”, pág. 1125.

matrimonio asumen los deberes que las leyes establecen como contenido inderogable de la relación matrimonial (art. 160 *Codice*), entre los cuales se encuentra el de asistencia material (art. 143, 2º *Codice* y arts. 66 y 67 Cc), por efecto del cual los esposos disfrutaban del mismo nivel de vida con independencia de la diferencia de medios económicos de uno y otro. Dicho deber, como el resto de los deberes conyugales, desaparece cuando la relación matrimonial se extingue²⁹³. Es lógico que sea así, dado que es contenido de esa relación jurídica. Son causas de extinción de la relación matrimonial, sin ningún género de duda, la muerte, y el divorcio²⁹⁴, pero ¿qué ocurre con la separación?, ¿deja subsistente la relación conyugal y consecuentemente el deber de asistencia material?

Depende de cómo este configurada en cada ordenamiento la figura de la separación. En el Derecho italiano la separación es una situación en la que subsiste, aunque atenuada, la relación matrimonial, cuyo contenido sufre algunas modificaciones; en concreto, se considera que continúa vigente el deber de auxilio económico entre los esposos, cuyo contenido y presupuestos son diferentes según que al cónyuge se le haya o no imputado la separación. El cónyuge al que se le haya atribuido la separación es titular de un derecho de alimentos en caso de necesidad, mientras que el cónyuge al que no se le haya imputado la separación conserva el más amplio derecho al mantenimiento. En el vigente Derecho español, en cambio, la separación es una situación prácticamente idéntica al divorcio y no un paso previo a éste, por lo que se debe considerar que el contenido propio de la relación matrimonial ha devenido inexistente. La diferencia con el divorcio es que ese contenido podría renacer con un acto de voluntad de los sujetos (la reconciliación). Así las cosas, en el Derecho español no existe, ningún deber de auxilio económico, ni entre divorciados, ni entre separados. Este es un deber propio de la relación conyugal y pierde sentido sin ella.

Es importante destacar que es la voluntad individual de quienes decidieron contraer matrimonio, unida al hecho de que en las situaciones de separación éste se mantenga, lo que hace que no existan especiales dificultades, pensamos, para aceptar que el legislador imponga a uno de los esposos una obligación de entregar al otro una cantidad de dinero para cubrir, incluso con amplitud, sus necesidades ordinarias. El aspecto que no convence del régimen italiano es otro: el hecho de que el instrumento para hacer efectiva la asistencia material cambie en función de quién sea el causante de la separación.

En cuanto al fundamento del deber de alimentos entre ascendientes y descendientes, ya no es, ni mucho menos, tan claro. Y, sobre todo, no caben las generalizaciones, sino que se impone diferenciar según que el alimentista sea menor o mayor de edad.

Si el sujeto en situación de necesidad es un menor, o incluso un joven que no ha alcanzado aún independencia económica, el principio de protección de la infancia, reconocido a nivel constitucional (arts. 39 CE y 31 CI), justifica suficientemente que el legislador ordinario imponga un deber de alimentos a ciertos familiares. Cuestión

²⁹³ Sostiene MORENO MOZO que el deber de socorro mutuo se extingue tras la separación judicial, afirmación con la que estamos de acuerdo. Pero, a diferencia de lo defendido por nosotros, el autor considera que hay un deber de alimentos entre cónyuges separados, el cual, lógicamente, habrá de tener un fundamento distinto (*Cargas...*, pág. 44).

²⁹⁴ En el Derecho italiano la jurisprudencia entendió, en un primer momento, que la obligación de alimentos subsistía pese a la disolución del matrimonio (Cass. 9 abril 1965, n.625), si bien actualmente no se discute que desaparece con el divorcio y que lo único que en su caso existiría entre divorciados es el derecho a una pensión de divorcio (*l'assegno di divorzio*) para permitir al cónyuge débil permanecer en la misma situación de que disfrutaba durante el matrimonio.

distinta es si este deber debe alcanzar a cualquier ascendiente y a los hermanos, que es la solución actual, o si debe tener un alcance más restringido.

Si el sujeto en situación de necesidad es un adulto, el deber de alimentos no encuentra ningún fundamento directo ni en el texto constitucional ni en ningún precepto o principio del Código civil. Se trata, por el contrario, de una decisión del legislador ordinario, probablemente acorde con el sentir social.

Puede afirmarse que en la sociedad española actual existe el convencimiento generalizado de que los hijos deben auxiliar material, e incluso espiritualmente, a sus padres, cuando éstos lo necesiten.

El deber ético que comúnmente se entiende que corresponde a los hijos respecto de sus padres tiene mucho que ver con las atenciones y cuidados que previamente los hijos recibieron de sus progenitores. La idea ha sido destacada por algún autor²⁹⁵ y se encuentra latente en el art. 854 Cc, que enumera las causas de desheredación de los ascendientes y resulta aplicable a los alimentos por expresa disposición del art. 152, 3º Cc. Así, los hijos deben alimentos a los padres en estado de necesidad, salvo que se trate de un padre privado de la patria potestad por incumplimiento grave y reiterado de alguno de los deberes inherentes a la misma (art. 854, 1º Cc), o que se trate de un padre que haya negado alimentos al hijo sin motivo legítimo (art. 854, 2º Cc), o que se trate, por último, de un padre que haya atentado contra la vida del otro (art. 854, 3º Cc), probablemente porque ello se considera un perjuicio grave para el propio hijo, aparte de los casos de los arts. 756, 1º, 2º, 3º, 5º y 6º, siempre del Código civil.

El deber de alimentos de los hijos respecto de los padres puede considerarse algo así como la contrapartida del cumplimiento por los padres de sus deberes paterno-filiales²⁹⁶. Los alimentos no deben contemplarse como efecto o consecuencia de un vínculo biológico, sino como el comportamiento exigible desde el punto de vista ético, y también jurídico, por decisión de la ley, a quien en su día estuvo amparado, personal y patrimonialmente, por quienes ahora no pueden cubrir por sí sus necesidades.

En cuanto al deber de alimentos de los ascendientes respecto de los descendientes adultos, pensamos que es igualmente acorde con el sentir mayoritario de la sociedad española actual. Según se expondrá con detalle en el capítulo en el que nos ocupamos del derecho de mantenimiento, el fundamento del deber de los padres de mantener a los hijos menores de edad, impuesto por la Constitución, es el mismo hecho de la generación. Pero, ¿cuál es el fundamento del deber de auxiliar económicamente a los hijos adultos, que ya han alcanzado o debido alcanzar independencia económica?

En este caso no parece suficiente invocar el hecho de la generación o la mera relación paterno-filial²⁹⁷. Hay algo más: la opinión social generalizada según la cual los padres deben ayudar a sus hijos, incluso adultos, en situaciones de necesidad. Es este deber ético, comúnmente admitido, lo que el legislador ha tomado en consideración para establecer un deber de alimentos de los padres respecto de los hijos. Como han dicho

²⁹⁵ DOGLIOTTI, “Doveri...”, pág. 118.

²⁹⁶ En análogo sentido, afirma AULETTA que los hijos están obligados antes que los padres del necesitado por la gratitud que los hijos deben por el mantenimiento e instrucción previamente recibidos, y también por la mayor facilidad de los jóvenes para ayudar al pariente necesitado (*Alimenti...*, pág. 102).

²⁹⁷ De hecho, en todos los países de nuestro entorno, los padres están legalmente obligados a mantener y educar a los hijos menores de edad (lo que es un mero efecto de la procreación), pero no en todos existe un deber de los padres frente a los hijos adultos en situación de necesidad. En realidad, el deber de alimentos entre parientes está establecido en los países del área jurídica latina (*Vid.* RIBOT IGUALADA, “El fundamento...”, págs. 1152 y ss.).

algunos autores, los alimentos son algo así como la traducción jurídica de un deber ético, de un deber que la conciencia social²⁹⁸ imperante considera que existe.

No es menos cierto, sin embargo, que según ese mismo sentir social, el deber no existe en todos los casos, entendiéndose excluido por efecto de ciertos comportamientos del propio necesitado, de conductas llevadas a cabo en su relación con el ascendiente, que, por un lado, no lo hacen a él merecedor de la prestación y, por otro, no justifican la imposición de un deber jurídico de ayuda a cargo de quien ha sido víctima de esa actuación reprobable.

Es por ello por lo que en el ordenamiento español la obligación de alimentos no existe si el sujeto en situación de necesidad ha cometido alguna de las faltas que dan lugar a la desheredación (art. 152, 4º Cc). Así, el deber está excluido respecto de los padres a los que el hijo, ahora en situación de necesidad, había previamente negado alimentos de modo injustificado (art. 853, 1º Cc), o que hubiesen sido maltratados o injuriados por él (art. 853, 2º Cc), ni en los casos contemplados por el art. 756, 2º, 3º, 5º y 6º Cc.

Para terminar este recorrido por el fundamento de las distintas relaciones alimenticias que actualmente se prevén en la ley, hemos de referirnos al deber de alimentos entre afines (establecido en el Derecho italiano, aunque no en el español), y entre hermanos.

Dice AULETTA que en el pasado, el derecho de alimentos de los hermanos era algo así como una consecuencia lógica del derecho que se consideraba que les correspondía, a participar, de algún modo, en el patrimonio familiar²⁹⁹. Este era un patrimonio constituido con aportaciones, más o menos remotas, de los componentes de la familia. De ahí el reconocimiento de derechos sucesorios y de ahí también el deber de auxilio recíproco en situaciones de necesidad. La expuesta fue la razón por la que en el Derecho común se imponía al hermano que excluía a la hermana del fondo paterno, la obligación de pagarle alimentos. En este contexto, también el deber del alimentante resultaba fácil de aceptar: se justificaba por el origen de su patrimonio, compuesto por bienes recibidos de los ascendientes. Y en cuanto a los afines, la razón por la que tenían reconocido a su favor un derecho de alimentos era la idea de que pasaban a formar parte de la familia, siendo socialmente considerados miembros suyos, aunque no tuviesen derechos sucesorios. Coherentemente con esta forma de ver las cosas, las leyes ordenaban, además, que la cuantía de los alimentos fuese adecuada a la posición social de la familia.

Ahora bien, actualmente las cosas son distintas: en principio, el patrimonio que soporta la ayuda a los familiares necesitados es un patrimonio individual derivado del trabajo del obligado. Hay que entender que hoy ha desaparecido el nexo entre los derechos sucesorios y las obligaciones alimenticias³⁰⁰, por lo que el único fundamento de los alimentos entre hermanos y entre afines sería la solidaridad que une a los miembros de la familia.

Desparecidas las razones que históricamente justificaron este deber jurídico, sólo cabe pensar, como fundamento admisible, en la existencia de una conciencia social generalizada en tal sentido, presente quizás hace años pero hoy en buena medida

²⁹⁸ Dice BESSONE que por “conciencia social” se entiende la mentalidad corriente, los valores admitidos y observados por la generalidad, las opiniones prevalentes en un determinado momento histórico (*La famiglia...*, pág. 38).

²⁹⁹ *Alimenti...*, págs. 132 y ss.

³⁰⁰ En contra, BESSONE, “Rapporti...”, pág. 5.

desaparecida, no tanto por la menor influencia del cristianismo³⁰¹, como por la evolución social y la aparición de modelos familiares diversos que han provocado que la relación entre hermanos sea en ocasiones menos intensa.

IX- EL NACIMIENTO DEL DERECHO DE ALIMENTOS

Una de las cuestiones más discutidas en la doctrina italiana en relación a los alimentos es la referida al momento del nacimiento del derecho. El problema es determinar si para el nacimiento del derecho de alimentos basta la concurrencia de los presupuestos legales, esto es, el estado de necesidad del alimentista y la capacidad económica del alimentante, o si es necesario que se dicte una sentencia judicial estableciéndolos. De ser así la sentencia tendría carácter constitutivo. No es un debate nuevo, sino que se había ya planteado durante la vigencia del *Codice* anterior y que según algunos aspiraba a resolver el art. 445 del actual código. Dispone este precepto que los alimentos se deben desde el día de la demanda judicial o desde el día de la constitución en mora del obligado, siempre que ésta vaya seguida, dentro de los seis meses siguientes, de la presentación de la demanda.

La citada norma ha dado lugar a un largo debate entre quienes consideran que el nacimiento del derecho de alimentos es “automático”, esto es, que se produce a partir de la mera concurrencia de los presupuestos legales y con absoluta irrelevancia de la voluntad de los sujetos de la relación obligatoria³⁰², y los que sostienen en cambio que el derecho de alimentos no nace sin una iniciativa del necesitado. Dentro de este último grupo pueden a su vez hacerse distinciones, ya que mientras que para algunos es la interposición de la demanda lo que determina el momento del nacimiento del derecho³⁰³, para otros es la sentencia³⁰⁴.

El principal argumento de los defensores del nacimiento automático de los alimentos, que actualmente parecen ser el grupo mayoritario, es el propio art. 445 *Codice*, que al aludir a la constitución en mora como momento a partir del cual será condenado el demandado, está dando por supuesto que la obligación ya existe, pues la mora sólo cabe respecto de obligaciones ya nacidas³⁰⁵. Sus defensores invocan también la naturaleza legal de la obligación de alimentos, de donde extraen la consecuencia de que su nacimiento no precisa de ningún acto voluntario de los sujetos, y añaden que el art. 445 *Codice* cuando dice que los alimentos se deben desde el día de la demanda judicial o desde el acto de constitución en mora, no pretende en realidad fijar el momento de nacimiento de la obligación.

No faltan sin embargo autores a quienes este automatismo en el nacimiento de la obligación, -que distinguiría los alimentos legales de los convencionales y que se considera consecuencia directa de su naturaleza legal-, causa cierta perplejidad. Es el

³⁰¹ No parece una causalidad que, frente a lo que ocurre en otros países, sean precisamente Italia y España los que recogen un deber de alimentos entre hermanos. Dice DOGLIOTTI que los factores que hacen que el antiguo deber de protección y socorro del *pater familias* romano se convierta en un verdadero y propio deber jurídico son el hecho de que se contemple una familia fundada en vínculos de sangre, y la influencia del cristianismo, que difunde los valores de tutela de la persona y la solidaridad humana y familiar (“Doveri...”, págs. 8 y ss).

³⁰² AULETTA, *Alimenti* ..., pág. 30; BIANCA, *Diritto*..., pág. 488; SALA, “Gli alimenti”..., pág. 619; DOGLIOTTI, “Doveri...”, pág. 143; ROLANDO, *Alimenti*..., pág. 150; GALLETTA, “Gli alimenti...”, pág. 950.

³⁰³ Es el caso de TAMBURRINO, “Alimenti...”, pág. 43.

³⁰⁴ ARGIROFFI, *Gli alimenti*..., pág. 83

³⁰⁵ ANGELONI, *Autonomia privata*..., pág. 57.

caso de ARGIROFFI, que niega que la obligación alimenticia surja sin la iniciativa del necesitado, y propone una explicación distinta sin por ello negar que los alimentos pertenezcan a la categoría general de la obligación legal. Según la opinión prevalente en la doctrina italiana, el argumento decisivo a favor del nacimiento del derecho a partir de la mera concurrencia de los presupuestos legales, es el art. 445 *Codice*, según el cual los alimentos se deben desde el día de la demanda judicial o desde el día de la constitución en mora del obligado, siempre que ésta vaya seguida de la demanda judicial en el plazo de seis meses. Frente a este punto de vista, defiende el autor que el nacimiento de la relación alimenticia requiere un acto negocial, y que es al necesitado a quien corresponde iniciar el *iter* constitutivo de la relación, mediante un acto al que el Código, erróneamente, califica de acto de constitución en mora (art. 445 *Codice*). Mediante este acto el futuro deudor puede hacer nacer voluntariamente la obligación alimenticia. Es claro que en el caso contrario se expone a ser demandado en un proceso judicial que le condene al pago de los alimentos. Sin embargo, todo ello, concluye, no significa que la estructura de esta obligación no sea la propia de una obligación legal³⁰⁶. La tesis que atribuye eficacia constitutiva a la sentencia salva el obstáculo que pudiera representar el art. 445 *Codice*, que señala que los alimentos se deben desde la fecha de la presentación de la demanda, acudiendo a la idea de retroactividad de los efectos: los efectos de la sentencia se retrotraen al anterior momento de la presentación de la demanda o de realización del acto de constitución en mora, lo que encuentra su fundamento en el principio según el cual la duración del proceso no debe perjudicar al actor victorioso³⁰⁷.

También en España se ha suscitado un debate acerca de si para el nacimiento de la obligación de alimentos bastan los presupuestos legales o hace falta algún otro requisito, en particular, la interposición de la demanda por parte del sujeto que pretenda tener derecho a ellos o la sentencia judicial que los establezca. La duda la origina el art. 148. 1º Cc, que dispone: “La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; *pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*”.

Sobre la base del texto transcrito surgen dos opiniones distintas. Conforme a la primera interpretación, la más generalizada³⁰⁸, el derecho de alimentos nace con el estado de necesidad y no con la sentencia, que es meramente declarativa. Dicho de otro modo, la relación jurídica alimenticia nace extrajudicialmente, lo que significa que los pagos realizados en su caso por el obligado antes de la sentencia judicial, son verdadero cumplimiento de una obligación y excluyen la acción de repetición de lo pagado, sin necesidad de acudir a la figura de la obligación natural³⁰⁹.

Conforme a la segunda interpretación, no bastan para el nacimiento de la relación alimenticia la necesidad y la capacidad económica de uno y otro sujeto, sino que es precisa una sentencia judicial que establezca el derecho de alimentos. La

³⁰⁶ *Gli alimenti...*, págs. 174 y 175.

³⁰⁷ ARGIROFFI, *Gli alimenti ...*, pág. 73.

³⁰⁸ La siguen autores como DELGADO ECHEVERRÍA, “Comentario...”, págs. 535 y 536; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, “Comentario...”, págs. 46 a 48; ROCA TRIAS, *Derecho...*, pág. 49; JIMÉNEZ MUÑOZ, “La regulación...”, pág. 767; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, págs. 273-274. Afirma esta última que “El derecho de alimentos surge desde el momento en que el acreedor los necesite, sin que la posible contradicción del art. 148.1 nos deba llevar a otra conclusión, pues realmente tal precepto lo que hace es señalar dos momentos distintos en la relación jurídica: uno, el momento en que el derecho nace y es exigible por su titular, y otro, el momento a partir del cual los alimentos fijados judicialmente deben ser abonados al alimentista” (págs. 273 y 274).

³⁰⁹ También desde la tesis del carácter constitutivo de la sentencia puede quedar excluida la acción de repetición por parte del alimentante de los pagos en su caso realizados con anterioridad, pero por una vía distinta: argumentando que el pago es irrepentible porque aunque no existía una obligación jurídica, sí que existía una obligación natural.

sentencia es constitutiva, si bien sus efectos se retrotraen al momento de interposición de la demanda.

Al margen del debate doctrinal sobre el momento del nacimiento del derecho de alimentos, que hemos expuesto de forma sucinta, por estimar que no resulta de excesivo interés a los fines de este trabajo, pese a las diferentes consecuencias prácticas que se derivan de cada una de las tesis posibles³¹⁰, lo que resulta claro es que sea cual sea la tesis que se acoja, en la práctica no será nunca posible obtener una sentencia judicial que condene al pago de alimentos previos a la reclamación judicial o incluso extrajudicial³¹¹ del derecho³¹². Que esto ocurra porque el derecho nace con la sentencia, o que suceda por virtud de una intervención legislativa específicamente dirigida a tal fin, no es lo más importante.

El dato verdaderamente relevante es que tanto el Código español como el italiano contienen una norma que impide que el juez condene al pago de alimentos previos al momento en el que el titular del derecho le dirige la reclamación al sujeto pasivo. Lo que cambia entre un ordenamiento y otro, y no es un dato menor, es que mientras que el Código español toma en cuenta como hecho que marca el momento desde el cual el demandante va a ser condenado al pago de los alimentos únicamente la reclamación judicial del titular del derecho, el Código italiano, con mejor criterio, añade la reclamación extrajudicial o, más exactamente, el acto de constitución en mora, siempre y cuando vaya seguido, dentro del plazo de seis meses, de la presentación de la demanda judicial.

La finalidad perseguida por los arts. 148 Cc y 445 *Codice* no es propiamente establecer cuál es el momento del nacimiento de la obligación³¹³ -de ahí probablemente que se haya producido el debate-, sino algo bien distinto: proteger al alimentante³¹⁴, limitando la suma que en un proceso judicial puede reclamarse a título de alimentos. Y ello por un motivo que se comprende sin dificultad: evitar que el patrimonio del alimentante resulte gravado por una deuda alimenticia que, aunque existente, él podría ignorar. Si se fija como momento relevante a efectos de la condena la fecha de interposición de la demanda o, mejor aún, también la fecha de la reclamación extrajudicial, si ésta hubiera tenido lugar y siempre y cuando reúna los requisitos necesarios para la constitución en mora (art. 1129 *Codice*), es porque a partir de cualquiera de ellas el pariente legalmente obligado a los alimentos conoce la existencia de la deuda. La *ratio* del art. 148, 1º Cc y 445 *Codice* no es el principio *in preteritum non vivitur* y la idea según la cual los alimentos pasados no son ya necesarios para sobrevivir, como sostenía la antigua doctrina³¹⁵.

Este es un punto de vista ampliamente compartido por la doctrina española³¹⁶ y que cuenta también con muchos seguidores entre los autores italianos³¹⁷. Nos sumamos,

³¹⁰ Pueden verse en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, págs. 283 a 286.

³¹¹ Esto último, sólo en el ordenamiento italiano.

³¹² El art. 148 Cc lleva a un sector de la doctrina española a distinguir entre el nacimiento de la obligación -que se produce desde la concurrencia de los requisitos legales- y el pago -que, en los casos en que haya sido necesario acudir a la vía judicial, se producirá desde la fecha de interposición de la demanda (cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso...*, pág. 49, y DELGADO ECHEVERRÍA, "Comentario...", pág. 535).

³¹³ Otra cosa es que proporcione datos para resolver esta cuestión.

³¹⁴ MORELLI, Mauro, "Gli alimenti...", pág. 720; AULETTA, *Alimenti...*, pág. 29.

³¹⁵ Todavía hoy, por ej. JIMÉNEZ MUÑOZ, "La regulación...", pág. 767.

³¹⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, "Comentario...", pág. 535; ARROYO I AMAYUELAS, *Compendi...*, pág. 315. Igualmente, aunque con matices, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, quien justifica la regla "tanto por la finalidad de los alimentos, que hace imposible su cumplimiento para el pasado, como por evitar una carga excesiva para el deudor" (*La obligación...*, pág. 280).

³¹⁷ AULETTA, *Alimenti ...*, pág. 28; ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 148, entre otros.

pues, a la opinión de quienes defienden que la decisión del legislador de impedir al alimentante la reclamación judicial de los alimentos atrasados, no se debe a que los considere inútiles, sino a la necesidad de conciliar los intereses de las partes: el interés del acreedor, que tiene legalmente derecho a recibirlos del deudor, y el interés de este último, que no sería razonable que se viese sorprendido por una deuda, que podría llegar a alcanzar un importe muy elevado, cuya existencia ignoraba.

Puede discutirse, desde luego, si la ley acierta plenamente en la elección de los hechos que deben marcar el momento en el cual se han de abonar los alimentos, pero ése es otro problema.

Entre el criterio del ordenamiento español, en el que únicamente es la reclamación judicial, y el del Derecho italiano, que añade a ésta el acto de constitución en mora siempre y cuando vaya seguido, en el plazo de los seis meses siguientes, de la presentación de la demanda judicial, nos parece claramente preferible este último. Por una parte, porque las reclamaciones extrajudiciales, al menos si reúnen ciertos requisitos, son un instrumento adecuado para cumplir la función de dar a conocer al destinatario la existencia de su obligación, y por otra, porque el hecho de que esta función se le atribuya únicamente a la reclamación judicial beneficia sin causa justificada al deudor, que además encuentra en la norma un incentivo para negarse a pagarlos no obstante la reclamación extrajudicial³¹⁸.

X- LA INDISPONIBILIDAD DEL CRÉDITO ALIMENTICIO. ALCANCE Y SIGNIFICADO

Se suele afirmar que el crédito alimenticio es intransmisible, incompensable, irrenunciable e imprescriptible y, además, que está excluido de transacción. Sin embargo, como muy bien observa ARGIROFFI, no todos estos caracteres están explícitamente establecidos en la ley. Muy por el contrario, el *Codice* únicamente señala que el crédito alimenticio no puede ser cedido y que el deudor de alimentos no puede oponer a la otra parte la compensación ni siquiera cuando se trata de prestaciones ya devengadas (art. 447 *Codice*). Así las cosas, resulta cuanto menos llamativo que se entienda, pese a la falta de un apoyo legal expreso, que quedan prohibidos los actos de renuncia y transacción que tengan por objeto el crédito alimenticio, dado que la regla general es que los derechos patrimoniales son disponibles. La común y generalizada aceptación del carácter indisponible del crédito alimenticio sugiere que se trata, bien de una consecuencia necesaria de la función u objetivos asignados a la figura³¹⁹, bien de una aplicación, a actos distintos de la cesión del crédito, de la *ratio* a que responde el párrafo 1º del art. 447.

La antigua doctrina explicaba la indisponibilidad del derecho de alimentos en atención a su carácter familiar o en atención a su función. Para CICU los alimentos atienden a un interés familiar y contienen en sí una obligación de cuidado de la persona, siendo la intransmisibilidad, la imprescriptibilidad y la irrenunciabilidad consecuencia directa de la finalidad superior familiar a que están dirigidos³²⁰. Tal punto de vista, al que ya se había opuesto BO, que entendía que no era la naturaleza familiar de los

³¹⁸ *Vid.*, también las razones de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, págs. 281- 282.

³¹⁹ Esta es, por ejemplo, la opinión de DEGNI, que afirma que la prohibición de renuncia, transacción o compromiso en materia de derechos alimentarios, no precisa de una particular norma que la establezca, puesto que deriva del carácter del derecho, dirigido a asegurar la integridad física del alimentando, por lo que es indisponible (*Il Diritto...*, pág. 480).

³²⁰ “Natura giuridica...”, pág. 145 y ss.

alimentos, sino su fin, (la tutela de la vida del indigente), lo que justificaba esta peculiaridad del derecho de alimentos³²¹, fue posteriormente abandonada.

Hoy se piensa que la prohibición de cesión del crédito alimenticio encuentra su fundamento en el deseo de impedir que las cantidades que se hayan percibido por tal concepto se destinen a fines distintos de los que le asigna la ley. Se quiere evitar -dice ARGIROFFI, siguiendo a VICENZI AMATO- que el necesitado, despojándose del crédito a favor de otro, recaiga de nuevo en el estado de necesidad precedente. Es por ello por lo que hay que interpretar que se prohíbe, no sólo la cesión, bien a título gratuito, bien a título oneroso, sino también todos aquellos negocios, como la renuncia, compensación o transacción, que comporten un destino diverso del legalmente previsto para la deuda alimenticia³²². Habitualmente la prohibición de cesión se considera un efecto del carácter personal de la deuda³²³. Es comúnmente aceptada la idea de que la pensión alimenticia, al ser indisponible, goza de una disciplina de favor respecto de la generalidad de las obligaciones pecuniarias, y que esa disciplina responde al deseo de garantizar su efectivo destino a la atención de las necesidades del acreedor³²⁴. En lo que no hay acuerdo es en si con ello se tutela un interés de carácter general³²⁵ o un interés estrictamente privado.

Esta última es la opinión de ARGIROFFI, quien defiende que la intransmisibilidad del crédito alimenticio, como la de los demás derechos personales, no se establece con el objetivo de salvaguardar la satisfacción de las necesidades del alimentista, sino que está tutelando los intereses del deudor, en quien considera que concurre un interés apreciable y jurídicamente relevante a mantener la prestación frente al acreedor originario. Añade que la norma tutela un interés de carácter privado y por tanto disponible. Como corolario de todo ello defiende lo que él llama una intransmisibilidad relativa para el crédito alimenticio, esto es, que a diferencia de lo que ocurre en los casos en los que se excluye la cesión de créditos por razones de orden público, cabe en este caso, pese a la exclusión legal, la validez de aquella cesión que sea consentida por el deudor. La prohibición contenida en el art. 447 *Codice* encuentra su fundamento en un interés privado del deudor, del cual éste puede disponer³²⁶.

La perspectiva del autor, consistente en ver la regla de la intransmisibilidad del crédito alimenticio como una norma que protege los intereses del deudor, y no del acreedor, que es la postura tradicional, resulta sugestiva. Tiene mucha lógica, dado que las leyes no pueden tomar la decisión de imponer a un sujeto que satisfaga las necesidades de otro y permitir luego que el destino de la prestación sea diferente al previsto, porque entonces la intervención legislativa, que no hay que olvidar que es excepcional, dejaría de estar justificada. El problema es que esta explicación, al igual que la defendida por ARGIROFFI, podría valer teóricamente para la prohibición de cesión, compensación y transacción, pero no sirve en cambio para el caso de la renuncia. En ningún caso se puede defender que al impedir al titular del crédito

³²¹ *Il diritto...*, págs. 51 y ss.

³²² *Gli alimenti ...*, pág. 142.

³²³ DOGLIOTTI, "Gli alimenti", pág. 499; GALLETTA, "Gli alimenti...", pág. 927; ARGIROFFI, *Gli alimenti...*, pág. 142; ROLANDO, *Alimenti ...*, pág. 201; ANGELONI, *Autonomia...*, pág. 32; MORELLI, Mauro, *Gli alimenti ...*, pág. 692; JIMÉNEZ MUÑOZ, "La regulación...", pág. 756.

³²⁴ AULETTA, *Diritto...*, pág. 102; DOGLIOTTI, *Il diritto...*, pág. 467.

³²⁵ Esta parece ser la opinión de ANGELONI, el cual, a pesar de oponerse a quienes justifican la indisponibilidad en atención a la existencia de un interés del Estado en que los indigentes sean socorridos, manifiesta compartir la opinión de aquellos que sitúan el fundamento de la indisponibilidad de la pensión alimenticia en la personalidad (o inherencia a la persona) del derecho y en la *esencialidad del interés tutelado* (*Autonomía ...*, pág. 32). También, AULETTA, *Alimenti...*, pág. 34.

³²⁶ *Gli alimenti ...*, págs. 155 a 162.

alimenticio, una vez que éste ya ha nacido (por la concurrencia de los requisitos legales), que renuncie válidamente al mismo, se esté tutelado un interés del deudor. Por otra parte, el hecho de que el párrafo 2º del art. 447 *Codice* excluya la compensación únicamente respecto del deudor de los alimentos quiere decir que, al menos por lo que respecta a la compensación, la norma protege al acreedor. La *ratio* de la exclusión de los actos dispositivos que tengan por objeto el crédito alimenticio no parece ser, en consecuencia, al menos de modo exclusivo, la tutela de un interés del deudor, como propone ARGIROFFI³²⁷.

Desde nuestro punto de vista lo que con la exclusión de la renuncia, compensación, transacción y cesión se busca, es garantizar al acreedor de alimentos que, llegado el momento de atender sus necesidades vitales, disponga de modo efectivo de la prestación que nació precisamente con ese fin. Ningún acto voluntario previo al momento del pago (renuncia, transmisión del crédito o transacción), ni tampoco ningún efecto legal (la compensación), debe impedirle la efectiva disponibilidad de la cantidad de dinero mediante la que cubrir sus necesidades de vivienda, manutención, etc.³²⁸. En definitiva, y como afirma AULETTA, la razón de la indisponibilidad es asegurar la efectividad del derecho.

En materia de alimentos la ley recorta la libertad de los particulares con un claro objetivo: asegurar al titular la percepción de una cantidad de dinero. Llegado el caso, podrá o no reclamar el pago, pero lo que está claro es que su pretensión de cumplimiento no podrá ser rechazada, si se dan los requisitos legales, en atención a un acto de disposición del derecho realizado con anterioridad por el propio sujeto.

La interpretación resulta coherente con el hecho de que los actos dispositivos se limiten sólo en relación a las prestaciones ya devengadas, que es la solución del Código español (cfr. art. 151 Cc) y por la que se inclina también una parte de la doctrina italiana³²⁹. Es cierto que el art. 447, 2º *Codice* deja muy claro que el deudor de los alimentos no puede oponer a la otra parte la compensación, *ni siquiera cuando se trate de prestaciones devengadas*, pero ello se debe a una razón muy concreta: evitar que el alimentante retrase el pago a fin de oponer en compensación al alimentista su propio crédito³³⁰.

Sentado lo anterior, la duda que se suscita es si tras el objetivo de asegurar al acreedor de los alimentos el cobro de la pensión subyace o no un interés de carácter general. Se trata de una cuestión de suma importancia porque si la prohibición de disponer de la deuda de alimentos se fundamenta, como sostiene la doctrina española³³¹,

³²⁷ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que su tesis está referida únicamente a la cesión del crédito y no a otros actos dispositivos como puede ser la renuncia, y también que en el Derecho italiano no hay, como en el español, una expresa prohibición de renunciar al crédito alimenticio, si bien es opinión común de la doctrina que rige tal prohibición.

³²⁸ Esta tesis la hemos defendido ya anteriormente. *Vid* al respecto, MORENO-TORRES HERRERA: “La pensión...”, págs. 213 y ss.

³²⁹ AULETTA, *Alimenti...*, pág. 102; ANGELONI, *Autonomía...*, págs. 58 y ss., quien invoca a favor de esta conclusión el principio *in pretaeritum non vivitur*. Pero también hay quien sostiene lo contrario, al no establecer la ley distinción entre prestaciones futuras y prestaciones pasadas (DOGLIOTTI, “Gli alimenti...”, pág. 499).

³³⁰ ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 218; AULETTA, *Alimenti...*, pág. 171.

³³¹ MANRESA y NAVARRO, *Comentarios...*, pág. 846; COBACHO GÓMEZ, *La deuda...*, pág. 173; PADIAL ALBÁS, *La obligación...*, pág. 169; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación legal...*, pág. 168. Se dice que con la prohibición se tutela el derecho de todo individuo a conservar su existencia (COBACHO GÓMEZ, *La deuda...*, pág. 173), que la renuncia impediría la realización del fin propio de la obligación, que es conservar la vida (BELTRÁN DE HEREDIA, “Comentario...”, pág. 51), que la irrenunciabilidad deriva del carácter indispensable de los alimentos (PADIAL ALBÁS, *La obligación...*,

en una razón de orden público, habría que entender que rige también respecto de otras obligaciones legales de mantenimiento, al menos en la medida necesaria para proteger el interés tutelado por la prohibición, que se dice que es el derecho a la vida. Por el contrario, si se piensa que no concurre aquí ninguna razón de carácter general, habrá que concluir que no cabe su aplicación a otras obligaciones de mantenimiento. Sería una norma excepcional, consecuentemente excluida de la aplicación analógica (art. 4.2 Cc).

Pues bien, esta última es justamente nuestra opinión. La regla de la indisponibilidad del crédito alimenticio consagrada en los arts. 151 Cc y 447 *Codice* tutela únicamente intereses individuales de los sujetos de la relación alimenticia: por una parte, el interés del deudor de que las cantidades que en concepto de alimentos debe entregar al titular del derecho no se empleen con un destino diferente, lo que explica la exclusión de cesión del crédito, de compensación y de transacción; y por otra parte, el interés del acreedor de recibir, caso de encontrarse en la situación de necesidad que es presupuesto del derecho, los medios materiales para la satisfacción de sus necesidades (de ahí la prohibición de cualquier acto dispositivo referido a prestaciones futuras); pero no porque se esté protegiendo su vida, sino porque se le quiere poner a salvo de la celebración de negocios jurídicos que le impedirán en el futuro disfrutar de derechos que le concede la ley. El razonamiento que subyace bajo la prohibición no es muy distinto del que el legislador tiene en cuenta en otras ocasiones para limitar la facultad de disposición de derechos subjetivos futuros; lo que con ello se persigue la mayor parte de las veces es proteger al propio titular del derecho. Es por ello, y no por la concurrencia de una razón de orden público, por lo que se le niega la posibilidad de abdicar anticipadamente de derechos que legalmente se le atribuyen. Piénsese en la prohibición de renuncia de los derechos que las leyes reconocen a los consumidores o a los arrendatarios de vivienda. A nadie se le ocurre decir que cuando la ley de arrendamientos urbanos prohíbe al arrendatario renunciar a los derechos que la ley le concede, se está protegiendo su derecho constitucionalmente reconocido a tener una vivienda digna, ni tutelando un interés general, sino que se le está protegiendo ante la posibilidad de que realice actos dispositivos que en el futuro podrían perjudicarlo y que en el momento de realizar no está en condiciones de valorar o no puede rechazar. Por eso no hay ningún problema en admitir la renuncia (o no ejercicio) una vez que el derecho puede ser ejercitado. El mismo razonamiento creemos aplicable al derecho de alimentos, el cual consecuentemente puede ser objeto de cualquier acto de disposición que esté referido a prestaciones atrasadas.

XI- LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO DE ALIMENTOS

No hay dentro del capítulo del Código dedicado a los alimentos ninguna alusión explícita al tema de la prescripción. Pero hay pleno acuerdo, tanto en la doctrina italiana³³² como en la española³³³, en que el derecho de alimentos es un derecho imprescriptible, lo que se estima una lógica consecuencia de la indisponibilidad. El art. 2934 *Codice*, tras declarar que todo derecho se extingue por prescripción cuando el titular no lo ejercita en el plazo señalado en la ley, excepciona de la regla “los derechos

pág.169), o que la causa de la indisponibilidad del crédito es, en última instancia, la protección de la propia subsistencia de su titular (MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, pág. 180).

³³² Entre otros muchos, DOGLIOTTI (“Gli alimenti...”, pág. 501); GALLETTA (“Gli alimenti...”, pág. 928) y ROLANDO (*Alimenti ...*, pág. 215).

³³³ ROCA TRÍAS, *Derecho...*, pág. 43; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación ...*, pág. 183; JIMÉNEZ MUÑOZ, “La regulación...”, pág. 756; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Curso...*, pág. 42; RAMS ALBESA, *Elementos...*, pág. 23.

indisponibles y los demás indicados en la ley”. Siendo el crédito alimenticio un crédito indisponible, según se ha expuesto en el anterior apartado, la conclusión no puede ser otra que su imprescriptibilidad. En el Código español no hay en cambio ningún precepto en el que de modo general se establezca la imprescriptibilidad de los derechos indisponibles, lo que no es óbice para defender que así es, en efecto. Al menos por lo que respecta a los alimentos, parece lo lógico entender que si la ley excluye los actos dispositivo del titular del derecho con el objetivo de asegurarle su efectividad, también se le debe asegurar su efectividad excluyendo la prescripción. La pretensión alimenticia no se extingue por el transcurso del tiempo, mientras que concurren los presupuestos legales, por la sencilla razón de que es voluntad del legislador que nada impida al sujeto en situación de necesidad recibir la prestación.

La naturaleza indisponible del derecho de alimentos no es, con todo, la única razón para afirmar su imprescriptibilidad. Compartimos el punto de vista de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ cuando afirma que no es tanto que el derecho de alimentos no se extinga por falta de ejercicio como que lo que ocurre es que persiste y se renueva constantemente, en tanto persiste y se renueva la situación de necesidad³³⁴. A ello se podría añadir otra idea: el derecho de alimentos es imprescriptible porque, precisamente por su carácter duradero, respecto de él carece de sentido la figura de la prescripción, cuya finalidad es, en el caso de los derechos de crédito, evitar que el deudor quede expuesto de manera indefinida a que el acreedor le reclame el cumplimiento. Esto carece de sentido en el caso de los alimentos, si se tiene en cuenta que se mantienen mientras no desaparezcan los presupuestos legales.

En definitiva, el derecho de alimentos es imprescriptible. Ahora bien, se trata de una afirmación que entra en aparente contradicción con lo preceptuado en el art. 1966 Cc y 2948. n. 2 *Codice*, los cuales someten a un plazo de prescripción de cinco años las acciones para exigir el cumplimiento de las pensiones alimenticias. La coordinación entre esta norma y la regla de la indisponibilidad no es, sin embargo, difícil. Basta distinguir el crédito alimenticio ya nacido, del derecho, entendido en sentido abstracto, a exigir los alimentos.

Es este último el que no prescribe, de manera que puede ser ejercitado por el necesitado incluso mucho tiempo después de su nacimiento (que, recuérdese, se produce cuando concurren los presupuestos legales). Pero esto no significará que el alimentante vaya a ser condenado al pago de pensiones atrasadas, en virtud de lo dispuesto en los arts. 148 Cc y 445 *Codice*.

Por el contrario, el crédito alimenticio ya nacido y no pagado queda sometido a las reglas generales sobre prescripción. Esas pensiones atrasadas sí que son disponibles, pero es que, además, en relación con ellas tiene pleno sentido el instituto de la prescripción. Porque no estaría justificado que el deudor alimenticio (ni ningún otro) se viese expuesto de por vida a la reclamación del acreedor.

XII- EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA

Tanto el Código italiano como el español contemplan dos posibles modos de cumplimiento de la deuda de alimentos. El alimentante puede cumplir, bien entregando al alimentista, de modo periódico, una cantidad de dinero, bien acogiéndolo y manteniéndolo en su propia casa (art. 443 *Codice* y 149 Cc). La prestación no deja de tener naturaleza patrimonial en este segundo caso³³⁵.

³³⁴ *La obligación...*, pág. 183.

³³⁵ ARGIROFFI, *Gli alimenti...*, pág. 136; ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 173; GALLETTA, “Gli alimenti...”, pág. 949.

El cumplimiento de la obligación alimenticia mediante el acogimiento del acreedor en la casa del deudor no plantearía dificultad alguna en el caso en el que fuera fruto de un acuerdo entre los dos sujetos de la relación obligatoria. Sin embargo, sin perjuicio de que esta posibilidad pueda darse, no es en ella en la que está pensando el legislador, el cual la contempla como una facultad del obligado. La primera impresión es que esta es la solución razonable. Con ella se estaría tutelando un interés del deudor, dado que la prestación es menos gravosa para él si atiende al alimentista en su propia casa³³⁶. Sin embargo, el legislador no impone la solución al deudor -pese a considerar que le resulta más conveniente desde una óptica estrictamente económica-, por una razón: porque dicha modalidad de cumplimiento, la llamada prestación *in natura*, tiene costes bastante relevantes en su esfera personal³³⁷. De ahí que le permita elegir.

Ahora bien, también la prestación *in natura* tiene importantes costes personales para el acreedor de los alimentos, algo que el legislador ha tenido en cuenta, al dejar en manos del juez la valoración de la oportunidad de la decisión tomada por el alimentante de recibir en su casa al alimentado³³⁸. Aun tratándose, según considera la doctrina, de una obligación alternativa³³⁹, la elección no queda exclusivamente en poder del deudor, lo que se justifica por la particularidad que presenta una de las dos prestaciones. Corresponde al juez velar por los intereses (no patrimoniales, sino de otro tipo) del necesitado.

También el Código español revela esa preocupación por la posición del acreedor de los alimentos. De hecho, tras consagrar la facultad de elección del deudor, establece que “Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial”, añadiéndose luego, de modo más general, que “También podrá ser rechazada cuando concorra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad” (art. 149, 2º).

Aparentemente las previsiones del texto italiano y del español difieren en este punto, pero en realidad van a conducir a idéntica situación: será el juez el que valore, en función de las circunstancias, la conveniencia del modo de cumplimiento elegido por el deudor, pudiendo rechazarlo si estima que no es adecuado.

Ahora bien, los términos en los que está redactado el segundo párrafo del art. 433 *Codice* dan pie para defender que en el ordenamiento italiano el arbitrio judicial en cuanto a la modalidad de prestación es más amplio. No sólo porque no hay, como en el texto español, una enumeración de las causas de exclusión de la facultad de elección del alimentante, sino porque se establece que la autoridad judicial puede, según las circunstancias, determinar el modo de satisfacción de los alimentos. Esto significa, como mínimo, que puede rechazar la modalidad elegida por el deudor si no le parece acertada, pero quizás también que puede adoptar una forma de cumplimiento distinta a cualquiera de las dos legalmente previstas.

³³⁶ AULETTA afirma que la norma que permite que los alimentos se presten en casa del alimentista, aparte de suponer un ahorro para éste, se previó presumiblemente para casos en los que no bastaba el pago de una pensión, como en el caso de los niños o los ancianos (*Alimenti...*, pág. 16). Este planteamiento no es coherente, sin embargo, con el hecho de que la elección del modo de cumplimiento sea una facultad del alimentante.

³³⁷ ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 173.

³³⁸ Dice en este sentido DOGLIOTTI que se ha visto que la elección atribuida de modo exclusivo al obligado puede producir consecuencias indeseadas, por lo que se deja en manos del juez la decisión final (“Doveri...”, pág. 104).

³³⁹ La pertenencia de la obligación alimenticia al grupo de las obligaciones alternativas es discutida, pero no se trata de un asunto relevante a los fines de este trabajo. Lo que aquí interesa destacar es que admite dos formas posibles de cumplimiento.

La cuestión del carácter abierto o taxativo de las formas de cumplimiento de los alimentos es objeto de gran preocupación para la doctrina italiana, que se pregunta si pueden adoptarse, no ya por el juez, sino incluso por los particulares, formas de cumplimiento distintas a las recogidas en la ley.

La respuesta positiva se ha basado sobre argumentos no siempre convincentes, como el de que en caso contrario la discrecionalidad que atribuye al juez el párrafo 2º del artículo carecería de sentido³⁴⁰, lo cual no es exacto, dado que podría muy bien referirse únicamente a las dos modalidades legales³⁴¹. Distinto es que, lógicamente, el arbitrio judicial sería más amplio de entenderse que la enumeración no es una lista cerrada.

Tampoco resultan decisivos, a nuestro modo de ver, los argumentos que han invocado los defensores del carácter limitado de las modalidades de suministro de los alimentos. Se ha considerado que ello es una exigencia de la necesidad de tutelar intereses contrapuestos: de un lado, garantizar al alimentante el cumplimiento en la forma que económicamente le es más favorable, que es acoger en casa al alimentista, y de otro lado excluir que al necesitado le sea impuesta una forma de cumplimiento socialmente no aceptable, como sería el quedar a cargo de un tercero. El suministro de los alimentos en dinero es por ello considerada la fórmula más oportuna para el deudor, dado que no comporta inútiles restricciones a la libertad personal, ni implica problema alguno de convivencia; pero es ventajosa además para el acreedor, que puede de este modo disfrutar de cierta discrecionalidad en la decisión de las necesidades a satisfacer. Dichas reflexiones, dice ROLANDO, sumándose al parecer de otros autores³⁴², no parecen justificar modos diversos a los previstos *ex art. 443 Codice*.

Sin embargo, no puede decirse que actualmente sea ésta la opinión dominante. Más bien parece lo contrario. Son muchos los autores partidarios de considerar que el juez puede adoptar otros modos de cumplimiento distintos de los establecidos por el Código. Es el caso de ANGELONI, quien advierte, no obstante, de la necesidad de respetar la libertad personal del alimentante³⁴³; o de otros autores como ARGIROFFI³⁴⁴, MORELLI³⁴⁵ o GALLETTA³⁴⁶. Esta tesis, que en el Derecho italiano encuentra apoyo en la letra del art. 443 *Codice*, no puede *de lege lata* sostenerse en el Derecho español, puesto que el Código no contiene ninguna previsión similar a la del párrafo 2º del art. 433 *Codice*. El juez debe limitarse a establecer en la sentencia la forma de cumplimiento por la que haya optado el acreedor, una forma que sólo deberá rechazar si concurre alguno de los supuestos del art. 149, 2º Cc, los cuales, al estar formulados con bastante generalidad, conceden un amplio margen a la actuación judicial.

Ahora bien, ¿y si las partes, de común acuerdo, solicitan el establecimiento de una forma de cumplimiento que no sea ni una prestación pecuniaria periódica ni el acogimiento del alimentista en casa del alimentante?

³⁴⁰ MORELLI, Mauro, “Gli alimenti...”, pág. 721. GALLETTA, por su parte, defiende que se abandone la doctrina tradicional que excluía el poder del juez de establecer modos de suministro de los alimentos diversos de los previstos en el párrafo 1º del art. 433 *Codice* (“Gli alimenti...”, pág. 950, nota 98).

³⁴¹ La facultad de “determinar el modo de suministro” puede indicar la atribución de un simple poder de control sobre la concreta modalidad elegida por el deudor, (esto es lo que ocurre en el Derecho español), o bien comprender también el poder de crear, según las circunstancias, hipótesis de prestaciones alimenticias distintas de las dos figuras típicas descritas en el primer párrafo del art. 433.

³⁴² *Alimenti* ..., págs. 180 y 181.

³⁴³ *Autonomia* ..., pág. 48.

³⁴⁴ *Gli alimenti*..., pág. 136.

³⁴⁵ “Gli alimenti...”, pág. 721.

³⁴⁶ “Gli alimenti...”, pág. 948.

Es claro que si una modalidad distinta de cumplimiento es solicitada por una de las partes (más probablemente, el deudor) y es rechazada por la otra, el juez deberá atenerse a lo dispuesto en el Código y elegir entre una de las dos formas legales, pero la solución es menos clara en el supuesto en que ambas partes estén de acuerdo en que se establezca una modalidad de cumplimiento distinta, como podría ser la atribución de un bien en propiedad, la constitución de un derecho de usufructo, o el pago de una cantidad única. Al respecto hay que decir que no hay una misma respuesta para todos los casos porque la validez o no de la forma de cumplimiento acordada vendrá determinada por su adecuación o inadecuación al régimen de los alimentos. Así, debe ser rechazado el pago de una cantidad única, en cuanto que no garantiza al perceptor la disponibilidad en cada momento de las sumas precisas para atender sus necesidades, lo que ya se ha expuesto que constituye uno de los principios inspiradores del régimen de los alimentos legales. Lo mismo cabe decir en cuanto a la atribución de un bien en propiedad. Distinto es el derecho de usufructo sobre un inmueble o a la percepción de los frutos, que podrían valer como prestaciones alimenticias siempre y cuando con ellos se cubran en la medida indicada por la ley las necesidades del acreedor. Lo que no cabe, entendemos, es admitir, ni siquiera en el Derecho italiano, la validez de cualquier acuerdo de los sujetos de la relación alimenticia en cuanto a la forma de cumplimiento, que es lo que parecen defender algunos autores³⁴⁷, y ello por la sencilla razón de que el principio de autonomía de la voluntad encuentra límites derivados de la naturaleza legal e indisponible del derecho a los alimentos. Resulta poco coherente con el carácter indisponible de los alimentos, que según se ha expuesto responde al deseo de garantizar a su titular el disfrute constante de los medios necesarios para atender a sus necesidades, permitir el establecimiento de formas de cumplimiento incompatibles con este objetivo. Sin embargo, es claro que no todas lo son. Tampoco son admisibles aquellas formas de cumplimiento que impidan la adecuación de los alimentos a la variación de las circunstancias económicas, bien del alimentista, bien del alimentante, habida cuenta de que también la cláusula *rebus sic stantibus* (art. 440 *Codice* y 147 Cc) es una regla de naturaleza imperativa, destinada a asegurar el mantenimiento de la función de la deuda alimenticia -la atención de las necesidades del alimentado- y la tutela, al mismo tiempo, de los intereses del deudor, que no tiene que anteponer aquellas necesidades a las suyas propias.

Retomando las previsiones legales y pasando a una cuestión distinta, obsérvese cómo no es requisito necesario para que la sentencia opte por el cumplimiento en casa del deudor, el consentimiento del alimentista. Podría entonces colegirse que al alimentista se le puede imponer, en contra de su voluntad, este modo de cumplimiento, o más exactamente, que el acreedor podría verse en la tesitura de elegir entre una convivencia no deseada con el alimentante o la no percepción de una prestación alimenticia a la que tiene derecho. Dicha conclusión sería errónea, al ser contraria a los principios constitucionales. Téngase en cuenta que una convivencia impuesta lesionaría derechos fundamentales³⁴⁸, sin que tampoco resulte admisible que su rechazo por parte del acreedor determine la pérdida del derecho a los alimentos³⁴⁹. Es por ello por lo que el juez debe rechazar el cumplimiento en casa del alimentante, aun cuando haya sido la modalidad elegida por éste, si no hay conformidad al respecto del alimentista. Permiten esta interpretación, tanto la letra del precepto español, que hace referencia al hecho de que el juez puede rechazar la forma de cumplimiento que haya elegido el deudor cuando concurra una “justa causa”, como la de la norma italiana, que con mayor generalidad

³⁴⁷ AULETTA, *Il Diritto*..., pág. 100; GALLETTA, “Gli alimenti”..., pág. 950.

³⁴⁸ ARGIROFFI, *Gli alimenti* ..., pág. 137.

³⁴⁹ AULETTA, *Alimenti*..., pág. 159.

atribuye al juez la facultad de decidir la forma de cumplimiento, normas que además deben ser puestas en relación, lógicamente, con los principios constitucionales.

Hace ya tiempo que la jurisprudencia y la doctrina italiana han puesto de manifiesto que la facultad concedida al deudor de alimentos de optar por satisfacer éstos en su propia casa puede entrar en contradicción con la tutela constitucional de la libertad personal (art. 13 CI), admitiendo en consecuencia que el titular de los alimentos conserva la posibilidad de exigir su cumplimiento mediante la entrega de una cantidad de dinero, en el caso de rechazar, en el legítimo ejercicio de su libertad personal, la convivencia con el alimentista³⁵⁰. Ahora bien, la cuantía de la deuda deberá reducirse, deduciéndose de ella aquellos gastos que el deudor no habría realizado si hubiese suministrado los alimentos *in natura*³⁵¹.

Ya en anteriores ocasiones hemos defendido idéntica solución en el Derecho español, en contra de la jurisprudencia y de la doctrina, que sorprendentemente no ve problema alguno en imponer al alimentista que se avenga a una convivencia no querida a fin de hacer efectivo su derecho a los alimentos³⁵².

Propugnamos, en suma, una interpretación del art. 149 Cc conforme con los principios constitucionales: la facultad de elección del obligado a satisfacer los alimentos no es ilimitada. Es obvio que aunque no se diga expresamente en el Código civil, no puede nunca implicar para un sujeto adulto una convivencia no deseada con otro. El cumplimiento *in natura* no sólo queda excluido en los supuestos concretos en los que estaba pensando el legislador cuando redactó la norma³⁵³, sino siempre que se oponga a ella el alimentista. Distinto es que esto no deba hacer más gravoso el deber del obligado a los alimentos. Para evitarlo, y para conciliar adecuadamente los intereses en conflicto, la solución que resulta más razonable es la anteriormente mencionada: la cuantía de los alimentos en el caso de que el deudor haya preferido recibir en su casa al alimentista y éste se niegue a ello, deberá consistir en la cantidad que éste hubiese gastado en el caso de atender al necesitado en su propia casa.

La solución, sin embargo, plantea una dificultad: es claro que el alimentante que pueda prever que el alimentista no estará dispuesto a convivir con él, optará por este

³⁵⁰ DOGLIOTTI, “Doveri...”, pág. 105.

³⁵¹ AULETTA, *Alimenti...*, pág. 159; ROLANDO, *Alimenti...* pág. 178.

³⁵² La cuestión se planteó en la STS 23 febrero 2000 (Ponente: Sierra Gil de la Cuesta), en la que El TS desestima la pretensión de la hija mayor de edad que había abandonado el hogar familiar debido a desavenencias con sus padres, a los que luego reclamaba alimentos. El argumento del Tribunal fue considerar que no se había probado que la demandante estuviese “desasistida del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y, en determinados supuestos, de la instrucción cultural y profesional; y, sobre todo, no se ha probado una incapacidad permanente, total y parcial, para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual”, añadiéndose que “para que surja con todos sus efectos dicha deuda alimenticia han de darse determinadas circunstancias como son reveses de fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajar [...], datos o circunstancias [...] que no se dan en el presente caso, o por lo menos no se han constatado”. Se hacía en esta ocasión una interpretación del art. 152, 3º Cc sumamente rigurosa y en absoluto coincidente con la seguida por la jurisprudencia menor en relación con las pretensiones alimenticias de los hijos mayores de edad aún no independientes económicamente. La sentencia ha sido bastante comentada por los autores. Un resumen de las opiniones que suscitó puede verse en MORENO-TORRES HERRERA, “Los presupuestos...”, págs. 300 a 305.

³⁵³ El párrafo 2º del art. 149 Cc fue introducido en el Código por la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y no hizo sino trasladar a la ley una serie de restricciones a la facultad del deudor de los alimentos de optar por el cumplimiento *in natura* que ya habían sido apreciadas por los tribunales: incompatibilidad entre la convivencia con el alimentante y el ejercicio de la patria potestad respecto del alimentista menor de edad, situación de separación conyugal, razones de orden moral que han ido cambiando a tenor de los tiempos. Pueden verse más detalles en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, págs. 524 y ss.

modo de cumplimiento, si sabe que su costo económico será inferior. No obstante ello, entendemos que en el Derecho vigente es la interpretación correcta, pues tampoco se puede ignorar absolutamente la tutela que de los intereses económicos del alimentante realiza el legislador al concederle la facultad de elegir el cumplimiento en su propia casa.

XIII- LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE ALIMENTOS

Partimos de la diferencia, de la que ya nos hemos ocupado al tratar de la imprescriptibilidad de los alimentos, entre el derecho de alimentos entendido en sentido abstracto y la pretensión que tiene por objeto prestaciones alimenticias ya devengadas.

Aunque es la extinción del primero la que reviste mayor interés, debe incluirse también una referencia a lo segundo. La extinción de la deuda alimenticia se rige en principio por las normas generales sobre extinción de las obligaciones, si bien hay algunas particularidades, que ya han sido mencionadas, como la exclusión de compensación, que en el caso del Derecho italiano alcanza a las pensiones alimenticias atrasadas (art. 447, 2º). Se trata de una solución distinta a la del Código civil, cuyo art. 151, 2º admite expresamente la extinción por compensación de las pensiones alimenticias atrasadas. Mientras que el legislador español no ha visto problema en que esta causa de extinción de las obligaciones se aplique a deudas alimenticias ya devengadas, porque ello no incide sobre la futura disponibilidad de los alimentos, que es lo que se quiere garantizar al acreedor, el legislador italiano se decanta por la solución opuesta, probablemente para desincentivar el incumplimiento por parte del obligado a los alimentos, el cual podría retrasar su cumplimiento con el objetivo, precisamente, de compensar su deuda con el crédito del que por su parte es titular frente al alimentista³⁵⁴.

Entre las causas de extinción hay que incluir el pago y la condonación de la deuda. La expresa referencia en estas páginas al pago como causa de extinción de la deuda alimenticia resultaría innecesaria de no ser por lo dispuesto el art. 444 *Codice*, a cuyo tenor la pensión alimenticia prestada de alguno de los modos establecidos, no puede ser nuevamente reclamada, cualquiera que sea el uso que el alimentista haya hecho de ella. La norma encuentra su explicación en un debate doctrinal que se mantuvo durante la vigencia del Código derogado. Un sector de opinión defendía que no podía considerarse extinguida la deuda alimenticia sino cuando su objetivo se hubiese efectivamente logrado. Esto significaba que el deudor estaba obligado a pagar de nuevo si el acreedor no destinaba al propio sostenimiento los medios que se le hubiesen proporcionado, a menos que el obligado demostrase haber hecho todo lo posible para evitarlo. Tal interpretación quedó definitivamente descartada con la norma contenida en el art. 444 *Codice*, que es claro que recoge la solución adecuada, al reconocer una oportuna autonomía de gestión al acreedor, inspirarse en el principio de responsabilidad personal y el deber de trabajar, y establecer al mismo tiempo la solución menos gravosa para el deudor³⁵⁵.

En cuanto a la condonación de la deuda, basta recordar lo ya manifestado anteriormente al ocuparnos de la renuncia a los alimentos. Si bien es cierto que el derecho a los alimentos, entendido en sentido abstracto, es irrenunciable, no ocurre lo mismo con las pensiones ya devengadas, respecto de las cuales se admite la renuncia³⁵⁶.

³⁵⁴ ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 218.

³⁵⁵ En parecido sentido, DEGNI, *Il Diritto ...*, pág. 497.

³⁵⁶ El Código español lo hace de modo expreso en el art. 152, 2º. En Italia, pese al silencio legislativo, la afirmación es comúnmente aceptada (*Vid.* dentro de este capítulo el apartado sobre la indisponibilidad del derecho de alimentos).

Entrando ya en la extinción del derecho de alimentos propiamente dicho, comenzaremos por decir que en la exposición que sigue se prescinde de la distinción que efectúa la doctrina entre cesación y extinción, por estimarla de escaso interés. Cuando se habla de cesación se alude a supuestos en que se extingue para el futuro una relación alimenticia ya nacida, sin perjuicio de que pudiera nuevamente surgir entre los mismos obligados, si reaparecen sus presupuestos; y cuando se habla en cambio de extinción se alude a las circunstancias que dan lugar a la definitiva desaparición de la relación alimenticia entre los dos sujetos concretos a los que vinculaba.

El tratamiento de la extinción del derecho de alimentos en el *Codice* es fragmentario y disperso. Las únicas normas que se ocupan de ella son el art. 434, que contiene las causas específicas de extinción de la relación alimenticia entre afines, y los arts. 440 y 448. El legislador contempla expresamente como causas generales de extinción del derecho de alimentos el cese de alguno de sus presupuestos, esto es la desaparición de la capacidad económica del alimentante o el cese del estado de necesidad del alimentista (art. 440, 1º), la condena judicial a satisfacer los alimentos a un obligado de grado anterior (art. 440, 2º), y la muerte del obligado (art. 448). Es claro que no se trata de una lista cerrada y que a los supuestos legales hay que añadir otros, como la muerte del alimentista, lo que se deriva de la naturaleza personal del vínculo alimenticio. De otro lado, la pérdida de la relación de parentesco, que es también presupuesto de los alimentos, debe entenderse en principio que pone fin a la relación.

En el ordenamiento italiano no se prevé sin embargo como causa de extinción de los alimentos el hecho de que su perceptor no haya empleado la diligencia debida a fin de salir del estado de necesidad. Recuérdese que para el nacimiento de la obligación es necesario que quien los solicite esté en estado de necesidad y no pueda proveer a su propio mantenimiento (art. 438, 1º *Codice*), considerándose que son irrelevantes en este momento los hechos o circunstancias que hayan causado el estado de necesidad. Por lo tanto, la deuda alimenticia surge a favor del necesitado incluso en el caso de que su estado de insuficiencia económica sea efecto de una conducta de la cual él sea responsable. Ahora bien, en un momento posterior, el comportamiento del alimentista sí que adquiere alguna relevancia³⁵⁷, pero no la de determinar la extinción del derecho, sino otra distinta: la de ser causa de reducción. Dice en este sentido el art. 440, 1º *in fine* que los alimentos pueden ser reducidos por la conducta desordenada o reprobable del alimentista.

La postura del legislador de considerar indiferentes las causas del estado de necesidad a la hora de reconocer un derecho a los alimentos, atribuyéndoles en cambio relevancia una vez que el derecho ha nacido, resulta razonable, porque tras el reconocimiento de este derecho se exige al sujeto que ponga fin al estado de cosas anterior. Lo que parece más discutible es que el efecto que le ha reservado la ley a las conductas negligentes determinantes de la subsistencia del estado de necesidad deba ser la reducción de la cuantía de los alimentos en vez de la extinción del derecho, que es la solución del Código español.

Es claro que la opción del legislador italiano fue distinta y que, según resulta de los trabajos preparatorios de la norma, la decisión se tomó conscientemente, lo que no es óbice para que, pasado el tiempo, sea oportuno reconsiderar su oportunidad. Lo hace GALLETTA, para quien en el actual contexto social la única razón que justificaría la mera reducción de los alimentos, y no la cesación³⁵⁸, en caso de conducta desordenada o reprobable, sería la siguiente: que la experiencia demuestra que en las situaciones de

³⁵⁷ DOGLIOTTI, *Il Diritto ...*, pág. 513; GALLETTA, “Gli alimenti...”, pág. 944.

³⁵⁸ La cesación está establecida sin embargo en el Código penal para comportamientos extremos, en concreto para los delitos de violencia sexual previstos en los arts. 609-*bis* y 609-*octies* del *Codice Penale*.

infortunio es a veces difícil trazar la frontera entre la voluntariedad y la involuntariedad de los hechos que determinan la incapacidad para mantenerse a sí mismo, y que con frecuencia ocurre que una inicial conducta, simplemente irresponsable, ocasiona una situación que con el paso del tiempo deviene irremediable por razones que escapan al control del sujeto, determinando, en última instancia, una verdadera y propia falta de idoneidad para el trabajo³⁵⁹. Otros autores que han escrito últimamente sobre el tema se muestran conformes, por el contrario, con la consecuencia jurídica que se atribuye a la conducta reprobable del alimentista, considerándola la solución coherente con el principio general, que rige en sede de alimentos, según el cual se garantiza la prestación con independencia de que el alimentista la merezca o no³⁶⁰.

La norma contenida en el inciso final del art. 440,1° *Codice* plantea otros problemas aparte del de su adecuación a los tiempos actuales, como es el de la determinación de las conductas concretas que originan la consecuencia en él prevista. Literalmente se habla de “conducta desordenada o reprobable”, lo que induce a pensar que se trata de dos supuestos distintos³⁶¹. Siguiendo a ROLANDO³⁶², constituye una conducta desordenada aquella mediante la cual se manifiesta una elección de vida con la que el sujeto se desvía de la que legitima la concesión de la pensión. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el necesitado destina la suma recibida a fines distintos de los que le son propios, como pueden ser necesidades superfluas o incluso dañosas. Se considera, por su parte, conducta reprobable toda conducta gravemente lesiva de los intereses fundamentales del obligado, como los que constituyen causa de indignidad para suceder. La autora rechaza que tenga cabida dentro de la expresión “conducta reprobable” utilizada por el precepto, cualquier comportamiento que socialmente merezca tal calificación. Admitir esto significaría introducir en la relación alimenticia, que es de naturaleza privada, la tutela de un interés general, que sería el de sancionar los comportamientos deplorables. No obstante, atribuye a la norma naturaleza sancionadora³⁶³.

Entrando ya definitivamente en las causas de extinción del derecho de alimentos que recoge el Código italiano, hay que decir que la desaparición del estado de necesidad o de la capacidad económica del alimentista es algo que, al igual que la concurrencia de los presupuestos legales en el momento de nacimiento de la obligación, debe determinarse en el caso concreto. Su valoración corresponde al juez, a quien corresponde comprobar la subsistencia de los presupuestos concurrentes en el momento de nacimiento de la obligación, debiéndose acudir a los mismos criterios que se tuvieron en cuenta entonces.

A la constancia de la existencia de un obligado de grado anterior como causa de extinción de una relación alimenticia vigente se refiere el art. 440 *Codice* en estos términos: Si después de asignados los alimentos, consta que uno de los obligados de grado anterior está en condiciones de poderlos suministrar, la autoridad judicial no puede liberar al obligado de grado posterior, sino cuando haya impuesto al obligado de grado anterior el deber de suministrar los alimentos. Se trata de una norma establecida en interés del alimentista, a fin de que no se interrumpa para él la constante percepción de la prestación que la ley le quiere asegurar. El interés del sujeto hasta entonces

³⁵⁹ “Gli alimenti...”, pág. 944.

³⁶⁰ ROLANDO, *Alimenti ...*, pág. 241.

³⁶¹ En este sentido, ROLANDO, que argumenta que la conducta desordenada es siempre reprobable, y que el precepto recoge dos supuestos distintos, porque de lo contrario la referencia a la conducta reprobable sería superflua (*Alimenti ...*, pág. 240).

³⁶² *Alimenti ...*, pág. 240.

³⁶³ ROLANDO, *Alimenti ...*, págs. 240 a 243.

obligado al pago de los alimentos cede frente al interés del alimentista, que es claro que se considera prioritario. Piénsese que debido a lo dispuesto en la norma que comentamos y a lo establecido en el art. 445 *Codice*, según el cual los alimentos son debidos desde la fecha de la presentación de la demanda o de la constitución en mora del obligado a prestarlos, el que los venía satisfaciendo pese a ser otro el obligado en primer lugar, no puede reclamar de éste los ya pagados (en realidad, indebidamente pagados).

En cuanto a la muerte del obligado, su consideración como causa de extinción deriva de la propia naturaleza personal de la relación alimenticia. Está, no obstante, expresamente recogida en el *Codice* (art. 448), a diferencia de lo que ocurre con la muerte del alimentante. Ni la posición de alimentante ni la de alimentista se transmiten a los herederos. La muerte de cualquiera de estos sujetos extingue de modo automático e inmediato la relación alimenticia, lo que en rigor significaría que las cantidades devengadas tras su muerte deberían ser restituidas. No obstante lo cual, el Código español dispone para este caso que “cuando fallezca el alimentista sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiere recibido anticipadamente” (art. 148, 2º). La declaración se hace a renglón seguido de la norma que establece que el pago de los alimentos se verificará por meses anticipados, y cobra pleno sentido en relación a ella. Lo que se quiere decir es, simplemente, que una vez que el alimentista percibe la pensión por meses anticipados, ésta “se considerará devengada y definitivamente adquirida sin obligación de prorrateo para la restitución del demandante cuando sobrevenga la muerte de aquél dentro del plazo a que habría de aplicarse la última pensión percibida”³⁶⁴. Es claro, en cambio, que los herederos del alimentante sí que están obligados a satisfacer al titular del derecho las cantidades devengadas en vida del obligado y aún pendientes de pago. No hay que confundir la extinción de la relación alimenticia, que se produce por y desde el momento de la muerte, con la pretensión que tenga por objeto alimentos ya devengados, la cual es una deuda de la herencia.

En algún caso se ha considerado por la doctrina italiana que la regla de la extinción del derecho de alimentos por muerte del obligado encuentra una excepción en el art. 548 *Codice*. Éste, tras declarar en su párrafo primero que el cónyuge al que no se le haya imputado la separación tiene los mismos derechos sucesorios que el cónyuge no separado, dispone en el párrafo segundo que el cónyuge al que se le haya imputado la separación tiene derecho únicamente a una pensión vitalicia si en el momento de la apertura de la sucesión gozaba de un derecho de alimentos a cargo del cónyuge fallecido, añadiéndose que la cuantía de esta pensión viene determinada por la entidad del patrimonio hereditario y que se establece en atención a la calidad y al número de los herederos legítimos, sin que pueda ser superior a la de la pensión alimenticia de que se estuviese disfrutando.

La pensión vitalicia de la que habla el artículo posee, desde luego, la misma función que los alimentos, aunque al estar establecida a cargo de la herencia y tener carácter vitalicio no le sea aplicable la totalidad del régimen jurídico de los alimentos. No parece desacertado, pese a las diferencias entre esta pensión y los alimentos, considerarla una excepción a la regla general del art. 448 *Codice*, si bien es cierto que, en rigor, la relación alimenticia existente en vida del fallecido se extingue, surgiendo un nuevo derecho a favor del alimentista y a cargo de la herencia, que tiene además sus particulares presupuestos³⁶⁵.

La norma revela, de otro lado, una clara relación, que últimamente tiende a negarse, entre los derechos sucesorios y el derecho de alimentos. Nótese cómo en el

³⁶⁴ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, pág. 1264.

³⁶⁵ SALA, “Gli alimenti...”, pág. 628.

caso de separación sin *addebito*, al reconocerse al cónyuge derechos sucesorios, no es preciso disponer la continuidad de la pensión alimenticia, lo que sí ocurre, en cambio, cuando, con fundamento en la imputación de la separación, se le niegan.

Tras exponer y comentar las previsiones del Código italiano respecto de la extinción del derecho de alimentos³⁶⁶, abordamos su estudio en el Código español, en donde esta materia está mejor sistematizada y es más completa. El precepto central es el art. 152, que contiene una enumeración, en cinco apartados distintos, de las causas de cese de la obligación de alimentos. No es dudoso que no se trata de una lista cerrada. Así se deduce de la propia letra de la ley, que dispone “Cesará *también* la obligación de alimentos...”. En artículos precedentes se han mencionado ya como causas de extinción, la muerte del alimentante (art. 150 Cc) y la renuncia (art. 151, 2º Cc)³⁶⁷, a las que ahora se añaden otras cinco causas.

Tras la lectura de este artículo se comprueba que hay una importante diferencia entre las causas de extinción de los alimentos que operan en el ordenamiento italiano y en el español; en el Código español la conducta del alimentista puede dar lugar a la extinción del derecho nacido a su favor (cfr. nº 4º y 5º), algo que el legislador italiano descartó. Además de destacar este aspecto, conviene aludir por separado, siquiera brevemente, a todas las causas enumeradas en el art. 152 Cc.

El nº 1º menciona como causa de extinción la muerte del alimentista, consecuencia necesaria de su carácter personalísimo, y respecto de la cual no hay nada que añadir a lo ya dicho a propósito del Código italiano.

El nº 2º ordena el cese de la obligación de alimentos “Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”. Aparte del hecho de que se admite aquí, de modo explícito, la preferencia respecto del alimentista, del propio necesitado y de las personas que ostentan un derecho de mantenimiento frente al alimentante, las cosas no son tampoco en este punto diferentes al Derecho italiano: la merma de la capacidad económica del deudor de los alimentos será, según su entidad y en función siempre de las necesidades del alimentista, causa de reducción o cese de los alimentos a su cargo. Obviamente, esto no quiere decir que si persiste la situación de necesidad del alimentista, pueda éste ejercitar su pretensión contra el pariente sucesivamente obligado.

Conforme al nº 3º del art. 152 Cc, la obligación de alimentos cesará “Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia”. Lo que aquí se está contemplando como causa de extinción de los alimentos es, igualmente, la desaparición del estado de necesidad del alimentista, porque, según ya se expuso, el estado de necesidad no supone sólo la insuficiencia de medios económicos, sino también la imposibilidad del alimentista, objetivamente considerada, de superar por sí dicha situación. La comprensión de la norma no plantea especiales dificultades; éstas surgen, más bien, en el momento de su aplicación a los casos concretos, tal y como pone de relieve su interpretación jurisprudencial.

El nº 4º del art. 152 Cc contempla como causa de cese de la obligación de alimentos el hecho de que “el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”. Hay aquí una remisión en bloque a las causas de desheredación (arts. 852 a 855 Cc, que a su vez se remiten a los arts.

³⁶⁶ Se ha omitido, por estimarse de poco interés, el análisis del art. 434 *Codice*, que contiene reglas particulares sobre la extinción de la obligación de alimentos entre afines.

³⁶⁷ Si bien en rigor esta última es causa de extinción de las pensiones alimenticias atrasadas y no, propiamente, del derecho de alimentos.

756, 1º, 2º, 3º, 5º y 6º Cc), remisión que como ha puesto de relieve DELGADO ECHEVERRÍA, plantea algunos problemas de adaptación³⁶⁸. Pero no interesa tanto el detalle como el hecho genérico de que a ciertas conductas del alimentista consideradas reprobables por el legislador se les haya atribuido el efecto de extinguir el derecho de alimentos no obstante la persistencia de la necesidad del alimentista y de la capacidad económica del alimentante.

Es claro que la visión del legislador español y del italiano sobre este asunto fue distinta. En el caso del primero prevaleció la idea según la cual la ley no debe imponer un deber de alimentos a cargo de quien ha sido objeto por parte de su beneficiario de ciertas conductas o comportamientos éticamente reprobables, como un atentado contra la vida o el incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales que hubiese ocasionado la privación de la patria potestad. El Derecho italiano decidió, por el contrario, mantener el derecho de alimentos incluso en los casos más graves. En el Proyecto de Código Civil se había previsto una causa de extinción que finalmente no se introdujo: que el alimentista fuese condenado por un delito contra la vida, la integridad, el honor o la libertad individual del obligado. Pese a admitirse que en tal caso la obligación de alimentos “repugna al sentimiento ético”, se tuvo en cuenta que si se excluían los alimentos en este caso, el deber pasaría a los obligados de grado posterior y que sería un efecto injusto, porque ellos no tenían por qué soportar las consecuencias del delito³⁶⁹. Consecuencia de ello fue el establecimiento de un sistema en el que, sin perjuicio de que el derecho de alimentos pueda perderse en los casos establecidos en el *Codice Penale*,³⁷⁰ el comportamiento del alimentista y las razones de su estado de insuficiencia económica tienen verdaderamente muy escasa relevancia. Este modo de ver las cosas lo resume muy bien TERRANOVA al afirmar que la prestación alimenticia encuentra su fundamento en el principio de solidaridad familiar y prescinde de las razones que han determinado la dificultad, así como de la subsistencia de relaciones personales de afecto o de los motivos de recriminación que puedan existir entre los sujetos de la relación alimenticia, “siendo tal deber condicionado exclusivamente por la subsistencia del estado de necesidad y la pertenencia, en sentido ontológico, a un mismo grupo familiar”³⁷¹.

Resulta bastante llamativo que un ordenamiento, como el italiano, bastante proclive a atribuir relevancia jurídica al comportamiento de los sujetos en otras relaciones de Derecho privado y en particular en el ámbito de la relación conyugal, haya adoptado en cambio este punto de vista cuando se trata de la relación alimenticia. Quizás sea, al menos en parte, porque el derecho de alimentos se contempla como un instrumento jurídico de cohesión del grupo familiar.

Al margen de ello y ciñéndonos al Derecho privado, la verdad es que se plantea aquí un conflicto que no es nada fácil resolver adecuadamente y en relación con el cual pueden esgrimirse argumentos de distinto signo. Se puede defender sin dificultad que quede liberado de los alimentos el deudor que haya sido víctima de ciertas conductas graves del alimentista. La dificultad estriba en el efecto que de ello se deriva: el deber de alimentos recaerá en un obligado sucesivo, que no parece razonable que soporte los efectos de ese comportamiento. Esta es de hecho la razón por la que la doctrina española discute si el cese de los alimentos por virtud de lo establecido en el nº 4º del art. 152 Cc,

³⁶⁸ “Comentario...”, pág. 542.

³⁶⁹ DEGNI, *Il Diritto ...*, pág. 499.

³⁷⁰ el art. 609 *nonies* del *Codice Penale* vigente establece la pérdida del derecho de alimentos como pena accesoria a la condena por determinados delitos de violencia sexual (los de los arts. 609 *bis*, *ter*, *quarter*, *quinquies* y *octies*), que es una norma claramente sancionadora.

³⁷¹ *Contributo...*, pág. 50.

extingue o no la obligación para el resto de los parientes. Creemos con MARTÍNEZ RODRÍGUEZ que “no hay base legal suficiente para negar a la persona necesitada la posibilidad de dirigirse al resto de los obligados a solicitar alimentos” y que la extinción se produce únicamente respecto del alimentante al que afecta la conducta que causa la desheredación y no al resto de los posibles obligados³⁷². Y ello porque no se trata tanto, en nuestra opinión, de sancionar al sujeto por la conducta realizada como de no hacer recaer el deber sobre aquel pariente que ha recibido del alimentista un trato contrario a la ética y al Derecho. Es cierto que la consecuencia será que otro pariente se tenga que hacer cargo de los alimentos, pero ello es algo que también ocurre cuando el obligado de primer grado, aun existiendo, carece de capacidad económica.

Finalmente, el n° 5° del art. 152 Cc prevé la extinción de los 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”. Lo primero que llama la atención es que en esta ocasión no estamos ante una causa general de extinción de los alimentos sino ante una causa específica de los alimentos debidos a los descendientes. Con arreglo a una interpretación literal, si el alimentista es un ascendiente que recibe alimentos de un descendiente, su pasividad o falta de esfuerzo para salir de la situación de insuficiencia económica es irrelevante, lo que resulta extraño y difícil de admitir a la luz del deber constitucional de trabajar y proveer a sus propias necesidades (art. 35 CE). Otra cosa es que la norma, cuya *ratio* es evitar la holgazanería³⁷³, encuentre su más frecuente campo de aplicación en relación con los descendientes.

En relación con ellos, lo que cabe cuestionar, ante todo, es si el efecto de extinción o cese total de los alimentos, que es el previsto por el art. 152, 5° Cc para el descendiente alimentista al que le es imputable el estado de necesidad, es en verdad el efecto más oportuno y coherente. Ya en trabajos anteriores hemos defendido una interpretación distinta³⁷⁴, sobre la base de lo establecido en el párrafo 2° del art. 142 Cc, a cuyo tenor “Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”. Nótese cómo a diferencia del art. 152 5°, que sin ningún género de duda ordena la extinción, aunque sea temporal, del derecho, el art. 142 dispone que los gastos de instrucción y educación del alimentista sólo formarán parte de la deuda alimenticia de los mayores de edad en el caso de que continúen su formación por una causa que no les sea imputable, lo que permite concluir que la consecuencia jurídica que nuestro ordenamiento prevé para el caso de que un mayor de edad dilate indebida e injustificadamente su etapa de formación no es el cese de la obligación de alimentos, sino la reducción de la cuantía.

Habida cuenta de la especialidad del art. 142, 2° Cc respecto de la norma general contenida en el art. 152, 5° Cc, y teniendo en cuenta además que aquélla es posterior a ésta³⁷⁵, se impone la solución más favorable al alimentista.

Una vez concluido el análisis de las causas de cese de los alimentos del art. 152 Cc, queda sólo añadir alguna idea.

Aunque no aparezca expresamente mencionado en el Código español, debe entenderse, pues así resulta del conjunto de normas reguladoras de los alimentos, que el derecho de alimentos frente a un determinado deudor se extingue cuando un obligado de

³⁷² *La obligación ...*, pág. 597.

³⁷³ ORTEGA LORCA, *Código...*, pág. 477.

³⁷⁴ “Los presupuestos...”, págs. 285-287.

³⁷⁵ Mientras que el art. 152 Cc mantiene la redacción originaria, la redacción actual del 142 Cc procede de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981.

grado anterior adquiere capacidad económica. Según se ha indicado, el Código italiano contiene una previsión específica para este caso en el art. 440, 2º, que ordena al juez que no libere al deudor actual hasta que el pariente de grado anterior haya sido condenado a pagar alimentos³⁷⁶. No obstante el silencio legislativo, parece razonable entender que las cosas no serían distintas en el Derecho español, si se tiene en cuenta que la sentencia que establece la extinción de los alimentos por la desaparición de alguno de los presupuestos de la deuda de alimentos posee naturaleza constitutiva.

Además de todas las causas anteriormente recogidas, es obvio que la relación alimenticia se extingue en el supuesto en que desaparezca el vínculo de parentesco que lo fundamenta, salvo que otra cosa se establezca expresamente.

XIV- LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ALIMENTOS A OTRAS OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO

Aunque no se pretende agotar la cuestión de si el régimen jurídico de los alimentos puede o debe ser aplicado a otras obligaciones de mantenimiento legales, no resulta posible en sede de alimentos eludir el problema, a la vista de la norma con la que el Código español cierra el capítulo dedicado a los alimentos entre parientes. Dice el art. 153 Cc que “Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate”.

No obstante lo establecido en este artículo, hay pleno acuerdo en la doctrina acerca del hecho de que las obligaciones alimenticias convencionales, es decir, las que tienen su origen en un acuerdo de los particulares y no en la ley, constituyen una categoría distinta de los alimentos, con los que presentan diferencias tan importantes que no es posible someterlas a la misma disciplina jurídica³⁷⁷. Su diferente origen, legal en un caso y negocial en otro, genera entre ambas tan sustanciales diferencias que nunca son objeto de un tratamiento conjunto por parte de la doctrina, la cual distingue siempre entre los alimentos -obligación legal regulada en los arts. 142 a 152 Cc- y los alimentos convencionales -obligación de origen negocial sometida al principio de autonomía de la voluntad-. Lo que ambas tienen en común, pensamos, es la finalidad de la prestación, que está destinada a satisfacer las necesidades vitales del acreedor. Pero ello no quiere decir, en el caso de las obligaciones convencionales, que el acreedor se encuentre en una situación de insuficiencia patrimonial, lo que únicamente constituye presupuesto necesario de la obligación legal. Consecuentemente, no sería correcto afirmar que los alimentos convencionales, al igual que los legales, tratan de asegurar la subsistencia del acreedor³⁷⁸, aunque, evidentemente, pueden darse casos en los que sea así.

La idea según la cual los alimentos convencionales no quedan sin más sometidos al régimen de los alimentos, ni siquiera en defecto de pacto, a pesar de lo preceptuado en el art. 153 Cc, tuvo hace algunos años consagración legal en la regulación del

³⁷⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ defiende su aplicación en Derecho español, por considerarla una solución razonable (*La obligación...*, pág. 584).

³⁷⁷ ORTEGA LORCA, *Código...*, págs. 480 y 487; DELGADO ECHEVERRÍA, “Comentario...”, pág. 543; BELTRÁN DE HEREDIA, “Comentario...”, pág. 54; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, pág. 36.

³⁷⁸ En contra, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, la cual, pese a entender que los alimentos convencionales y los legales tienen una misma finalidad asistencial, en el sentido de que tratan de asegurar la subsistencia del acreedor y tienen en común el interés por su vida, niega que sea posible reunirlos en una misma categoría, “porque su diverso origen ejerce una permanente influencia en el régimen jurídico de esta obligaciones que hace inviable una posible unificación” (*La obligación...*, pág. 37).

llamado contrato de alimentos³⁷⁹, introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, y regulado en los arts. 1791 a 1797 Cc. En efecto, el art. 1793 Cc aclara que la extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado, ni de las del caudal de quien los recibe. Y el art. 1794 Cc dispone que la obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el art. 152, salvo la prevista en su apartado primero, es decir, la muerte del alimentista.

Así pues, está claro que la aplicación de las normas contenidas en los arts. 143 a 152 Cc, ordenada por el art. 153, se ha convertido en buena medida en papel mojado en lo que se refiere a las obligaciones convencionales de alimentos.

Las cosas no son muy distintas en el caso de los alimentos derivados de testamento, que si bien coinciden con los alimentos legales en la finalidad, poseen un régimen jurídico esencialmente distinto, marcado por las importantes diferencias que derivan del hecho de que en un caso la fuente de la obligación es la ley y en otra la voluntad del testador. Es cierto, desde luego, que el propio art. 153 Cc antepone la voluntad del testador y también la disciplina específica del legado de alimentos a las normas sobre la obligación legal de alimentos entre parientes, cuya aplicación sólo está prevista con carácter subsidiario. Lo que ocurre es que ni siquiera esta aplicación subsidiaria resulta siempre posible, pues, como han puesto de relieve los estudiosos del tema, son muchas las ocasiones en que la distinta naturaleza de ambas obligaciones hace imposible extender algunas de las disposiciones de los alimentos entre parientes a los debidos entre gravado y legatario³⁸⁰.

Como consecuencia de todo lo anteriormente dicho, el papel que el régimen jurídico de la obligación legal de alimentos desempeña en la regulación de las obligaciones alimenticias de origen convencional, es en España el mismo que en Italia: incierto.

El Código italiano no contiene un precepto paralelo al art. 153 Cc, si bien la doctrina se ha venido planteando tradicionalmente el problema de si es aplicable a las obligaciones alimenticias negociales el régimen de los alimentos. La idea central que los autores manifiestan a propósito de esta cuestión es que las obligaciones alimenticias que en vez de tener su origen en la ley lo tienen en un negocio jurídico (contrato o testamento) no quedan sujetas a las disposiciones sobre alimentos legales, debido a su distinta naturaleza y diversidad de *ratio*³⁸¹. Pero enseguida se matiza esta conclusión³⁸².

Ahora bien, el debate de la doctrina italiana es de escaso interés a los fines perseguidos en este trabajo, puesto que se ha centrado en la aplicabilidad a los alimentos de origen negocial del régimen jurídico de los alimentos de origen legal, y no es ésta propiamente la cuestión que aquí interesa, lo que no quiere decir que las reflexiones de

³⁷⁹ La propia ley lo define como aquel por el cual una de las partes “se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos” (art. 1791 Cc).

³⁸⁰ Vid. SERRANO GARCÍA, *Los legados...*, págs. 195-223.

³⁸¹ SALA, “Gli alimenti...”, pág. 601, con abundante cita de autores; ROLANDO, *Alimenti ...*, pág. 23; GALLETTA, “Gli alimenti...”, págs. 958-959.

³⁸² Sólo a modo de ejemplo, recogemos algunas opiniones. Para GALLETTA, habida cuenta de que su objeto es procurar al acreedor los medios materiales para la vida, se le aplica la regla de la incompensabilidad y la de impignorabilidad del crédito, respectivamente establecidas en los arts. 1246 *Codice* y 545 *Codice di Procedura Civile* (“Gli alimenti...”, págs. 958 y 959); Para VILLANI no les es aplicable lo relativo a la cuantía de la deuda o a su modificación, ni tampoco la regla de la intransmisibilidad, que posee carácter excepcional (“Commento...”, pág. 520). Para MORELLI, Mauro, la aplicación por vía analógica de la disciplina legal de los alimentos debe ser objeto de valoración caso por caso, si bien está excluida en todo caso en relación a la prohibición de cesión y compensación (“Gli alimenti...”, pág. 725).

la doctrina al respecto sean del todo inútiles. Lo que aquí se trata de dilucidar es si otras obligaciones legales que coinciden con los alimentos en la finalidad de la prestación, pueden o deben quedar sometidas, en todo o en parte, a la disciplina de los alimentos.

En lo que se refiere al Derecho español la respuesta en principio debería ser positiva, si se tiene en cuenta que el art. 153 ordena la aplicación de las disposiciones precedentes (arts. 142 a 152) “a los demás casos en que por este Código [...] se tenga derecho a alimentos, salvo [...] lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate”.

La norma no puede, sin embargo, considerarse decisiva. Por varias razones, pero, sobre todo, porque no está nada claro a qué obligaciones *alimenticias* legales se está refiriendo. Nos enfrentamos a un problema otras veces detectado, el del significado amplio y poco preciso del término “alimentos” en el Código español. En cualquier caso, lo que es seguro, teniendo en cuenta el momento en el que se redacta la norma, es que el legislador, al ordenar la aplicación de los arts. 142 a 152 Cc al resto de las obligaciones legales de alimentos estaba pensando en casos de “alimentos” establecidos fuera del capítulo VI del libro Primero del Código, probablemente, en los antiguos arts. 845, 1379, 1430 y 1434, el primero referente a los hijos ilegítimos y los restantes a los cónyuges³⁸³, pero en ningún caso en la pensión compensatoria, figura entonces inexistente.

Por lo tanto, la cuestión planteada está por dilucidar. Pero no admite, entendemos, una respuesta en bloque. Determinar si las normas del Código dictadas para la obligación de alimentos son o no aplicables a otras obligaciones legales de mantenimiento, es algo que debe hacerse caso por caso. El camino no es otro que el de comprobar si se dan o no los presupuestos de la analogía *legis* o de la analogía *iuris*.

³⁸³ ORTEGA LORCA, *Código...*, pág. 486.

CAPÍTULO III: EL DERECHO DE MANTENIMIENTO

I- INTRODUCCIÓN

Hablamos de derecho de mantenimiento para referirnos a un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial y origen legal cuya finalidad es procurar a su titular los medios materiales necesarios para vivir, y que posee un régimen jurídico propio, distinto del de los alimentos.

El Código civil italiano parte de una nítida distinción entre los alimentos y el derecho de mantenimiento. Tal y como ha quedado expuesto en el capítulo anterior, la autonomía científica del derecho de los alimentos parece perfilarse definitivamente con ocasión de la publicación del *Codice* vigente³⁸⁴, momento en el que el legislador decide incluir en su texto un título específico para los alimentos, recogiendo en cambio el deber de asistencia entre esposos y el deber de los padres de mantener a los hijos dentro de la normativa dedicada, respectivamente, a la relación matrimonial y a la relación paterno-filial³⁸⁵. Puede considerarse que con la publicación del Código de 1942 alcanza consagración legislativa la idea según la cual el deber de mantenimiento es distinto del de alimentos, quedando muy claro que la obligación de asistencia material entre cónyuges, o la de los padres respecto de los hijos menores, no tiene los rasgos de la obligación alimenticia³⁸⁶. La doctrina considera que las posteriores reformas legislativas mantienen esta diferencia³⁸⁷.

El Código civil español, más antiguo, adoptó una sistemática diversa, que luego, con el paso del tiempo, se ha revelado poco adecuada. Incluyó dentro del capítulo dedicado a los alimentos, no sólo el deber de auxiliar económicamente a los parientes en estado de necesidad (esto es, los alimentos propiamente dichos), sino también los deberes de asistencia económica derivados del matrimonio y de la paternidad³⁸⁸. Pese a

³⁸⁴ Aunque según algunos autores, como VICENZI AMATO (*Gli alimenti...*, pág. 27), la había ya contemplado el legislador decimonónico.

³⁸⁵ Este era, de hecho, el lugar en el que aparecían recogidos en el Código anterior. El art. 132 del Código italiano de 1865 declaraba que el marido estaba obligado a suministrar a la mujer todo lo necesario para vivir, en proporción a sus medios, mientras que a la mujer sólo le imponía el deber de contribuir al mantenimiento del marido en el caso de que éste no tuviere medios suficientes. Por su parte, el deber de los padres de mantener a los hijos, aparecía consagrado, en el ámbito de la familia legítima, en el art. 138, que imponía a los padres la obligación de mantener, educar e instruir a la prole, en proporción a sus medios respectivos.

³⁸⁶ En el sentido del texto, entre otros muchos, DEGNI, *Il Diritto ...*, pág. 476.

³⁸⁷ Esta es en particular la opinión de DELL'ORO a propósito de la reforma del art. 156 por la ley de 1975, (*Commentario...*, pág. 33).

³⁸⁸ En contra, MORENO MOZO, quien afirma que “Nuestro Código, superando la tradicional confusión en la materia e influido por los estudios de la doctrina francesa, deslindó y colocó en sendos títulos del Libro I la obligación recíproca de alimentos entre ascendientes y descendientes (dentro del Tít. VI, arts. 142 ss.: *De los alimentos entre parientes*) y el deber de los padres de asistir a los hijos no emancipados (contemplado en el art. 155, integrado en el Capítulo II del Título VII: *De la patria potestad*)”, aunque luego aclare que la distinción no era aplicable respecto de los hijos ilegítimos no naturales, a los cuales se reconoció exclusivamente una recíproca obligación de alimentos (*Cargas...*, págs. 23 y 24). En cambio para nosotros es claro que, independientemente de lo que ocurriera en el pasado, el Código civil español incluye hoy dentro de la regulación de la obligación de alimentos entre parientes, la obligación de los padres respecto de los hijos menores de edad, como claramente resulta del art. 145 *in fine*, que considera como alimentista al hijo sujeto a la patria potestad, sin perjuicio de que también mencionen este deber de los padres de “alimentar” a los hijos menores de edad, aunque sin regularlo, diversos artículos que forman parte del Título VII del Libro I del Cc dedicado a las relaciones paterno-filiales (caso de los arts. 110, 111 y 154).

todo, en los últimos años doctrina y jurisprudencia advierten de que se trata de figuras distintas. Pero es un punto de vista que no ha tenido por el momento reflejo en el Derecho positivo, lo que origina no pocas confusiones, ya puestas de relieve en páginas anteriores. No cabe duda de que urge poner remedio a este estado de cosas, lo que exige una intervención legislativa en este sentido, a cuyo fin constituye una ayuda inestimable la construcción del ordenamiento italiano.

Afrontamos en este capítulo el estudio de una obligación patrimonial, el derecho de mantenimiento, que en el Derecho español no suele abordarse como un supuesto distinto de los alimentos, y cuyo régimen jurídico es en gran parte fruto de una elaboración doctrinal, al ser bastante parca la normativa que se ocupa de él. Frente a lo que ocurre con los alimentos, a los que el legislador dedica una normativa específica, perfectamente acotada y que goza de una indiscutible autonomía, en el caso del derecho de mantenimiento las respuestas a preguntas tales como los presupuestos, las modalidades de cumplimiento, las causas de extinción, y muchas otras, no se encontrarán directamente en la ley la mayor parte de las veces. Pese a ello, y en contra de lo que sería lógico suponer, hay bastante acuerdo acerca de la mayor parte de los aspectos del régimen jurídico del derecho de mantenimiento.

II- SUPUESTOS

A lo largo del articulado del *Codice* encontramos los siguientes supuestos de derecho de mantenimiento:

En primer lugar, un deber de mantenimiento de los padres respecto de los hijos, que aparece recogido, fundamentalmente, en el art. 147, en el cual se establece que el matrimonio impone a ambos cónyuges la obligación de mantener, instruir y educar a la prole, teniendo en cuenta las capacidades, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los hijos³⁸⁹.

En segundo lugar, un deber de mantenimiento entre cónyuges separados sin *addebito*. Aparece éste consagrado en el párrafo 1º del art. 156 *Codice*, a cuyo tenor el juez, al pronunciar la separación, establecerá a favor del cónyuge al que no le sea imputable la separación, el derecho de recibir del otro cónyuge cuanto sea necesario a su mantenimiento, cuando no tenga medios propios adecuados.

En tercer lugar, un derecho de mantenimiento a favor de quien trabaja en la empresa familiar. El art. 230 *bis Codice* reconoce al familiar que presta de modo continuado su actividad de trabajo en la familia o en la empresa familiar, y siempre que no se haya establecido una situación jurídica distinta, un derecho al mantenimiento, adecuado a las condiciones económicas de la familia.

A los anteriores casos -que son los establecidos por el legislador de modo directo, empleando precisamente el término “mantenimiento”, y no otro- hay que añadir el deber de mantenimiento entre cónyuges en situaciones de convivencia matrimonial, que la doctrina deduce del deber de asistencia material que a los cónyuges impone el art. 143, 2º *Codice*.

Un sector de la doctrina española, por su parte, habla de derecho de mantenimiento³⁹⁰ o de “alimentos institucionales”³⁹¹ para aludir a dos relaciones obligatorias distintas: al deber de asistencia económica de los padres respecto de sus

³⁸⁹ Este artículo se completa con lo previsto en los arts. 261, 277, 279 y 184 *Codice*.

³⁹⁰ Terminología adoptada por autores como RAMS ALBESA, *Elementos...*, t. IV..., pág. 38, ó DELGADO ECHEVERRÍA, “Comentario...”, pág. 22.

³⁹¹ La terminología la utiliza sobre todo la doctrina catalana (CASANOVAS I MUSSONS, “A propòsit...”, págs. 9 a 40).

hijos menores de edad y al deber de asistencia material entre cónyuges. El deber de mantenimiento de los hijos está recogido de modo expreso, aunque no con esta denominación, en el art. 154 Cc, que entre los deberes y facultades que integran la patria potestad, menciona el de “velar [por los hijos], tenerlos en su compañía, *alimentarlos*, educarlos y procurarles una formación integral”. El precepto debe ser completado con otras normas, en concreto con el art. 110 -que impone a los padres, incluso privados de la patria potestad, el deber de velar por los hijos menores y *prestarles alimentos*-, y con el art. 111 -que declara que subsisten ambos deberes en los casos de exclusión de la patria potestad-. La sede normativa del deber de mantenimiento entre cónyuges son los arts. 67 y 68 Cc, que mencionan entre los deberes conyugales, respectivamente, el de “ayudarse mutuamente” y el de “socorrerse mutuamente”, un deber que aunque no se diga expresamente, se entiende que comprende una doble faceta, espiritual y material.

III- EL DEBER DE MANTENIMIENTO DE LOS PADRES

1- El deber de mantenimiento de los padres como exigencia constitucional

El deber de mantener a los hijos está establecido a nivel constitucional. En Italia, el art. 30 de la Constitución dice que es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos incluso nacidos fuera del matrimonio, y la Constitución española en su art. 39 dispone que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. En ambos textos se impone a los padres, entre otras cosas, un deber de contenido económico respecto de los hijos, y se subraya de modo expreso que ese derecho a recibir de los padres la atención necesaria para vivir y desarrollarse como personas (al que el texto italiano llama “mantenimiento” y que en el texto español se entiende comprendido dentro de la expresión “asistencia de todo orden”) corresponde a toda clase de hijos, a los matrimoniales y a los no matrimoniales. El texto español aclara, además, que el deber de asistencia de los padres no termina necesariamente con la mayoría de edad, dejando en manos del legislador ordinario la decisión de los supuestos y circunstancias en los que persiste más allá de ésta. El texto italiano, por el contrario, omite toda referencia a la cuestión de la edad, de donde parece colegirse que el derecho al mantenimiento como tal lo ostentan únicamente los menores de edad, una conclusión que vendría avalada por el hecho de que en el art. 30 CI el deber de mantener a los hijos aparezca estrechamente ligado a los de educarlos e instruirlos, que se consideran referidos sólo a los menores; pero ello no es obstáculo para defender la misma conclusión que en Derecho español, esto es, que corresponde a las leyes decidir cuándo se extingue ese deber de los progenitores, el cual, eso sí, por imperativo del propio texto constitucional y según resulta del principio de protección del menor, nunca puede ser excluido ni limitado en referencia a los menores.

De otro lado, en el plano constitucional no se precisa, como es lógico, cuáles son los instrumentos concretos a través de los cuales puede o debe hacerse efectivo el derecho de los hijos. Esto es algo que queda igualmente en manos del legislador ordinario, el único al que corresponde establecer el alcance de la obligación de los padres, la forma o formas de hacerla efectiva, las causas de extinción y en su caso exoneración del deber y cualesquiera otros aspectos, aunque, por supuesto, dentro del respeto a los principios constitucionales. Así, el principio de igualdad impide introducir diferencias de trato entre unos hijos y otros, y el principio de protección del menor y la

responsabilidad por el hecho de la generación impide la exoneración del deber de los padres durante este periodo³⁹².

2- El cumplimiento del mandato constitucional por el legislador ordinario

Con anterioridad a la publicación de la Constitución italiana, el derecho de mantenimiento se establecía sólo a favor de los hijos legítimos (art. 147 *Codice*, en su redacción originaria). Los hijos naturales no reconocidos o no reconocibles únicamente tenían derecho, cualquiera que fuese su edad, a una pensión alimenticia en ciertos casos³⁹³. A fin de adaptar la normativa al principio de igualdad consagrado en el texto constitucional, se publica la Ley de 19 de mayo de 1975, n. 51, que da nueva redacción, entre otros, al art. 279 *Codice*, que reconoce al hijo natural, en los casos en los que no pueda proponerse acción de declaración de la paternidad o maternidad, acción para obtener “el mantenimiento, la educación y la instrucción” (párrafo 1º).

El texto del art. 279 *Codice*, tal y como fue redactado en la reforma del 75, evitó hacer referencia, como hacia la antigua norma, a un sistema pre-constituido de pruebas legales para demostrar la existencia del vínculo de filiación. Según la nueva normativa, la declaración de paternidad o maternidad puede solicitarse judicialmente, a condición de que sea admitido el reconocimiento (art. 269). Y el reconocimiento se admite siempre, salvo en los casos de filiación incestuosa (art. 251) o cuando contradiga el estado de hijo legítimo o legitimado en la que se encuentre³⁹⁴. Pero incluso estos hijos llamados incestuosos tienen frente a los progenitores biológicos una acción para exigir el mantenimiento (art. 279).

En otro orden de cosas, el art. 147 *Codice*, que es el precepto central relativo al deber de los padres de mantener a los hijos, introdujo una referencia, antes inexistente, a la capacidad, a las inclinaciones naturales y a las aspiraciones de los hijos, como criterios que deben inspirar la tarea de los padres de mantener, instruir y educar a la prole.

Así pues, actualmente, en lo que concierne al derecho del hijo a ser mantenido por sus padres, la ley ordinaria aparece totalmente adecuada a los dictados constitucionales, sin que a tales efectos posea relevancia alguna que la filiación sea legítima o natural. Es verdad que la técnica legislativa empleada “despista” un poco, por cuanto que el *Codice* contiene una disciplina base, referida a los hijos de las personas casadas, que luego se extiende, mediante la técnica del renvío, a los hijos naturales reconocidos (art. 261), regulándose aparte, en el art. 279, el mantenimiento de los hijos no reconocibles. Sin embargo, como observa PATRONE, esto no es sino una consecuencia de la estructura del Código del 42, que ha condicionado la sistemática³⁹⁵.

En efecto, el deber de los padres de mantener a los hijos se encuentra establecido en los arts. 147, 261, 277, 279 y 184 *Codice*.

El precepto central relativo al deber de mantenimiento de los padres es el art. 147 *Codice*, según el cual el matrimonio impone a ambos cónyuges la obligación de mantener, instruir y educar a la prole, en atención a las capacidades, inclinaciones

³⁹² Afirma en este sentido BESSONE que el párrafo 1º del art. 30 CI. excluye cualquier posibilidad de exoneración de los padres de su responsabilidad frente a los hijos, y cualquier discriminación entre los menores en función de su *status filiationis* (“Rapporti...”, pág. 93).

³⁹³ Si la paternidad o la maternidad resultaba indirectamente de sentencia civil o penal, si derivaban de un matrimonio nulo, o si resultaba de una no equívoca declaración de los padres.

³⁹⁴ DELL'ORO, *Commentario* ..., pág. 32.

³⁹⁵ “Obbligo...”, pág. 68.

naturales y aspiraciones de los hijos. El deber de mantenimiento aparece aquí como un deber derivado del matrimonio, lo que hoy resulta claramente incorrecto³⁹⁶. La aplicación de la norma a los hijos extramatrimoniales, que constituye una exigencia constitucional, resulta de lo establecido en el art. 261 *Codice*, conforme al cual el reconocimiento comporta para su autor la asunción de todos los deberes y derechos que corresponden a los padres frente a los hijos legítimos, y en el art. 277 *Codice*, según el cual la sentencia que declara la filiación natural produce los efectos del reconocimiento. Pero además debe tenerse en cuenta el art. 279 *Codice*, que reconoce al hijo natural no reconocible el derecho a obtener el mantenimiento, la educación y la instrucción. Finalmente, se debe acudir, para el caso de los padres adoptivos, a la ley de 4 de mayo de 1983, n. 184³⁹⁷.

Lo inadecuado de la sistemática del Código italiano en este punto, que se debe a razones históricas, salta a la vista: se utilizan cuatro preceptos distintos, unos incluidos en sede de matrimonio y otros en sede de filiación, para establecer una norma tan simple como la de que los padres están obligados a mantener a los hijos.

El deber de mantener a los hijos, que posee naturaleza patrimonial, aparece estrechamente ligado en la ley a otros deberes paterno-filiales de signo diverso, el de educar e instruir a los hijos. Los padres no están obligados únicamente a soportar la carga económica que comporta la satisfacción de las exigencias de los hijos, sino que deben también participar personalmente en su formación. No obstante, y en la medida de lo posible, aquí nos ocupamos exclusivamente de la dimensión económica del deber, esto es, del mantenimiento³⁹⁸.

También el Código civil español tuvo que incorporar el principio de igualdad de los hijos establecido en la Constitución, pero lo hizo con una sistemática que, aunque adolece de deficiencias, es más adecuada, sobre todo porque el deber de los padres de “alimentar” a los hijos menores (es ésta la terminología que se utiliza) no se incluye entre los deberes conyugales, sino en los títulos dedicados a la filiación (el Título V del Libro I) y a las relaciones paterno-filiales (Título VII del mismo Libro), lo que fue posible porque se redactaron de nuevo íntegramente en el año 81.

3- El fundamento y la finalidad del deber de mantenimiento

Los textos constitucionales nos proporcionan una pista decisiva para clarificar el fundamento del deber de mantenimiento de los hijos. El hecho de que este deber se haga recaer sobre los padres respecto de todos los hijos, permite afirmar que su fundamento no es otro que el mismo hecho de la generación³⁹⁹. Como dice ROSSI, en referencia al

³⁹⁶ Como dice D'ANTONIO, la sistemática del legislador no debe producir ningún efecto interpretativo, desde el momento en que las prerrogativas típicas de la patria potestad no encuentran su razón de ser en el matrimonio, sino en la relación de filiación (“La potestà...”, págs. 505 y 506).

³⁹⁷ La ley contempla dos modalidades o tipos de adopción. De un lado está la llamada adopción legitimante o plena, regulada en los arts. 6 a 28, de los que aquí interesa en particular el art. 27, que declara entre otras cosas que por efecto de la adopción el adoptado adquiere el estado de hijo legítimo de los adoptantes y que con la adopción cesan las relaciones del adoptado y la familia de origen, aunque deja a salvo los impedimentos matrimoniales. De otro lado está la adopción no legitimante, cuya característica es que, no obstante establecer una relación de filiación entre adoptante y adoptado, deja subsistente la relación existente entre el adoptado y el progenitor biológico. El art. 48 impone al adoptante, de modo explícito, el deber de mantener al adoptado, instruirlo y educarlo conforme a lo previsto en el art. 147 *Codice*.

³⁹⁸ Como observa VERCELLONE, el mantenimiento es un deber de contenido estrictamente patrimonial (“I rapporti...”, pág. 952).

³⁹⁹ ANGELOZZI, “Sull'estinzione...”, pág. 38; RUSCELLO, *Lineamenti...*, pág. 32; CASSANO, siguiendo a AZZARITI, “Cenni...”, pág. 17; VILLA, “Potestà...”, pág. 317; ANCESCHI, *Rapporti...*,

art. 30 CI, el hecho de que se especifique que el derecho de mantenimiento corresponde también a los hijos nacidos fuera del matrimonio, pone de relieve que el derecho se atribuye a los hijos en cuanto tales, por el hecho mismo de la procreación; en este sentido se habla de “responsabilidad por la procreación”⁴⁰⁰.

Es claro que la generación y ninguna otra consideración es la causa última por la que los padres, más allá de su voluntad, pueden ser obligados a mantener a sus hijos, en principio y como mínimo durante la minoría de edad de éstos. Por esa razón, no hacen sino oscurecer el tema del fundamento del deber de mantenimiento de los padres, las referencias, todavía frecuentes, que los autores hacen a la idea de solidaridad⁴⁰¹. Lo que con ello se quiere expresar, con toda probabilidad, es que los padres tienen un deber ético, y no sólo jurídico, de mantener a sus hijos. Pese a ser ello cierto, resulta preferible dejar de lado la idea de solidaridad como fundamento del mantenimiento, porque puede inducir a confusión. En concreto, porque podría pensarse que ese deber ético de los padres no existe en determinadas circunstancias. Es mucho más correcto, y más clarificador, situar en la generación el fundamento del mantenimiento, porque de esta forma se evita cualquier tipo de disquisición acerca de su exclusión en determinados casos.

El deber de mantenimiento es contenido de la relación paterno-filial. Es sabido que ésta descansa, bien un dato biológico, bien un acto de naturaleza negocial (caso de la adopción). Tanto si se trata de filiación biológica como de filiación adoptiva, el contenido de la relación comprende el deber de mantenimiento a cargo de los padres. Los padres adoptivos están obligados a mantener a sus hijos, según se deduce con toda claridad del art. 108, 2º Cc y 27, 3º y 48, 2º de la Ley italiana reguladora de la adopción⁴⁰².

El deber de mantener a los hijos posee como fin inmediato la atención de las necesidades materiales y espirituales, entendidas en un sentido amplio y acorde a la realidad social actual y a los principios constitucionales. Y posee como fin último procurar el adecuado desarrollo de la personalidad del hijo.

El mantenimiento es un derecho que ostentan los menores de edad frente a sus padres y que aparece ligado en la ley al derecho-deber de éstos a la educación e instrucción, de donde se deduce que el mantenimiento no es sino el instrumento económico mediante el cual la educación y, más en general, el desarrollo de la personalidad del hijo, resultan posibles⁴⁰³. El menor tiene derecho a recibir la enseñanza necesaria para alcanzar madurez social, y a obtener aquella preparación cultural que sea conforme a su elección y capacidades (derecho a la instrucción y a la educación) y a la prestación de los medios económicos necesarios para ello (derecho al mantenimiento)⁴⁰⁴.

pág. 56; MORELLI, Mauro, “Gli alimenti...”, pág. 707; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación ...*, pág. 48; RIBOT IGUALADA, “El fundamento...”, pág. 749; MORENO MOZO, *Cargas...*, pág. 31.

⁴⁰⁰ ROSSI, Rita, *Il mantenimento...*, pág. 8.

⁴⁰¹ Entre otros muchos, BESSONE, *La famiglia ...*, pág. 81; MORELLI, Mauro, “Gli alimenti...”, pág. 698; TERRANOVA, *Contributo...*, pág. 57.

⁴⁰² Un particular problema se suscita en los casos excepcionales en los que la adopción no extinga la relación del adoptado con su familia biológica. Nos ocupamos de ello en el apartado dedicado a los sujetos de la relación de mantenimiento.

⁴⁰³ Afirma en parecido sentido ROSSI, Rita, que el mantenimiento posee un valor instrumental del derecho-deber de educación e instrucción, dirigido a formar un individuo con autonomía económica e insertarse de modo adecuado en la sociedad (*Il mantenimento...*, pág. 103). También alude al carácter instrumental del mantenimiento, ANCeschi, *Rapporti...*, pág. 39.

⁴⁰⁴ BIANCA, *Diritto...*, pág. 319.

También es un dato relevante, al objeto de precisar cuál es la finalidad del derecho de mantenimiento, la referencia que el art. 147 *Codice* hace a “la capacidad, las inclinaciones naturales y a las aspiraciones de los hijos” como criterios a los que los padres deben atenerse en el ejercicio de sus deberes de instrucción, educación y mantenimiento. Esta referencia representa una garantía de la incidencia en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, de los principios recogidos en los arts. 2 y 3 CI: el menor, como cualquier otro individuo de la colectividad y del grupo familiar, debe ser tutelado en su propia dignidad y en el armónico desarrollo de su personalidad⁴⁰⁵.

En definitiva, el deber de mantener a los hijos, que como el resto de las obligaciones de mantenimiento, persigue proporcionar al acreedor medios materiales de vida, presenta una nota específica que tiene muy presente el legislador y que va a tener una gran importancia en la configuración del derecho, cual es que su finalidad es la plena realización del menor.

4- Los sujetos

4.1. Los titulares del derecho de mantenimiento

Los titulares del derecho de mantenimiento son los hijos, independientemente de cuál sea el tipo de filiación (art. 30, 1º CI. y 29.3 CE.).

En el Derecho español hablar de “hijos” (o de “padres”) supone aludir a una determinada posición jurídica, que no necesariamente tiene una base biológica, y que se establece por cualquiera de los modos legalmente previstos. Todo aquél que ostente la condición de hijo de otro tiene frente al progenitor durante la minoría de edad⁴⁰⁶ y en tanto que la relación paterno-filial esté vigente, un derecho de mantenimiento. El derecho de mantenimiento es un derecho exclusivo de los hijos, entendido el término en sentido jurídico; de tal manera que carecen de legitimación para ejercerlo frente a sus progenitores los hijos biológicos, cuya filiación no esté legalmente determinada, los cuales deberán previamente, en su caso, ejercitar una acción judicial dirigida al establecimiento de la filiación.

El planteamiento del Derecho italiano es algo distinto, en cuanto que son titulares del derecho de mantenimiento frente a sus progenitores, además de los hijos (en el sentido jurídico del término) -que pueden ser legítimos, naturales o adoptivos-, los llamados hijos naturales no reconocibles. Los hijos naturales no reconocibles son los nacidos de personas entre las cuales existe un vínculo de parentesco, aunque sea únicamente natural, en línea recta hasta el infinito o en línea colateral en el segundo grado, o bien un vínculo de afinidad en línea recta. Estos hijos no pueden ser reconocidos por sus progenitores, salvo que éstos ignorasen, al tiempo de la concepción, el vínculo existente entre ellos, o salvo que haya sido declarado nulo el matrimonio del que deriva la afinidad. En el caso en que sólo uno de los progenitores sea de buena fe, el reconocimiento puede hacerse sólo por éste (art. 251 *Codice*).

Hasta hace muy poco la filiación de estos hijos denominados incestuosos no sólo no podía determinarse por el reconocimiento de los progenitores (salvo que fuesen de buena fe), sino que, además, tampoco podía establecerse judicialmente. El art. 278, 1º *Codice* excluía (excluye, de hecho), la indagación de la paternidad o de la maternidad en los casos en los que, de conformidad con lo establecido en el art. 251, el reconocimiento

⁴⁰⁵ D'ANTONIO, “La potestà...”, pág. 506.

⁴⁰⁶ Reservamos para un momento posterior el análisis de la cuestión de si el derecho de mantenimiento subsiste o no tras alcanzarse la mayoría de edad. Nos ocupamos de él en el apartado dedicado a la extinción del derecho de mantenimiento.

está prohibido. Consecuencia de ello es que los hijos incestuosos resultaban privados de la posibilidad de asumir un *status filiationis*. Sin embargo, no se les priva absolutamente de tutela, puesto que se les reconoce una acción respecto de sus padres biológicos, para obtener el mantenimiento, instrucción y educación y, si son mayores de edad y están en situación de necesidad, los alimentos (art. 279 *Codice*).

La *Corte Costituzionale* ha declarado la ilegitimidad constitucional del mencionado art. 278 *Codice*, que excluye la indagación de la paternidad o maternidad de los hijos incestuosos⁴⁰⁷. Consecuencia de ello es que estos hijos pueden ahora acceder al *status filiationis* por vía judicial, con lo que hay que entender que ha perdido relevancia la tutela residual que otorgaba el art. 279 *Codice*, al reconocerles acción para reclamar el mantenimiento o los alimentos, según los casos. Por otro lado, debido a que no se ha producido por el momento una intervención legislativa, se ha originado una desarmonía notoria entre el art. 251 *Codice* -que continúa prohibiendo a los padres el reconocimiento- y la posibilidad, ahora admitida, de que el estado de filiación sea establecido judicialmente⁴⁰⁸. Al margen de ello, es claro que se ha dado un importante paso y creado un nuevo estado de cosas que sin embargo no nos permite afirmar que ahora también en el Derecho italiano el mantenimiento sea un derecho exclusivo de quienes ostentan el *status filiationis*. La subsistencia de la posibilidad reconocida en el art. 279 *Codice* de que quien no siendo legalmente hijo reclame el mantenimiento nos impide hacerlo⁴⁰⁹.

4.2. Los obligados

Son los padres los sujetos pasivos del derecho de mantenimiento. Si la filiación está determinada respecto de los dos progenitores, estarán obligados ambos. La propia ley contiene un criterio de distribución del deber entre los padres. Dice el art. 148 *Codice* que *los cónyuges* deben cumplir la obligación de mantener, educar e instruir a los hijos, en proporción a sus medios respectivos y a su capacidad de trabajo, profesional o doméstico. Es obvio que aunque la norma está referida específicamente a los padres que están casados entre sí y pensada para el caso en que todos, padres e hijo, convivan, debe extenderse su aplicación también a los casos de no convivencia de los progenitores⁴¹⁰. Así resulta en efecto de lo preceptuado en el art. 155 *Codice*, que tras señalar en su segundo párrafo que en los casos de separación de los padres, el juez debe fijar, entre otras cosas, “la medida y el modo en que cada uno de ellos debe contribuir al mantenimiento, al cuidado, a la instrucción y educación de los hijos”, dispone en el párrafo cuarto que salvo acuerdo distinto de las partes, cada uno de los padres contribuirá al mantenimiento de los hijos en medida proporcional a sus rentas. La norma, cuya redacción actual procede de la reforma llevada a cabo por la Ley 54/2006, aparte de confirmar, para el caso de no convivencia de los padres, el criterio de la proporcionalidad a los recursos de los obligados, reconoce muy claramente la posibilidad de que los propios padres adopten un distinto criterio de distribución, cuya

⁴⁰⁷ *Corte Costituzionale*, 28 noviembre 2002, n. 494. El Tribunal entendió que negar a los hijos incestuosos la posibilidad de que una sentencia judicial declare su filiación supone una discriminación que entraña la violación de numerosos preceptos constitucionales, como el principio de igualdad del art. 2 y el de responsabilidad por la procreación, sancionado en el art. 30.

⁴⁰⁸ ROSSI, Rita, *Il mantenimento...*, págs. 62 y 63.

⁴⁰⁹ Como dice ANCeschi, cuando la relación de filiación no esté constituida, el hijo tiene dos posibilidades para obtener el mantenimiento del padre biológico: una, ejercitar una acción judicial para obtener la declaración de filiación (art. 269 *Codice*), otra, usar la vía del art. 279 *Codice* (*Rapporti...*, pág. 956).

⁴¹⁰ SESTA, *Diritto...*, pág. 454.

aceptación definitiva parece que debe corresponder al juez⁴¹¹. El criterio legal de distribución del deber de mantenimiento en proporción a los medios de los padres no posee por lo tanto naturaleza imperativa. La libertad que en este punto se reconoce a los padres es, según DOSI, aplicación de los principios que rigen en materia de participación de los progenitores en las responsabilidades educativas.

También en el Derecho español hay que entender que los padres están obligados al mantenimiento de sus hijos menores en proporción a sus recursos. No parece dudoso que aunque el mantenimiento sea un derecho distinto de los alimentos, les es de aplicación el criterio del art. 145, 1º Cc.

En el supuesto en el que la filiación sólo esté determinada respecto de uno de los progenitores, es claro que el deber de mantenimiento recaerá exclusivamente sobre él. La duda que se plantea es si, determinada posteriormente la filiación respecto del otro progenitor, podrá aquél reclamarle la parte proporcional de las cantidades que él hubiese gastado hasta ese momento por tal concepto. En nuestra opinión la respuesta debe ser negativa, por dos razones. En primer lugar, porque no se puede presumir que el sujeto cuya paternidad ha quedado determinada más tarde conociese que el hijo era suyo, por lo que merece la misma protección que al alimentante proporciona la norma contenida en los arts. 148 Cc y 445 *Codice*, al disponer que el juez no condenará al pago de los alimentos sino desde la fecha de la interposición de la demanda o de la constitución en mora del deudor⁴¹². No quiere decirse que la solución a todos los problemas deba ser la misma para el mantenimiento y para los alimentos, sino que la razón que se tiene en cuenta en tales preceptos para evitar condenas por pensiones atrasadas, que es el desconocimiento de la condición de deudor del obligado, concurre en este caso. Lo coherente, entonces, en el supuesto del mantenimiento, es entender que sólo pueden reclamarse por uno de los progenitores al otro aquellas cantidades que en concepto de mantenimiento de los hijos hayan sido satisfechas por él en solitario desde la fecha en que la paternidad de aquél quedó legalmente determinada. La segunda razón por la que nos parece que se debe negar acción para reclamar las cantidades destinadas al mantenimiento de los hijos antes de la determinación legal de la filiación es que produciría un efecto disuasorio del reconocimiento de hijos.

La STSJ Navarra de 3 de junio de 1998 (RJ 1998/5501), en un caso en el que la madre, actuando en representación de su hija menor, ejercitó una acción de reclamación de filiación extramatrimonial y una acción de reclamación de alimentos, entendió que la fecha a partir de la cual debía el padre demandado satisfacer alimentos a la hija era la fecha de la presentación de la demanda. El Tribunal argumentaba que en lo que se refiere a la fecha desde la que se deben abonar los alimentos, al no existir normas forales, son de aplicación los arts. 112 y 148 Cc. Dispone el primero que “La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario”, y el segundo que “la obligación alimenticia es exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”; lo que viene a significar, dice el Tribunal, una limitación al antes indicado efecto retroactivo. Se añade que la fecha a partir de la cual ha de abonarse la prestación alimenticia no depende de la naturaleza, constitutiva o declarativa de la acción de reclamación de filiación, y que, incluso si la sentencia se entiende que es constitutiva,

⁴¹¹ En este sentido, DOSI, que manifiesta que no resulta admisible que en materia de mantenimiento se adopten acuerdos contrarios al interés de los hijos (*Le nuove ...*, pág. 42).

⁴¹² *Vid.* capítulo II, apartado IX.

ello “no impide en forma alguna que la correspondiente declaración surta sus naturales efectos retroactivos conforme a los citados preceptos legales”.

Distinta es la solución de la jurisprudencia italiana. Los tribunales atribuyen a las sentencias mediante las cuales se establece la filiación, naturaleza declarativa de un estado biológico, y ponen a cargo del progenitor todos los deberes propios de la procreación legítima, comprendiendo el mantenimiento, obligación que según doctrina de la *Corte di Cassazione*, existe desde el nacimiento y no desde la fecha de la correspondiente demanda judicial (Cass. Sez. I, 14 mayo 2003, n. 7386). Lógico corolario de ello es que en las hipótesis en las cuales, en el momento del nacimiento, el hijo sea reconocido por uno sólo de los progenitores, que en consecuencia habrá de atender íntegramente a su mantenimiento, no se extingue la obligación del otro progenitor por el periodo anterior al pronunciamiento judicial de paternidad o maternidad natural (Cass. Sez. I, 28 junio 1994, n. 6217). Es doctrina consolidada en la jurisprudencia italiana que el progenitor cuya paternidad o maternidad venga judicialmente determinada estará obligado a proveer al mantenimiento del hijo incluso durante el periodo previo a la sentencia declarativa de la filiación⁴¹³, una opinión aceptada por algunos⁴¹⁴ pero criticada por otros⁴¹⁵.

Se ha visto cómo junto con el caso más frecuente en que el deber de mantenimiento estará a cargo de ambos progenitores, existe la posibilidad de que esté a cargo de uno sólo, bien por fallecimiento del otro, bien por no constar legalmente la paternidad más que respecto de uno. Además de ello, se debe aludir, en este apartado dedicado a los sujetos obligados al mantenimiento, a la posibilidad de que, además de los padres y simultánea o subsidiariamente a ellos, exista algún otro sujeto obligado, bien de manera permanente, bien temporalmente, al mantenimiento del menor. La duda surge a propósito de un tipo de adopción, la que deja subsistentes los vínculos del adoptado con su familia biológica, y a propósito de la figura del acogimiento. También, en el caso del ordenamiento italiano, por el hecho de que el *Codice*, tras imponer a los padres el deber de mantenimiento, establezca que cuando estos no tengan medios suficientes, los otros ascendientes están obligados a proporcionar a los padres los medios necesarios para que éstos puedan cumplir sus deberes frente a los hijos (art. 148 *Codice*). Nos referimos a continuación, por separado, a los tres supuestos.

-El deber de los padres biológicos de mantener al hijo adoptado

La regla general es que con la adopción se extinguen los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178.1 Cc y 27, 3º de la Ley italiana reguladora de la adopción, ya citada), pero hay casos en los que tales vínculos subsisten (art. 178.2 Cc y 44 de la citada ley), lo que suscita la duda de si junto con el deber de mantenimiento a

⁴¹³ Vid. la abundante cita de jurisprudencia en tal sentido de ROSSI, Rita, *Il mantenimento...*, págs. 291 a 294.

⁴¹⁴ AMADIO, “Obblighi...”, pág. 274.

⁴¹⁵ Así, DOGLIOTTI, que, en contra de la jurisprudencia afirma que el mantenimiento de los hijos naturales nace desde el reconocimiento o desde la demanda de paternidad (“La potestà...”, págs. 186 y 187). Asimismo, ANCESCHI, que encuentra dificultades para aceptar la opinión de la *Corte di Cassazione*, sobre todo porque entiende que la solución es injusta en los casos en los que se ignore la paternidad. Se pregunta por la posible aplicación analógica del art. 445 *Codice* para resolver el problema, pero la descarta con el argumento de que el mantenimiento es un deber constitucional y los alimentos no. También invoca los arts. 261 y 277 *Codice*, los cuales no resuelven propiamente la cuestión, dado que se limitan a declarar que el reconocimiento y la sentencia judicial comportan por parte del padre la asunción de todos los deberes y todos los derechos que le corresponden frente a los hijos legítimos. Para él el argumento decisivo es el art. 30 CI. (*Rapporti...*, págs. 58 a 60).

cargo del adoptante -que está fuera de duda (cfr. art. 108, 2º Cc y art. 48,2º Ley italiana de adopción)- coexiste un deber de mantenimiento a cargo del progenitor biológico.

La respuesta debe ser claramente positiva en el caso en que, estando legalmente determinado uno solo de los progenitores, haya un solo adoptante, supuesto este en el que el art. 178,2, 2º Cc permite que a solicitud del adoptante y del adoptado mayor de 12 años, se mantengan los vínculos jurídicos con el progenitor biológico y con su familia. Piénsese que en este caso el menor tendrá dos progenitores obligados al mantenimiento conforme a las reglas generales, con la única particularidad -jurídicamente irrelevante-, de que uno será progenitor biológico y otro no.

Más dificultades plantea el supuesto contenido en el nº 1º del art. 178 Cc, conforme al cual subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor biológico “cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido”. En este caso, si el consorte (padre biológico) no ha fallecido, y está legalmente determinada la filiación de los dos progenitores⁴¹⁶, al producirse la adopción existirán simultáneamente tres sujetos obligados al mantenimiento del menor: los padres biológicos y el adoptante que sea cónyuge de uno de ellos. Esto es, al menos, lo que se deduce del art. 178 Cc.⁴¹⁷

También es esta la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia italiana, que consideran que es la interpretación conforme con la *ratio* de este tipo de adopción, mediante la que se pretende que la instauración de una nueva relación de filiación no determine la ruptura del vínculo existente con el otro progenitor biológico y con sus parientes, con los que el adoptado mantiene lazos significativos. Es por ello por lo que la ley establece que el adoptado conservará, en los casos particulares enumerados en el art. 44⁴¹⁸, los derechos (se entiende que patrimoniales⁴¹⁹ y, en especial sucesorios) frente al progenitor biológico. La conclusión que de todo ello se extrae es que, siendo el derecho de mantenimiento un derecho de naturaleza patrimonial, en el caso de la adopción no legitimante, se conserva frente al progenitor biológico, originándose una situación cuanto menos curiosa: al derecho del adoptado a ser mantenido por el adoptante, se une el derecho a ser mantenido por el progenitor de origen. Se suscita entonces la necesidad de determinar si el progenitor adoptivo y el biológico están obligados simultáneamente al mantenimiento del hijo o si, por el contrario, el deber de alguno de ellos es subsidiario respecto del otro. Esta última es la solución acogida por la jurisprudencia italiana, que ha entendido que a los padres adoptivos corresponde en primer lugar el mantenimiento del hijo y que el deber del padre biológico sólo operaría, de manera subsidiaria, en el supuesto de “cesación en el ejercicio de la patria potestad

⁴¹⁶ Nótese que, a diferencia del supuesto del nº 2 del mismo artículo, la norma no está referida únicamente al caso en que solo estuviese determinada la filiación respecto de uno de los progenitores.

⁴¹⁷ No obstante, algunos autores consideran que también en este caso la filiación está determinada solo respecto de uno de los progenitores, con el argumento de que si el menor contase con la filiación de ambos no se podría constituir una adopción a menos que uno de ellos prestase su consentimiento. Evidentemente, es así, pero no hay que excluir la posibilidad de que tal consentimiento se produzca, en cuyo caso el padre biológico queda por así decirlo, sustituido, por virtud de la adopción, por el padre adoptivo (SERRANO GARCIA, Comentario..., pág. 594). En el sentido del texto, en cambio, PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso...*, pág. 434).

⁴¹⁸ Los casos recogidos en este artículo son los siguientes: a) menor adoptado por persona unida a él por un vínculo de parentesco hasta el sexto grado o por una pre-existente relación estable y duradera, cuando el menor sea huérfano de padre y madre; b) menor adoptado por el cónyuge en el caso de ser el menor hijo adoptivo del otro cónyuge; c) menor que se encuentre en las condiciones indicadas por el art. 3, 1º, de la Ley 5 de febrero 1992, n. 104, y sea huérfano de padre y madre; y d) cuando se haya constatado la imposibilidad de acogimiento pre-adoptivo.

⁴¹⁹ Hay acuerdo en la doctrina en entender que subsisten sólo los efectos patrimoniales (Por todos, COLLURA, “L’adozione...”, pág. 782).

por parte del adoptante, o bien como consecuencia de la eventual insuficiencia de medios de éste y de su cónyuge⁴²⁰.

-El deber de mantenimiento del menor en situación de acogimiento

Otro caso en el que además de los padres, hay otros sujetos obligados al mantenimiento del menor, aunque en esta ocasión de manera temporal, es el acogimiento. No hay ninguna duda de que los padres, que durante el acogimiento están privados de algunos de los derechos y deberes que integran la patria potestad, continúan sin embargo obligados a mantener a los hijos⁴²¹.

El problema surge porque las leyes imponen a la familia de acogida un deber de mantenimiento, que no se sabe muy bien de qué manera coexiste con el de los padres. El art. 173. 1 Cc establece que “El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de la familia e impone a quien lo recibe la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”. Por su parte, en Italia el art. 5.1 de la Ley 4 mayo 1983, n. 184, dispone que el *affidatario* debe acoger al menor y proveer a su mantenimiento y a su educación e instrucción teniendo en cuenta las indicaciones de los padres que no hayan sido privados judicialmente de la patria potestad, o del tutor, y observando las prescripciones establecidas por la autoridad *affidante*.

La interpretación razonable consiste en entender que este deber de mantenimiento de la familia de acogida es únicamente un deber de procurar al menor los medios adecuados para la vida, lo que no significa que los gastos tengan que ser soportados por su propio patrimonio. Muy por el contrario, serían los padres, obligados al mantenimiento en sentido propio⁴²², los que afrontarían el gasto. De esta forma se concilian dos previsiones legales aparentemente contradictorias: la que declara subsistente el deber de mantenimiento de los padres en todo caso y la que hace recaer sobre la familia de acogida un deber de “mantenimiento”. La consecuencia práctica más importante es entender legitimados a los acogedores para ejercitar una acción de reembolso frente a los legalmente obligados al mantenimiento.

Sin embargo, no hay una opinión unánime en la doctrina italiana a favor de este derecho de repetición de los acogedores frente a los padres por los gastos del menor. El principal motivo por el que se duda es por el hecho de que la ley impone de modo explícito al *affidatario* tal deber⁴²³. Aun siendo ello cierto y a pesar de que no hay duda de que, como dice ANCHESCHI, en las situaciones de acogimiento el deber de mantenimiento por parte de los padres cesa *de facto*, como demuestra el hecho de que la

⁴²⁰ Cass. Sez. I, 30 enero 1998.

⁴²¹ Son rotundos en este sentido los arts. 110 y 111 Cc. Las cosas no son distintas en el Derecho italiano. Como explica ANCHESCHI, el deber de mantenimiento no se extingue por el cese de la potestad paterna, la cual no afecta a los deberes establecidos en el art. 147 *Codice*, que tienen un fundamento constitucional y derivan del hecho de la filiación. La solución contraria -dice el autor-, podría facilitar la violación de los deberes paterno-filiales a fin de evitar la contribución económica (*Rapporti...*, pág. 64).

⁴²² En opinión de algunos autores los gastos del menor deberán ser afrontados, en defecto de los padres, por otros parientes o incluso por la propia entidad pública (LLEBARÍA SAMPER, *Tutela...*, págs. 217 y ss.) Nosotros entendemos que no, que a falta de los padres, el deber de los acogedores, que en el documento de formalización del acogimiento, habrán asumido los gastos de manutención, educación y asistencia sanitaria” (art. 172.2, 3 Cc) se antepone al deber legal de otros parientes o de la entidad pública. Estaremos en este caso ante una obligación de origen negocial que excluye el deber de origen legal del resto de los parientes. No se puede olvidar, además, que la razón que tiene en cuenta la ley para declarar subsistente el deber de mantenimiento de los padres (suprimir posibles estímulos al incumplimiento de los deberes que integran la patria potestad), no concurre en este caso.

⁴²³ ANCHESCHI, *Rapporti...*, págs. 69-70.

capacidad para proveer a las necesidades del menor sea una característica esencial para asumir la condición de acogedor, creemos que debe reconocerse el derecho de los acogedores a ejercitar una acción de repetición frente a los padres por los gastos de mantenimiento de los hijos. La razón es evitar a los padres cualquier estímulo al incumplimiento de los deberes paterno-filiales, que es, de hecho, la *ratio* que inspira los arts. 110 y 111 Cc.

No se puede ignorar, no obstante, que esta exigencia origina una situación bastante particular, aunque más en la teoría que en la práctica. En la práctica los acogedores soportan con su propio patrimonio los gastos de mantenimiento del menor; consideran, además, que se han obligado a ello. En teoría, sin embargo, son titulares de un derecho de repetición frente a los padres por los gastos de mantenimiento del acogido. Y la única forma que hay de explicar esta situación es entender que el deber de “mantenimiento” de los acogedores no es propiamente una obligación de prestarles lo necesario para vivir, sino tan sólo de procurárselo⁴²⁴. Pero esto no significa que no sea una verdadera obligación de naturaleza patrimonial⁴²⁵. Su fundamento no es, como en el caso del deber de los padres, el hecho de la generación, sino un acto voluntario del acogedor, por lo que no puede suponerse que le es aplicable el régimen jurídico del deber de mantenimiento de los padres⁴²⁶.

-El deber impuesto a los ascendientes por el art. 148 del Código civil italiano

Finalmente, por lo que se refiere a la norma contenida en el art. 148 *Codice*, que establece que cuando los padres no tengan medios suficientes para mantener a sus hijos menores, los otros ascendientes están obligados a proporcionar a los padres los medios necesarios para que éstos puedan cumplir sus deberes frente a los hijos, es opinión generalizada en la doctrina y en la jurisprudencia que los abuelos, o en su caso otros ascendientes, están obligados al mantenimiento, si bien de manera subsidiaria⁴²⁷. Sin embargo, tal y como ya hemos expresado en el capítulo anterior al ocuparnos del deber de alimentos de los ascendientes⁴²⁸, a pesar de su ubicación, el art. 148 *Codice* no impone a los abuelos un verdadero deber de mantenimiento, sino un deber de alimentos, dado que es presupuesto para el nacimiento del deber económico a cargo de los abuelos, no solo la insuficiencia de medios de los padres, sino también la insuficiencia de medios de los propios hijos. La hipótesis contemplada por la norma es la de hijos menores en situación de necesidad, que es la hipótesis típica y caracterizadora de los alimentos. Si hay autores que afirman que se trata de un supuesto de mantenimiento es porque se fijan en el hecho, que es cierto, de la amplitud del deber de los abuelos. No hacen, entonces, sino establecer la conclusión coherente con la idea, que nosotros no compartimos, según la cual los alimentos sólo cubren las necesidades básicas de la vida, mientras que el mantenimiento tendría un alcance mucho más amplio. Pero olvidan, entre otras cosas,

⁴²⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, pág. 52.

⁴²⁵ No nos convence en este punto la opinión de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ cuando niega que la obligación derivada del acogimiento pueda ser considerada “como una auténtica obligación de alimentos” (*rectius*, mantenimiento), con el argumento de que no es el patrimonio del acreedor quien, en último término soporta los gastos. La diferencia importante entre este supuesto y el deber de alimentos que las leyes imponen a los parientes radica en el hecho de que en el caso del acogimiento la obligación de mantenimiento, aunque impuesta por la ley, tiene su origen en un acto de naturaleza negocial.

⁴²⁶ Así, por ejemplo, mientras que el deber de mantenimiento de los padres es irrenunciable, el acogedor puede poner fin libremente al acogimiento (art. 173, 4, 2º Cc.)

⁴²⁷ ROSSI, Rita, *Il mantenimento...*, pág. 118; ANCeschi, *Rapporti ...*, pág. 48; D’ANTONIO, “La potestà...”, pág. 516.

⁴²⁸ Capítulo II, apartado VI, 3.3.

que el mantenimiento encuentra su justificación en el hecho de la generación y que, como es unánimemente admitido, es independiente de la situación de necesidad del titular del derecho.

A modo de conclusión de todo lo anterior puede decirse que, con la única y particular excepción que resulta de lo establecido en el art. 279 *Codice*, y fuera del caso del acogimiento, que tiene naturaleza negocial, ningún sujeto que no tenga legalmente la consideración de padre, está obligado propiamente al mantenimiento de un menor. El mantenimiento de los menores de edad es un deber propio y exclusivo de los padres. A falta de éstos, se utilizan otros instrumentos jurídicos distintos para hacer efectiva la atención de las necesidades materiales de los niños.

5- Alcance y contenido del deber de mantenimiento

El acreedor del mantenimiento tiene derecho a recibir por este concepto los medios suficientes para satisfacer las normales exigencias del ser humano, en atención a las posibilidades económicas del obligado. Su alcance es amplio; no sólo comprende necesidades como la vivienda, sustento, asistencia médica, sino también las llamadas necesidades espirituales, entre las que se incluyen, aparte de los gastos de formación, todos los relativos a actividades culturales, deportivas, sociales, o de ocio en general. Así resulta de la propia finalidad y función del derecho de mantenimiento de los menores: su plena realización, de acuerdo con sus inclinaciones y aspiraciones; en otras palabras, el desarrollo de la personalidad del hijo⁴²⁹.

El derecho de mantenimiento de los hijos coincide, pues, en cuanto a su alcance, con los alimentos. No es ésta, sin embargo, la opinión de la doctrina italiana, que de modo casi unánime señala como una de las diferencias más destacadas entre los alimentos y el mantenimiento el hecho de que la prestación debida a título de mantenimiento no se limita a la satisfacción de las necesidades elementales de la vida, sino que comprende todos los gastos necesarios para enriquecer la personalidad del beneficiario⁴³⁰. No faltan, sin embargo, autores que admiten que la diferencia entre los alimentos y el mantenimiento se ha diluido⁴³¹, e incluso quienes, como BIANCA, reconocen que hoy el derecho del menor a recibir cuanto es necesario para su formación tiene el mismo contenido, prescindiendo de su calificación como derecho de mantenimiento o alimentos⁴³².

En lo que sí que hay una clara diferencia entre alimentos y mantenimiento es en el hecho de que el mantenimiento de los menores, entendido como el deber a cargo de los padres de proporcionarles recursos materiales, va unido a una prestación de hacer que corresponde, como regla, a los propios progenitores⁴³³. De los arts. 148, 1º y 155, 4º

⁴²⁹ RUSCELLO, *Lineamenti...*, pág. 32.

⁴³⁰ SESTA, *Diritto...*, pág. 452; D'ANTONIO, "La potestà...", págs. 514 y 515; VERCELLONE, "I rapporti...", pág. 952; ANCESCHI, *Rapporti...*, pág. 40; CAFERRA, *Famiglia...*, pág. 33; ROSSI, Rita, *Il mantenimento...*, pág. 13; GALLETTA, "Gli alimenti...", pág. 930; VILLA, "Potestà...", pág. 316.

⁴³¹ *Vid* con más detalle esta cuestión en el apartado IV del capítulo II.

⁴³² *Diritto...*, pág. 322.

⁴³³ Es cierto que en el caso de los alimentos, si el obligado opta por el cumplimiento en especie, la situación podría parecerse a la que caracteriza el mantenimiento de los menores, en el sentido de que el alimentante podría también llevar a cabo una actividad dirigida a la satisfacción de las necesidades del alimentista. Mas, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los menores, en que esta actividad se desempeña en todo caso, no ocurre lo mismo en el supuesto del alimentista que en cuanto sujeto adulto y autónomo puede, en principio, realizarla por sí sólo. Otra cosa es que se trate de personas ancianas o carentes de plena autonomía, en cuyo caso el alimentante asume, al optar por el cumplimiento en especie,

Codice resulta que el deber de procurar a los hijos medios materiales está íntimamente relacionado con las tareas de atención y cuidado del hijo.

El art. 148, 1º impone a los padres el deber de cumplir el deber de mantenimiento en proporción a sus bienes respectivos y a su *capacidad de trabajo, profesional y doméstico*. Por su parte el art. 155⁴³⁴, que señala los criterios que tiene que tener en cuenta el juez para determinar la pensión de mantenimiento de los padres en la sentencia de separación, tras declarar en el párrafo primero que también en caso de separación personal de los padres el hijo menor tiene derecho, entre otras cosas, a recibir cuidados, educación e instrucción de ambos, menciona en el párrafo cuarto, entre las circunstancias que deben tomarse en consideración para fijar la pensión periódica a favor del hijo, en los casos en que sea necesario, el tiempo de permanencia de éste con cada uno de los progenitores (nº 3), los recursos económicos de ambos padres (nº 4) y el valor económico de los *deberes domésticos y de cuidado* asumidos por cada uno de los padres (nº 5).

Es claro que el legislador tiene en cuenta como criterio para fijar la cuantía del mantenimiento, la estricta tarea de atención y cuidado del hijo. No podía ser de otro modo si se piensa que el deber de mantenimiento de los hijos menores no se agota, dada la falta de autonomía personal de éstos, con la entrega de bienes o dinero. La actividad personal de quienes se ocupan del cuidado de los menores resulta imprescindible y, posee, por supuesto, un valor económico, aunque sea difícil de cuantificar.

Podría decirse en consecuencia que el deber de los padres de mantener a los hijos es algo más que una simple obligación de dar, en cuanto que entraña también, a cargo del obligado, una actividad: el cuidado y la atención del menor. Tanto el deber de procurar medios de vida al hijo como el deber de cuidado son contenido de la patria potestad.

La prestación de mantenimiento no es igual en todos los casos. Dejando de lado el deber de cuidado y atención de los hijos, que cambiará en virtud de distintas circunstancias, y en particular de la edad, el legislador no puede contentarse con declarar que todos los padres están obligados a procurar a sus hijos lo que éstos necesitan para vivir y desarrollarse como personas, sino que debe además establecer unos criterios que permitan en su caso determinar la cuantía de la obligación y distribuirla entre los dos obligados.

Esta necesidad de precisar de algún modo qué es exactamente lo que un hijo puede exigir a sus padres en concepto de mantenimiento y cuál es la medida en que cada uno de los progenitores debe contribuir al mantenimiento del hijo, se deja sentir cada vez con más intensidad debido al incremento en las sociedades actuales, del número de padres que no conviven. Pero no sólo porque en las situaciones de no convivencia se suscitan más conflictos, sino también porque las medidas que han de regir las relaciones entre los hijos y los padres que se separan o divorcian, o cuyo matrimonio es declarado nulo, tienen que ser judicialmente aprobadas o establecidas.

Se comprende, entonces, que el legislador se ocupe cada vez con más detalle de establecer las pautas o criterios que el juez debe aplicar para adoptar las medidas que en caso de no convivencia de los progenitores, han de regir las relaciones entre los padres y los hijos, entre las que se encuentran el derecho de mantenimiento de éstos. En esta línea, a las previsiones contenidas en los arts. 147 y 148 *Codice*, se suman, en el ordenamiento italiano, las disposiciones de los arts. 155 a 155 *sexies Codice*, en redacción dada por la Ley n. 54, de 8 de febrero de 2006, que introdujo importantes

un deber de cuidado. Pero se trata de una decisión libremente adoptada, mientras que en el caso de los hijos menores el deber de cuidado es una obligación legal, contenido de la relación paterno-filial.

⁴³⁴ La redacción actual de este artículo procede de la reforma llevada a cabo por la Ley 54/2006.

novedades en la materia. Esta nueva normativa es aplicable a la separación, nulidad y divorcio, y además a los procedimientos relativos a los hijos de padres no casados (art. 4, 2º de la ley), y puesto que afecta sobre todo a las modalidades de mantenimiento, nos ha parecido más oportuno tratarla con detalle en el apartado siguiente. Ahora nos limitamos a referirnos a los criterios generales para la determinación de la prestación de mantenimiento, dejando para un momento posterior los específicos de las situaciones de no convivencia de los padres.

Los criterios para la determinación de la prestación de mantenimiento son variados. Además de los recursos económicos del obligado⁴³⁵ (art. 148 *Codice*) y de las “capacidades, inclinaciones naturales y aspiraciones” del hijo, a las que expresamente alude el art. 147 *Codice*, inciden en la medida de la prestación, el criterio y las decisiones de los progenitores⁴³⁶, especialmente en relación a los hijos de corta edad. Ahora bien, la elección de los padres en cuanto al modo en que sus hijos deben cubrir sus necesidades, que sin duda alguna determina el alcance del mantenimiento en las situaciones de convivencia de los progenitores, pierde relevancia en los casos en los que esta convivencia no exista, en particular si la guarda del menor se atribuye a uno sólo de los padres y el progenitor no custodio cumple su deber de mantenimiento mediante el pago de una cantidad de dinero. La experiencia nos enseña que cuando los padres no conviven es menos frecuente que estén de acuerdo acerca del modo de vida y de las actividades formativas, de ocio y culturales que debe realizar el hijo, y que el deudor de la pensión suele mostrarse contrario a la realización por el hijo de actividades que entrañen gastos a su cargo. Es claro que en estos casos, el criterio decisivo para la determinación de la cuantía del mantenimiento son los recursos económicos del obligado. Si sus posibilidades económicas son elevadas, la cuantía del mantenimiento también lo será, incluso si malogra, por excesiva, la elección formativa del padre.

Resulta, pues, que de los distintos criterios que teóricamente deben influir en la determinación de la medida del mantenimiento, el más importante en la práctica, y en ocasiones el único, es la capacidad económica del obligado. Pero esto no quiere decir que la mención legal de “las capacidades, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los hijos” sea inútil; muy por el contrario, sirve para defender que en caso de conflicto entre la opción educativa de uno y otro progenitor, o en caso de no compartir el obligado al mantenimiento las aspiraciones y deseos del hijo, es éste último, si ya tiene cierta edad, quien decide su forma de vida dentro del marco que le ofrecen los recursos económicos de los padres. Por eso se dice que los hijos tienen derecho, por medio de la figura del mantenimiento, a una sustancial equiparación de las condiciones económico-sociales de que disfrutaban sus padres, señalándose ésta como una de las características más destacadas del derecho de mantenimiento⁴³⁷. Así es, en efecto: el mantenimiento supone algo así como el reconocimiento por parte de las leyes de que los hijos tienen derecho a participar del nivel de vida de sus padres. De ahí que su nacimiento no esté vinculado a una situación de necesidad. Pero ese derecho a disfrutar de la posición económica de los padres, cuyo fundamento es la procreación, no es absoluto. Encuentra un límite en las decisiones que los padres adopten, en ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido a educar e instruir a los hijos (art. 30 CI)⁴³⁸, una idea no siempre suficientemente destacada.

⁴³⁵ Empleamos la expresión en sentido amplio, comprensiva tanto del patrimonio como de la capacidad de trabajo profesional y doméstico (cfr. art. 148 *Codice*).

⁴³⁶ VILLA, “Potestà...”, pág. 317.

⁴³⁷ Por todos, ROSSI, Rita, (*Il mantenimento ...*, págs. 14 y ss.), siguiendo a Vicenzi Amato.

⁴³⁸ En análogo sentido, CAFERRA, *Famiglia...*, pág. 73; BONILINI, *Manuale...*, pág. 291; ANGELOZZI, “Sull’estinzione...”, pág. 43; BOLONDI, “Sempre...”, pág. 822.

6- Modalidades de mantenimiento. Mantenimiento directo y mantenimiento indirecto.

Según ha quedado expuesto en el apartado anterior, la prestación de mantenimiento está unida e íntimamente relacionada con el deber de los padres de cuidar a los hijos. Los progenitores están obligados a suministrar a sus hijos los bienes y servicios que éstos necesitan para vivir y alcanzar madurez y autonomía personal, y también a realizar las actividades de cuidado y atención que aquellos requieran en función de su edad y circunstancias.

La primera de estas prestaciones, en cuanto que es una prestación de dar, es claro que no requiere la convivencia entre acreedor y deudor. El suministro de lo necesario para la vida y educación del menor puede realizarse directa o indirectamente⁴³⁹. Se realiza de forma directa cuando el padre adquiere para el hijo directamente bienes o servicios o cuando pone a su disposición bienes de su propiedad (por ejemplo, la vivienda), y de forma indirecta cuando paga una cantidad de dinero que se destina a la adquisición por un tercero de aquellos bienes y servicios que el menor necesita. Suele tratarse de un pago periódico, en concreto mensual, por lo que se habla de pensión de mantenimiento (*assegno di mantenimento* en el ordenamiento italiano y *alimentos* o *pensión alimenticia* en el ordenamiento español). El deber de cuidado es, en cambio, una prestación de hacer, para cuyo cumplimiento resulta precisa la convivencia con el menor.

En las situaciones en las que los padres y el menor conviven, el mantenimiento se realiza en forma directa por parte de ambos. Esto no quiere decir que, necesariamente, ambos aporten recursos económicos y realicen con idéntica intensidad actividades de atención y cuidado. Puede ocurrir que uno de los progenitores aporte los recursos económicos y el otro se ocupe del cuidado de la casa y la atención de los hijos. Se trata, como no podía ser de otro modo, de una cuestión cuya decisión queda en manos de los miembros de la pareja, los cuales pueden acordar al respecto aquello que les parezca más oportuno. No puede entenderse que la norma contenida en el art. 68 Cc, según el cual los cónyuges deberán compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo, sea un límite a tal libertad, pues no es razonable pensar que tal disposición tenga naturaleza imperativa.

La libertad de que disfrutaban los padres para acordar la modalidad de mantenimiento sufre importantes recortes en los casos de nulidad, separación judicial y divorcio, porque si bien es cierto que existe la posibilidad de que los propios cónyuges adopten las medidas por las que se ha de regir en el futuro su situación y la de los hijos comunes, es el juez quien debe aprobarlas, y no puede hacerlo si resultan perjudiciales para los hijos⁴⁴⁰. Tras la reforma operada en Italia por la ley n. 54, de 8 de febrero de

⁴³⁹ ROSSI, Rita, habla de dos modalidades distintas de cumplimiento del deber de mantenimiento de los padres, pero que no coinciden con las señaladas en el texto. La autora distingue entre el mantenimiento directo, -en el que, a diferencia de nosotros incluye las prestaciones de atención y cuidado del menor-, y el mantenimiento mediante una prestación periódica de una suma de dinero. Este último se da en los casos de no convivencia con el progenitor obligado; y el mantenimiento directo, generalmente, en los casos de convivencia, aunque admite que puede también darse en los casos de no convivencia, por ejemplo si hay una situación de guarda alternada (*Il mantenimento...*, págs. 140 y ss.)

⁴⁴⁰ El art. 155 *Codice*, tras establecer en el primer párrafo que también en caso de separación personal de los padres el hijo menor tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuada con cada uno de ellos, a recibir cuidado, atención e instrucción de ambos y a conservar relaciones significativas con los ascendientes y parientes de cada rama de parentesco, ordena al juez en el párrafo segundo, que para

2006, el legislador entiende que como regla es perjudicial para el menor la atribución de la guarda de los hijos a uno sólo de los progenitores. Por eso la guarda monoparental, aunque posible, sólo puede establecerse, y de manera motivada, en los casos en los que la atribución de la guarda al otro progenitor “sea contraria al interés del menor” (art. 155 *bis*, 1º). Y como dice SESTA, para ello no basta la conflictividad existente entre los cónyuges, porque en tal caso la guarda compartida tendría tan sólo una aplicación residual y no existiría un cambio respecto de la situación precedente, sin que tampoco sea necesario, para establecer la custodia exclusiva, que se verifiquen situaciones extremas⁴⁴¹.

El *Codice* contempla dos modalidades de guarda, pero le da prioridad a la guarda compartida⁴⁴². Se quiere con ello hacer efectivo el derecho del menor a recibir cuidado, educación e instrucción de ambos progenitores (art. 155, 1º *Codice*), desde el entendimiento de que es ello lo que más le conviene. Por eso, aunque no son absolutamente irrelevantes los acuerdos de los padres -los cuales, según el párrafo segundo del art. 155 se tendrán en cuenta por el juez siempre que no sean contrarios a los intereses de los hijos-, se ordena al juez que valore prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores queden confiados a ambos padres (art. 155, 2º).

La situación actual representa un importante cambio respecto del régimen anterior. Antes, como ahora, se contemplaban diversas modalidades de guarda⁴⁴³. Y antes, como ahora, se establecía como criterio que debía inspirar la decisión del juez, el interés del menor. La diferencia estriba en que en la reforma el legislador ha explicitado cuál es la solución más favorable para el hijo: que su atención y cuidado, no obstante la separación, esté a cargo de ambos progenitores. Con anterioridad a la reforma de 2006, por el contrario, la ley no especificaba cuál era el interés del menor, que era valorado discrecionalmente por el juez⁴⁴⁴.

Es claro, no obstante lo anterior, que la convivencia y atención personal del hijo por parte de ambos progenitores no llega a ser una imposición del ordenamiento jurídico. Y no podrá serlo nunca, dado que el criterio que debe inspirar todas las decisiones relativas a los menores es el de su interés y beneficio, y no se puede descartar que, en determinados casos y circunstancias, la guarda compartida le perjudique.

realizar la finalidad indicada en el párrafo primero, adopte las medidas relativas a la prole en atención exclusivamente a su interés moral y material. Más adelante se añade que el juez aprobará, si no resultan contrarios al interés de los hijos, los acuerdos adoptados por los progenitores.

⁴⁴¹ *Manuale...* (2007), pág. 173.

⁴⁴² SESTA, *Manuale...* (2007), pág. 168.

⁴⁴³ En el sistema precedente coexistían la guarda exclusiva o monoparental y la guarda llamada “conjunta”, pero la ley mostraba una clara preferencia por la primera, lo que, según DE FILIPPIS, se deducía tanto de la colocación sistemática de las normas como de su contenido (*Affidamento...*, pág. 69). La custodia por parte de un solo cónyuge estaba prevista y detalladamente disciplinada en el Código civil, mientras que la custodia conjunta estaba prevista por la Ley de divorcio (aunque se consideraba también aplicable a la separación), pero no estaba propiamente regulada, en el sentido de que la norma no precisaba ni cuál era su contenido ni cuáles los instrumentos concretos para garantizar su funcionamiento. Todo ello determinaba, en la práctica, que la mayor parte de las veces la guarda se atribuyese a uno sólo de los progenitores, a quien correspondía, consecuentemente, el ejercicio exclusivo de la potestad en la esfera ordinaria. Al otro le correspondía un derecho de visita, es decir, a tener con él al menor en los horarios y fechas previamente establecidas por el juez, además de un derecho-deber, de contenido incierto, de vigilar su instrucción y educación. Desde el punto de vista económico, los hijos dependían absolutamente del cónyuge custodio, a quien correspondía la tarea de administrar la pensión de mantenimiento satisfecha por el otro cónyuge (sistema de mantenimiento indirecto). Además, la custodia de los hijos traía consigo, como regla, el derecho a continuar viviendo en la casa familiar, de cuyo uso quedaba excluido el otro, incluso si era el propietario exclusivo. La situación descrita coincide, en todos sus aspectos, con la que ha sido más frecuente en España.

⁴⁴⁴ DE FILIPPIS, *Affidamento...*, pág. 70.

Cuando sea así, el juez deberá optar por un sistema de guarda exclusiva, que entraña la lógica consecuencia del mantenimiento indirecto a cargo del otro progenitor.

Lo que interesa destacar es que la regla, tras la reforma, es el mantenimiento directo⁴⁴⁵ por parte de los dos progenitores, no sólo en el caso de convivencia de los padres, sino incluso cuando ésta falte. El mantenimiento indirecto, que en el pasado ha sido frecuente por la generalización en la práctica de la guarda unilateral, pierde protagonismo. Pero va a seguir existiendo, y no sólo en los casos de guarda exclusiva, sino también en todos aquellos en los que, no obstante establecerse un sistema de guarda compartida, sea preciso satisfacer al menor (a través del otro progenitor) una cantidad de dinero dirigida a cubrir gastos originados por la atención de sus necesidades.

La cuestión, entonces, es precisar cuál será el campo de actuación del mantenimiento indirecto.

De modo muy general, entre otras cosas porque es muy alta la variedad de situaciones que pueden presentarse, puede decirse que, además del caso en que se establezca la custodia exclusiva, el pago de una pensión pecuniaria será modo de cumplimiento del deber de mantenimiento en aquellos casos en que los progenitores así lo hubiesen acordado o en que ello sea necesario para hacer efectivo el criterio de proporcionalidad establecido por la ley o el que en su caso hubiesen acordado los padres.

Recuérdese que conforme al art. 148 *Codice*, la obligación de mantenimiento de los hijos se distribuye entre los padres con arreglo a un criterio de proporcionalidad a sus recursos económicos. El artículo está pensado para los casos de convivencia de los progenitores (forma parte del capítulo dedicado a los derechos y deberes que nacen del matrimonio), pero es igualmente aplicable en las situaciones en que falta esa convivencia, tal y como se deduce del art. 155, 4º. Sin embargo, el principio de proporcionalidad no posee naturaleza imperativa, lo que significa que los padres, al amparo de lo establecido en la norma⁴⁴⁶, pueden adoptar un distinto criterio de participación⁴⁴⁷. Pueden hacerlo de manera expresa o de manera tácita, esto es, acordando el pago de una pensión a cargo de uno de ellos, inclusive cuando ello no sea exigencia del principio de proporcionalidad. Resulta evidente que en tales casos, y siempre y cuando de ello no se derive perjuicio para el hijo, el juez debe incluir entre las medidas reguladoras de la separación, la pensión pactada por los padres.

El juez también deberá señalar una pensión a satisfacer por uno de los padres cuando ello sea necesario “a fin de realizar el principio de proporcionalidad” (art. 155, 4º), o, en su caso, el que hayan adoptado las partes. Esto quiere decir que, en la práctica, el llamado mantenimiento indirecto, que en principio podía entenderse relegado a un segundo plano, va a continuar existiendo, especialmente si no hay previsiones de las partes y el juez tiene que aplicar el principio de proporcionalidad. Piénsese que lo más probable es que los recursos económicos de los padres sean distintos y que también puede ocurrir que la distribución entre ellos de la asistencia y cuidado del hijo no sean

⁴⁴⁵ FREZZA, *Mantenimento ...*, pág. 8; SESTA, *Manuale...*, pág. 175. Se ocupa de la cuestión con detalle DE FILIPPIS, *Affidamento...*, págs. 144 y ss.

⁴⁴⁶ Salvo acuerdos distintos libremente establecidos por las partes, cada uno de los padres provee al mantenimiento de los hijos en medida proporcional a sus recursos.

⁴⁴⁷ En contra, SESTA, que entiende que la ley no permite que los padres adopten acuerdos que no respeten la regla de la proporcionalidad del art. 148 *Codice* -consecuencia del principio de igualdad- y que lo único que permiten es acordar las modalidades de mantenimiento. Invoca en este sentido los trabajos parlamentarios (“Le nuove...”, pág. 384).

idénticos, bien en términos cuantitativos, bien en términos cualitativos. En todos estos casos será necesario el establecimiento de un *assegno integrativo*⁴⁴⁸.

En definitiva, la guarda compartida no excluye en todo caso la necesidad del deber de pago de una cantidad de dinero, dirigida a cubrir gastos originados por los hijos, que uno de los progenitores deberá entregar al otro. El legislador, consciente de ello, ha precisado las circunstancias que deben tenerse en cuenta para cuantificar esta pensión. Según el art. 155, 4º *Codice*, son: las actuales exigencias del hijo, el tenor de vida de que haya disfrutado el hijo durante la convivencia con ambos progenitores, el tiempo de permanencia con cada progenitor, los recursos económicos de ambos padres, y el valor económico de las tareas domésticas y de cuidado asumidas por cada progenitor.

Los anteriores criterios, que según la doctrina no constituyen una lista cerrada⁴⁴⁹, no son absolutamente novedosos, en el sentido de que venían ya siendo aplicados por la jurisprudencia⁴⁵⁰. En cualquier caso, su incorporación a la ley resulta acertada, dado que ahora el aplicador del derecho cuenta con indicaciones precisas para cuantificar la pensión de mantenimiento⁴⁵¹.

Las exigencias del hijo son el primer criterio mencionado por el art. 155, 4º, que habla en concreto de *actuales* exigencias del hijo, lo que claramente demuestra que, tal y como ya se venía entendiendo, las necesidades de los menores van cambiando, en función de distintas circunstancias, algunas objetivas, como la edad, y otras relacionadas con otros factores, entre ellos sus propias decisiones y aspiraciones. Hay que admitir, además, que en las exigencias del hijo inciden las posibilidades económicas de los padres⁴⁵² y el ambiente socio-económico y cultural en el que crece. La norma debe, pues, ser puesta en relación con lo dispuesto en los arts. 147 y 148 *Codice* y con el nº 4 del propio art. 155, 5º.

El segundo criterio para la fijación del mantenimiento, mencionado por la ley, es el tenor de vida disfrutado por el hijo durante la convivencia con los dos progenitores. Con esta referencia se quiere evitar que los hijos sufran perjuicios a raíz de las decisiones de los padres; sin embargo, es claro que la mayor parte de las veces el tenor de vida tras la separación no coincide, ni puede coincidir, con el previo. Por eso, la referencia debe interpretarse como un criterio puramente tendencial⁴⁵³.

Se mencionan en el nº 4 de la norma que comentamos los recursos económicos de ambos progenitores. Es la misma idea ya establecida en el art. 148 *Codice*, que establece que los cónyuges deben cumplir la obligación de mantenimiento de los hijos en proporción a sus rentas y a su capacidad de trabajo profesional y doméstico. La idea a destacar es que, a diferencia de lo que ocurre con los alimentos, no se toma en

⁴⁴⁸ La expresión es de FREZZA, *Mantenimento...*, pág. 10.

⁴⁴⁹ FREZZA, *Mantenimento...*, pág. 21.

⁴⁵⁰ ANCeschi, *Rapporti...*, pág. 53. Algunos, sin embargo, constituyen una verdadera novedad. Es el caso de el tiempo de permanencia del hijo con los padres y el valor económico de los deberes domésticos y de cuidado asumidos por cada progenitor (DOSI, “Le nuove...”, pág. 43). Claro que estos últimos son criterios que no tienen sentido respecto de la guarda exclusiva, sistema mayoritario antes de la reforma del 2006, por lo que es lógico que la jurisprudencia no los aplicase. Muy por el contrario, la jurisprudencia, en referencia a sistemas de guarda compartida, había declarado que el padre no custodio no puede considerarse exonerado de la obligación de satisfacer la pensión durante el tiempo por el cual, en cumplimiento del régimen de visitas, atiende de modo exclusivo a su mantenimiento (*Cass.*, 17 enero 2002, n. 566).

⁴⁵¹ En parecido sentido, DOSI, “Le nuove...”, pág. 43.

⁴⁵² Como dice ROSSI, Rita, “capacidad económica de los padres” y “exigencias de los hijos” constituyen, en la *voluntas legis*, un binomio inescindible y como tal deben ser también asumidas por el intérprete (*Il mantenimento...*, pág. 128).

⁴⁵³ ANCeschi, *Rapporti...*, pág. 53.

consideración sólo el patrimonio del obligado, sino además su capacidad de obtención de recursos. Por eso suele afirmarse que en el caso del mantenimiento, el obligado tiene un deber de exprimir su potencialidad de obtención de medios económicos que no le corresponde en cambio al deudor de alimentos⁴⁵⁴.

Aunque hay pleno acuerdo en entender que el hijo tiene derecho a ser mantenido con toda la amplitud que permitan los medios económicos de sus padres, existe en la doctrina una corriente de opinión que advierte de la incidencia negativa del lujo sobre la educación del menor⁴⁵⁵, una idea que quizás los jueces no debieran ignorar. Porque una cosa es que los padres pretendan para sus hijos un tenor de vida inferior al que disfrutaban ellos mismos -algo que los tribunales no deben consentir- y otra cosa distinta es que una decisión judicial que en aplicación de los criterios legales establezca una asignación muy elevada para el menor, frustre los objetivos formativos de los padres. El asunto no es, sin embargo, fácil de resolver. En general la decisión acerca del alcance del mantenimiento de los hijos corresponde a los padres -titulares, no se olvide, de un derecho-deber de mantener, instruir y educar a los hijos-; el problema es que cuando hay una situación de no convivencia, es frecuente el desacuerdo de los progenitores. No hay más remedio que dejar el asunto en manos del juez, pero se corre el riesgo de que su criterio sobre la formación del menor se imponga al de los padres.

Finalmente, los números 3 y 5 del párrafo 4º del art. 155 *Codice* mencionan como criterios para la fijación de la cuantía de la pensión de mantenimiento, el tiempo de permanencia con cada progenitor y el valor económico de las tareas domésticas y de cuidado asumidas por cada uno de ellos. Es posible que la norma sea algo reiterativa, en cuanto que el valor económico del cuidado y atención del menor está ya incluido en “los tiempos de permanencia” de cada progenitor⁴⁵⁶, pero no es menos cierto que la norma merece alabanzas en tanto en cuanto refleja de modo decidido el valor económico de la actividad de atención y cuidado de los hijos menores, algo que en el art. 148 *Codice* simplemente se intuía.

Además de las circunstancias recogidas en los cinco números del art. 155, 4º *Codice*, el juez, para fijar la cuantía del mantenimiento, que necesariamente deberá realizarse mediante pagos periódicos⁴⁵⁷, deberá tener en cuenta, en su caso, la atribución de la casa familiar. De la atribución de la casa familiar se ocupa el art. 155 *quarter*, cuya actual redacción proviene igualmente de la Ley n. 54, de 8 de febrero de 2006. El artículo establece que el disfrute de la casa familiar se atribuye teniendo en cuenta prioritariamente el interés de los hijos. Puede, pues, ocurrir que los hijos se queden a vivir alternativamente, prevalentemente, o exclusivamente, en el inmueble que constituía la residencia de la familia, con el progenitor que no es propietario de la misma. Tal posibilidad existía igualmente en el régimen anterior, dado que también el texto derogado ordenaba al juez decidir sobre la atribución de la vivienda familiar en función sobre todo del interés de los hijos. La novedad estriba en que se ordena al juez tener en cuenta la asignación en la regulación de las relaciones económicas entre los padres, “considerado el eventual título de propiedad” (art. 150 *bis*, 4º), de suerte que el *quantum* que en concepto de mantenimiento de los hijos deba en su caso satisfacer el padre propietario del inmueble, deberá sufrir una reducción. La norma es aplicable

⁴⁵⁴ Entre otros muchos, CAFERRA, quien habla de un “deber de esfuerzo” a cargo del obligado al mantenimiento (*Famiglia ...*, pág. 33).

⁴⁵⁵ Recientemente, BIANCA, “La nuova...”, pág. 679; FREZZA, *Mantenimento...*, pág. 22; ROSSI, *Il mantenimento...*, págs. 130 y 131.

⁴⁵⁶ En este sentido, FREZZA, *Mantenimento...*, pág. 23.

⁴⁵⁷ Nótese cómo el párrafo 4º del art. 155 *Codice* habla, precisamente, de “assegno periodico”, lo que significa que, a diferencia de lo que ocurre con el llamado “assegno di divorzio”, frente a los hijos no cabe el pago único (En este sentido, ANCESCHI, *Rapporti ...*, pág. 45).

también en el caso de ser el inmueble propiedad común de ambos progenitores, y asimismo cuando el título de disfrute sea un derecho real limitado. No se aplica, en cambio, en los casos en los que el título de disfrute de la vivienda sea un arrendamiento, porque la situación jurídica que surge en tales casos es la sustitución *ex lege* en el contrato de arrendamiento a favor del usuario de la vivienda, que se convierte en arrendatario y asume por lo tanto la obligación de pago de la renta (art. 6, 2º Ley 329 de 1978). Finalmente, la reducción del *assegno* de mantenimiento no tendrá tampoco lugar en el supuesto en que el título de disfrute de la vivienda por la familia fuera un comodato, debido a la naturaleza gratuita de este contrato⁴⁵⁸.

El hecho de que el legislador haya incorporado los criterios de fijación de la pensión de mantenimiento que deberán aplicarse por los jueces en los supuestos de nulidad, separación y divorcio de los padres, así como en los casos en los que los padres no casados recaben la intervención judicial a tal fin⁴⁵⁹, no quiere decir que el juzgador no tenga ante sí una tarea ardua. Pero, al menos, se han explicitado los criterios, lo que reduce el arbitrio judicial e incrementa, en la medida en que la materia lo permite, la seguridad jurídica.

En un orden de cosas mucho más general, puede decirse que el nuevo régimen sobre el llamado en Italia *affidamento condiviso* deja bien patente la voluntad del legislador en cuanto a la subsistencia en los casos de no convivencia de los progenitores, no ya del deber de ambos de contribuir con recursos materiales al desarrollo de los hijos, sino de colaborar además, con una actividad y dedicación personal, en su mantenimiento y educación. Se trata de una opción mucho más decidida, y también más acertada en nuestra opinión, que la adoptada en el ordenamiento español, a la que seguidamente nos referiremos. Sin embargo, no ha sido bien aceptada por toda la doctrina.

Dejando al margen las cuestiones de carácter técnico-jurídico, y en referencia exclusivamente a la apuesta legislativa a favor de la custodia compartida, su principal inconveniente, según sus detractores, es que no puede funcionar si no es aceptada por los implicados, y que la ley, al establecerla, habría ignorado la conflictividad entre los padres⁴⁶⁰. No es esta la opinión de DE FILIPPIS, quien defiende la opción del legislador italiano con los siguientes argumentos: la ley sobre la custodia compartida parte del convencimiento de que la relación que se crea con la procreación de los hijos es una relación unitaria, y como tal debe tratarse. En la normativa precedente, esta relación venía arbitrariamente fragmentada, se ignoraba su unidad y se regulaban las interrelaciones de manera separada, dañando con ello al menor. El interés de los adultos de poner fin a su relación se anteponía al interés del hijo. La ley debe elegir -dice el autor- entre el deseo de los padres de no mantener en el futuro relaciones entre sí y el interés del menor a la conservación, en la medida de lo posible, de una situación unitaria. Con la nueva normativa se afirma que, si hay un precio a pagar en términos de renuncia y expectativas de las partes, éste debe ser pagado por los padres y no por los hijos. El valor que la nueva normativa individualiza y sitúa por encima del resto es la “paternidad para siempre”, esto es el nacimiento, con la generación de un hijo, de una responsabilidad no renunciabile. Por eso la ley debe proponer soluciones que distingan

⁴⁵⁸ FREZZA, *Mantenimento...*, pág. 152.

⁴⁵⁹ Aunque el art. 155 *Codice* regula sólo el caso de la separación de los cónyuges, el art. 4, 2º de la Ley nº 54, de 8 de febrero de 2006 dispone que “Le disposizioni della presente legge si applicano in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati”.

⁴⁶⁰ BAGNATI, “Affido...”, pág. 10.

entre la relación conyugal y la relación paterno-filial y permitir que se ponga fin a la primera sin suprimir la segunda⁴⁶¹.

El anterior planteamiento no ha calado por el momento, desgraciadamente, en la ley española, que ha previsto la guarda compartida, en el caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio de los padres, sobre la base del acuerdo de los padres y con la debida aprobación judicial, que deberá fundamentarse (art. 92. 5 Cc). No obstante existir acuerdo de los padres, la guarda conjunta está excluida de modo expreso “cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica” (art. 92.7 Cc).

La guarda compartida sin acuerdo de los padres al respecto, aunque posible, posee carácter absolutamente excepcional, tal y como resulta del art. 92. 8 Cc, a cuyo tenor “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor”.

Aunque con el actual art. 92 Cc, cuya redacción procede de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, se ha dado refrendo legal a la guarda compartida⁴⁶², el legislador español, a diferencia del italiano, no ha apostado de manera decidida por esta modalidad de guarda⁴⁶³. Mientras que en el Derecho italiano, tras la reforma de 2006, la guarda unilateral es una excepción que deberá ser suficientemente justificada en la sentencia que la establezca, en el Derecho español es justamente lo contrario. La guarda monoparental es la regla en el sentido de que el juez, en principio, sólo optará por la guarda conjunta cuando haya acuerdo de los padres al respecto y, excepcionalmente, incluso sin ese acuerdo, únicamente cuando sólo de esta forma se proteja adecuadamente el interés superior del menor y siempre y cuando se haya solicitado por una de las partes y haya informe favorable del Ministerio Fiscal.

La diferencia de fondo entre un ordenamiento y otro es que el legislador italiano ha tomado postura acerca de la modalidad de guarda que estima más conveniente para el interés del menor (la guarda compartida), mientras que el sistema español deja el asunto en manos de los propios padres y del juez.

Independientemente de la opinión que la solución española suscite y dejando también al margen las graves deficiencias técnicas, sistemáticas y de redacción del art. 92 Cc, sobre las que la doctrina ha llamado insistentemente la atención, a la ley española -que ahora contempla expresamente como una forma posible de custodia la compartida por los progenitores- le ha faltado prever los efectos que sobre la prestación de mantenimiento (llamada entre nosotros pensión alimenticia) va a ejercer este tipo de guarda, dejando este asunto, como tantos otros, en manos del juez, y generando no pocas incertidumbres al aplicador del Derecho.

Los problemas comienzan porque en el Código español no hay ningún precepto específico, similar al art. 148 *Codice*, en el que se establezca que los padres deben contribuir a atender las necesidades de sus hijos en proporción a sus recursos económicos y a su capacidad de trabajo, ni tampoco ninguna norma del tipo de la contenida en el art. 155, 4º, que dispone que en los casos de no convivencia, los padres

⁴⁶¹ *Affidamento...*, págs. 62 y 63.

⁴⁶² ZURITA MARTÍN, “Las últimas...”, pág. 262.

⁴⁶³ Lo cree así, sin embargo, RAMS ALBESA, *Elementos...*, pág. 100.

contribuirán al mantenimiento de los hijos en proporción a sus rentas. Con lo único que contamos es con un precepto que impone a los cónyuges (no propiamente a los padres), el deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención, entre otros, de los descendientes a su cargo. Se trata del art. 68 Cc, que al ocuparse de los derechos y deberes de los cónyuges, dispone que “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. Es obvio que el precepto contempla una situación de convivencia, que falta por definición en las situaciones de crisis matrimonial. No obstante, quizás en este artículo, ubicado fuera de la reglamentación de los efectos comunes de la nulidad, la separación y el divorcio del capítulo IX del Título IV del Código civil, se sitúa el soporte normativo de la custodia compartida, como observa LATHROP GÓMEZ, quien afirma que con la redacción dada en 2005 al art. 68 Cc se ha intentado “concretar el principio de corresponsabilidad parental reforzando la vigencia del principio de igualdad jurídica, para que hombre y mujer, padre y madre, puedan reconstruir sus relaciones de familia en igualdad de condiciones”⁴⁶⁴.

Pese a la ausencia de normas específicas respecto del criterio de distribución entre los progenitores de la carga económica que representan los hijos, no se puede olvidar la regla general contenida en el art. 145 Cc, a cuyo tenor “Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo”. El criterio debe ser el mismo en lo que respecta al deber de mantener a los hijos, a pesar de que los tribunales parecen muchas veces no tenerlo en cuenta⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ *Custodia ...*, pág. 376.

⁴⁶⁵ La lectura de las sentencias sobre custodia compartida dictadas por las Audiencias con posterioridad a la Ley 15/2005, pone de relieve como con mucha frecuencia se establece que los padres contribuirán por partes iguales a los gastos de los hijos. Si bien es cierto que en algunos de esos casos hay constancia de que los ingresos de los padres son similares (SAP Valencia, sec. 10ª, 19 julio 2010 -JUR\2010\309935-) en la mayor parte de ellos no consta que sea así (SAP Toledo, sec. 1ª, 16 mayo 2008 -JUR 2008\330924-; SAP Murcia, secc.4ª, 30 mayo 2008, -JUR\2008\363484-; SAP Barcelona, sec. 18ª, 16 julio 2009 -JUR\2009\493133-, y SAP Valencia, sec. 10ª, 13 julio 2010 -JURI\2010\310592-). No puede desde luego descartarse que las decisiones judiciales se estén limitando a recoger los acuerdos de los partes sobre este extremo. Es particularmente llamativo el caso de los gastos extraordinarios, respecto de los que se llega a decir por la Sala que resuelve el recurso de apelación que “resulta obvia la obligación de ambos progenitores de abonar *por mitad* (subrayado nuestro) los gastos extraordinarios de los hijos” (Fundamento de Derecho cuarto de la SAP Murcia, sec. 5ª, 30 marzo 2011 -JUR\2011\188438-), lo que en el contexto no parece una afirmación referida al caso concreto, sino de carácter general. En suma, es importante destacar la existencia de indicios muy serios de que la jurisprudencia menor está prescindiendo del principio de proporcionalidad. Así, la SAP Girona (sec. 2ª) 13 octubre 2009 (AC\2010\205) afirma en su fundamento cuarto que “al acordarse la guarda compartida, los alimentos del hijo aparentemente deberían correr a cargo de ambos padres a partes iguales, pero ello no es así cuando la situación económica de los progenitores está *manifiestamente desequilibrada*” (subrayado nuestro). Afortunadamente no faltan los casos en los que el Tribunal aplica el criterio de la proporcionalidad, como el de la SAP Alicante (sec. 9ª) 24 abril 2009 (AC\2009\1040), que afirma que “cada progenitor deberá sufragar los gastos de manutención de la hija cuando la tenga consigo y en cuanto a los demás gastos ordinarios y extraordinarios de la menor, por el momento, deberán ser satisfechos en un 60% por el padre y en un 40% por la madre, dada la acreditada superioridad económica del primero” (Fundamento de Derecho segundo). En el mismo sentido puede citarse la SAP Madrid (sec. 24ª) 16 septiembre 2009 (AC\2009\2092) en cuyo fundamento de Derecho primero se declara lo siguiente: “En cuanto al motivo relativo a la cuantía de la pensión de alimentos, para una mejor comprensión de lo que después se dirá y siguiendo los parámetros anuciados, cabe recordar la doctrina jurisprudencial existente desde diciembre de 1985 que dice: “para la fijación de la pensión de alimentos en favor de los hijos en supuestos de crisis en la unión de sus progenitores, deben tenerse en cuenta los ingresos de cada uno de los litigantes, los cuales permitirán fijar la proporcionalidad”; y en atención a lo dispuesto en los artículos 142, 144, 146 y 147 del CC, la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quien los da y a

Lógico corolario del criterio de la proporcionalidad es que, no obstante la custodia compartida, en principio se deberá imponer una pensión alimenticia u otra forma de contribución a la satisfacción de las necesidades de los hijos, al progenitor con mayores recursos económicos.

Además de lo anterior, no se puede ignorar que hay otra circunstancia que sensatamente debe tomarse en consideración con vistas a decidir si procede o no una pensión alimenticia no obstante la custodia compartida, y de cara a fijar en su caso su importe: el tiempo que el menor esté al cuidado de cada progenitor⁴⁶⁶. Téngase en cuenta que la custodia compartida no significa necesariamente que la distribución del tiempo que cada progenitor tendrá al hijo a su cuidado sea idéntica, y que el cuidado personal del menor es, como ya se ha dicho, susceptible de valoración económica. Por ello acierta plenamente el legislador italiano cuando incluye entre las circunstancias que habrán de tenerse en cuenta para la fijación de la pensión de mantenimiento del hijo, “el tiempo de permanencia con cada progenitor y el valor económico de las tareas domésticas y de cuidado asumidas por cada uno de ellos”.

El silencio del legislador español sobre los anteriores extremos entraña el riesgo de que se interprete, equivocadamente, que la custodia compartida excluye siempre toda pensión a cargo de los padres⁴⁶⁷, lo que como conclusión general sería falsa. Pero ya la

las necesidades de quien los recibe; normativa que no suscita ningún problema teórico de interpretación y alcance, sino que implica solamente una cuestión de hecho consistente en determinar de una manera efectiva y real esa proporcionalidad con los medios de uno y las necesidades del otro (vid: SS.T.S. de 14 de febrero de 1976 y 5 de noviembre de 1983); cuantía de la deuda alimenticia que será fijada según el prudente arbitrio del órgano de instancia cuyo criterio sólo puede evitarse en la alzada cuando se demuestre que se desconocieron notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas (vid: SS.T.S. de 9 de octubre de 1981 y 21 de marzo de 1985)”. También la SAP Barcelona, secc. 18ª, 28 julio 2009, (JUR\2009\492865), y la SAP Valencia, sec. 10ª, 21 febrero 2011 (JUR\2011\76122) distribuyen entre los progenitores los gastos de los hijos en proporción a sus medios económicos.

⁴⁶⁶ En el sentido del texto, la SAP Alicante (secc. 6ª) 8 febrero 2008 (JUR\2008\192382) entendió que el incremento de los periodos de tiempo que el padre habría de pasar en el futuro con la menor, debía incidir sobre la cuantía de la pensión. En el caso de autos la madre demandante solicitaba un régimen de visitas más amplio para el padre, a lo que éste se avino, y solicitaba también aumento de la pensión que el padre satisfacía a la menor. La Sala, que concedió lo primero y denegó lo segundo, afirmó que “[...] el régimen de comunicación entre padre e hija propuesto por la apelante en su escrito de recurso, y admitido como procedente, y sin reserva alguna por el apelado, cercano a la custodia compartida, supondrá que tal progenitor pasará a asumir la prestación a la menor, su hija, durante las tardes-noches de pernocta y asimismo durante la mayor parte de los fines de semana”.

⁴⁶⁷ En el caso resuelto por la SAP Murcia (secc. 4ª), 29 enero 2009 (JURI\2009\276551), el Juzgado había declarado que “El establecimiento de un sistema de custodia compartida entre ambos progenitores elude la necesidad de fijar cantidad alguna en concepto de pensión alimenticia a cargo de ninguno de los progenitores, ya que a cada uno de ellos corresponde atender y sufragar las necesidades de la niña durante los respectivos periodos de guarda”. La Sala confirma íntegramente la sentencia de instancia. Más preocupante aún resultan las manifestaciones vertidas por la SAP Murcia (sec. 5ª) 14 octubre 2010 (JURI\2010\391572) en un caso en el que, estableciéndose la custodia compartida, no se impone pensión para el hijo a ninguno de los progenitores (aunque se atribuye el uso de la vivienda a la madre y se acuerda que ambos pagarán por mitad el préstamo hipotecario y los gastos extraordinarios del hijo). En apelación la madre pide, para el caso de que se mantenga la custodia compartida, que el padre pague al hijo una pensión de 200 € mensuales. En el fundamento de Derecho cuarto se dice: “Por último, en cuanto a la pensión alimenticia a favor del hijo y con cargo del padre, en el recurso se sostiene la procedencia de fijarla en la ya apuntada cantidad de 200 euros mensuales en base a que, según se aduce, “existe un evidente desequilibrio económico” entre los cónyuges, se entiende. Es decir, parece que con la pensión alimenticia que se postula para el hijo se persiga lo que es propio de una pensión compensatoria, cuando, además, sobre ambos progenitores recae la obligación de contribuir a satisfacer los alimentos de su hijo (art. 143, párrafo primero, número 2º, del Código Civil) y que para cuantificar su contribución debe atenderse a los criterios consagrados en el artículo 146 del citado Código, esto es, el caudal o medios de

doctrina ha advertido de que puede ser necesario el establecimiento de una pensión a cargo de uno de los padres, incluso en los casos de custodia compartida⁴⁶⁸. También el ordenamiento catalán ha recogido esta idea y reconocido la relevancia del tiempo de cuidado de los hijos en el establecimiento de las pensiones⁴⁶⁹.

Ahora bien, tampoco el Derecho italiano, no obstante haber sido mucho más previsor que el español, contiene respuestas a todas las preguntas. El mantenimiento directo resuelve la cuestión de las necesidades de los hijos que deben solventarse en el ámbito doméstico o extra doméstico, pero que son cotidianas (manutención, transporte, y gastos ocasionados por el disfrute de la vivienda, como electricidad, teléfono, etc.) Cada uno de los progenitores atenderá directamente a tales necesidades de los hijos en los periodos en que estén con él. Sin embargo, habida cuenta de que los recursos de los padres no serán idénticos y de que cabe la posibilidad de que los periodos de permanencia con uno y otro progenitor sean distintos, se acudirá al mantenimiento indirecto, es decir al establecimiento de una pensión de mantenimiento, que no es otra cosa que el instrumento mediante el cual se hace efectivo el principio de proporcionalidad. Porque no se puede perder de vista que el nivel con que el hijo ve cubiertas esas necesidades no debe variar en función de que esté con el progenitor rico o con el progenitor pobre. La idea es que en lo que concierne al hijo, su nivel de vida sea análogo en casa de uno y otro progenitor. Es claro que los hijos tienen otras muchas necesidades que no se hacen efectivas en el ámbito doméstico o de manera cotidiana. Entre ellas se incluyen todas las actividades formativas, escolares o extraescolares, las deportivas, de vestido, médicas, de ocio...El criterio anterior, conforme al cual cada padre afronta las que se generen mientras que el hijo esté bajo su cuidado, no es adecuado en este caso, por lo que deben adoptarse otras fórmulas, que pueden ser la distribución de los gastos entre los padres, la creación de un fondo común destinado a tal fin, formado por las aportaciones de los obligados, o que uno de ellos se haga cargo del pago directo y reciba del otro una pensión periódica o cantidades destinadas al

quien los da y las necesidades de quien los recibe. Y en este caso, en el que además es a la Sra. Adelaida a la que se le atribuye el uso y disfrute de la vivienda conyugal y en el que ambos progenitores han de abonar la mitad del préstamo hipotecario que la grava y la mitad de los gastos extraordinarios que genere el hijo menor (bien entendido que entre ellos han de incluirse necesariamente los gastos escolares y material escolar), el sistema de custodia compartida establecido por la resolución apelada implica que cada progenitor se haga cargo de la manutención del hijo cuando lo tenga consigo; por lo que están cubiertos el cuidado, alimento y atención del mismo; de ahí que se entienda que la Juez concluya que "No procede establecer ninguna cuantía en concepto de pensión de alimentos a cargo de ningún progenitor atendiendo a la custodia compartida acordada respecto del hijo".

⁴⁶⁸ LÁZARO PALAU, *La pensión...*, pág. 94; LATHROP GÓMEZ, *Custodia...*, pág. 531.

⁴⁶⁹ La STSJ Cataluña 31 julio 2008 (Ponente: Ramos Rubio) afirmó que "No tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación habrá de tener en cuenta, además y en su caso, las diferencias de ingresos que puedan existir entre los obligados a su pago (art. 267 CF), puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los alimentistas, sería contrario a la regla arriba mencionada (art. 82.2 CF) no procurar un cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios". Por su parte, la SAP Barcelona, sec. 18ª, 20 febrero 2007 (*Revista de Derecho de Familia*, n. 36, págs. 153-156), en un caso en el que se opta por la guarda compartida, se razona del siguiente modo: "...si bien es cierto que los ingresos de la madre son superiores a los del padre, no lo es menos que aquella, tras el acuerdo de mediación alcanzado, tiene mayores gastos que éste...por lo que se establece que cada progenitor deberá soportar y sufragar los gastos de manutención de sus hijos cuando permanezcan con él y en cuanto a los demás gastos de los niños deberán ser satisfechos por mitad entre ambos padres". Actualmente, el art. 233-10 del Código civil catalán dice: "La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente".

efecto. Las distintas modalidades admiten variantes e incluso podrían combinarse unas y otras en función de las circunstancias y de los deseos y conveniencia de los implicados, pero en cualquier caso lo que es importante no perder de vista es que el juez debe velar, no sólo para que el sistema, sea el que sea, ofrezca las suficientes garantías y cubra eficaz y tempestivamente las necesidades del menor, sino también para que sea respetuoso con el principio de proporcionalidad.

La mayor dificultad que se puede plantear al juez, si se admite que el criterio de la proporcionalidad no posee carácter imperativo, es el de aprobar los acuerdos de los padres que prescindan del mismo. En teoría, su aprobación no plantea problema alguno si no hay perjuicio para el menor. Sin embargo, el juez debe comprobar que los progenitores, y en particular aquél a quien perjudique la renuncia al principio de proporcionalidad, tiene una verdadera voluntad de no aplicar el criterio legal de distribución de los gastos de los hijos entre los padres, y ha optado, conscientemente, por asumir unos desembolsos que son superiores a los que la ley le exige, en beneficio del otro progenitor. Dicho de otro modo, de los acuerdos de los padres en cuanto a la distribución y forma de atender a las necesidades de los hijos no se puede sin más deducir la renuncia al criterio de proporcionalidad, no al menos sin antes comprobar una voluntad consciente y deliberada en tal sentido.

En la práctica judicial española es frecuente la distinción entre gastos ordinarios y gastos extraordinarios. Se trata, sin duda, de una distinción útil y razonable, pues en el momento de establecer las medidas reguladoras de la separación o del divorcio se deben prever, no sólo la atención de las necesidades ordinarias de los hijos (a través del mantenimiento directo o de la pensión), sino también la de las necesidades extraordinarias, esto es de aquellas que se generen de manera imprevista como consecuencia de enfermedades, necesidades académicas u otras. Estos gastos deben ser afrontados por los padres con arreglo al criterio de proporcionalidad y se evitarán problemas y litigios si la propia sentencia que regula los efectos de la separación, nulidad o divorcio, establece el porcentaje de participación de cada uno de los progenitores. Y ello tanto si la guarda es compartida, como si es unilateral. Ahora bien, una cosa son los gastos extraordinarios, cuyo rasgo definitorio es que no se previeron al tiempo de establecer las medidas reguladoras de la separación y el divorcio, y otra cosa son los gastos no periódicos o no continuos. Así, los gastos derivados de la inscripción en el colegio, la realización de viajes o estancias en el extranjero o el material escolar no entran necesariamente dentro de la categoría de gastos extraordinarios. Otra cosa es que no sean periódicos.

Como reflexión final y de conjunto puede decirse que el mantenimiento de los hijos se resuelve de un modo simple en los casos de guarda unilateral (a través del establecimiento de una pensión pecuniaria a cargo del progenitor no custodio, que recibe y administra el progenitor titular de la guarda), mientras que requiere previsiones por lo general más complejas y detalladas en los casos en los que se opta por un sistema de guarda compartida. El legislador español es muy consciente de ello, como demuestra el inciso final del art. 92. 5 Cc, según el cual el juez, al establecer la custodia compartida “adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido...”. Aunque se ha dicho que esta previsión revela la suspicacia del legislador frente a la aplicación de los regímenes de custodia compartida⁴⁷⁰, pensamos que en lo que concierne a los aspectos económicos, no es más que reflejo de una realidad: la de que un régimen de custodia compartida exige en cuanto al mantenimiento de los hijos respuestas distintas a la tradicional del simple

⁴⁷⁰ LATHROP GÓMEZ, *Custodia...*, pág. 462.

establecimiento de una pensión a cargo de uno de los progenitores. Esas respuestas han de darse caso por caso, en función de las circunstancias concretas, y por ello es lógico que se dejen en manos del juez, que es lo que hace el art. 92. 5 Cc. No puede en ningún caso reprochársele al legislador que no haya previsto fórmulas concretas y específicas en cuanto al modo en que los progenitores que no conviven y comparten el cuidado de sus hijos tienen que hacer efectivo su deber de mantenimiento. Por una parte, porque es conveniente respetar la libertad de estos, y por otra, porque a falta de acuerdo y en el supuesto de ser la custodia compartida una decisión judicial, no puede ser sino el juez, y nunca el legislador, quien establezca la forma en que se hará efectivo el derecho de mantenimiento, ya que ello estará en función de las circunstancias concretas del caso. Sin embargo, a la ley española le ha faltado incluir unas reglas generales sobre el mantenimiento de los hijos en tales casos y en particular dejar claro que la custodia compartida no excluye necesariamente las pensiones de mantenimiento y que su señalamiento se apoya en el principio según el cual los padres están obligados a mantener a sus hijos en proporción a sus recursos y en la idea que el cuidado de los hijos es una actividad que debe ser económicamente valorada, incidiendo por lo tanto en la cuantía de la pensión.

Carecemos, pues, en el ordenamiento español, de un régimen jurídico aplicable al mantenimiento de los hijos en los casos de custodia compartida, lo que será sin duda un nuevo obstáculo a la generalización de esta solución, que nosotros estimamos positiva para el menor. El olvido legislativo podría remediarse, en cierto modo, con una clara y consolidada doctrina jurisprudencial, pero mientras ésta llega, si es que llega, estamos expuestos a la incertidumbre⁴⁷¹.

7- Los presupuestos del deber de mantenimiento. Particular referencia a la situación de insuficiencia económica de los obligados

El deber de mantenimiento de los hijos no requiere más presupuesto que la relación paterno-filial. Hay unanimidad en considerar que no tiene que concurrir, como en el caso de los alimentos, una situación de necesidad en el destinatario de la prestación⁴⁷², de manera que los padres están obligados a mantener a sus hijos menores, incluso si éstos tienen medios propios, sin perjuicio en este caso del derecho que la ley les reconoce a destinar parte de estos medios a las atenciones de los menores (art. 324 *Codice*).

El deber de mantenimiento, que surge a cargo de los padres con independencia de cuál sea la situación patrimonial del hijo, sí que parece requerir, por pura lógica, la existencia de recursos económicos en los padres. Pero ello no quiere decir que sea presupuesto del deber de mantenimiento la suficiencia económica del obligado, con el mismo alcance y significado que en sede de alimentos. Existen, por el contrario, importantes diferencias entre un caso y otro. Según se expuso en su momento, el nacimiento de los alimentos requiere la suficiencia de medios económicos del obligado, esto es, el disfrute de un patrimonio actualmente apto para soportar, aparte del mantenimiento del propio obligado y de su familia, las necesidades del pariente en situación de necesidad. Las cosas son distintas en el caso del mantenimiento: los padres

⁴⁷¹ Muestra de esta incertidumbre son algunos de los pronunciamientos judiciales en los que se ha establecido la custodia compartida recogidos en notas anteriores.

⁴⁷² DEGNI, *Il Diritto...*, pág. 485; BIANCA, *Diritto ...*, pág. 321; ROSSI, Rita, *Il mantenimento ...*, pág. 10; VILLA, “Potestà...”, pág. 316; SESTA, *Manuale ...* (2007), pág. 216; ANCESCHI, *Rapporti ...*, pág. 40; D’ANTONIO, “La potestà...”, pág. 514; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación ...*, pág. 48.

no tienen que tener medios *suficientes*, basta con que tengan recursos económicos, sea cual sea su entidad. Además, los recursos económicos tienen en este caso un significado más amplio, dado que no se comprenden en ellos únicamente los bienes y rentas, sino también la capacidad de trabajo, profesional o doméstico. Así se establece en el art. 148 *Codice*, cuyo párrafo primero establece que los cónyuges deben cumplir la obligación de mantener a los hijos en proporción a sus rentas y a su capacidad de trabajo, profesional y doméstico. Desde una interpretación literal de la norma, sólo aquellos progenitores que carecieran absolutamente de recursos económicos directos (sueldo, rentas, bienes...) e indirectos (la capacidad de trabajo) quedarían liberados, en tanto en cuanto dure esa situación, del deber de mantener a los hijos, lo que en rigor ocurriría extrañamente si se tiene en cuenta que la capacidad de trabajo a la que se refiere la ley no es sólo la de trabajo profesional, sino que incluye también el trabajo doméstico, una capacidad que, salvo en el caso de impedimentos físicos o psíquicos, puede decirse que poseen todos los adultos. Es claro, sin embargo, que si ninguno de los progenitores posee más recursos que su propia capacidad de trabajo doméstico, o incluso una capacidad (teórica) de trabajo profesional, las necesidades de los menores no quedarán cubiertas. En definitiva, no es imposible que se den situaciones en las que, aun teniendo los padres recursos económicos en el sentido del art. 148 *Codice*, los hijos se encuentren en una situación de necesidad.

Así lo admite el propio legislador italiano, al disponer, en el mismo art. 148, que cuando los padres no tengan medios suficientes, los otros ascendientes legítimos, en orden de proximidad, están obligados a proporcionar a los propios padres los medios necesarios a fin de que puedan cumplir sus deberes frente a los hijos⁴⁷³.

La jurisprudencia ha interpretado que el deber de los ascendientes no surge sino cuando ambos progenitores carezcan de medios suficientes, pero no en cambio si la insuficiencia de medios afecta a uno sólo de ellos, declarando que la obligación de mantenimiento de los hijos menores corresponde primaria e íntegramente a sus padres, de manera que si uno de ellos no quiere o no puede cumplir el propio deber, el otro, en interés de los hijos, debe hacer frente por entero a sus exigencias con todos sus medios patrimoniales y explotando toda su capacidad de trabajo, sin perjuicio de la posibilidad de dirigirse contra el incumplidor para obtener su contribución en medida proporcional a sus condiciones económicas. La posibilidad de acudir a los ascendientes para exigirles la ayuda económica prevista en el art. 148 *Codice* no nace por el sólo hecho de que uno de los progenitores no contribuya al mantenimiento de los hijos, si el otro está en condiciones de mantenerlos, añadiendo que nada tiene que ver el hecho de que el incumplidor sea el propio hijo, puesto que los ascendientes no son garantes de las obligaciones que sus descendientes asumen con el matrimonio o con la filiación⁴⁷⁴.

En suma, la obligación de mantenimiento de los padres es una obligación de naturaleza solidaria⁴⁷⁵, en la que cada uno de los obligados cubre, en interés del menor, el incumplimiento y la insuficiencia patrimonial del otro, sin perjuicio de las acciones de reembolso entre ellos, conforme al art. 1299 *Codice*⁴⁷⁶. En este aspecto, la diferencia

⁴⁷³ Nos hemos ocupado ya de esta norma en el capítulo II, apartado VI.3.3.

⁴⁷⁴ Cass. Sez. I, 23 marzo 1995, n. 3402, comentada por CATTANEO, "Il contributo...", págs. 452 a 461.

⁴⁷⁵ En relaciones internas, no obstante, la cuantía a la que resulta obligado cada progenitor viene determinada por sus recursos (ANCESCHI, *Rapporti...*, pág. 45).

⁴⁷⁶ En este sentido, BIANCA, *Diritto...*, pág. 321. No compartimos en cambio su opinión acerca de la naturaleza solidaria de la deuda de los ascendientes (art. 148 *Codice*), también defendida por ROSSI, Rita (*Il mantenimento...*, pág. 120). Dado que para nosotros es un supuesto de alimentos, entendemos que posee naturaleza parciaria. La solidaridad, plenamente justificada en el caso de los padres, en cuanto responsables de la filiación, no estaría justificada en el caso de los abuelos.

con los alimentos resulta patente y su *ratio* también: hablamos ahora de un deber derivado del hecho de la generación y no de una obligación fundada en la idea de solidaridad familiar, insuficiente por sí sola para justificar la naturaleza solidaria y no parciaria de la obligación impuesta a los abuelos. Hay que admitir, no obstante, que el interés del menor podría invocarse como argumento a favor de la solidaridad, pero en tal caso habría que defender la solidaridad de todos los obligados a prestar alimentos al menor de edad, sean o no ascendientes.

8- Nacimiento y extinción del deber de mantenimiento. La suspensión del deber de mantenimiento

El deber de mantenimiento de los hijos es contenido propio de la relación paterno-filial. Nace con ella, sin necesidad de ningún otro presupuesto o requisito, dado que es en el hecho de la generación, entendida en sentido jurídico, donde encuentra su fundamento. Afirmar que el derecho de mantenimiento descansa en la procreación, algo en lo que está de acuerdo toda la doctrina⁴⁷⁷, no significa que en el mismo momento de nacimiento del hijo nazca el deber a cargo de su progenitor biológico; para ello es necesario que su filiación quede legalmente determinada por cualquiera de los modos establecidos en el ordenamiento de que se trate. No compartimos la doctrina de la Corte de Casación italiana cuando sostiene que el deber de mantenimiento del padre biológico surge en el momento de nacimiento del hijo, ni tampoco la consecuencia que ella se deriva: el reconocimiento al progenitor que durante un periodo de tiempo afrontó en solitario el mantenimiento del hijo de obtener del otro progenitor el reembolso de los gastos realizados por tal concepto que a él hubiesen correspondido, conforme al criterio legal, desde la fecha del nacimiento⁴⁷⁸. No resulta razonable ni equitativo, ni siquiera tratándose de mantenimiento, y no de alimentos, imponer a un sujeto que ha podido perfectamente ignorar la paternidad hasta que esta se fija judicialmente, el deber de satisfacer retroactivamente los gastos ocasionados por el mantenimiento del hijo⁴⁷⁹. Es cierto que no cabe la aplicación analógica (analogía *legis*) de la norma contenida en el art. 445 *Codice*, porque ésta está dictada para los alimentos propiamente dichos, pero sí que puede acudir a la analogía *iuris* y aplicar el principio general que de ella se deduce, conforme al cual ningún sujeto puede ser constreñido a atender las necesidades de otro si ignora que ha surgido el deber legal de hacerlo, un principio que no debe alterarse por el hecho de que el destinatario de la prestación sea hijo del obligado y además menor⁴⁸⁰, y que debe ser aplicado con independencia de que la acción que se

⁴⁷⁷ BESSONE, “Rapporti...”, pág. 94; DOGLIOTTI, “Doveri...”, pág. 55; VILLANI, “Commento...”, pág. 257; RUSCELLO, *Lineamenti ...* pág. 255; SGROI, “I rapporti ...”, pág. 399; ANGELOZZI, “Sull’estinzione...”, pág. 37.

⁴⁷⁸ Afirmó en este sentido la Corte de Casación que el padre natural, declarado como tal en vía judicial, no puede sustraerse a su obligación frente al hijo por la cuota puesta a su cargo, sino que está obligado a cumplir, desde el momento del nacimiento, atendiendo a la naturaleza declarativa del pronunciamiento que determina la paternidad natural, con la única diferencia de que hasta el momento de la demanda judicial debe satisfacer al otro progenitor, que ostenta un derecho propio, las sumas que éste haya anticipado para hacer frente, solo, a las necesidades del hijo, mientras que para el período sucesivo está obligado a proveer al mantenimiento del hijo menor, entregando al otro progenitor, en cuanto ejerciente de la patria potestad del hijo, la pensión mensual puesta a su cargo (Cass. 28 junio 1994, n. 6217).

⁴⁷⁹ ANCESCHI advierte, en el mismo sentido, de la falta de equidad de la solución y pone como ejemplo el caso de la madre que mantiene en la ignorancia sobre el hecho de la paternidad al padre de su hijo, excluyéndolo así de la posibilidad de ejercitar sus derechos, consciente, además, de que en el futuro obtendrá de él el reembolso de los gastos de mantenimiento (“Rapporti...”, pág. 60).

⁴⁸⁰ En cambio, según la jurisprudencia italiana, no cabría aquí invocar el principio que rige en sede de alimentos, conforme al cual un sujeto no puede ser condenado al pago de alimentos anteriores a la fecha

utilice sea una acción dirigida a reclamar la prestación de mantenimiento al obligado o una acción de reembolso ejercitada por quien ha satisfecho una deuda de otro, puesto que el efecto para el obligado sería el mismo en ambos casos: la reclamación de una deuda cuya existencia ignoraba.

No hay contradicción en afirmar que el derecho de mantenimiento no necesita especiales presupuestos y que deriva de la filiación, entendida en sentido jurídico, y la negativa de la acción de reembolso, dado que la única filiación relevante debe ser la jurídica, no la meramente biológica.

En cuanto a la extinción, el deber de mantener a los hijos se extingue, desde luego, con la desaparición de la relación paterno-filial, lo que ocurrirá por muerte de cualquiera de sus miembros, cuando una sentencia judicial determine una filiación distinta incompatible con ella o declare ésta inexistente, o mediante la adopción, que supone como regla la extinción del anterior vínculo de filiación⁴⁸¹. También se extingue, según opinión unánime, cuando el hijo alcanza independencia económica, y no con la mayoría de edad. De esta causa de extinción nos ocupamos con detenimiento en el siguiente epígrafe.

Cabe también preguntarse, aunque el asunto posea escasa relevancia práctica, si el derecho de mantenimiento se extingue por efecto del matrimonio del menor.

En el caso de ser el mantenimiento un derecho ligado a la minoría de edad, y dado que el matrimonio produce por efecto la emancipación (art. 390 *Codice* y 316 Cc.), la respuesta sería claramente positiva. Pero el razonamiento no sirve desde el momento en que se considere que subsiste no obstante alcanzarse la mayoría de edad.

A falta de otro argumento de derecho positivo para considerar automáticamente extinguido el deber de mantenimiento por el hecho del matrimonio, habría que entender que se origina una situación en la que al deber de mantenimiento de los padres se suma ahora un deber de mantenimiento a cargo del cónyuge. Y resultaría razonable entender que el deber de mantenimiento de los padres queda en suspenso, aunque renace, como tal deber de mantenimiento, y no como deber de alimentos, cuando el cónyuge no posee recursos suficientes para mantener al menor de edad. Hay que admitir que en estos casos los rasgos que caracterizan el deber de mantenimiento quedan sumamente atenuados y que las cosas se desenvuelven, más bien, como si se tratara de un deber de alimentos. La situación, sin embargo, no es muy distinta a la que se origina por efecto del acogimiento, en cuanto que hay un acto voluntario de un tercero (en el caso del que ahora nos ocupamos, el matrimonio), que asume libremente el deber de mantenimiento de otro sujeto. Sin embargo, hay una importante diferencia entre el caso del matrimonio y el del acogimiento. Mientras que en este último hay razones que justifican el mantenimiento a cargo de los padres, no obstante ser asumido el deber por otro sujeto⁴⁸², no se encuentra ninguna, como no sea la menor edad del hijo, en el caso del matrimonio.

de presentación de la demanda, no ya porque ahora hablamos de alimentos y no de mantenimiento, sino, sobre todo, porque la acción que ejercita el progenitor que durante un tiempo mantuvo en solitario al hijo, no es una acción mediante la cual reclama en nombre del hijo una prestación al otro progenitor, sino que ejercita una acción de reembolso frente al otro. Falta aquí, claramente, -dice la *Corte di Cassazione* - la *ratio* que subyace en el art. 445 *Codice*, referido a la *decorrenza* de la obligación alimentaria, que descansa en la idea de que sólo con la presentación de la demanda (o en su caso del acto de constitución en mora) queda el obligado enterado del estado de necesidad del otro y de su insuficiencia de medios económicos, algo que no ocurre con el mantenimiento (Cass. 28 junio 1994, n. 6217).

⁴⁸¹ *Vid.*, no obstante, el apartado III 4.2 de este mismo capítulo.

⁴⁸² En el caso del acogimiento se trata de evitar a los padres estímulos al incumplimiento, y en el caso de la adopción no legitimante, prevista para hipótesis muy concretas, no se quiere privar al adoptado de relaciones significativas con su familia biológica.

Por eso y porque desde nuestro punto de vista es sumamente discutible que sea acertado hablar de mantenimiento tras la mayoría de edad, por las razones que se expondrán en el apartado siguiente, es preferible explicar la situación que se origina por efecto del matrimonio del menor, de otra manera: el derecho de mantenimiento de los padres se extingue con el matrimonio. El menor casado no tiene ya derecho a participar del nivel de vida de sus progenitores, sino a compartir el de su cónyuge. Distinto es que, caso de encontrarse en situación de necesidad, nazca a su favor un derecho de alimentos frente a sus padres.

Continuando con las causas de extinción del deber de mantenimiento, hay que señalar que no caben ni la renuncia ni la prescripción.

La razón por la cual el derecho de mantenimiento es irrenunciable no coincide con el fundamento de la irrenunciabilidad del derecho de alimentos. En el capítulo dedicado a los alimentos vimos cómo la prohibición de renuncia es una opción de política legislativa mediante la cual se quiere asegurar a cualquier sujeto que, caso de encontrarse en un momento dado en situación de necesidad, pueda siempre ejercitar la pretensión que la ley le reconoce para superarla⁴⁸³. Si el derecho de mantenimiento que corresponde a los hijos es irrenunciable no es porque se le quieran asegurar al titular medios de subsistencia (ni siquiera entendidos en sentido amplio), pues en tal caso habría que interpretar que el hijo con medios propios de vida puede válidamente renunciar al mantenimiento. La renuncia está excluida porque el deber de mantenimiento es contenido de la relación paterno-filial y, al igual que el resto de los deberes y derechos que integran ésta, no puede ser eliminado por decisión de los particulares. El contenido de la relación paterno-filial posee naturaleza imperativa.

En cuanto a la prescripción, el derecho al mantenimiento es un derecho imprescriptible en el sentido de que, como corresponde al hijo durante toda su minoría de edad, el hecho de no haber sido ejercitado, incluso durante largos periodos de tiempo, no determina que quede excluido su ejercicio. Está claro que el menor de edad puede hacer valer esta pretensión frente al progenitor incumplidor en todo momento. La duda es si puede obtener sólo el mantenimiento para el futuro o si podría también obtener el mantenimiento de manera retroactiva, esto es, una condena al pago de una cantidad de dinero por el mantenimiento correspondiente a aquel periodo de tiempo durante el cual no hubo un cumplimiento voluntario por parte del obligado.

Si, como ocurrirá la mayor parte de las veces, el menor ha sido mantenido en solitario por el otro progenitor, la respuesta debe ser negativa, dado que propiamente no habrá habido incumplimiento de la obligación de mantenimiento, sino, más bien, un cumplimiento realizado en exclusiva por uno de los deudores solidarios. De manera que sería el progenitor cumplidor el único que podría, ejercitando una acción de reembolso, exigir al otro la parte que a éste le hubiese correspondido satisfacer con arreglo al criterio legal de proporcionalidad con los recursos.

No obstante lo anterior, surge una dificultad en los casos en los que la cuantía de la contribución del progenitor incumplidor no estuviese previamente fijada. Es cierto que el criterio legal de la proporcionalidad de los recursos hace posible su cuantificación *a posteriori*, pero el problema deriva del hecho de que el padre cumplidor no habrá, probablemente, atendido a las necesidades del hijo en la medida en que lo habrían permitido los medios económicos de ambos, sino en la medida en que lo hayan permitido, exclusivamente, sus propios recursos. La consecuencia de todo ello es que el menor, durante el tiempo en el que ha sido mantenido por uno sólo de los padres, ha recibido en concepto de mantenimiento menos de aquello a lo que legalmente tenía

⁴⁸³ Capítulo II, apartado X.

derecho. De ahí que sea oportuno preguntarse si tiene acción frente al progenitor incumplidor y si esta acción está sujeta a un plazo de prescripción.

La respuesta debe ser negativa. Lo más sensato es no reconocer al hijo acción frente al progenitor que haya contribuido en medida inferior a la legal, dejando siempre a salvo el caso de fijación previa del importe⁴⁸⁴. Por una parte porque las cantidades que pudieran recibirse tardíamente en concepto de mantenimiento dudosamente cumplirían la finalidad de ser un instrumento para el desarrollo de la personalidad del hijo. Y sobre todo porque las normas que ordenan que los padres contribuyan al mantenimiento del hijo en proporción a sus recursos y que para fijar la pensión de mantenimiento se tengan en cuenta sus medios económicos, son normas dirigidas al juez a quien corresponde adoptar las medidas correspondientes a los hijos, y no contienen, propiamente, criterios de naturaleza imperativa que puedan ser invocados con eficacia retroactiva en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, aunque sí en el ámbito de las relaciones entre los sujetos obligados solidariamente al mantenimiento.

Finalmente, por lo que se refiere a la suspensión o cese temporal del deber de mantenimiento, creemos que se puede producir, sin ninguna duda, en el caso en el que exista una situación de imposibilidad económica en el obligado. Es claro que los tribunales, en tales casos, no pueden condenar al pago de ninguna cantidad de dinero, sin embargo sí que cabe lo que hemos llamado la prestación en especie, el cuidado y atención del menor. Y subsiste, desde luego, el deber del obligado de esforzarse por conseguir medios económicos⁴⁸⁵.

También se suspende el deber de mantenimiento cuando el hijo, siempre menor de edad, permanezca fuera del hogar paterno por razones de trabajo. Así resulta de lo dispuesto en el art. 319 Cc, con arreglo al cual “Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos”. Es claro que si el alejamiento se debe a razones formativas o de otro tipo, el deber subsiste.

No se suspende el deber de mantenimiento, por las razones que ya se explicaron en el apartado correspondiente⁴⁸⁶, cuando el menor está en situación de acogimiento. En este caso subsiste desde luego el deber de mantenimiento de los padres, como también subsiste en todos aquellos casos en que los hijos han sido voluntariamente confiados a otras personas o cuando se haya producido una intervención de los poderes públicos por estar los menores en situación de desamparo.

9- El llamado deber de mantenimiento de los hijos mayores de edad

La doctrina y la jurisprudencia italiana venían afirmando, desde hace tiempo,

⁴⁸⁴ Sin embargo, en este caso la acción corresponde al progenitor cumplidor, titular de una acción de reembolso, el cual podría, en casos concretos, enriquecerse injustamente. Piénsese en el caso en que el progenitor que cumple en solitario no disponga de recursos suficientes para satisfacer en concepto de mantenimiento, además de su propia deuda, la del otro progenitor. La consecuencia práctica es que los recursos destinados al mantenimiento del hijo son menores. Y, posteriormente, por la vía del reembolso, el padre cumplidor recibe del incumplidor, no la proporción correspondiente de la cantidad destinada *de facto* al mantenimiento, sino la cantidad (mayor) que judicial o convencionalmente se había establecido que correspondía como pensión de mantenimiento al padre incumplidor.

⁴⁸⁵ En este sentido, MORELLI, Mauro, quien afirma que el obligado al mantenimiento no es libre de trabajar o no, mientras que el deudor de alimentos sí, y que el derecho de mantenimiento prescinde, en cuanto a su nacimiento y subsistencia, de las condiciones económicas del obligado, en cuanto que no se libera de él por la falta de medios, si bien admite que otra cosa es su cuantificación (“Gli alimenti...”, pág. 70). ANCeschi, por su parte, sostiene que para ser exonerado del deber de mantenimiento, el obligado debe demostrar, además de la falta de medios económicos, su imposibilidad no culpable de procurárselos (*Rapporti...*, pág. 63).

⁴⁸⁶ Vid. las referencias al acogimiento en el apartado III. 4.2 de este mismo capítulo.

que el deber de mantenimiento de los padres no se extingue con la mayoría de edad del hijo, sino cuando éste alcanza independencia económica⁴⁸⁷. Este punto de vista parece haber alcanzado consagración legislativa a partir de la publicación de la Ley n. 54, de 8 de febrero de 2006, que dio al art. 155 *quinquies Codice*, párrafo primero, la siguiente redacción: El juez, valoradas las circunstancias, puede disponer a favor de los hijos mayores no independientes económicamente, el pago de una pensión periódica. Dicha pensión, salvo en el caso de determinarse otra cosa por el juez, se satisfará directamente a favor del titular del derecho. A pesar de que el artículo no habla en ningún momento de mantenimiento y de que desde el punto de vista sistemático la previsión es independiente de las normas que regulan el mantenimiento de los hijos, que están contenidas en el art. 155 *Codice*, la opinión de la doctrina es que estamos ante un supuesto de mantenimiento⁴⁸⁸ y que la única novedad que se introduce en relación con los planteamientos sobre el tema previos a la reforma, es que se establece como regla que la pensión que en caso de cese de la convivencia de los padres, uno de ellos tenga que satisfacer el hijo mayor de edad, se le entregará directamente a éste y no al otro progenitor, que es lo que ocurría anteriormente. Hasta ahora esta posibilidad no estaba expresamente prevista, si bien en la práctica se consideraba posible en algunos casos⁴⁸⁹.

Todo parece indicar, en efecto, que en referencia a los hijos mayores de edad sólo se ha querido modificar lo relativo al sujeto destinatario del pago y que, de resto, la construcción doctrinal y jurisprudencial elaborada en torno al llamado en el ordenamiento italiano derecho de mantenimiento de los hijos mayores de edad, continúa inmutable⁴⁹⁰. Téngase en cuenta que las indicaciones actualmente contenidas en el art. 155 *quinquies* no suponen, ni mucho menos, un régimen jurídico completo para resolver todas las cuestiones que suscitan los deberes económicos de los padres frente a sus hijos tras alcanzar estos la mayoría de edad⁴⁹¹, y que dicho régimen jurídico habrá que

⁴⁸⁷ DOGLIOTTI, “Doveri...”, pág. 57; AULETTA, *Alimenti ...*, pág. 96; ROSSI, Rita, *Il mantenimento ...*, pág. 106; SESTA, *Diritto ...*, pág. 454; VERCELLONE, “I rapporti...”, pág. 953; DOSI, “Le nuove ...”, pág. 48. Opinión contraria es la de VICENZI AMATO, para quien una vez que el hijo alcanza la mayoría de edad, sólo ostenta un derecho de alimentos, ligado a los presupuestos de necesidad y capacidad económica (*Gli alimenti...*, pág. 231). Un resumen de la jurisprudencia sobre el tema, muy abundante, puede verse en ROSSI, Rita, *Il mantenimento...*, págs. 106 a 109 y 153 a 156.

⁴⁸⁸ SESTA, por ejemplo, afirma que hoy el art. 155 *quinquies* fija expresamente la subsistencia del mantenimiento tras la mayoría de edad. De este artículo, previsto para la separación y el divorcio, del art. 30 CI y del 147 *Codice* deduce la regla del mantenimiento hasta que se alcance independencia económica (*Manuale...* (2007), pág. 217). También DOSI, “Le nuove...”, pág. 48.

⁴⁸⁹ DOSI, “Le nuove...”, pág. 49.

⁴⁹⁰ No faltan, sin embargo quienes, como DE FILIPPIS, interpretan que a los hijos mayores de edad les son aplicables actualmente, además del art. 155 *quinquies*, que contiene las disposiciones particulares para este caso, las normas contenidas en el art. 155 *Codice*. El hecho de que éste se titule *Provvedimenti riguardo ai figli*, y no *Provvedimenti riguardo ai figli minori*, revela, según el autor, que también los mayores de edad quedan comprendidos en la norma (*Affidamento...*, pág. 192), un punto de vista que no compartimos porque aparte de que el texto del art. 155 menciona específicamente al hijo menor (cfr. párrafos 1º y 2º), ni las previsiones en él contenidas -sobre el modo de cumplimiento de los deberes de mantenimiento, educación e instrucción en los casos de no convivencia de los padres-, ni el espíritu que las inspira -la responsabilidad común en el cuidado y atención de los hijos- tienen sentido en referencia a los hijos mayores de edad. A ello hay que añadir que en el Proyecto de ley aparecía una disposición que preveía de modo explícito la aplicación a los hijos mayores de edad, del párrafo 4º del art. 155, que fue eliminada. Diferente es la opinión del autor, que encuentra una clara correlación entre el principio de *bipaternidad* y el tratamiento legal de la posición de los mayores de edad, considerando que la posibilidad de que el pago se realice directamente por el padre al hijo refuerza la relación entre ambos, y no, como hasta ahora ocurría, con el otro progenitor, único referente económico.

⁴⁹¹ DE FILIPPIS, *Affidamento...*, pág. 192.

buscarlo en otro lugar; en concreto, a falta de previsiones detalladas en el Código, en las soluciones jurisprudenciales y en la elaboración doctrinal.

Doctrina y jurisprudencia han establecido que el deber de los padres de contribuir al mantenimiento del hijo según las reglas del art. 148 *Codice* no cesa *ipso facto* con la mayoría de edad de éste, sino que perdura, inmutado, hasta que el padre que solicita que se declare que ha cesado su deber demuestre que el hijo ha alcanzado independencia económica, o bien que la falta de desarrollo de una actividad económica depende de una actitud de inercia o de una negativa injustificada por su parte⁴⁹². Esta es la idea central que aparece en muchos pronunciamientos, aunque los tribunales también se han ocupado de aclarar otros extremos. Así, que el derecho de mantenimiento no resurge por el abandono de la actividad laboral del hijo, sin perjuicio de que surja un derecho de alimentos⁴⁹³.

Constituye, pues, una doctrina jurisprudencial consolidada, de la que las sentencias citadas⁴⁹⁴ son sólo una muestra, no sólo el hecho de que el deber de mantenimiento se prolongue hasta el momento en que se alcance independencia económica, sino además la idea de que el comportamiento del titular del derecho de mantenimiento, ya un sujeto mayor de edad, no es irrelevante a los efectos de la extinción del derecho.

En términos generales no se trata de una situación distinta a la actualmente existente en España, también obra de la jurisprudencia. Aunque en el caso del ordenamiento español no se habla de derecho de mantenimiento, sino de derecho de alimentos (tanto si los hijos son mayores como menores de edad), las respuestas de los tribunales a los problemas que se han ido planteando en la práctica son similares a las del Derecho italiano: es la independencia económica y no el mero hecho de alcanzar la mayoría de edad, lo que determina la extinción del derecho de “alimentos” del padre frente al hijo, una independencia que se considera lograda cuando el hijo ha terminado su formación o comienza a realizar un trabajo estable, sin perjuicio de que si sobreviene con posterioridad una situación de necesidad surja a su favor un derecho de alimentos plenamente sometido a lo dispuesto en los arts. 142 a 153 Cc. A pesar de que el art. 152, 3º Cc ordena el cese de la obligación de alimentos “cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria”, se viene interpretando que el derecho del hijo subsiste, aun cuando objetivamente pueda realizar un trabajo, en tanto en cuanto continúe formándose y siempre y cuando tenga un razonable rendimiento académico. Además, la prueba de que el hijo ha alcanzado independencia económica corresponde al padre que pide que se declare extinguido su derecho⁴⁹⁵.

La doctrina jurisprudencial expuesta encuentra un amplio consenso entre los autores. Y es que se pueden encontrar, ciertamente, razones convincentes para compartir los pronunciamientos de la *Corte di Cassazione* y del Tribunal Supremo:

Se comparte sin dificultades la idea de que los deberes económicos frente a los hijos no desaparecen con la adquisición de la mayoría de edad, dado que actualmente la formación de los jóvenes se extiende mucho más allá de los dieciocho años. Es por ello por lo que el contenido del mantenimiento no debe sufrir variación alguna en esta etapa

⁴⁹² Cass. Sez. I, 3 abril 2002, n. 4765. De modo análogo Cass. Sez. I, 1 diciembre 2004, n. 22500. Cass. Sez. I, 18 enero 2005, n. 951, en la que el Tribunal de casación declaró que el hijo debe esforzarse por encontrar un trabajo y llegar a ser independiente económicamente, de manera que el juez puede dejar sin efecto el deber de mantenimiento a cargo del padre cuando resulte que el hijo, de modo culposo, no haya terminado sus estudios y rechazado además, injustificadamente, un puesto de trabajo.

⁴⁹³ Cass. Sez. II, 7 julio 2004, n. 12477.

⁴⁹⁴ *Vid.* notas anteriores.

⁴⁹⁵ De todo ello nos hemos ocupado con detalle en un trabajo anterior, al que remitimos al lector interesado, “Los presupuestos ...”.

y por lo que se debe seguir entendiendo que el hijo debe participar en la posición económica del padre, siempre con un objetivo determinado, el desarrollo de su personalidad.

También merece aprobación la doctrina jurisprudencial que impone a los padres la carga de la prueba de que concurren las circunstancias que determinan el cese de su deber frente a los hijos. Esta doctrina surge en respuesta a los intentos del padre no conviviente y deudor de una pensión a favor del hijo, de que se declare extinguida su obligación solo en base al dato de la mayoría de edad de éste. Es una doctrina que le protege, y con toda lógica, dado que es altamente infrecuente que los jóvenes de dieciocho años estén en condiciones de ganarse la vida.

Es claro, no obstante, que el deber de mantenimiento de los hijos no dura toda la vida y que se hace preciso establecer algunos criterios que permitan decidir cuándo se extingue. No basta afirmar, aunque ello sea un primer paso, que el hijo pierde el derecho al mantenimiento cuando alcanza independencia económica, pues se dejan abiertos muchos interrogantes.

La interpretación que se ha impuesto, con apoyo en diversos preceptos⁴⁹⁶, es que los jóvenes tienen derecho a obtener la formación a la que aspiran, a costa de los padres, siempre que la posición económica de éstos lo permita, aunque con un límite: que la causa por la cual no hayan alcanzado autonomía económica no les sea imputable. Les será imputable si, por ejemplo, han rechazado injustificadamente un trabajo o no han realizado sus estudios con suficiente dedicación, lo que no es más que una aplicación de lo establecido en el art. 4.2 CI que establece el deber de todo ciudadano de desarrollar según su propia posibilidad y elección, una actividad o función que contribuya al progreso material o espiritual de la sociedad, y del art. 35 CE, que impone a todos los españoles el deber de trabajar.

Nos encontramos, en suma, ante una doctrina jurisprudencial que tiene en cuenta los principios constitucionales y la realidad social actual, y nace para resolver dudas que en buena medida derivan del hecho de ser insuficiente y escasa la regulación del deber de mantener a los hijos. La aprobación que en términos generales merece la citada doctrina no excluye que determinados fallos y pronunciamientos resulten difíciles de aceptar. En ocasiones los tribunales llegan demasiado lejos, en particular en Italia, algo que, por otra parte, los autores ya se han ocupado de denunciar.

Existe, en efecto, una corriente crítica representada por un grupo de autores que considera que las actuales orientaciones jurisprudenciales son demasiado indulgentes con los hijos mayores de edad⁴⁹⁷.

Varias cuestiones deben ser traídas aquí a colación. Es preciso recordar en primer lugar que los deberes paterno-filiales de educación e instrucción de los hijos, que son los que en último término se encuentran en la base de la interpretación jurisprudencial que se ha impuesto, no deben afrontarse en solitario por los padres. Como dice DOGLIOTTI, es cierto que la Constitución ha investido directamente a la familia y a los padres del deber de mantenimiento e instrucción de los hijos, pero no es menos cierto que no se puede dejar sola a la familia en esta tarea, prescindiendo de lo

⁴⁹⁶ En el caso de Italia, el art. 147 *Codice*, que alude expresamente a la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los hijos, al hablar del deber de mantenimiento de los padres; el art. 30 CI, en el que el derecho de mantenimiento de los hijos aparece ligado a los de instrucción y educación, y los arts. 2 y 3, que reconocen el derecho subjetivo al libre desarrollo de la personalidad. También en alguna ocasión se ha citado como fundamento de la citada doctrina jurisprudencial la Convención europea sobre el ejercicio de los derechos de los jóvenes, ratificada por Italia mediante la Ley n. 77 de 2003. En España cabe igualmente invocar algunos preceptos constitucionales, en particular en el art. 10 CE, que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

⁴⁹⁷ ANGELOZZI, “Sull'estinzione...”, pág. 45; BOLONDI, “Sempre ...”, pág. 822.

dispuesto en el art. 31 de la Constitución, donde se delinea un programa de protección y ayuda al grupo familiar que se concreta después en otros deberes, unos deberes que se ponen a cargo de toda la sociedad, y que van desde la tutela del derecho al estudio a la tutela al derecho a la salud, hasta el derecho del ciudadano a una retribución suficiente para sí y para su familia⁴⁹⁸. En análogo sentido, en cuanto que también reflexiona sobre el papel que a los poderes públicos corresponde, puede citarse, en la doctrina española, a RIBOT IGUALADA, quien pone de relieve que la imposición a las familias de funciones de asistencia a sus miembros adultos, ha de venir acompañada de un apoyo efectivo a las familias, desde el punto de vista administrativo, social y fiscal.⁴⁹⁹

En otro orden de cosas, el derecho de los hijos es claro que no es un derecho absoluto y así se viene entendiendo al admitirse que cesa cuando las razones por las cuales los mayores de edad no han alcanzado independencia económica les son imputables⁵⁰⁰. Pero hay que añadir algo más: el derecho de mantenimiento, cuya actual extensión y duración se justifican por el derecho al libre desarrollo de la personalidad del hijo, puede incidir y afectar al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres. Así lo ha puesto de manifiesto, igualmente, RIBOT IGUALADA⁵⁰¹. Bien está que cuando el hijo es un menor, o en los primeros años de su juventud, prevalezca el derecho del hijo, pero llega un momento en que esto no es tan obvio, planteándose un delicado problema de conciliación entre derechos fundamentales, que quizás los tribunales deberían tener en cuenta. Como también deberían considerar, en aquellos otros casos en los que al ser elevados los recursos económicos del padre no esté comprometido su derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en ningún caso el derecho al mantenimiento puede significar que el hijo adulto que no pueda lograr por sí sólo el *status* de sus padres, a pesar de haber puesto los medios para hacerlo, conserve frente a ellos un derecho de mantenimiento. Una cosa es que el nivel económico de los padres sea el referente de la formación a que puede aspirar el hijo⁵⁰² y otra muy distinta que se convierta en el criterio que determine el momento de extinción del deber de los padres, en el sentido de que hasta que el hijo no alcance el nivel de los padres, conserve una pretensión económica frente a ellos⁵⁰³.

⁴⁹⁸ “*Doveri...*”, pág. 58, siguiendo a BESSONE.

⁴⁹⁹ “El fundamento...”, pág. 1172.

⁵⁰⁰ En este sentido, últimamente, SIERRA PÉREZ, “Comentario...”, pág. 728.

⁵⁰¹ “El fundamento...”, especialmente, págs. 1161-1165.

⁵⁰² Entendemos que son sólo las posibilidades económicas de los padres y no el nivel socio-económico, lo que debe marcar la extensión y duración del derecho de mantenimiento del hijo. Según VERCELLONE, en cambio, el hijo puede exigir de sus padres, aun contra la voluntad de éstos, y siempre que tengan capacidad patrimonial, el derecho a realizar un largo periodo de formación cuando ello “entre en las costumbres y en la subcultura del grupo social al que la familia pertenece (“*I rapporti...*”, pág. 954). Nos parece un punto de vista equivocado: el derecho de los hijos al libre desarrollo de su personalidad encuentra necesariamente un límite en las posibilidades económicas de los padres, pero no en su ambiente socio-cultural.

⁵⁰³ Interesa señalar que los tribunales italianos, en ocasiones, han entendido que la independencia económica que determina la extinción del derecho de mantenimiento del hijo mayor de edad se traduce en el desempeño de una actividad laboral, mas no cualquiera, sino una que sea adecuada, es decir que garantice al hijo unos ingresos que se correspondan con la cualificación por él lograda en relación a las normales y concretas condiciones del mercado. No se atribuye en cambio relevancia al tenor de vida de que haya gozado el individuo dentro de su familia, al estimarse que una vez que ha finalizado el proceso formativo, él deviene un individuo autónomo y que pierde relevancia el *modus vivendi* de su familia de origen. Sin embargo, no han faltado pronunciamientos en los que se han utilizado, para declarar subsistente el derecho al mantenimiento, criterios como el contexto socio-cultural en el cual viven los padres, lo que ha motivado importantes críticas doctrinales (Sobre la cuestión, *vid.* BOLONDI, “*Sempre...*”, págs. 818 a 823).

Nos sumamos, en definitiva, a la opinión de quienes propugnan una interpretación más rígida en lo que concierne a los derechos económicos de los hijos mayores de edad, que sería más conforme con el sentir social, y más sensible a las cargas económicas que pesan sobre las familias, y que encuentra a su favor argumentos normativos como los arts. 1 y 4 CI y 35 CE, que reconocen el derecho, pero también el deber del ciudadano, de realizar un trabajo⁵⁰⁴.

Además de ello, hay un segundo aspecto relativo al llamado derecho de mantenimiento de los hijos mayores de edad sobre el que creemos que es preciso reflexionar: ¿se trata realmente de un derecho de mantenimiento?

En el ámbito del derecho positivo no hay ningún argumento decisivo a favor de que sea así. En la Constitución Italiana el deber de mantenimiento parece contemplarse exclusivamente como un deber frente a los hijos menores de edad, como resulta del hecho de aparecer unido a los de educación y mantenimiento (art. 30 CI), y en cuanto a la Constitución española, aunque alude a la posible existencia de deberes de asistencia de los padres frente a los hijos tras la mayoría de edad de estos, deja el asunto en manos del legislador ordinario (art. 39.3). Por lo que respecta a los Códigos civiles, tampoco puede decirse que reconozcan claramente un derecho de mantenimiento a los hijos mayores de edad. El art. 155 *quinqüies Codice*, que se ocupa de los derechos económicos de los hijos mayores en los supuestos de cese de la convivencia de sus padres, no habla en ningún momento de “mantenimiento”⁵⁰⁵, cosa que sí hace en cambio el art. 155 *Codice*, que versa sobre los derechos de los hijos menores. Ello podría indicar, en efecto, que el derecho de los hijos mayores no es propiamente un derecho de mantenimiento, lo que resultaría confirmado por otros preceptos como el art. 279 *Codice*, en el que se utiliza el término “mantenimiento” en referencia a los menores de edad y el término “alimentos”, por el contrario, en referencia a los mayores de edad. Menos clarificador aun resulta el Código español, que no habla propiamente de deber de mantenimiento, sino de alimentos, término impreciso con el cual se alude tanto al verdadero mantenimiento como a los alimentos.

En cualquier caso, la duda respecto de si estamos o no propiamente ante un supuesto de derecho de mantenimiento no deriva, como es lógico, de la terminología empleada por la ley, sino del hecho de que muchos de los rasgos que definen el derecho de mantenimiento de los hijos quedan absolutamente desdibujados en el caso de los hijos mayores:

Según ha quedado expuesto, la deuda de mantenimiento, que es una prestación de dar, está íntimamente ligada al deber de cuidado, que es una prestación de hacer. Esta última desaparece con la mayoría de edad del hijo, excepto en el supuesto en que éste tuviese alguna incapacidad (cfr. art. 155 *quinqüies*, párrafo 2º *Codice*). Por otra parte, la conducta del hijo puede determinar la extinción del derecho de que es titular, algo que nunca ocurrirá en el caso de los hijos menores.

Como se ve, hay significativas diferencias entre el régimen jurídico del mantenimiento de los hijos mayores y de los hijos menores, aunque también es verdad que coinciden en aspectos importantes. En particular, en ser su fundamento el hecho de la generación, con todas las consecuencias que de ello se derivan, y en su alcance y contenido.

Constatado que no cabe una plena asimilación entre el derecho de mantenimiento de los hijos mayores de edad y el de los hijos menores, lo que procede, de cara a dilucidar si nos encontramos o no ante un verdadero derecho de

⁵⁰⁴ ANGELOZZI, “Sull’estinzione...”, pág. 45.

⁵⁰⁵ El título del artículo es “Disposiciones a favor de los hijos mayores” y además en el texto de la norma se habla de “pensión periódica”, no de mantenimiento.

mantenimiento, es establecer primero cuál o cuáles son los caracteres esenciales de éste, lo que de verdad lo define, para pasar seguidamente a comprobar si se dan o no en el caso de la prestación económica que pueden exigir a sus padres los hijos mayores de edad.

Pues bien, es opinión unánimemente aceptada que uno de los rasgos que caracteriza al mantenimiento y que permite diferenciarlo de los alimentos, es el hecho de ser un derecho incondicionado del hijo, un derecho que prescinde de todo presupuesto y en particular de su estado de necesidad y que por ello le corresponde incluso al hijo que posee un patrimonio propio. Nada de esto se da cuando el titular del derecho es un mayor de edad, momento a partir del cual el derecho a recibir asistencia económica de sus padres sí que queda sujeto a ciertos presupuestos, en concreto y como mínimo a la ausencia inexcusable de independencia económica⁵⁰⁶. Lo coherente, entonces, es no considerarlo un supuesto de mantenimiento.

A partir de aquí se abren dos posibilidades distintas: una, entender que estamos ante un caso de alimentos, y otra, considerar que el derecho de los hijos mayores de edad frente a sus padres es un derecho distinto, que no puede ser considerado ni como mantenimiento ni como alimentos⁵⁰⁷. Pueden esgrimirse argumentos a favor de ambos puntos de vista, porque ciertamente el derecho, tal y como ha sido formulado por la jurisprudencia, no participa tampoco plenamente de los caracteres de la obligación de alimentos entre parientes. Pero no porque su alcance sea mayor, ya que como repetidamente se ha afirmado, en cuanto a su contenido no hay diferencias entre mantenimiento y alimentos⁵⁰⁸, sino porque la situación en la que se encuentra el hijo mayor de edad que aun no goza de independencia económica, ante el cese de la convivencia de sus progenitores o cuando voluntariamente abandona el hogar familiar, difiere de la situación de necesidad en la que puede encontrarse cualquier adulto y que es la que constituye el presupuesto típico de los alimentos. Difiere en el sentido de que el adulto que pretenda alimentos debe probar su situación de necesidad, una prueba que no se le exige al hijo que alcanza la mayoría de edad. Sin embargo, quizás no es ésta una diferencia de suficiente entidad como para negar que sea un supuesto de alimentos. Al invertirse la carga de la prueba y establecerse la presunción de que el joven de dieciocho años no es autónomo desde el punto de vista económico, los tribunales podrían, simplemente, estar teniendo en cuenta la realidad social y tratar de proteger al hijo, en particular al que, debido a la falta de convivencia de los progenitores, está percibiendo una pensión periódica de ellos. Se trata de impedir que el cobro de esa pensión se interrumpa por el mero hecho de cumplir el hijo dieciocho años⁵⁰⁹.

En cualquier caso, no puede concluirse sin más que el derecho del hijo mayor de edad a obtener de sus padres los medios materiales que le permitan vivir sea un derecho de alimentos, y que queda sometido al régimen jurídico de esta obligación, dado que parece razonable entender que subsiste a cargo de los padres el deber de obtener los

⁵⁰⁶ Y al menos en el caso del Derecho español, a la ausencia de ingresos propios, tal y como clarísimamente se deduce de la letra del art. 93, 2º Cc, del que nos ocupamos más adelante.

⁵⁰⁷ Esta opinión ha sido sustentada por un sector de la doctrina italiana (Al respecto, FREZZA, *Mantenimiento...*, pág. 91).

⁵⁰⁸ No se pierda de vista que para la doctrina italiana los alimentos constituyen, al menos en teoría, una prestación limitada a las necesidades primarias del sujeto. De ahí que el derecho de los hijos mayores de edad se considere un supuesto de mantenimiento y no de alimentos.

⁵⁰⁹ Es importante no perder de vista, porque explica muchas cosas, que la afirmación por parte de los tribunales de que el derecho de los hijos no se extingue automáticamente cuando alcanzan la mayoría de edad, surge, al menos en España, a propósito de las acciones por las que los padres que vienen satisfaciendo una pensión mientras aquéllos eran menores, pretenden que el juez declare extinguido su deber.

recursos necesarios para procurar al hijo mayor de edad los medios que le permitan completar su formación, lo que no ocurre en el caso de la obligación de alimentos entre parientes.

En definitiva, todo parece indicar que la obligación de mantener a los hijos mayores de edad es una figura intermedia entre el mantenimiento y los alimentos, pues participa de caracteres de una y de otra. Tal conclusión es válida para el ordenamiento italiano y para el español, pese a que las leyes españolas se refieran a él como un supuesto de alimentos, lo que resulta irrelevante por las razones repetidamente expuestas.

El Código civil español contiene dos previsiones normativas específicas referidas al derecho de alimentos de los hijos mayores de edad: el art. 142, 2º, en sede de alimentos, y el art. 93, 2º, dentro del capítulo dedicado a los efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio.

El primero de ellos declara que los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista, incluso mayor de edad “cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”. La norma debe ser puesta en relación con el art. 152, 5º Cc, que ordena 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”. Ambos preceptos constituyen el fundamento jurídico en el que se basan los tribunales españoles para declarar extinguido el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad que no hayan alcanzado independencia económica por una causa que les sea imputable, en particular por la falta de dedicación a sus estudios. No hay disposiciones análogas en el Derecho italiano, lo que no ha impedido a los tribunales de este país pronunciarse en idéntico sentido.

El otro precepto que dentro del Código español se ocupa de modo explícito de los alimentos de los hijos mayores de edad es el art. 93, 2º Cc, que, en referencia a los procesos de separación, nulidad o divorcio de los padres, preceptúa que “Si convivieren en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieren de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y siguientes de este Código”. La norma está dirigida a resolver el problema que se plantea en los pleitos matrimoniales cuando hay hijos comunes que, tras la ruptura, van a convivir con uno de los cónyuges. Es claro que estos hijos emancipados y en situación de necesidad tienen un derecho de “alimentos” frente a ambos progenitores. Y es claro también que, conforme a las normas generales, dada su condición de sujetos plenamente capaces, son los legitimados para reclamar su cumplimiento del progenitor con el que no conviven, si bien no pueden hacerlo, desde luego, en el pleito matrimonial entablado entre sus padres (del que sólo éstos son parte). Se origina por todo ello un claro perjuicio al padre conviviente, el cual tendría que afrontar en solitario la manutención de esos hijos, salvo que ellos mismo iniciasen un proceso judicial contra el otro progenitor. De ahí que el legislador tome cartas en el asunto, ordenando al juez que fije los alimentos que corresponda satisfacer al alimentante no conviviente con el alimentista mayor de edad y carente de ingresos propios⁵¹⁰. La conveniencia de esta solución se había puesto de manifiesto a raíz de determinados casos que se habían planteado ante los tribunales y que algunos jueces resolvieron reconociendo legitimación al progenitor conviviente con el hijo mayor de

⁵¹⁰ Sobre la *ratio* de la norma contenida en el art. 93,2º Cc, por todos, GUILARTE GUTIÉRREZ, (“A vueltas...” pág. 179). El autor destaca muy acertadamente que a quien verdaderamente perjudica la situación que se plantea como consecuencia del cese de la convivencia de los padres, es “al cónyuge que sosteniendo dicha carga no podía recuperarla en el proceso matrimonial”.

edad (habitualmente la madre), con fundamento en el principio del *favor filii* o en razones de economía procesal, y acudiendo al concepto de cargas familiares. Pese a la literalidad de la norma, que dice que el juez “fijará los alimentos que sean debidos...”, los tribunales no actúan de oficio en este ámbito y únicamente fijan una pensión alimenticia a favor de los hijos ya emancipados a instancia de parte. Finalmente, y aunque el asunto ha sido largamente debatido, se ha interpretado que el precepto concede legitimación al progenitor conviviente para reclamar al otro alimentos a favor del hijo común mayor de edad⁵¹¹. Este es, de hecho, el objetivo del art. 93,2º Cc: legitimar para reclamar una pensión alimenticia a quien normalmente no lo estaría (el progenitor conviviente), por no reunir la condición ni de alimentista ni de representante legal.

Una vez explicadas las normas que dentro del Código civil español se ocupan de modo específico del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad, pasamos al comentario del art. 155 *quinquies Codice*, que es el único precepto que dentro de este texto legal se refiere al denominado por la doctrina (que no por la ley) derecho de mantenimiento de los hijos mayores de edad. La norma es aplicable a los procedimientos de separación, divorcio y nulidad de los progenitores, así como a los casos en los que éstos, aun no estando casados, inicien un proceso judicial dirigido a que se adopten las medidas que han de aplicarse en sus relaciones con los hijos. Dice el artículo que el juez, valoradas las circunstancias, puede disponer a favor de los hijos mayores no independientes económicamente, el pago de una pensión periódica, añadiéndose que tal pensión, salvo disposición en contrario del juez, se pagará directamente al titular del derecho.

Ni qué decir tiene que la situación de los hijos mayores de edad ante el cese de la convivencia de sus padres plantea una problemática sustancialmente distinta a la de los menores de edad. En relación a estos últimos es preciso adoptar decisiones relativas a su cuidado y por lo tanto establecer si esta tarea la van a realizar los dos progenitores o uno sólo, siendo también necesario, en ocasiones, fijar la cuantía de la contribución económica que en su caso corresponda pagar a uno de los progenitores. Por el contrario, cuando el hijo es mayor de edad, y dejando al margen el supuesto en que fuese “incapacitado”⁵¹², bastará, en principio, con establecer la cuantía de la pensión a cargo

⁵¹¹ Tras una primera etapa de vacilaciones por parte de la jurisprudencia y de la doctrina, el TS zanjó la polémica en la Sentencia de 24 de abril de 2000 (Ponente: Pedro González Poveda), mediante la cual se resolvía un recurso en interés de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a un fallo que negó legitimación a la esposa para exigir en un juicio de separación la fijación de alimentos para los hijos del matrimonio mayores de edad. El Alto Tribunal declaró haber lugar al recurso, manifestando que “El progenitor con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentren en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párr. 2º, del Cc, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores”. El Tribunal estimó que concurre en el cónyuge con el que conviven los hijos mayores de edad un indudable interés a que en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos, añadiendo que la posibilidad que consagra el art. 93,2º Cc se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores.

⁵¹² La incapacidad a la que nos referimos es a la contemplada en el art. 155 *quinquies*, 2º *Codice*. El precepto contiene una norma absolutamente nueva al disponer que a los hijos portadores de *hándicap* grave en el sentido del art. 3, 3º de la Ley de 5 de febrero de 1992, n. 104, se aplican íntegramente las disposiciones previstas a favor de los hijos menores. El *hándicap* al que se refiere la norma es aquel que reduce la autonomía personal del sujeto y hace necesaria una intervención asistencial permanente, continuada y global, en la esfera individual y en la de relación. Se trata de una situación que presenta como caracteres la gravedad y la globalidad; de ahí que en el caso de cese de la convivencia de los padres

de los padres. Es claro que no se puede ya suponer, dada la mayoría de edad del hijo, una situación de convivencia con ninguno de los progenitores. Sin embargo, en la práctica es frecuente que el hijo conviva con uno de ellos y no se puede descartar que lo haga con los dos. Cuando haya convivencia, el padre conviviente cumplirá directamente el deber económico frente al hijo. Pero a falta de esta convivencia, será preciso fijar la cuantía de la pensión que a éste corresponde. Si el hijo no convive con ninguno de los padres, habrá que fijar la cantidad a satisfacer por cada uno, siempre proporcional a sus respectivos recursos. En otro caso, esto es, si convive con uno de ellos o con los dos de manera alternada, se origina una situación no muy distinta en el aspecto económico a la que surge respecto de los menores, con la importante salvedad de que, al haberse extinguido el deber de cuidado de los padres, desaparece su incidencia en la cuantía de la prestación económica a que tiene derecho el hijo.

En definitiva, también en relación con los hijos mayores puede surgir la necesidad de fijar una pensión para realizar el principio de proporcionalidad o el que por acuerdo de los padres deba aplicarse para la distribución entre ellos de la carga económica que representa el hijo. Esta es la hipótesis para la que parece estar pensado el art. 155 *quinquies*, 1º: El juez, *valoradas las circunstancias, puede* disponer el pago de una pensión a favor de los hijos mayores no independientes económicamente. Hasta aquí, nada nuevo. También antes de la reforma operada en 2006, que da la actual redacción al artículo, el juez, en el proceso en que se declaraba la separación de los padres, fijaba un *assegno* a favor de los hijos mayores de edad. La verdadera novedad está en lo que se dice a continuación: que la pensión, salvo distinta decisión del juez, se satisfará directamente al *avente diritto*.

En opinión de algunos autores, la norma pone fin a un debate que había surgido al amparo de la normativa precedente, acerca de si la pensión debía destinarse al hijo o por el contrario al progenitor⁵¹³, o, más exactamente, acerca de quién estaba legitimado para accionar por el “mantenimiento” del hijo mayor, si éste mismo o el progenitor con el cual convivía, en tanto en cuanto que éste es quien satisface directamente las necesidades del hijo. Es exactamente la misma disyuntiva que se planteaba a los tribunales españoles. La solución que se había impuesto en Italia era la de que la legitimación para reclamar el pago de la pensión del hijo mayor de edad correspondía tanto al hijo como al otro cónyuge, aunque el hijo no podía hacerlo en el proceso de separación o divorcio de sus padres por la naturaleza personalísima de éste.

Tras la reforma del año 2006, la doctrina se encuentra dividida entre quienes consideran que el art. 155 *quinquies Codice*, al disponer que la pensión del hijo mayor se satisfaga directamente al titular del derecho, ha tomado partido en el anterior debate y reconocido legitimación solamente al hijo⁵¹⁴, y quienes por el contrario piensan que no hay razones para entender que las soluciones jurisprudenciales sobre el tema hayan cambiado con la nueva normativa y que por lo tanto se debe seguir considerando que el hijo y el progenitor conviviente comparten la legitimación para accionar frente al obligado al pago de la pensión, un punto de vista que encuentra confirmación en alguna jurisprudencia posterior a la entrada en vigor de la ley sobre guarda compartida⁵¹⁵.

No es claro, en efecto, que al párrafo 1º del art. 155 *quinquies Codice* se le pueda atribuir el papel de resolver el problema de la legitimación procesal. Nótese como

se apliquen a estos hijos las normas previstas para los menores -que incluyen previsiones sobre la guarda- y no las establecidas para los mayores de edad.

⁵¹³ SESTA, *Manuale...* (2007), pág. 176; ANCESCHI, “Rapporti...”, pág. 79.

⁵¹⁴ SESTA, *Manuale...* (2007), pág. 176.

⁵¹⁵ DE FILIPPIS, *Affidamento...*, págs. 196 y 197.

la norma va dirigida al juez⁵¹⁶. Y parece limitarse a introducir una regla general: que en el caso de que en el proceso judicial en el que se resuelve una crisis matrimonial, sea preciso fijar una pensión a favor de un hijo mayor de edad, se establecerá que el pago se realice, directamente, al titular del derecho. El problema es que esa referencia al titular del derecho también plantea dificultades, por cuanto que no todos entienden que con tal expresión se está aludiendo al hijo, un punto de vista que encontraría algún apoyo en el hecho de que en el Proyecto de ley se previese la satisfacción del derecho de mantenimiento a favor del hijo, cambiándose luego, en el texto definitivo de la ley, por una alusión, que podría tener un significado más genérico, al titular del derecho. Según explica ANCESCHI, la jurisprudencia anterior a la ley se encontraba dividida acerca de la *titularidad* del derecho de mantenimiento del hijo mayor de edad⁵¹⁷. En la misma línea FREZZA afirma que las dificultades para interpretar la locución “*avvente diritto*” del art. 155 *quinquies Codice* derivan de la coexistencia de distintas orientaciones sobre el sujeto legitimado para ejercitar el derecho⁵¹⁸.

Las dificultades interpretativas que plantea el art. 155 *quinquies Codice*, unidas al hecho de que se deja en manos del juez la decisión acerca de la conveniencia de aplicar o no al caso concreto de que se trate, la regla que establece, y, finalmente, los problemas que según la doctrina se pueden derivar del hecho de que sea el hijo quien recibe directamente la pensión⁵¹⁹, permiten prever una escasa aplicación práctica del pago de la pensión por el padre directamente al hijo mayor de edad que conviva con el otro progenitor, a pesar de que, aparentemente, la intención de la reforma ha sido que sea esta situación la regla general.

IV- EL DEBER DE MANTENIMIENTO ENTRE CÓNYUGES

1. El deber de asistencia conyugal durante la convivencia matrimonial

Entre los deberes conyugales está el deber de asistencia, expresamente mencionado por los arts. 67 y 68 Cc y 143, 2º *Codice*, que comprenden tanto la asistencia moral o espiritual como la asistencia material. Es opinión comúnmente admitida que durante la normal convivencia matrimonial la asistencia material se realiza a través del deber de contribución⁵²⁰ y que no posee, en este sentido, autonomía propia. El esquema típico del derecho de crédito no se aprecia en este caso, como tampoco en el supuesto en que los hijos titulares del derecho de mantenimiento convivan con los dos progenitores.

El art. 143, 3º *Codice* impone a ambos cónyuges el deber de contribuir, cada uno en proporción a sus medios y a la capacidad de trabajo, profesional y doméstico, a las necesidades de la familia. La norma está pensada para el supuesto de convivencia de los esposos y recoge un deber que no está subordinado a la falta de medios del otro

⁵¹⁶ DOSI, “Le nuove ...”, pág. 78.

⁵¹⁷ “Rapporti...”, pág. 77.

⁵¹⁸ *Mantenimento...*, pág. 104.

⁵¹⁹ Téngase en cuenta que, como han destacado algunos autores, el hecho de que la pensión la reciba directamente el hijo plantea el problema, en el caso de que éste conviva con el otro progenitor, de las relaciones entre el hijo y el padre con el que convive, a quien corresponde recibir de éste una contribución (Así, SESTA, *Manuale...* (2007), pág. 177; DOSSI, “Le nuove ...”, pág. 76). Si el art. 155 *quinquies Codice* ha querido, en efecto, adoptar esta solución, podría estar resolviendo un problema y planteando otro.

⁵²⁰ *Vid.* capítulo I, apartado IV-1.

cónyuge⁵²¹. El deber de contribución supone que cada uno de los cónyuges aporta bienes propios (ya sea trabajo doméstico, ya rentas procedentes de actividades extra domésticas) a la satisfacción de las necesidades de la familia. No se trata de que uno reciba una prestación de otro, sino de que ambos ponen en común los medios necesarios para la atención de las necesidades de la familia, en cuya satisfacción los dos colaboran.

En el Derecho español el deber de contribución está mencionado con carácter general en el art. 1318 Cc, siendo el art. 1438, dentro de la normativa dedicada al régimen de separación de bienes, el que se ocupa de establecer que el deber de contribución, si no hay pacto en contrario, será proporcional a los respectivos recursos económicos de los obligados, añadiéndose que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y que dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.

La convivencia es el substrato fáctico imprescindible para que el deber de contribución pueda tener lugar, y producirá como efecto que ambos esposos disfruten del mismo nivel de vida, con independencia de los medios económicos de que cada uno disponga.

2. El deber de asistencia conyugal y la ausencia de convivencia matrimonial. Separación judicial y separación de hecho

El deber de contribución entre esposos a que nos hemos referido en el apartado anterior permanece mientras que dure la convivencia, pero desaparece, necesariamente, cuando ésta cesa. De ahí que en los casos en que se considere subsistente a pesar de la interrupción de la convivencia, el deber de asistencia material entre cónyuges tenga que adoptar otras formas de realización. Es exactamente lo mismo que ocurre cuando los hijos con derecho de mantenimiento no conviven con el padre, que el mantenimiento no puede ya tener lugar en forma directa, sino mediante el pago de una cantidad de dinero destinada a cubrir las necesidades de quien la recibe.

La cuestión que nos ocupa es doble: por una parte, determinar si el deber de asistencia material continúa vinculando a los esposos que no conviven, y por otra y para el caso de que así sea, establecer cuáles son los instrumentos que para su realización prevén las leyes.

El asunto es más complejo de lo que en principio pudiera pensarse, dado que junto con la separación judicial, entendiéndose por tal aquella establecida por sentencia, pueden darse situaciones de separación de hecho. Los efectos de la separación judicial están previstos en la ley, lo que en principio debería permitir que se respondiese a las cuestiones formuladas sin grandes dificultades. Pero los efectos de la separación de hecho no están, lógicamente, previstos por el derecho positivo, por lo que el tema de la subsistencia del deber de asistencia material y su modo de cumplimiento deberá deducirse de los principios generales.

Empezaremos por la separación judicial. La expresión la utilizamos para aludir a todos aquellos casos en los que es el juez el que establece la separación, con independencia de que ésta se haya acordado previamente por las partes (art. 150 y 158 *Codice* y 81, 1º Cc), o sea el resultado de la solicitud de uno de ellos (art. 151 *Codice* y 81, 2º Cc). Hay que tener en cuenta que conforme al art. 158 *Codice*, la separación por el mero acuerdo de los cónyuges no tiene efecto sin la homologación del juez.

La cuestión de si el deber de asistencia material entre los esposos judicialmente separados subsiste o por el contrario se extingue, no tiene una respuesta obvia ni

⁵²¹ CUBBEDU, "Il dovere...", pág. 278. Por eso la obligación de mantenimiento se confunde con el deber de contribuir a las necesidades de la familia (CAFERRA, *Famiglia ...*, pág. 29).

tampoco necesariamente positiva, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de los hijos a ser mantenidos por sus padres. La falta de convivencia entre padre e hijo no incide sobre el derecho de mantenimiento ni tampoco sobre su alcance y contenido; lo único que cambia es el modo de cumplimiento. Las leyes lo aclaran expresamente (arts. 92.1 Cc y 155 *Codice*), pero aunque no lo hicieran habría que llegar a la misma conclusión, pues ésta es una consecuencia del principio de responsabilidad por la generación y del principio de igualdad de los hijos.

Las cosas son distintas en el ámbito de las relaciones conyugales. La cuestión de la subsistencia o no del deber de asistencia material entre esposos es una decisión que debe adoptar el legislador, pues ninguna exigencia constitucional impone una respuesta u otra. Es al legislador a quien le corresponde establecer el contenido de la relación matrimonial, así como las causas y modos de extinción de ésta. Es muy claro al respecto el art. 32.2 CE cuando dice que “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. Consecuentemente, es en el Código civil en donde hay que buscar la respuesta a esta pregunta.

Frente a la claridad con la que el *Codice* afronta la cuestión, deben mencionarse las mayores dificultades que presenta el asunto en el Derecho español, en el que la regulación de los efectos de la separación judicial y del divorcio y en particular de las prestaciones económicas a que da lugar, adolece de bastante imprecisión técnica. Ya anteriormente hemos manifestado que en nuestra opinión, desde la reforma del régimen de la separación y el divorcio del año 2005, en el Derecho español la separación judicial produce la extinción de los deberes conyugales y entre ellos del deber de asistencia material. No hay derecho de mantenimiento entre esposos separados⁵²², sino en todo caso, un derecho distinto, la pensión compensatoria, cuyo fundamento es otro.

En cuanto al ordenamiento italiano, es el art. 156 *Codice* el que se ocupa de los efectos de la separación sobre las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, reconociendo al cónyuge separado, según los casos, bien un derecho de mantenimiento, bien un derecho de alimentos⁵²³. Pero del derecho de alimentos ya nos hemos ocupado⁵²⁴, por lo que bastará en este momento con que nos refiramos al derecho de mantenimiento.

Según el párrafo 1º del art. 156, el juez establecerá a favor del cónyuge al que no le sea imputable la separación, “el derecho de recibir del otro cuanto sea necesario para su mantenimiento, cuando éste no tenga adecuados medios propios”. Es la llamada pensión de mantenimiento, que encuentra su fundamento, según la doctrina italiana, en la vigencia entre cónyuges separados, del recíproco deber de asistencia material⁵²⁵. El obligado a pagar la pensión de mantenimiento es el cónyuge que tiene mejores medios económicos, con independencia de cualquier otra circunstancia. Es lo que resulta del hecho de establecerse como presupuesto del nacimiento del derecho, no un estado de necesidad⁵²⁶, entendido en sentido objetivo, sino la ausencia de medios adecuados

⁵²² Nos hemos ocupado con detalle de la cuestión en el capítulo II, apartado VI.1.5.

⁵²³ No hay ningún género de duda en que el artículo establece una distinción o contraposición entre el mantenimiento y los alimentos, concebidos como dos cosas diversas (TERRANOVA, *Contributo ...*, pág. 104) y que están previstas para situaciones distintas: el mantenimiento es el derecho que como regla existe entre esposos separados y los alimentos el derecho que corresponde al cónyuge al que se le impute la separación.

⁵²⁴ Capítulo II, apartado VI. 1.1.

⁵²⁵ VILLA, “Potestà...”, pág. 140; SESTA, *Diritto ...*, pág. 328.

⁵²⁶ Como aclara DE FILIPPIS no se debe confundir la inadecuación de los medios con un estado de necesidad, pudiendo aquélla verificarse también cuando el cónyuge beneficiario de la pensión dispone de rentas que serían más que suficientes para las exigencias de la vida (*Il matrimonio...*, pág. 388)

propios, es decir de medios que le permitan mantener el *status* de que disfrutó durante la convivencia matrimonial⁵²⁷, siempre y cuando haya una desigualdad patrimonial entre los cónyuges⁵²⁸. El presupuesto para el nacimiento del derecho es en realidad una disparidad económica entre los esposos⁵²⁹, que se trata de remediar a través de la pensión.

La cuantía de la pensión se determina, dice el párrafo 2º del art. 156 *Codice*, en atención a las circunstancias y a las rentas del obligado. Hay acuerdo en interpretar que las *rentas* a que alude el artículo deben ser entendidas en sentido amplio y que se comprenden en la expresión todos los medios del obligado. La referencia a las circunstancias, sin más precisiones, ha hecho que surjan varias interpretaciones sobre su significado⁵³⁰, habiéndose defendido por algunos autores que no sólo deben tenerse en cuenta circunstancias de tipo económico, sino también circunstancias como la salud, la edad y, sobre todo, la capacidad de trabajo, es decir la aptitud del cónyuge para proveer al propio mantenimiento, realizando un trabajo adecuado a su propia capacidad profesional⁵³¹.

El objetivo de la pensión no es, propiamente, la conservación del precedente tenor de vida por parte del cónyuge beneficiario del *assegno*⁵³², sino, lo que es distinto, la equiparación del tenor de vida de los esposos durante la situación de separación.

El art. 156, último párrafo *Codice* contempla expresamente la posibilidad de que, a instancia de parte, el juez modifique o deje sin efecto la pensión. No hay, sin embargo, una regulación detallada acerca de las causas de modificación ni de extinción. Se entiende que tanto la modificación como la extinción podrán venir determinadas por el cambio de las circunstancias económicas de acreedor o deudor. La extinción, en concreto, vendrá provocada por la desaparición de los presupuestos legales de la pensión de mantenimiento.

Las previsiones legales relativas a esta pensión de mantenimiento entre cónyuges separados se agotan en el art. 156 *Codice*, que si bien es cierto que dibuja la figura en lo esencial, abre no pocos interrogantes, debido al hecho de que no aborda todas las cuestiones que su aplicación práctica puede suscitar, o no lo hace con suficiente detalle. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido elaborando las respuestas y configurado así con algo más de precisión la pensión de separación, cuyo parecido con la pensión de divorcio es bastante notorio⁵³³, según tendremos ocasión de comprobar.

Vistos los efectos de la separación judicial, debemos ocuparnos de la llamada separación de hecho.

En el ordenamiento español la mera separación de hecho, tanto si es consentida por ambos esposos como si no, no pone fin al deber de ayuda material. Éste es contenido propio de la relación matrimonial y no puede ser excluido por los particulares. Podría argumentarse que también el deber de convivencia es un efecto de la celebración del matrimonio y que, sin embargo, los cónyuges pueden excluirlo incluso unilateralmente, aplicando el mismo razonamiento al deber de auxilio material.

⁵²⁷ BESSONE y otros, *La famiglia ...*, pág. 154; VILLANI, “Commento...” pág. 321; BONILINI, *Manuale ...* pág. 200.

⁵²⁸ ROSSI, Marzia, “Gli effetti...”, pág. 156.

⁵²⁹ VILLANI, “Commento...”..., pág. 321.

⁵³⁰ Pueden consultarse en SUA, “La crisi...”, págs. 163 y ss.

⁵³¹ SESTA (*Diritto...*, pág. 330), siguiendo a PAJARDI.

⁵³² Téngase en cuenta que durante la etapa de la convivencia el tenor de vida de la familia, aunque desde luego condicionado por los medios económicos, era fruto de una decisión o acuerdo de los cónyuges. Y téngase en cuenta también que no siempre los esposos separados, ni siquiera el económicamente más fuerte, puede mantener tras el cese de la convivencia, el nivel de vida anterior.

⁵³³ *Vid.* sobre todo BARBIERA, *I diritti...*, págs. 7 y 8.

Sin embargo, es claro que en este último no concurre la razón que justifica que los particulares puedan excluir la convivencia durante la vigencia de la relación matrimonial, que es el derecho fundamental a la libertad personal. Entendemos, pues, que en las situaciones de separación de hecho continúa vigente el derecho de ayuda entre los esposos, el cual deberá hacerse efectivo mediante una prestación que tendrá derecho a recibir del otro el cónyuge económicamente débil, esto es aquel que quede en peor situación desde el punto de vista patrimonial. Como ya se ha señalado, durante la convivencia matrimonial los esposos disfrutaban del mismo nivel de vida, con independencia de que sus medios económicos sean desiguales. Este estado de cosas no puede quedar afectado por el mero hecho de que uno o ambos esposos, en el ejercicio de su libertad personal, interrumpa la convivencia, puesto que el contenido de la relación matrimonial posee naturaleza imperativa; los derechos y deberes que nacen del matrimonio no pueden, en principio, ser eliminados por los particulares.

En cuanto al ordenamiento italiano, el derecho a la asistencia moral y material previsto en el art. 143 *Codice*, cesa respecto de aquel cónyuge que, alejándose sin justa causa de la residencia familiar, se niega a volver a ella (art. 146, 1º *Codice*). Se considera justa causa la presentación de la demanda de separación, anulación o divorcio (art. 146, 2º). La doctrina no considera que se trate, en sentido propio, de un supuesto de separación de hecho, dado que ésta exige el consentimiento expreso o tácito de ambos esposos, y para que se dé la hipótesis contemplada en el artículo y tenga lugar la suspensión del derecho de asistencia, es preciso que el cónyuge abandonado se manifieste en contra de la situación de interrupción de la convivencia⁵³⁴.

La consecuencia jurídica que para este caso previene la norma es la suspensión del derecho a la asistencia moral y material, lo que literalmente parece significar que el cónyuge que se aleja sin justa causa del hogar familiar no ostenta, mientras que dure esta situación, ninguna pretensión para reclamar del otro, medios materiales destinados a la atención de sus necesidades⁵³⁵. Sin embargo, el precepto se ha interpretado por algunos en el sentido de que lo que queda en suspenso es el derecho de mantenimiento, considerándose en cambio que tiene un derecho de alimentos si se encuentra en estado de necesidad⁵³⁶. La norma ha sido, pues, interpretada de manera restrictiva, quizás en aplicación del principio según el cual el derecho de alimentos nace a favor del necesitado incluso cuando la situación en la que se encuentra es debida a su culpa; la interpretación resulta además coherente con el hecho de que incluso el cónyuge al que se le imputa la separación conserva el derecho de alimentos.

La cuestión de más interés de entre las que suscita la norma contenida en el art. 146, 1º *Codice* es la del fundamento, aspecto que no parece sin embargo preocupar excesivamente a la doctrina. Se ha dicho que la suspensión del derecho a la asistencia moral y material es una consecuencia de la infracción del deber de cohabitación en que incurre el cónyuge que sin justa causa se aleja del hogar conyugal⁵³⁷, y que la norma pretende sancionar la violación de una obligación y estimular su observancia⁵³⁸, unas explicaciones frente a las que ni siquiera la más moderna doctrina plantea objeciones.

⁵³⁴ REALI, *Separazioni...*, pág. 87.

⁵³⁵ La Corte de Casación, en una Sentencia del año 1978 (Cass. 25 octubre 1978, n. 4842), había interpretado que el art. 146 excluía, no sólo el derecho de mantenimiento, sino cualquier otro de naturaleza patrimonial, incluso de naturaleza estrictamente alimentaria. Pero esta solución pareció excesivamente drástica a una parte de la doctrina, que se mostró partidaria de entender subsistente el derecho de alimentos, entendido con el significado estricto que se le da en el Derecho italiano. La cuestión puede verse con más detalle en VILLA, "La potestà dei genitori...", págs. 100 y ss.

⁵³⁶ REALI, *Separazioni...*, pág. 149.

⁵³⁷ SUA, "La crisi...", pág. 11; VILLA, "La potestà...", pág. 138.

⁵³⁸ BONILINI, *Manuale...*, pág. 213.

Fuera del caso del art. 146 *Codice*, que debido a sus presupuestos creemos que será infrecuente en la práctica, el deber de asistencia entre esposos separados de hecho subsiste con toda su amplitud, lo que significa que aquel de los cónyuges que quede en peor situación que el otro ostenta frente a éste un derecho de crédito dirigido a igualar sus medios de vida, al igual que ocurría durante la convivencia matrimonial, si bien entonces a través de un instrumento diferente: el deber de contribución. La tesis según la cual la separación de hecho no incide como regla sobre el deber de asistencia material, que la antigua jurisprudencia explicaba diciendo que es un deber que depende del vínculo conyugal y no de la convivencia, encuentra hoy apoyo normativo en el art. 160 *Codice*, que aunque formulado con gran amplitud⁵³⁹, se considera referido al contenido económico del matrimonio y en particular al derecho-deber de contribución y asistencia familiar, dado que en lo que se refiere al régimen económico del matrimonio hay libertad de elección.

En conclusión, con la única excepción, en el caso del ordenamiento italiano, del esposo que sin justa causa y con oposición del otro, se mantenga alejado de hogar familiar, subsiste entre esposos separados de hecho el deber de mantenimiento, que, simplemente deberá adoptar una nueva forma de realización.

V- DERECHO DE MANTENIMIENTO Y NULIDAD DEL MATRIMONIO

El *Codice*, además de reconocer un derecho de alimentos a favor de quien contrajo de buen fe un matrimonio nulo frente al cónyuge al que le sea imputable la nulidad del matrimonio (art. 129 *bis*), prevé para el caso de declaración de nulidad otros efectos patrimoniales entre los esposos: una indemnización, a favor del cónyuge de buena fe y a cargo del de mala fe (art. 129 *bis*), y una prestación periódica a favor del cónyuge de buena fe en el que concurren determinados presupuestos (art. 129).

Ya hemos manifestado anteriormente nuestra opinión acerca de la diversidad de efectos económicos que el legislador italiano hace derivar de la sentencia de nulidad. Sobre ello nos remitimos, pues, a lo ya dicho⁵⁴⁰. Ahora nos ocupamos con algo más de detalle de las prestaciones, distintas de los alimentos, que pueden surgir por disposición de la ley, a cargo de quienes contrajeron un matrimonio nulo. Son dos: la obligación del cónyuge al que le sea imputable la nulidad del matrimonio de satisfacer al otro cónyuge, si es de buena fe, una indemnización suficiente, que consistirá en la suma correspondiente al mantenimiento por tres años (art. 129 *bis*), y la obligación del cónyuge de buena fe de satisfacer al otro, siempre que sea de buena fe, no tenga adecuados medios propios y no haya contraído nuevas nupcias, una pensión periódica, por un período no superior a tres años.

La indemnización prevista en el art. 129 *bis* queda en realidad, debido a su naturaleza, fuera de nuestro estudio⁵⁴¹. La naturaleza de la prestación regulada en el art. 129 es, en cambio, la de una verdadera obligación de mantenimiento, en el sentido de que la prestación tiene el objetivo específico de cubrir las necesidades del acreedor. Está prevista para el caso en el que las condiciones del matrimonio putativo se verifiquen respecto de los dos cónyuges, esto es, para el caso en que ambos cónyuges sean de

⁵³⁹ “Gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio”.

⁵⁴⁰ *Vid.* capítulo II, apartado VI.1.2.

⁵⁴¹ *Vid.* capítulo I, apartado IV.2. Sobre esta indemnización, recientemente, AL MUREDEN, “La responsabilità...”.

buena fe⁵⁴², o lo que es lo mismo, ignorantes, de manera no culpable, de la específica circunstancia por la cual, en el caso concreto, se ha pronunciado la nulidad.⁵⁴³ Para que surja este derecho es preciso que uno de los cónyuges carezca de adecuados medios propios, lo que la doctrina ha interpretado que significa que no puede mantener el tenor de vida matrimonial⁵⁴⁴. Y es preciso, finalmente, que este cónyuge económicamente más débil no haya contraído nuevo matrimonio. Todo ello hace que no se dude de que se trata de un derecho de mantenimiento.

Posee, no obstante, una peculiaridad respecto del resto de los casos en que se reconoce derecho de mantenimiento, y es su temporalidad. La ley dispone que no se pueda conceder por un periodo superior a tres años. El caso de la nulidad es el único en el que el legislador italiano introduce límites de tiempo. Ello se debe a la consideración del matrimonio nulo como un matrimonio inexistente, del que en consecuencia no derivan ni derechos ni obligaciones. El derecho de mantenimiento posee en este caso carácter excepcional, y se justifica, según la doctrina, por la solidaridad entre cónyuges por el hecho mismo del matrimonio, aunque sea inválido⁵⁴⁵. Los autores consideran que es un instrumento necesario para poner al cónyuge económicamente débil en situación de rehacer su vida después de la quiebra de la unión y autosatisfacer sus propias necesidades.⁵⁴⁶

Esta es la función que en otros ordenamientos, como el español, desempeña la pensión post-matrimonial, que por esta razón puede tener una duración temporal limitada. Pero en el Derecho italiano la pensión post-divorcio tiene naturaleza vitalicia, lo que en cierto modo supone admitir un derecho, derivado de la celebración del matrimonio, a mantener *sine die* el *status* que se disfrutó en la etapa matrimonial. Pero esto solo es así si el matrimonio es válido; en caso contrario el derecho finaliza a los tres años, momento en el que, salvo que se den los presupuestos del derecho de alimentos y sólo si el cónyuge en situación de necesidad es de buena fe y el otro no, se extinguen definitivamente los derechos legales entre los contrayentes.

VI- EL DERECHO DE MANTENIMIENTO DE LOS PARIENTES QUE TRABAJAN EN LA EMPRESA FAMILIAR

El art. 230 *bis Codice* reconoce a determinados parientes, siempre que trabajen de modo continuado en la familia o en la empresa familiar, dos derechos distintos: un

⁵⁴² Confróntese también en este caso la diferencia terminológica entre la rúbrica del artículo (Derechos de los cónyuges de buena fe), y la descripción que hace el precepto, aplicable “quando le condizioni del matrimonio putativo si verificano rispetto ad ambedue i coniugi”.

⁵⁴³ No han faltado quienes, como SANTOSUOSSO, defienden que, si bien es cierto que el art. 129 se refiere al caso en que ambos cónyuges son de buena fe, es también aplicable cuando uno sea de buena y otro de mala fe, siempre que el primero sea el económicamente débil (*Il matrimonio ...*, pág. 153). Desde nuestro punto de vista dicha conclusión es equivocada. El derecho que corresponde al cónyuge de buena fe frente al de mala fe es la indemnización del art. 129 *bis* y puesto que su cuantía es la del derecho de mantenimiento por tres años, impide que surja la situación contemplada en el art. 129, al faltar uno de sus presupuestos, la ausencia de medios adecuados propios. En definitiva, los derechos patrimoniales de los arts. 129 y 129 *bis*, 1º, no pueden nunca coincidir en cabeza de un mismo sujeto: o el cónyuge de buena fe tiene un derecho a una indemnización, independiente de la situación económica del acreedor -lo que ocurre si el otro es de mala fe-, o tiene un derecho de mantenimiento si no puede mantener el nivel de vida matrimonial -lo que ocurre si el otro es de buena fe-. Es cierto que las cantidades que se van a percibir y la duración del derecho son idénticas para ambos casos, pero no lo son los presupuestos. Es en ellos en donde se observa la diferencia de trato que se hace en función de la buena o la mala fe.

⁵⁴⁴ SESTA, *Diritto...*, pág. 96.

⁵⁴⁵ BIANCA, *Diritto...*, pág. 181.

⁵⁴⁶ FERRANDO, “Gli effetti ...”, pág. 269.

derecho al mantenimiento y un derecho a participar en los útiles de la empresa familiar y en los bienes adquiridos con ellos, además de los incrementos de la industria, en proporción a la cantidad y calidad del trabajo prestado. Esto último no interesa aquí, dado que aunque es un derecho de naturaleza patrimonial, no tiene la función específica de procurar a su perceptor los medios necesarios para la satisfacción de sus necesidades. Nos limitamos, pues, a tratar del derecho al mantenimiento.

Este derecho de mantenimiento es un derecho de origen legal, que sin embargo no se considera que tenga naturaleza imperativa. La razón en la que se sustenta esta afirmación es el inciso inicial del art. 230 *bis* del *Codice*, el cual deja a salvo de modo expreso la posibilidad de que “sea configurable una relación distinta”. La salvedad debe ser interpretada, no en el sentido de que los particulares pueden decidir sin más, válidamente, la exclusión de los derechos que la ley reconoce al familiar trabajador (pues entonces se frustraría la *ratio* de la norma, que es la tutela del trabajo en el ámbito familiar), sino en el sentido de que en el caso de haber optado, en el ejercicio de su autonomía privada, por celebrar un contrato de sociedad, o instaurar una relación de trabajo subordinado, o de trabajo autónomo, u otras, no será de aplicación el régimen del art. 230 *bis* *Codice*.

Es claro, entonces, que la norma tiene carácter residual, en cuanto que los particulares pueden haber optado por el establecimiento entre ellos de una relación contractual distinta, sujeta a su particular disciplina, lo que hace innecesario el recurso a un régimen jurídico que nace para evitar que se considere que la actividad laboral que se desempeña dentro de la empresa familiar se entienda que responde a una causa gratuita⁵⁴⁷.

Los presupuestos que tienen que concurrir para el nacimiento del derecho al mantenimiento son, aparte de la ausencia de una distinta relación de naturaleza patrimonial entre los familiares (como un contrato de trabajo o una relación societaria), el desarrollo de manera continuada de una actividad laboral por parte del sujeto, y una determinada relación de parentesco. No es necesaria, en cambio, la convivencia entre los sujetos que integran la empresa familiar⁵⁴⁸.

La actividad laboral puede ser desarrollada en la empresa o en la familia, tal y como resulta de la letra del precepto. Ello plantea la cuestión de si el trabajo doméstico puede quedar comprendido en el ámbito de la norma. La respuesta debe ser claramente negativa. El trabajo doméstico es cumplimiento del deber de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia a que se refieren los arts. 143 y 148 *Codice*⁵⁴⁹. Se ha observado además, con toda la razón, que si se admitiese que el trabajo doméstico puede fundar una pretensión de participación en la empresa familiar *ex* art. 230 *bis*, se estaría admitiendo una diversidad de trato del trabajo en el hogar en función de la condición de empresario o no del otro cónyuge.

⁵⁴⁷ Similares a las aquí expuestas son las conclusiones de BALESTRA, que se opone con rotundidad al punto de vista de quienes han propugnado que la operatividad del art. 230 *bis* no queda excluida por la presencia de cualquier relación típica (como el contrato de trabajo). Ello significaría no sólo prescindir de la letra de la ley, que muy claramente se manifiesta en otro sentido, sino, además, comprometer gravemente la autonomía privada (*L'impresa...*, pág. 31).

⁵⁴⁸ Entre otros muchos, SESTA (*Diritto...*, pág. 263) y PROSPERI (*Impresa...*, pág. 183). La cuestión, no obstante, ha sido sumamente debatida. Para algunos autores sí que es necesaria la convivencia entre los varios participantes en la empresa familiar; con ello equiparan la empresa familiar a la comunidad tácita familiar. Otros han considerado que la convivencia es un requisito que debe referirse a la mayoría y no necesariamente a la totalidad de los miembros de la empresa. Pero la opinión que se estima preferible es aquella según la cual la convivencia no representaría un requisito de la empresa familiar y que entender lo contrario significaría un retorno a la familia patriarcal, que se ha ido abandonando progresivamente en favor de una familia de tipo nuclear (FIGONE, “*L'impresa...*”, pág. 768).

⁵⁴⁹ En este sentido Cass. 4 enero 1995, n. 89.

Descartado que el trabajo doméstico quede comprendido en el ámbito del art. 230 *bis Codice*, hay que interpretar que la actividad laboral *en la familia* a la que se refiere el precepto es cualquier actividad laboral⁵⁵⁰ mediante la cual se enriquezca la empresa familiar, y que, simplemente, en vez de realizarse dentro de la empresa, se desarrolle fuera⁵⁵¹.

Se desarrolle donde se desarrolle, la actividad, eso sí, debe ser continuada, lo que significa regularidad y constancia en el tiempo, sin que ello implique necesariamente una dedicación a tiempo completo⁵⁵². Según la opinión prevalente, las prestaciones de trabajo no continuadas o aisladas se consideran realizadas a título gratuito, en cuanto expresión del *afectio familiae*⁵⁵³, lo que resulta discutible, en nuestra opinión, siempre que sea cierto que el principio general es la no presunción de gratuidad en las prestaciones entre familiares. Una cosa es que no sea aplicable el régimen de la empresa familiar del art. 230 *bis* cuando la actividad que se realice no sea continuada y otra distinta que haya que entender que no origina ningún derecho patrimonial a favor de quien la lleva a cabo.

En cuanto a los titulares del derecho de mantenimiento, pueden ser: el cónyuge y los parientes consanguíneos dentro del tercer grado o afines dentro del segundo, del empresario⁵⁵⁴. Todos ellos ostentan frente a este último un derecho al mantenimiento según las condiciones patrimoniales de la familia.

Lo primero que hay que destacar es que el cónyuge del empresario ostenta ya un derecho de mantenimiento, por lo que en principio la previsión, en lo que a él se refiere, parece innecesaria. Sin embargo, podría cobrar utilidad en los casos en los que el derecho de mantenimiento que tiene su origen en la celebración del matrimonio, se haya extinguido (lo que ocurrirá en los casos de separación con *addebito*), ya que, aunque el contenido de ambos derechos de mantenimiento, (el que le corresponde por su mera condición de cónyuge, y el que ostenta en cuanto familiar que trabaja para la empresa familiar) es idéntico, no lo es su causa. En efecto, el derecho de mantenimiento entre cónyuges es contenido propio de la relación matrimonial y no responde a una causa onerosa, algo que si ocurre en cambio con el derecho de mantenimiento ex art. 230 *bis Codice*. Como dice PATTI, la previsión del derecho al mantenimiento asume en esta norma una excepcional función remuneratoria. El precepto tiene la particularidad, en relación a otras normas en las que se hace referencia al mantenimiento, de presentar éste como una forma de remuneración de la actividad laboral⁵⁵⁵.

La consecuencia que se deriva del hecho de ser este derecho al mantenimiento un derecho fundado en una causa onerosa, es que subsiste mientras que se mantengan sus presupuestos, en este caso la condición de cónyuge y el desempeño de la actividad laboral continuada en beneficio de la empresa. De modo que, aun habiéndose extinguido el derecho de mantenimiento derivado del matrimonio (por ejemplo por habersele

⁵⁵⁰ Mientras que algunos consideran que es necesario que la actividad laboral, aun desarrollándose en la familia, debe ser equivalente a la prestada por un trabajador subordinado o autónomo en relación con un empresario, otros, en cambio, opinan que el objeto de la colaboración prestada en la familia puede ser dirigida a satisfacer exigencias familiares o personales de los concretos familiares que conviven, como el cuidado de la casa o de los hijos, o la asistencia prestada a familiares ancianos (así, APICELLA, “L’impresa...”, pág. 457).

⁵⁵¹ Lo importante no es, por tanto, el lugar en el que el trabajo se realiza, sino su utilidad para la empresa. Se toma así en consideración, dice AL MUREDEN, una realidad económica en que ambas actividades, la doméstica y la empresarial, aparecen fuertemente entremezcladas (“Nuove...”, pág. 82).

⁵⁵² SESTA, *Diritto...*, pág. 261.

⁵⁵³ APICELLA, “L’impresa...”, pág. 468; FIGONE, “L’impresa...”, pág. 783.

⁵⁵⁴ La empresa familiar presupone la existencia de una empresa de la cual sea titular una persona física.

⁵⁵⁵ “Diritto...”, págs. 1343 y 1354. En el mismo sentido, AMOROSO, “L’impresa...”, pág. 91, y PROSPERI, *Impresa...*, pág. 183.

imputado la separación), el cónyuge continuaría siendo titular de un derecho de mantenimiento en tanto en cuanto continúe trabajando para la empresa familiar. Sin embargo, aparte de que esta situación resulta altamente improbable, hay que tener en cuenta que, como BALESTRA ha puesto acertadamente de manifiesto⁵⁵⁶, la normativa que regula la empresa familiar se funda sobre la solidaridad que liga a los miembros del grupo, que hay que suponer que no existe ya en las situaciones de crisis matrimonial, bien se trate de separación, bien de divorcio⁵⁵⁷.

Así las cosas, parece preferible entender que en situaciones de crisis matrimonial el cónyuge que continúe desempeñando una actividad laboral para la empresa no tendrá los derechos de mantenimiento y participación en los útiles que le reconoce el art. 230 *bis*. Ello no quiere decir, por supuesto, que no ostente ningún derecho de naturaleza patrimonial derivado del trabajo, sólo que éstos serán los mismos que correspondan a cualquier otro sujeto. Esta conclusión debe quedar fuera de toda duda porque la prestación de una actividad laboral no se presume que responda nunca a una causa gratuita, ni siquiera cuando se realiza entre familiares.

También en relación a los hijos, al menos menores de edad o que no se puedan considerar independientes económicamente, el reconocimiento del derecho de mantenimiento del padre empresario puede resultar innecesario si se tiene en cuenta que el derecho de mantenimiento es ya contenido de la relación paterno-filial. No obstante lo cual, y al igual que en el caso anterior, la norma es importante en relación con el cónyuge y con los hijos, más que por sus repercusiones prácticas -que serán escasas- porque recoge un principio nuevo, distinto al que se aplicaba antes de introducirse en el *Codice*, en el año 1975, el régimen de la empresa familiar. Si hasta ese momento se venía aplicando una presunción de gratuidad de la actividad laboral del familiar, a partir de la Ley 151/1975, el criterio es el contrario: las prestaciones laborales entre familiares originan el derecho a una retribución.

Es por ello por lo que podría pensarse que la retribución del trabajo no debería consistir, en el caso del cónyuge o de los hijos con derecho de mantenimiento, en una prestación que de todos modos está a cargo del empresario por su condición de esposo o padre. Con esta solución, aparentemente, la retribución por la actividad laboral no es tal, por cuanto que el acreedor no recibiría a cambio de su trabajo nada que no deba recibir por su cualidad de hijo o de cónyuge. Sin embargo, no se puede perder de vista que tanto el cónyuge como los hijos que convivan en el hogar familiar, tienen el deber de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, con lo que en ningún caso pertenecería exclusivamente a ellos el fruto de su trabajo.

En cuanto al alcance y contenido del derecho de mantenimiento, se considera que comprende todo cuanto es necesario para atender a las normales exigencias de la vida, en concreto los gastos de vivienda, alimentación, vestido, instrucción o salud. Coincide, pues, en cuanto a su contenido, con el derecho de mantenimiento y con los alimentos.

Ahora bien, como ya se ha manifestado en otras ocasiones a lo largo de este trabajo, todas esas necesidades vitales cuya atención constituye el objeto de las

⁵⁵⁶ BALESTRA, *L'impresa...*, págs. 230-231.

⁵⁵⁷ A estos efectos no resulta coherente, entendemos, defender soluciones distintas dependiendo de que los esposos se hayan divorciado o por el contrario separado. El dato a tener en cuenta no es la subsistencia o la extinción del vínculo conyugal, sino la permanencia o no de una situación de colaboración *de facto* entre los familiares, que hay que presumir inexistente cuando falta la convivencia matrimonial. Discrepamos, pues, de la opinión de aquellos autores que, entendiendo que sólo el divorcio determina la pérdida de la condición de cónyuge, consideran que sólo el cónyuge divorciado queda fuera del ámbito de aplicación del art. 230 *bis*, pero no así el cónyuge separado (APICELLA, "L'impresa...", pág. 491, y autores por él citados).

obligaciones de mantenimiento pueden ser cubiertas o atendidas de muy diverso modo. En cada caso las leyes utilizan un criterio distinto para la determinación de la cuantía de la prestación. Pues bien, en el caso que nos ocupa, el criterio para determinar el alcance del derecho es ciertamente particular. El art. 230 *bis* alude, literalmente, a la situación patrimonial de la familia. Hay que entender que se está refiriendo al empresario individual y no a un colectivo⁵⁵⁸. Como dice SESTA, de conformidad con la naturaleza individual de la empresa familiar, se debe entender que a los fines de cuantificación del mantenimiento, la “familia” a la que se refiere el artículo es la del empresario⁵⁵⁹.

Tal criterio demuestra que el concepto de mantenimiento aquí empleado se corresponde con el tradicional, según el cual al beneficiario se le debe asegurar un tenor de vida adecuado a los medios del obligado⁵⁶⁰. La peculiaridad del caso estriba en que, a pesar de ser este derecho de mantenimiento retribución del trabajo realizado, la cuantía de la prestación no se fija, como sería coherente, en atención al trabajo desempeñado por cada uno, a su nivel, dedicación, etc. Es una solución que tiene pleno sentido en el caso del cónyuge y de los hijos que convivan en el hogar del empresario, por cuanto que uno y otros tienen un deber de contribuir al levantamiento de las cargas familiares⁵⁶¹, pero es difícil de aceptar en los demás casos.

Nótese bien lo que significa que los parientes que trabajan en la empresa familiar (yernos, hermanos...) y que no conviven con el empresario, tengan derecho a participar en igualdad de condiciones, del nivel de vida de éste, con independencia de que su actividad haya resultado más o menos provechosa para la empresa. De este modo tiene lugar, en palabras de APICELLI, una distribución de la riqueza familiar (*rectius*, de la riqueza de la empresa), entre aquellos que han contribuido a su formación⁵⁶². Hasta aquí, perfecto. Lo difícil es aceptar que por decisión del legislador, el grupo de familiares que participa con su trabajo en la empresa familiar comparta en igualdad de condiciones el fruto del esfuerzo de todos, el cual, en muchos casos no será equiparable.

Es en este sentido en el que puede hablarse de solidaridad familiar. La situación que se origina es análoga a la que se da en los casos en que existe un deber de contribución. Ahora bien, el deber de contribución sólo lo exige la ley entre cónyuges y entre padres e hijos que conviven en el hogar familiar. En el caso de la empresa familiar las cosas son muy distintas, pues pueden ser sus miembros también parientes en línea recta hasta el tercer grado y afines hasta el segundo. En una primera apreciación cuesta admitir que el legislador imponga a familiares que no están ligados entre sí por un vínculo conyugal o paterno-filial, el deber de compartir los rendimientos obtenidos por su trabajo y de disfrutar del mismo tenor de vida, máxime porque se trata de parientes que ni siquiera han decidido compartir el alojamiento (lo que podría ser un indicio de una voluntad en tal sentido) pero no hay que olvidar que tal deber no es una imposición del legislador, que deja abierta la posibilidad de excluir la aplicación del régimen jurídico del art. 230 *bis Codice*.

Nos encontramos, en suma, frente a un régimen jurídico que es distinto del que corresponde normalmente al trabajo subordinado, no sólo porque su retribución consiste en un derecho de mantenimiento y un derecho a participar en los útiles de la empresa, sino, sobre todo, porque unos miembros de la familia se sacrifican a fin de garantizar un

⁵⁵⁸ En contra, PATTI, que propone interpretar que donde la ley dice “familia” se entienda “empresa familiar” (“Diritto...”, pág. 1357).

⁵⁵⁹ *Diritto ...*, pág. 266.

⁵⁶⁰ PATTI, “Diritto...”, pág. 1356.

⁵⁶¹ Sobre el deber de contribución, *Vid.* capítulo I, apartado IV.1.

⁵⁶² “L’impresa...”, pág. 501.

uniforme nivel de vida a todos⁵⁶³. La razón de ello, según la doctrina italiana, es la solidaridad familiar que liga a los que participan en la empresa⁵⁶⁴.

A nuestro modo de ver, se trata de un fundamento algo endeble, aunque nos parece sumamente acertado el principio que con la normativa sobre la empresa familiar introdujo el *Codice Civile* en el año 1975: el principio según el cual las prestaciones laborales en el ámbito familiar no se consideran gratuitas. Ahora bien, la doctrina italiana no aplica hasta sus últimas consecuencias dicho principio en las soluciones que propugna. Así, cuando falta alguno de los presupuestos del art. 230 *bis*, como el carácter continuado de la actividad, o cuando en vez de existir una empresa familiar lo que se lleva a cabo es una actividad profesional, entienden que se trata de aportaciones basadas en la gratuidad, lo que supone claramente prescindir del mencionado principio. Es claro que no puede defenderse la aplicación analógica del art. 230 *bis*, pues el reconocimiento de los derechos en él establecidos exige la concurrencia de todos sus requisitos. En el caso de que la actividad sea esporádica falta la identidad de razón necesaria para reconocer el derecho de mantenimiento, y no puede haber un derecho a participar en los útiles de una empresa si no hay empresa, pero ello no debiera determinar que se recurra a la supuestamente desterrada presunción de gratuidad de la actividad laboral realizada entre familiares. Distinto es que en función de la relación que liga a los sujetos, se pueda considerar que con dicha actividad se está contribuyendo al levantamiento de las cargas familiares.

VII- CONCLUSIONES SOBRE EL DERECHO DE MANTENIMIENTO

A lo largo de este capítulo se han analizado los distintos supuestos de derecho de mantenimiento que actualmente se conocen en el Derecho español y en el Derecho italiano. Este estudio ha permitido comprobar la existencia de algunos rasgos comunes entre todos ellos, pero también de ciertas diferencias, que dificultan que todos los supuestos queden englobados en una figura unitaria.

Así, el fundamento del derecho de mantenimiento es diferente en cada caso: el deber de los padres de mantener a sus hijos descansa en el hecho de la generación; entre cónyuges, el deber de mantenimiento encuentra su fundamento en la voluntad negocial, esto es, en la decisión de contraer matrimonio, la cual comprende la aceptación de todo el contenido de la relación matrimonial; el deber de mantenimiento entre cónyuges separados previsto en el ordenamiento italiano se basa en la voluntad negocial unida a la decisión del legislador de configurar la separación como una situación en la que el contenido de la relación matrimonial aun se mantiene, aunque modificado o atenuado; el derecho de mantenimiento previsto para el caso de la nulidad del matrimonio tiene, por su parte, una finalidad específica, cual es la de facilitar al cónyuge débil la consecución de autonomía económica tras el cese de la convivencia; por último, el derecho de mantenimiento que se reconoce a favor de los familiares que trabajan en la empresa familiar no es otra cosa que la retribución por la actividad realizada.

No compartimos, por tanto, la opinión de quienes defienden que el fundamento del mantenimiento es el mismo que el de los alimentos, la idea de solidaridad⁵⁶⁵. Los alimentos entre parientes encuentran su razón de ser, en efecto, en la solidaridad familiar, y son un instrumento mediante el cual se hace efectivo el deber de asistencia a

⁵⁶³ Son palabras de PATTI, "Diritto...", pág. 1357.

⁵⁶⁴ SESTA, *Diritto...*, pág. 255.

⁵⁶⁵ AULETTA, por ejemplo, afirma que la solidaridad es fundamento de los alimentos, del derecho al mantenimiento y del derecho-deber a la contribución familiar (*Alimenti...*, pág. 95).

los individuos que la Constitución impone a los poderes públicos⁵⁶⁶. El mantenimiento, en cambio, se sitúa en una esfera distinta. No tiene nada que ver con la asistencia al ciudadano por parte del Estado, sino que es contenido imperativo de una relación jurídica familiar (bien la filiación, bien el matrimonio) y descansa, en este sentido, en principios constitucionales distintos: la protección de los hijos (matrimoniales y extramatrimoniales) y la tutela de la familia matrimonial. Todo ello dejando de lado el caso del derecho de mantenimiento previsto para quienes trabajan en la esfera familiar, el cual posee un particular perfil.

El distinto fundamento que posee el deber de mantenimiento en cada caso determina además que el momento del nacimiento del derecho sea también diferente. Cuando el deber de mantenimiento es contenido esencial e inderogable de una relación jurídica familiar, como el matrimonio o la relación paterno-filial, nace con ésta y permanece mientras que la relación esté vigente; en el caso de la nulidad del matrimonio, el deber de mantenimiento del Código italiano, que tiene una duración preestablecida en la ley, es un efecto de la sentencia que declara la nulidad; por su parte, el derecho de mantenimiento de quienes trabajan en la empresa familiar está ligado a la concurrencia y mantenimiento de los presupuestos establecidos en el art. 230 *bis Codice*.

Sólo en el caso de la empresa familiar se puede considerar que el derecho de mantenimiento responde a una causa onerosa: el derecho de mantenimiento es la retribución por el trabajo que se ha realizado. En los demás supuestos, en cambio, el derecho de mantenimiento es una atribución patrimonial con causa gratuita, en el sentido de no ser la contrapartida de ningún bien o servicio realizado por el beneficiario. Distinto es que, entre cónyuges, el deber sea recíproco, lo que no es más que una consecuencia del principio de igualdad.

En el caso de los hijos, el derecho de mantenimiento posee una función específica, que es hacer posible que el menor desarrolle su personalidad y alcance la madurez y autonomía propia de los adultos. Como dice CAFERRA, la obligación de mantenimiento ofrece la necesaria cobertura económica y material para la actuación del derecho a la educación del hijo, resultando preminente el interés del hijo al desarrollo de su personalidad, según sus propias capacidades⁵⁶⁷.

Es claro, de otro lado, que si bien en todos los supuestos el derecho de mantenimiento está dirigido a procurar al receptor lo que éste necesita para vivir -esto es justamente lo que tienen en común con el resto de las obligaciones de mantenimiento-, el alcance de la obligación es distinto en cada caso, pero no porque lo sea la capacidad económica del obligado, sino por la posible incidencia, en la cuantía de la prestación, de los recursos personales del beneficiario. En la mayoría de los supuestos los recursos económicos del titular del derecho inciden *de facto* en la cuantía de la obligación, lo que es especialmente evidente entre cónyuges. Sin embargo, no es así en el caso del derecho de mantenimiento reconocido a favor de quienes trabajan en la empresa familiar; con toda lógica, dado que en esta hipótesis lo que el sujeto percibe es una retribución por su trabajo, que no puede sufrir recorte alguno por el hecho de que posea un patrimonio propio.

Por la misma razón, tampoco puede tener relevancia alguna, ni en la medida de la prestación, ni en su subsistencia, la conducta del beneficiario que trabaja en la empresa familiar. Lo mismo ocurre, pero por un motivo distinto, con el deber de los padres de mantener a sus hijos, que tampoco sufre modificación alguna en atención a la conducta de éstos. Entre cónyuges, por el contrario, tal conducta sí que es relevante, al

⁵⁶⁶ Vid. capítulo II, apartado VIII.

⁵⁶⁷ *Famiglia...*, pág. 73.

menos en las situaciones de separación judicial. El legislador italiano ha optado por un sistema en el que el responsable de la crisis matrimonial no tiene un derecho al mantenimiento, sino otro derecho distinto, los alimentos. Además, a pesar de que la ley no lo diga, se viene considerando que de cara a la determinación del *assegno* de mantenimiento se debe tener en cuenta la capacidad de trabajo del cónyuge que tiene derecho a ella, aunque, según algunos, con un rigor distinto a lo que ocurre en sede de divorcio⁵⁶⁸.

En cuanto a las modalidades de cumplimiento de la prestación, cambian en función de que haya o no convivencia entre el obligado y el beneficiario. Puede pues distinguirse entre el mantenimiento directo y el indirecto. La opción entre una y otra viene casi siempre determinada por las circunstancias concretas en las que en el ejercicio de su libertad personal se encuentran los sujetos, aunque también, en el caso del deber de mantenimiento de los hijos, por los criterios o principios que en atención al interés de éstos introducen las leyes.

En cualquier caso, si el deber de mantenimiento se hace efectivo mediante el pago de una cantidad de dinero, ésta tendrá siempre carácter periódico. Es lo coherente con un derecho que persigue proporcionar a su titular medios materiales que le permitan atender a las necesidades de la vida.

El pago periódico constituye, pues, uno de los rasgos característicos del derecho de mantenimiento. La prestación *una tantum* está excluida en sede de mantenimiento.⁵⁶⁹

Otro de los rasgos más destacados, al que hemos aludido repetidamente en páginas anteriores, es que el derecho de mantenimiento hace participar al titular del derecho en la posición económica del obligado, de manera que puede decirse que a través de este derecho se produce una equiparación o igualación del *status* de uno y otro.

En conclusión, pese a las diferencias que pueden encontrarse entre todos los supuestos de mantenimiento, no faltan entre ellos importantes rasgos comunes, unos rasgos que resultan más patentes cuando se compara esta obligación de mantenimiento con la otra ya estudiada, los alimentos. Quizás por ello la doctrina italiana insiste en establecer las diferencias entre mantenimiento y alimentos⁵⁷⁰, porque ayudan a perfilar mejor ambas figuras.

Hay pleno acuerdo en la doctrina en señalar como diferencias entre el mantenimiento y los alimentos las siguientes:

1- La prestación debida a título de mantenimiento tiene un contenido más amplio, no se limita a la mera satisfacción de las necesidades elementales de la vida, como ocurre con los alimentos⁵⁷¹, sino que incluye también, en palabras de SESTA, las exigencias necesarias para enriquecer la personalidad⁵⁷².

⁵⁶⁸ DE FILIPPIS, *Il matrimonio...*, págs. 390 y 391.

⁵⁶⁹ Si bien en la doctrina italiana existe una corriente de opinión que defiende que los cónyuges pueden válidamente convenir que el derecho de mantenimiento entre separados se haga efectivo mediante un único pago (Por todos, ANGELONI, *Autonomía...*, pág. 356 y ss.), ello lo único que indica es que probablemente no tiene mucho sentido la diferencia que en el Derecho italiano existe actualmente entre la pensión de divorcio, que sí que puede ser satisfecha mediante un pago único, y la de separación.

⁵⁷⁰ Es una tarea que apenas se ha desarrollado en España, debido a que en el plano legislativo no está consagrada la diferencia entre alimentos y mantenimiento. Otra cosa es que la autonomía de ambas figuras cuente con el refrendo de la doctrina y haya encontrado incluso reconocimiento en los tribunales, lo que nos sitúa, en último término, en un estado de cosas no muy distinto al que existe en Italia.

⁵⁷¹ SESTA, *Diritto...*, pág. 452; D'ANTONIO, "La potestà ...", págs. 514 y 515; VERCELLONE, "I rapporti...", pág. 952; ANCeschi, *Rapporti...*, pág. 40; CAFERRA, *Famiglia...*, pág. 33; ROSSI, Rita, *Il mantenimento...*, pág. 13; GALLETTA, "Gli alimenti"..., pág. 930; VILLA, "Potestà...", pág. 316.

⁵⁷² *Diritto...*, pág. 452; BOLONDI, "Sempre...", pág. 819.

2- En el mantenimiento se prescinde de cualquier valoración del estado de necesidad del beneficiario⁵⁷³.

3- El obligado, para ser exonerado de la obligación, debe demostrar no sólo la falta de medios, sino también su incapacidad no culpable para procurárselos. Dicho de otra forma, el obligado al mantenimiento, a diferencia de lo que ocurre con el deudor de alimentos, tiene el deber de esforzarse para conseguir los medios suficientes para el cumplimiento de su obligación⁵⁷⁴. Esto significa, por ejemplo, que no puede rechazar injustificadamente un trabajo.

4- El derecho al mantenimiento deriva automáticamente de la posición del sujeto en la familia, prescindiendo de cualquier otro presupuesto⁵⁷⁵.

5- La obligación de mantenimiento da lugar a unas condiciones de vida comunes entre el acreedor y el deudor⁵⁷⁶.

A las anteriores diferencias pueden todavía añadirse otras de menor entidad, como la de que a diferencia de los alimentos, el derecho de mantenimiento, una vez que cesa, no puede ya resurgir⁵⁷⁷.

Aunque el tradicional planteamiento acerca de las diferencias entre derecho de mantenimiento y derecho de alimentos que acaba de ser expuesto, resulta sumamente útil y válido, requiere ciertas matizaciones. Así, resulta claramente inexacto que el derecho de mantenimiento derive exclusivamente de la posición del sujeto en la familia, prescindiendo de cualquier otro presupuesto. Es así en el caso de los hijos respecto de los padres y entre cónyuges convivientes, pero no en el resto de los supuestos. Tampoco es absolutamente exacto que una vez que se extingue no puede ya resurgir, pues hemos visto que en la relación entre padres e hijos pueden darse supuestos de suspensión temporal del deber de mantenimiento.

Al lado de ello, y tal y como algunos autores han puesto de manifiesto, sobre todo recientemente, la afirmación según la cual el contenido de los alimentos es más reducido que el del mantenimiento, resulta en ocasiones difícil de aceptar, si se tiene en cuenta que el contenido de la prestación viene determinado, en ambos casos, por las posibilidades económicas del deudor. La diferencia se difumina definitivamente desde el momento en que la valoración de las necesidades de los individuos se hace con arreglo a los criterios que resultan de los dictados constitucionales y al sentir común de la sociedad. En este sentido pone de manifiesto GALLETTA, de manera muy acertada, cómo la frontera entre el deber de mantenimiento y los alimentos se oscurece si se efectúa una íntegra relectura del sistema alimenticio a la luz de los derechos de los menores, de los ancianos, o del principio de dignidad, y cómo no es exacto, en consecuencia, que los alimentos cubran las necesidades “esenciales”, pues no son tales las vacaciones o los tratamientos médicos que no estén cubiertos por la seguridad social⁵⁷⁸.

Esta diferencia concreta encuentra, de otro lado, algunos inconvenientes derivados de la propia ley, como el art. 439 *Codice*, del que se deduce que fuera del caso de los hermanos, los alimentos no cubren sólo lo estrictamente necesario, o el art. 146 Cc, según el cual la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, una regla que aunque no

⁵⁷³ MORELLI, Mauro: “Gli alimenti”..., pág. 703; BOLONDI, “Sempre...”, entre otros muchos.

⁵⁷⁴ CAFERRA, *Famiglia*..., pág. 33; MORELLI, “Gli alimenti...”, pág. 706.

⁵⁷⁵ MORELLI, “Gli alimenti...”, pág. 707.

⁵⁷⁶ CAFERRA, *Famiglia*..., pág. 72; MORELLI, Mauro, “Gli alimenti”..., pág. 698.

⁵⁷⁷ MORELLI, Mauro, “Gli alimenti...”, pág. 698. También añade, siguiendo a FINOCCHIARO, que en los alimentos el vínculo familiar funda la pretensión pero no constituye el fin de la misma, mientras que el fin del mantenimiento es realizar la plena cohesión del vínculo familiar.

⁵⁷⁸ “Gli alimenti...”, pág. 946.

formulada directamente en el Código italiano, se encuentra latente en su art. 440, donde se prevé la modificación o el cese de los alimentos por el cambio en las condiciones económicas de quien los suministra o recibe; o, finalmente, el art. 148 *Codice*, que hace recaer sobre los abuelos el deber de proporcionar a los padres los medios necesarios para el mantenimiento de los nietos, en el caso de que aquellos, que son en principio los obligados, carezcan de medios propios. Esa obligación de los abuelos -que no parece que pueda ser considerada un caso de mantenimiento, sino de alimentos, en cuanto que descansa en una incapacidad económica de otro sujeto⁵⁷⁹- tiene sin embargo el mismo contenido y extensión que el mantenimiento.

Nuestra conclusión es que la diferencia entre alimentos y derecho de mantenimiento, tal y como está formulada en el Derecho italiano, si bien plantea algunas dificultades, resulta sumamente útil. Es cierto que ambas figuras se distinguen en los fines y en los presupuestos. Mientras que el fin de los alimentos es sólo eliminar la situación de necesidad del alimentista, el del mantenimiento es hacer al titular del derecho partícipe de la posición económica del obligado. Y mientras que el estado de necesidad del titular del derecho es presupuesto característico de los alimentos, no lo es del mantenimiento. Ahora bien, no es cierto que mediante los alimentos se atienda sólo a la satisfacción de las necesidades elementales de la vida⁵⁸⁰. No hay diferencia de contenido entre alimentos y mantenimiento, pero mientras que el titular del mantenimiento tiene derecho a participar en la posición económica del obligado, no puede decirse lo mismo del titular del derecho de alimentos.

⁵⁷⁹ De esta cuestión nos hemos ocupado ya con detalle en el capítulo II, apartado VI, 3.3.

⁵⁸⁰ Entre los autores que coinciden, en cierto modo, con lo defendido en el texto, puede citarse a TERRANOVA, que afirma que los medios adecuados del art. 156 *Codice* se corresponden con el estado de necesidad del art. 438, que tanto el *assegno* de mantenimiento como los alimentos dependen de “las rentas del obligado” o de quien debe suministrarlos, y que el *assegno* de separación alcanza a cuanto es necesario para el mantenimiento y los alimentos a cuanto es necesario para la vida del alimentando teniendo en cuenta su posición social (*Contributo ...*, pág. 114).

CAPÍTULO IV- LA PENSIÓN POST-MATRIMONIAL

I- ACLARACIÓN PREVIA

Utilizamos la expresión “pensión post-matrimonial”, que no es un término empleado en el derecho positivo, para referirnos a aquel derecho de crédito que por disposición de la ley puede surgir entre los sujetos que en su día contrajeron matrimonio cuando, en situaciones de crisis matrimonial, se dan determinados presupuestos, y que tiene como finalidad específica cubrir las necesidades materiales y espirituales del acreedor. Pertenece, pues, a la categoría de lo que hemos llamado “obligaciones de mantenimiento”.

En el ordenamiento español este derecho recibe el nombre de pensión compensatoria y puede surgir tanto como efecto del divorcio o la separación como por efecto de la sentencia que declara la nulidad del matrimonio. Lo primero está fuera de toda duda, a la vista de la letra del art. 97 Cc (“El cónyuge al que la separación o el divorcio...”), pero que la figura resulte igualmente aplicable a los casos de nulidad de matrimonio resulta más dudoso, si se tiene en cuenta que el art. 98 atribuye al “cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo”, no el derecho a recibir una pensión compensatoria, como hace el art. 97, sino “el derecho a una *indemnización* si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el art. 97”. Es esta remisión al precepto regulador de la pensión compensatoria, unido a su ubicación y a los precedentes históricos, lo que nos lleva a sostener que para los casos de nulidad del matrimonio no está previsto un derecho distinto a la pensión compensatoria establecida para la separación y el divorcio, sino idéntico derecho, que en este caso depende de un específico requisito para su nacimiento: la existencia de una efectiva convivencia conyugal entre los contrayentes del matrimonio nulo⁵⁸¹.

En el Derecho italiano la pensión post-matrimonial está prevista únicamente para el caso de divorcio. Se la conoce, de hecho, con el nombre de *assegno* de divorcio, y está regulada en el art. 5 de la ley especial dedicada a la disolución del matrimonio (Ley n. 898, de 1 de diciembre de 1970). Para los supuestos de separación judicial y de matrimonio anulado hay previstos otros derechos distintos destinados a procurar a uno de los esposos los medios materiales necesarios para vivir, a los que nos hemos referido en anteriores capítulos. Independientemente de que entre ellos se encuentren aspectos comunes o de que sea posible su unificación, como propone un sector de la doctrina, actualmente los efectos económicos de la separación, de la nulidad y del divorcio son distintos. En este ordenamiento el divorcio supone la extinción del vínculo matrimonial, la nulidad es un supuesto de ineficacia originaria del matrimonio y la separación es un supuesto de atenuación de la relación matrimonial. Es claro que nos encontramos, desde el punto de vista dogmático, ante figuras distintas, pero ello no impide, necesariamente, que las relaciones patrimoniales de las crisis matrimoniales puedan ser objeto de un tratamiento unitario. Algunos autores argumentan que los efectos patrimoniales de la separación y del divorcio no deben equipararse, dado que la primera, a diferencia del segundo, no es una situación definitiva⁵⁸², pero no faltan quienes opinan lo contrario.⁵⁸³

⁵⁸¹ Esta y otras cuestiones sobre la pensión compensatoria han sido analizadas con mayor detalle en nuestro anterior trabajo “La pensión compensatoria”, al que remitimos al lector interesado. En este capítulo se ha procurado, en la medida de lo posible, no reiterar ideas y razonamientos ya desarrollados en publicaciones anteriores.

⁵⁸² MUSIO, “Conseguenze...”, págs. 277 y 278.

En cualquier caso, lo que está claro, independientemente de las decisiones que en el futuro puedan adoptarse por el legislador, es que actualmente en el Derecho italiano sólo se puede en rigor hablar de pensión post-matrimonial para referirse a la pensión de divorcio. En el Derecho español, en cambio, la pensión compensatoria o pensión post-matrimonial se aplica en los casos de separación judicial, divorcio y nulidad del matrimonio. En todos esos supuestos, y siempre que haya habido convivencia, se pone fin a una relación “matrimonial”, por lo que merecen idéntico tratamiento por parte del legislador. Quede claro, por lo tanto, que aunque en las páginas que siguen hablemos de pensión de divorcio, en el caso del Derecho español no se está pensando únicamente en el supuesto de disolución del matrimonio en vida de los cónyuges.

II- EL DIVORCIO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO Y EN EL ESPAÑOL

Tanto en el Derecho italiano como en el español hubo que vencer fuertes resistencias para introducir una causa de disolución del matrimonio distinta de la muerte, que era la única tradicionalmente admitida. La razón, como es bien conocido, fue la influencia de la Iglesia católica y el hecho de que en el siglo pasado la mayor parte de los matrimonios se contraían en forma católica.

En Italia los primeros intentos de introducir el divorcio en las leyes civiles se produjeron antes del periodo fascista, pero no tuvieron éxito⁵⁸⁴. Hubieron de transcurrir más de veinte años desde la publicación de la Constitución republicana para que se aprobara la Ley 898/70, llamada “Disciplina de los casos de disolución del matrimonio”, que deroga el principio de indisolubilidad del matrimonio, consagrado hasta entonces en el art. 149 *Codice*, el cual quedó redactado en estos términos: El matrimonio se disuelve con la muerte de uno de los cónyuges y en los otros casos previstos por la ley. Esta posibilidad de disolución del matrimonio por una causa distinta de la muerte es aplicable, por expresa disposición del art. 149, 2º, al matrimonio religioso⁵⁸⁵.

La regulación de la disolución o cese de los efectos civiles del matrimonio no está incluida en el Código civil; se contiene en la Ley especial ya citada, que se conoce con el nombre de Ley de divorcio, a pesar de que en ningún momento utiliza este término, lo que revela, en opinión de algunos, la hostilidad del legislador hacia una figura que creen que ha subvertido el concepto de matrimonio⁵⁸⁶. La Ley n. 898/1970 ha sido modificada, durante sus ya casi cuarenta años de vida, en varias ocasiones⁵⁸⁷.

En España el divorcio se introdujo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, de reforma del Código civil en materia de nulidad, separación y divorcio. El régimen jurídico del divorcio se encuentra en el propio Código y fue reformado por Ley 15/2005, de 8 de

⁵⁸³ BARBIERA, *I diritti...*; FERRANDO, “Matrimonio...”, págs. 13 y 16; PARISI, “Le invalidità...”, pág. 193; AL MUREDEN, *Nuove...*, págs. 93 y 94.

⁵⁸⁴ SANTOSUOSSO, *Il matrimonio ...*, pág. 562.

⁵⁸⁵ Dice el precepto que los efectos civiles del matrimonio celebrado con rito religioso, en el sentido del art. 82 o del art. 83, y regularmente inscrito, cesan con la muerte de uno de los cónyuges y en los demás casos previstos por la ley.

⁵⁸⁶ LUPO, “Lo scioglimento del matrimonio ...”, pág. 644.

⁵⁸⁷ la primera por la Ley n. 436, de 1 de agosto de 1978; la segunda por la Ley n. 74, de 6 de marzo de 1987; finalmente, por la Ley n. 80, de 14 de mayo de 2005, n. 80, que ha dado nueva redacción al art. 4, que regula el procedimiento. Debe también tenerse en cuenta que la Ley n. 54, de 8 de febrero de 2006, sobre la guarda compartida, introduce normas relativas a los hijos, las cuales son igualmente aplicables al caso del divorcio.

julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.

La disolución del matrimonio es la extinción del vínculo matrimonial por una causa posterior a su constitución. En esto se diferencia de la nulidad. Mientras que la nulidad descansa en la existencia de un defecto originario y produce efectos *ex tunc* (con la salvedad de la doctrina del matrimonio putativo), la disolución del matrimonio produce siempre efectos *ex nunc*. Este planteamiento se encuentra muy arraigado en la doctrina italiana, pero origina, según ya quedó expuesto en otro momento, consecuencias poco razonables, lo que ha determinado el surgimiento de una corriente de opinión partidaria de unificar los efectos, al menos patrimoniales, de la nulidad y el divorcio⁵⁸⁸.

Son dos las causas de disolución del matrimonio: la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio. Ambas producen el mismo efecto: la extinción del vínculo conyugal con la consiguiente posibilidad de contraer nuevo matrimonio. Nada hay que decir respecto de la muerte, dado que ésta es un hecho jurídico que necesariamente pone fin a la comunidad de vida en que consiste el matrimonio. Pero el divorcio, en cambio, puede ser contemplado por los ordenamientos jurídicos de distinta forma. Es importante aludir al concepto y función que hoy posee el divorcio en cada uno de los ordenamientos objeto de estudio porque en principio hay que suponer que existe una estrecha relación entre el modelo de divorcio y los efectos económicos que para él se prevén. Parece lógico entender que las consecuencias económicas entre *ex cónyuges* que cada ordenamiento hace derivar del divorcio vienen influidas por su concepción de éste y, paralelamente, que la configuración del divorcio en un determinado sistema se deduce, en parte, de los efectos patrimoniales que se atribuyen a la ruptura.

Los ordenamientos jurídicos pueden optar por varios tipos de divorcio: el divorcio-sanción, el divorcio-remedio, el divorcio consensual y el divorcio unilateral. El divorcio sancionatorio o divorcio-sanción es el que encuentra su fundamento en el incumplimiento de los deberes conyugales. El divorcio-remedio descansa en cambio en la objetiva imposibilidad de prosecución de la convivencia, concibiéndose como solución a la quiebra efectiva de la comunidad conyugal. El divorcio consensual se basa en el acuerdo de los esposos de poner fin a la relación matrimonial; no precisa la concurrencia de una causa específica, basta el consentimiento de los cónyuges. Finalmente, el divorcio unilateral es el que se origina por la voluntad de uno sólo de los cónyuges, sin necesidad de que concurra causa alguna.

En términos generales, la ley italiana concibe el divorcio como un remedio a la quiebra del matrimonio⁵⁸⁹. De los arts. 1 y 2 de la Ley de divorcio se deduce que el juez pronuncia la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio concordatario⁵⁹⁰ cuando comprueba que la comunidad material y espiritual entre cónyuges no puede ser mantenida o reconocida por la existencia de alguna de las causas previstas en el art. 3. Aunque en particular el art. 2 contempla el divorcio como un remedio al cese de la comunidad de vida que implica el matrimonio, la determinación de cuándo este cese existe y es irreversible no se deja a criterio del juez. Es preciso que concurra alguna de las causas legales, lo que no significa que la mera concurrencia de alguna de las causas enumeradas en el art. 3 baste, al menos

⁵⁸⁸ Vid. Capítulo II, apartado VI.1.2.

⁵⁸⁹ SANTOSUOSSO, *Il matrimonio ...*, pág. 562.

⁵⁹⁰ El matrimonio concordatario está contemplado en el art. 82 *Codice*. Recibe este nombre el matrimonio que se celebra ante un ministro del culto católico y se rige en cuanto a la celebración y a los requisitos de validez por el Derecho canónico, si bien la relación matrimonial que de él nace se rige por el Derecho civil.

teóricamente, para decretar automáticamente el divorcio. Supuestamente corresponde al juez cerciorarse de la irreversibilidad de la crisis conyugal, si bien en la práctica raramente ocurre que el tribunal se niegue a pronunciar el divorcio en presencia de una de las causas legales⁵⁹¹.

En la práctica la más frecuente causa de divorcio de todas las que de modo taxativo contempla la ley es la separación legal de los cónyuges. El art. 3, n.2, b) establece que el divorcio puede ser solicitado por uno de los esposos cuando se haya pronunciado, mediante sentencia firme, la separación judicial, o cuando se haya homologado la separación consensual. Ahora bien, es necesario que el juez compruebe, para pronunciar el divorcio, que la separación de los cónyuges haya tenido una duración ininterrumpida de, al menos, un trienio⁵⁹². El hecho de que se considere causa de divorcio la previa separación de los esposos, que puede obtenerse consensualmente (art.3.2.b de la Ley de divorcio y art. 150 *Codice*) demuestra que la decisión personal de los cónyuges de no continuar la relación matrimonial no es en absoluto irrelevante a los fines de obtener el divorcio y que en este sentido llevan razón quienes afirman que en el sistema italiano se descubren algunos rasgos del sistema consensual⁵⁹³, llegando a afirmarse que a través de la admisión de la separación consensual junto a la judicial, se ha terminado por dar cabida en el sistema italiano al divorcio consensual⁵⁹⁴.

A lo que desde luego no se ha llegado es a entender que el divorcio puede descansar en la decisión unilateral de uno de los cónyuges, como ocurre en España desde la reforma del año 2005. Todo indica que para la doctrina italiana esto resulta inadmisibile⁵⁹⁵, y que en este ordenamiento la llamada privatización del matrimonio, esto es, el reconocimiento del papel central del individuo y la revalorización de su libertad personal, que caracterizan la evolución de todo el Derecho de familia en los últimos tiempos, se encuentra en una fase todavía incipiente. El ordenamiento italiano está muy lejos de aceptar que la libertad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad alcance en el ámbito de la relación matrimonial una importancia tal que justifique la admisión de un divorcio sin causa. Frente a estos derechos individuales se alza el principio de responsabilidad personal y la estabilidad de la familia matrimonial, que no hay que olvidar que cuenta con consagración constitucional. De modo que, si

⁵⁹¹ SESTA, *Diritto...*, pág. 308.

⁵⁹² Todo ello significa, dice SESTA, que los esposos que quieren disolver su matrimonio, deben emprender dos juicios separados, primero uno de separación (consensual o judicial) y luego el de divorcio, y que se trata de un *iter* a menudo largo y oneroso que representa una peculiaridad del sistema italiano, como deriva de una confrontación con otros ordenamientos en los que basta un previo periodo de separación de hecho (*Diritto...*, pág. 309).

⁵⁹³ SANTUOSSO, *Il matrimonio...*, pág. 561. El autor añade, además, como dato que revela que no es absolutamente extraño al Derecho italiano el divorcio consensual, el hecho de que el divorcio pueda pedirse conjuntamente (pág. 562). Frente a ello se ha dicho que el hecho de que se admita una demanda conjunta de divorcio responde a la *ratio* de facilitar la superación de situaciones existenciales difíciles, e incluso traumáticas (LUPO, “Lo scioglimento...”, pág. 652).

⁵⁹⁴ SANTUOSSO, *Il matrimonio...*, pág. 396. Esta forma de ver las cosas no es en absoluto unánime. Algunos autores consideran que cuando se solicita el divorcio con apoyo en el art. 3.2. b), que contempla entre las causas por las cuales se puede proponer la demanda, la separación consensual, lo que en realidad se está teniendo en cuenta como causa de divorcio es la separación prolongada e ininterrumpida durante tres años (LUPO, “Lo scioglimento...”, pág. 652).

⁵⁹⁵ MUSIO, (“Le cause...”, pág. 229), que se limita a compartir la opción del legislador italiano, sin dar razones; SANTUOSSO, que invoca en contra del divorcio consensual la seriedad del instituto matrimonial y el hecho de que de la disolución se deriven perjuicios para otros sujetos (*Il matrimonio...*, pág. 561); LUPO, para quien incluso el divorcio consensual no sólo es contrario a la cultura italiana, sino que, además, entraría en contradicción con el art. 29 CI, que tutela el matrimonio como acto en el que se funda la comunidad familiar, cuya disciplina no puede ser confiada a la mera voluntad de los particulares (“Lo scioglimento...”, pág. 653).

bien se detecta la existencia de una corriente de opinión favorable a lo que se ha dado en llamar el *favor libertatis* o *favor divortii* como criterio interpretativo⁵⁹⁶, lo cierto es que se considera que la ley de divorcio representa un punto de equilibrio entre las contrapuestas exigencias de garantía de los derechos de libertad de la persona y la estabilidad de la familia, a través de la previsión de causas específicas de divorcio⁵⁹⁷.

Junto a la previa separación judicial o consensual homologada, con una duración mínima de tres años, el art. 3 de la Ley de divorcio incluye otras muchas causas de divorcio. Aunque no es fácil hacer una clasificación, la doctrina suele distinguir las llamadas causa penales, -que son aquellas en las que el motivo para pedir el divorcio es la condena en sede penal de uno de los esposos-, y el resto, que son la obtención por el cónyuge extranjero, en su país, de una sentencia de nulidad o disolución del matrimonio, el hecho de haber contraído nuevo matrimonio en el extranjero, la no consumación del matrimonio, la sentencia firme de modificación de sexo, y el padecimiento de aquellas enfermedades mentales que a juicio del juez conviertan a quien las padece en un sujeto inidóneo para mantener la convivencia familiar.

El objetivo aquí perseguido no es por supuesto adentrarse en el estudio de las causas de divorcio, sino únicamente deducir de ellas el modelo divorcista italiano, y en particular poner de relieve que, como afirma la doctrina, el sistema, aun siendo de divorcio-remedio, posee algunos rasgos propios de los sistemas sancionadores⁵⁹⁸. A tal fin carece de sentido detenerse en las causas no penales, que responden, cada una de ellas, a una particular *ratio*, en la que no se descubre ningún matiz sancionador⁵⁹⁹.

Por lo que respecta a las llamadas causas penales de divorcio, la clave para establecer si efectivamente poseen naturaleza sancionadora está en determinar su *ratio*.

⁵⁹⁶ BARBIERA, *I diritti ...*, pág. 50.

⁵⁹⁷ LUPO, “Lo scioglimento...”, pág. 650.

⁵⁹⁸ Es el caso de SANTOSUOSSO, que afirma que el sistema italiano posee algunos rasgos propios del divorcio-sanción, tanto por la relevancia, como causa de divorcio, de algunas conductas de las que es responsable uno solo de los esposos, como por el hecho de que la eventual separación con *addebito* determina algunas consecuencias negativas en sede de divorcio (*Il matrimonio ...*, pág. 652).

⁵⁹⁹ Mediante la previsión como causa de divorcio de la obtención por el cónyuge extranjero de una sentencia de nulidad o disolución del matrimonio, se trata de resolver la situación del cónyuge italiano vinculado por un matrimonio inexistente en el estado de origen del otro cónyuge o cuando allí ya haya contraído nuevo matrimonio. Quizás el objetivo sea prevenir la bigamia, aunque se ha dicho, probablemente con el afán de reconducir todas las causas de divorcio a la quiebra de la relación matrimonial, que los hechos contemplados en la norma denotan, de un modo inequívoco, una irremediable fractura de la comunión de vida conyugal (CLERICI, “Lo scioglimento...”, pág. 687), y también que la razón de ser de esta causa de divorcio es el respeto de la igualdad jurídica entre cónyuges, que exige que si un cónyuge obtiene una sentencia de nulidad o divorcio en un país extranjero o contrae un nuevo matrimonio, el otro tenga la oportunidad de presentar la demanda de divorcio (SESTA, *Manuale...*(2009), pág. 146). La no consumación del matrimonio, que algunos consideran que se contempla como causa de divorcio porque es expresión de la ausencia de una comunidad de vida entre los cónyuges, responde al deseo del legislador de armonizar la disciplina del matrimonio civil con la del matrimonio concordatario, si bien en el Derecho canónico la no consumación del matrimonio es causa de nulidad. La inclusión de este supuesto como causa de divorcio se debe a la intención del legislador de 1970 de eliminar la disparidad de tratamiento entre los ciudadanos católicos que, habiendo celebrado matrimonio concordatario, podían obtener la nulidad del matrimonio rato y no consumado, y los no católicos, a los cuales el ordenamiento civil les niega esta posibilidad. En cuanto a la rectificación por sentencia firme de la atribución del sexo correspondiente a uno de los esposos, podría pensarse que se incluye entre las causas de divorcio porque en el ordenamiento italiano es presupuesto del matrimonio la heterosexualidad; no es este sin embargo el motivo que subyace en la norma, pues si así fuera se habría atribuido al cambio de sexo un efecto extintivo automático del matrimonio y no es esto lo que se ha hecho, de manera que si los cónyuges no solicitan el divorcio, estaremos en presencia de un matrimonio entre personas del mismo sexo, cuya subsistencia queda en manos de los propios cónyuges, lo que, según se dice, se justifica por la tutela de los intereses de ellos mismos y de los hijos (LUPO, “Lo scioglimento...”, pág. 668).

El mero hecho de que el legislador contemple como causa de divorcio la condena penal por la comisión de un determinado delito no significa necesariamente que con el divorcio se esté sancionando la conducta del esposo que la ha cometido; quizás el divorcio se permita por otra razón: porque la condena penal supone un periodo amplio de cese de la convivencia, incompatible con la comunidad de vida en que consiste la relación matrimonial.

Sin embargo, no parece ser este el fundamento de todos los supuestos del art. 3 de la Ley de divorcio, si se tiene en cuenta que solo el cónyuge no condenado por sentencia penal está legitimado para solicitar el divorcio, y que no siempre la larga duración de la pena es lo que el legislador toma en cuenta. Algunas condenas penales se consideran causa de divorcio en atención al particular desvalor del delito cometido⁶⁰⁰. Todo ello exige admitir que la previsión del divorcio por situaciones de relevancia penal no está necesariamente conectada con la ruptura definitiva de la comunidad de vida matrimonial, sino que persigue, más bien, ofrecer una tutela al cónyuge no culpable, no pudiéndose descartar de modo absoluto que no se haya tenido en cuenta también la posición del otro, que quedará expuesto a la extinción del vínculo conyugal, si su cónyuge así lo decide, por haber atentado contra el orden social y contra la armonía familiar.

Hay autores, no obstante, que hacen una lectura distinta de las causas de divorcio y de su significado. Es el caso de MUSIO, quien afirma que, pese a la aparente heterogeneidad, el elemento que unifica las causas del art. 3. n. 1 y n. 2, letra a), c), d) y f) es que se trata de circunstancias de excepcional gravedad, que al haber provocado la desaparición definitiva de la comunidad de vida entre los cónyuges, hacen inútil e inexigible la espera de un término de separación antes de obtener el divorcio. Estima que es la excepcional gravedad del comportamiento, destructivo de la solidaridad familiar y de la comunidad de vida, y también la inexigibilidad de su mantenimiento, lo que justifica que se pueda acceder directamente al divorcio, algo que es excepcional en el sistema italiano. Añade el autor, siempre en la misma línea de eludir una lectura en clave de sanción, que la exclusión de la legitimación activa de uno de los cónyuges es solo aplicación del principio general según el cual no se debe permitir a un sujeto extraer ninguna ventaja de un hecho ilícito⁶⁰¹.

Pero estos intentos de negar la naturaleza sancionadora de algunas de las causas de divorcio no son del todo convincentes. Es preferible admitir que aun cuando en teoría la intención del legislador pudo ser otra, el sistema de divorcio en Italia no es un sistema puro de “divorcio-remedio”, sino que presenta también algunos rasgos propios de un sistema de “divorcio-sanción”. Así resulta, dice SANTUOSSOSO, tanto de algunas de las causas “penales” de divorcio, como del hecho de que la separación que se haya imputado a uno de los cónyuges produzca también consecuencias negativas en sede de divorcio⁶⁰². Es muy claro en este sentido el art. 5, 6º de la Ley de divorcio, en el que se menciona como una de las circunstancias que el juez debe tener en cuenta para fijar la cuantía de la pensión de divorcio “las razones de la decisión”.

En conclusión, y de un modo muy resumido, podría decirse que en el ordenamiento italiano el divorcio es, bien el remedio a una quiebra irreparable de la relación matrimonial, tal y como la entienden las leyes (esto es como comunidad de vida exclusiva que incluye relaciones sexuales entre personas de distinto género), bien

⁶⁰⁰ SESTA, quien considera que este particular desvalor del delito cometido hace difícil el mantenimiento o la reconstrucción del consorcio familiar, al igual que la excesiva duración de la pena (*Manuale...*(2009), pág. 145)

⁶⁰¹ “Le cause...”, págs. 244 a 246.

⁶⁰² *Il matrimonio...*, pág. 562.

el efecto de una conducta socialmente reprobable de uno de los esposos, a instancia del otro. Debe pues admitirse, se comparta o no la opción legislativa, que hay en este ordenamiento aspectos propios del divorcio sanción.

En el Derecho español, en cambio, se ha eliminado absolutamente, con la última reforma de la normativa reguladora de las crisis matrimoniales, del año 2005⁶⁰³, cualquier vestigio del divorcio-sanción. Y no sólo eso, sino que se ha optado por un sistema de divorcio unilateral, de divorcio por voluntad de uno solo de los cónyuges, sin necesidad de invocar causa alguna. Bastará que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, y ni siquiera eso si se acredita “la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio” (art. 81 Cc al que se remite el art. 85).

El legislador justifica este sistema, por un lado, en los inconvenientes y las disfunciones del sistema de divorcio-remedio que se había instaurado en el año 1981, y por otro lado, en el derecho a no continuar casado.

En el régimen anterior “el divorcio se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado periodo de separación, su reconciliación ya no era factible”, sin que en ningún caso el matrimonio pudiera disolverse “como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes” (Exposición de motivos de la Ley 15/2005). Las leyes exigían, como presupuesto del divorcio, bien la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, bien la prueba de la violación grave y reiterada de los deberes conyugales, pero los tribunales, sensibles a la evolución social y conscientes de la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges, decretaban el divorcio “cuando en el curso del proceso se hacía patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio” (Exposición de motivos de la Ley 15/2005).

La reforma del año 2005 no se ha limitado sin embargo a dar refrendo legal a esta causa de divorcio de origen judicial (la pérdida de *affectio maritalis*), sino que ha ido más lejos al configurar el divorcio como una facultad unilateral, a la que el demandado no puede oponerse en ningún caso por motivos materiales. Se atribuye con ello un papel estelar a la libertad individual, y con fundamento en el respeto al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1CE) se reconoce el derecho de cada uno de los cónyuges a no continuar casado, un derecho que “no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud...” (Exposición de motivos de la Ley 15/2005).

La opción del legislador español no es compartida por toda la doctrina. Entre los autores que adoptan una postura crítica puede citarse a MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, quien critica el sistema de divorcio español por tres razones fundamentales: en primer lugar porque la admisión del divorcio unilateral supone una notoria pérdida de importancia de la figura de la nulidad del matrimonio; en segundo lugar porque con el papel atribuido a la libertad individual en la disolución del matrimonio, el matrimonio pasa de ser más que un contrato, a ser mucho menos que cualquier contrato; y finalmente porque entraña un sistema jurídico de matrimonio más inestable, lo que a su entender es equivocado, porque está demostrado que “el divorcio tiene efectos perjudiciales no deseados”⁶⁰⁴.

Independientemente del juicio que merezca el sistema de divorcio vigente en España, lo que resulta claro, a juicio de la doctrina, es que entraña un cambio en el

⁶⁰³ Una visión general de la reforma puede verse en PASTOR VITA, “Algunas...”, págs. 25-56.

⁶⁰⁴ *Curso...*, págs. 165-166.

concepto de matrimonio⁶⁰⁵. Señala CLAVERÍA GOSÁLBEZ que a la vista de las reformas del Código civil español introducidas por las Leyes 13/2005 y 15/2005, es necesaria una nueva definición del matrimonio, y que la presencia del matrimonio homosexual y del divorcio por voluntad unilateral “parece vaciar el matrimonio de sus rasgos definitorios esenciales”⁶⁰⁶. En opinión del autor, con la admisión del divorcio unilateral, el matrimonio ha dejado de ser un acto jurídico vinculante, concepción propia del modelo hebreo-cristiano, habiendo acogido ahora el legislador español el modelo romano, en el cual hay matrimonio mientras que hay *affectio* conyugal, es decir, mientras que los esposos deseen continuar casados.

Es un sistema que exige, en efecto, reformular el concepto de matrimonio y sus efectos, pero no es menos cierto que se justifica por la necesidad de eliminar los inconvenientes que había originado el sistema anterior y que el propio autor pone de relieve: “1º Si uno de los cónyuges quería separarse o divorciarse y el otro no quería y no incurría en causa de separación, el primero quedaba atrapado en el matrimonio. 2º Si uno de los cónyuges quería separarse o divorciarse y el otro lo aceptaba o si los dos estaban de acuerdo en separarse o divorciarse, pero no lo estaban en algún punto del convenio regulador (por ejemplo, en materia económica), ya no cabía separación o divorcio por mutuo acuerdo, quedando ambos atrapados en el matrimonio si ninguno de ellos había incurrido en causa de separación, lo que movía a cada uno de ellos a invocar alguna de esas causas aunque no concurría, generándose absurdos enfrentamientos que previamente no existían. Ante dicha situación, había jueces que aducían una causa nueva, la pérdida de *affectio maritalis*, pero, al no hallarse dicha causa incluida textualmente en el Código, otros juzgadores no la acogían, generándose una agobiante inseguridad jurídica”⁶⁰⁷.

III- LOS EFECTOS PATRIMONIALES DEL DIVORCIO. PANORAMA GENERAL

La sentencia firme de divorcio pone fin a la relación matrimonial, lo que en principio significa la extinción *ex nunc* de manera definitiva de todos los derechos y deberes propios de la relación matrimonial, incluyendo los de contenido económico.

La sentencia de divorcio extingue el régimen económico del matrimonio (art. 95 Cc y 191 *Codice*), en el supuesto de que esta extinción no se haya producido previamente. Si el régimen económico del matrimonio era el de gananciales, los bienes que tengan la consideración de comunes se repartirán por mitad entre los esposos (arts. 1344 Cc y 194 *Codice*). Si el régimen del matrimonio era, en cambio, el de separación de bienes, tal distribución no tiene lugar, puesto que en tal régimen cada uno de los esposos conserva la titularidad exclusiva de los bienes (art. 215 *Codice* y 1437 Cc).

La sentencia de divorcio determina, como hemos dicho, la extinción de la relación matrimonial y consecuentemente del contenido patrimonial propio de ésta. Ahora bien, entre cónyuges divorciados pueden nacer, por disposición legal, nuevas relaciones patrimoniales, que no son automáticas, sino que están supeditadas a la concurrencia de determinados presupuestos. Entre ellas la más importante es la pensión post-matrimonial (*l'assegno* de divorcio en Italia y la pensión compensatoria en España). Antes de pasar a su estudio, que es el objetivo central de este capítulo, conviene hacer una breve referencia a otros efectos patrimoniales que se derivan o

⁶⁰⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, *Curso...*, pág. 165; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “La transformación...”, pág. 5.

⁶⁰⁶ “La transformación...”, pág. 5.

⁶⁰⁷ “La transformación...”, pág. 12.

pueden derivar de la sentencia de divorcio y que son específicos de cada uno de los ordenamientos. Nos referimos siempre a efectos entre cónyuges, nunca a los relativos a los hijos.

El divorcio va a producir como efecto la pérdida de derechos sucesorios inherentes a la condición de cónyuge. En el caso del Derecho español la pérdida de derechos sucesorios no deriva únicamente del divorcio, sino que es idéntica para la separación judicial e incluso para la separación de hecho. En el sistema sucesorio español el cónyuge separado judicialmente o de hecho no será llamado a la sucesión abintestato (arts. 944 y 945 Cc) y tampoco tiene la condición de legitimario (art. 834 Cc). Por el contrario, en el Derecho italiano la pérdida de derechos sucesorios se produce sólo, -y no siempre de modo absoluto-, a raíz de la sentencia de divorcio. Al cónyuge separado le corresponden los mismos derechos sucesorios que al cónyuge no separado, siempre y cuando no se le haya imputado la separación (art. 585 *Codice*). El cónyuge simplemente separado pero al que se le haya imputado la separación tiene reconocida en la herencia de su esposo una posición parecida a la del cónyuge divorciado. El art. 548 *Codice* le otorga el derecho a una pensión vitalicia si en el momento de la apertura de la sucesión percibía alimentos a cargo del fallecido. De modo análogo, el art. 9 *bis* de la Ley de divorcio reconoce a favor del divorciado que estuviese recibiendo de su *ex* cónyuge la pensión a que se refiere el art. 5 de la misma ley, el derecho a recibir una pensión periódica a cargo de la herencia.⁶⁰⁸

Las diferencias entre el ordenamiento italiano y español en cuanto a los derechos sucesorios se explican por las mismas razones otras veces señaladas: por una parte, por la distinta consideración y función de la separación (que en el Derecho italiano se considera una situación en la que la relación matrimonial está atenuada y en el Derecho español en cambio una situación en la que la relación matrimonial está extinguida); y por otra parte porque se trata de sistemas distintos (en el Derecho italiano hay rasgos de los sistemas de divorcio-sanción, que han desaparecido absolutamente del ordenamiento español).

La ley italiana de divorcio se ocupa además de aclarar quién o quienes tendrán derecho a percibir la llamada pensión *di reversibilità*, en el caso de fallecimiento de una persona divorciada. Dispone el párrafo 2º del art. 9 que en ausencia de cónyuge superviviente con los requisitos necesarios para percibir la citada pensión, el cónyuge divorciado tiene derecho, siempre que no haya contraído nuevas nupcias y sea titular del derecho al *assegno* del art. 5, a percibir la pensión *di reversibilità* si la relación de la que deriva es anterior a la sentencia. Y ordena el párrafo 3º del mismo artículo que en los casos en que sobrevivan el cónyuge actual y el divorciado, la pensión se repartirá entre ambos en base al criterio de la duración de las respectivas relaciones matrimoniales. De manera análoga, la disposición adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, dispuso en su apartado tercero que “El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento, corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”. Por su parte, el art. 174.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, dispone lo siguiente: “En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias

⁶⁰⁸ Estas pensiones, que tienen la naturaleza jurídica de legados *ex lege*, se tratan con algo más de detalle en el capítulo I.

o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante.

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por 100 a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios”

Además de los efectos patrimoniales *mortis causa* entre divorciados, que en rigor quedan fuera de nuestro campo de estudio, se detectan otras diferencias entre el Derecho español y el Derecho italiano en lo que respecta a los efectos patrimoniales del divorcio. Algunas de ellas no son más que consecuencia lógica de la existencia de determinadas instituciones jurídicas, como el fondo patrimonial o la empresa familiar del ordenamiento italiano, que carecen de paralelo en el español. Otras, por el contrario, revelan distintas opciones de política legislativa, o quizás significan, simplemente, que el legislador ha caído en la cuenta de la conveniencia de resolver particulares situaciones que pueden plantearse a propósito de la disolución del matrimonio.

Nos limitamos ahora a mencionar cuáles son las específicas previsiones en el plano del Derecho positivo, a las cuales podrían, seguramente, sumarse otras⁶⁰⁹:

El art. 171, 2º *Codice* recoge una excepción a la regla general según la cual el llamado fondo patrimonial⁶¹⁰ termina por efecto del divorcio, al ordenar su subsistencia tras la disolución del matrimonio, si hay hijos menores, y hasta el cumplimiento de la mayoría de edad del último hijo.

El art. 12 *bis* de la Ley de divorcio atribuye al cónyuge divorciado que no haya contraído nuevo matrimonio y que sea titular de la pensión de divorcio a que se refiere el art. 5 de la propia ley, el derecho a recibir un porcentaje de la indemnización por despido en su caso atribuida a su ex esposo, incluso si se devenga después de la

⁶⁰⁹ En efecto, parece estar fuera de duda, a pesar de que el Código no lo diga expresamente, que el divorcio excluye la aplicación de la normativa dedicada a la empresa familiar, contenida en el art. 230 *bis Codice*, en cuanto que los efectos en él previstos exigen la existencia de una relación matrimonial que habrá quedado extinguida por el divorcio. La disolución del matrimonio determina la pérdida del *status* de cónyuge, lo que significa que caso de continuar la actividad laboral a que se refiere la norma, entre quienes estuvieron casados, la determinación de la retribución que corresponde al *ex* esposo trabajador deberá hacerse con arreglo a otros criterios, en función de la calificación que corresponda al caso concreto (En parecido sentido, BALESTRA, *L'impresa...*, pág. 232). La expuesta es la solución que resulta coherente con la desaparición de la *ratio* que justifica el particular régimen jurídico de la empresa familiar, esto es, del vínculo de solidaridad y colaboración recíproca que se supone existente entre quienes están casados, pero que hay que entender que desaparece con el divorcio.

⁶¹⁰ El fondo patrimonial está constituido por aquellos bienes que uno o ambos cónyuges o un tercero deciden voluntariamente destinar a hacer frente a las necesidades de la familia, sometiéndolos para ello a un particular régimen jurídico (cfr. arts. 167 a 171 *Codice*).

sentencia. La participación del divorciado la fija la ley en el 40 por ciento de la indemnización total correspondiente a los años durante los cuales haya coincidido la relación laboral con el matrimonio.

IV- ASSEGNO DE DIVORCIO Y PENSIÓN COMPENSATORIA. PRECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL

Cuando se introdujo el divorcio en Italia, en el año 1970, la pensión de divorcio se reguló en el párrafo 4º del art. 5 de la Ley sobre disolución del matrimonio, el cual disponía que el tribunal establecería la pensión, teniendo en cuenta las condiciones económicas de los cónyuges, las razones de la decisión y la contribución personal y económica de cada uno de los cónyuges a la formación del patrimonio de ambos⁶¹¹. La norma suscitó enseguida importantes dificultades a los intérpretes. Por un lado surgía el problema de determinar el significado de los elementos que el juez debía tener en cuenta para establecer la pensión, pero además estaba el problema de la relevancia que había que atribuir a cada uno y, sobre todo, las dificultades para conciliar esta norma con otras previsiones referidas a esta obligación y contenidas en la misma ley, como la posibilidad de que el pago fuese único y no periódico (art. 5, 4º *in fine*), la posibilidad de su modificación en los términos establecidos en el artículo 9⁶¹², o la norma que disponía la pérdida del derecho cuando el acreedor contrajese nuevo matrimonio. A todo ello se añadía el hecho de que la Ley del 70 no contenía previsión alguna sobre la transmisibilidad activa y pasiva de la pensión, ni sobre su disponibilidad o prescriptibilidad⁶¹³.

El legislador, consciente de las lagunas en la regulación de la figura, dicta, con la intención de resolverlas, la Ley de 1 de agosto de 1978, n. 436. Se excluye entonces, de modo expreso, la transmisibilidad pasiva del *assegno*, y se hace del disfrute de la pensión presupuesto para la atribución de una renta vitalicia a cambio de la herencia. El problema de la naturaleza jurídica quedaba, sin embargo, pendiente, surgiendo diversos puntos de vista, que podían reducirse a tres fundamentales⁶¹⁴. Una primera interpretación atribuía al *assegno* naturaleza mixta, afirmando así la equivalencia de los tres criterios contenidos en el párrafo 4º del art. 5 de la Ley del divorcio (condiciones económicas de las partes, motivos de la decisión y aportaciones personales y económicas a la familia). Una segunda le atribuía en cambio naturaleza alimenticia o asistencial, dando así valor prioritario a las condiciones económicas entendidas como condiciones de necesidad, si bien en sentido relativo. Y una tercera le atribuía naturaleza resarcitoria o indemnizatoria, dando especial relieve, bien a las razones de la decisión y a las aportaciones de los cónyuges, bien, simplemente, al desequilibrio económico subsiguiente al divorcio. Finalmente se impone, con el apoyo de la

⁶¹¹ Literalmente el precepto establecía lo siguiente: “Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi di somministrare a favor dell’altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione puo avvenire in unica soluzione”.

⁶¹² Este precepto fue luego modificado por la Ley de 1 de marzo de 1987, n. 74.

⁶¹³ VICENZI AMATO, “I rapporti ...”, pág. 312.

⁶¹⁴ VICENZI AMATO, “I rapporti...”, págs. 313-314.

jurisprudencia⁶¹⁵, la idea según la cual la pensión posee naturaleza compuesta y desempeña una triple función: asistencial, resarcitoria y compensatoria.

Con el paso del tiempo este planteamiento deviene insatisfactorio, a lo que se une la problemática derivada del hecho de que en el reconocimiento de la pensión el juez gozaba de una amplísima discrecionalidad, pudiéndola conceder o no, y en la cuantía que le parecía oportuna, en atención a las condiciones económicas de los esposos, a las razones determinantes del divorcio y a la participación de cada uno en la formación del patrimonio de ambos. Se produce entonces una reforma, que vino de la mano de la Ley de 1 de marzo de 1987, n. 263, uno de cuyos objetivos fue superar la naturaleza compuesta de la pensión, tal y como se deduce de los trabajos parlamentarios⁶¹⁶.

La reforma del 87 incide profundamente sobre la figura, modificando los presupuestos para la atribución de la pensión post-matrimonial y los criterios para su determinación.

El régimen jurídico sobre la pensión se encuentra todavía, fundamentalmente, en el art. 5 de la Ley de divorcio. La norma básica se contiene en el párrafo 6º, cuya más destacada novedad es la previsión de que el tribunal puede establecer la obligación de satisfacer la pensión sólo cuando uno de los cónyuges no tenga medios adecuados o no pueda procurárselos por razones objetivas. Se mantiene la referencia a los criterios precedentes (las condiciones de los cónyuges, las razones de la decisión y la contribución personal y económica dada por cada uno de los cónyuges a la dirección de la vida familiar y a la formación del patrimonio común o del otro cónyuge), a los que se añade la duración del matrimonio, pero todas estas circunstancias van a tener atribuidas ahora un nuevo papel: ya no son circunstancias a tener en cuenta para el nacimiento del derecho, sino para determinar su montante; esto es, no determinan el *an* sino el *quantum*.

En el párrafo 7º del mismo artículo se contiene la disciplina sobre la adecuación automática de la pensión, que estaba ausente en la originaria disciplina sobre el divorcio y que es recibida con agrado por la doctrina.

El párrafo 8º regula la posibilidad de adoptar, mediante acuerdo entre los ex cónyuges, el cumplimiento de la obligación de pagar la pensión *una tantum*. La previsión estaba ya contenida en la redacción primitiva, en el inciso final del párrafo 4º del art. 4, que debido a su parquedad había dado lugar a conflictos interpretativos, los cuales quedan atenuados con la nueva versión.⁶¹⁷

También el párrafo 9º, relativo a la prueba de los medios económicos de las partes⁶¹⁸, fue introducido por la ley del 87. En cambio, el párrafo 10º, que prevé la extinción de la obligación en el caso de que el beneficiario contraiga nuevas nupcias, existía ya anteriormente (era el antiguo párrafo 4º); sólo cambia la ubicación de la norma. Finalmente, el párrafo 11º contempla el derecho a la asistencia sanitaria. Se trata

⁶¹⁵ Sostienen la naturaleza compuesta de la pensión de divorcio las siguientes sentencias de la *Corte di Cassazione*: 26 abril 1974, n. 1194; 26 marzo 1975, n. 1154, 7 de noviembre de 1981, n. 5874.

⁶¹⁶ BONILINI, “L’assegno...”, pág. 451; DOSSETTI, “Gli effetti...”, pág. 772.

⁶¹⁷ Frente a la norma anterior, que se limitaba a señalar que mediante acuerdo de las partes la prestación podía consistir en un pago único, el nuevo texto dispone que con acuerdo de las partes la prestación puede consistir en un único pago si es considerado equitativo por el tribunal, añadiéndose que en tal caso no se puede proponer ninguna sucesiva demanda de contenido económico.

⁶¹⁸ Según éste, los cónyuges deben presentar en el proceso la declaración personal de sus rentas y toda la documentación relativa a éstas y a su patrimonio personal y común. Caso de impugnación, el tribunal ordenará indagaciones sobre las rentas, el patrimonio y el efectivo tenor de vida, valiéndose, en su caso, de la policía tributaria.

de una norma introducida por la ley del 78, que se mantiene tras la reforma del 87, aunque igualmente con nueva ubicación.

A todo lo anterior hay que añadir otra serie de normas relativas a la pensión post-matrimonial, algunas de ellas debidas también a la reforma del 87. El cuadro normativo no quedaría completo sin aludir al art. 12, *sexies*, que incluye entre los instrumentos de defensa del *assegno* la tutela penal; al art. 9 *bis*, relativo a la pensión que tras la muerte del obligado grava la herencia y que fue introducido en el 78; los arts. 8 y 9, que también fueron modificados o sustituidos en el 87, y el párrafo 8º del art. 4, que contempla la posibilidad de pronunciar, de oficio, medidas provisionales y urgentes en interés de los cónyuges y de la prole.

Por lo que se refiere a España, cuando se introdujo el divorcio, mediante Ley 30/1981, de 7 de julio, de reforma del Código civil en materia de separación y divorcio, se dio al art. 97 Cc, en el que se regula la pensión compensatoria, la siguiente redacción:

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

1ª Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.

2ª La edad y estado de salud.

3ª La cualificación profesional y las posibilidades 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 los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

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

En torno a este precepto ha existido siempre una importante literatura jurídica, cuya lectura pone de relieve la evolución que en España ha sufrido la figura de la pensión compensatoria. El legislador la concibió como una pensión tendencialmente vitalicia dirigida a remediar el desequilibrio económico derivado de la separación y el divorcio. Con el paso del tiempo fue tomando cuerpo la idea según la cual la pensión debía limitarse en el tiempo, porque de lo contrario se convertía o corría el riesgo de convertirse en un medio de vida permanente para su perceptor y en una carga injustificada para el obligado, lo que no resultaba admisible en una sociedad en las que las mujeres, para las cuales estuvo en sus inicios pensada la pensión, se habían incorporado de manera generalizada al mundo del trabajo y podían ganarse la vida. Los tribunales fueron poco a poco haciéndose eco en sus decisiones de esta forma de ver las cosas, hasta el punto de que puede decirse que ya a finales del siglo XX estaba muy generalizada la admisión de la pensión compensatoria temporal, pese a los obstáculos que para ello derivaban del Derecho positivo, en particular del art. 101 Cc, que contempla como causas de extinción de la pensión únicamente “el cese de la causa que lo motivó” y el nuevo matrimonio o la convivencia extramatrimonial del acreedor.

Así las cosas, el legislador se decide a reconocer legalmente la posibilidad de la pensión compensatoria temporal. La Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio en España, da nueva redacción al art. 97 Cc, que queda como sigue:

“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su

situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

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

1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2ª La edad y el 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 los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge

9ª Cualquier otra circunstancia relevante

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

La novedad más destacada del nuevo art. 97 Cc es, sin duda, la posibilidad de la pensión compensatoria temporal, que además fue, probablemente, la que determinó su modificación, pero hay otra novedad, de la que se derivan consecuencias importantes y que sin embargo ha pasado bastante desapercibida. Nos referimos al hecho de que el nuevo texto llevase a un párrafo separado de aquel en el que se contienen los presupuestos de la pensión (el primero), las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para determinar su cuantía. Ello excluye que se pueda interpretar que las circunstancias enumeradas en el artículo integran el presupuesto de la pensión, lo que venía siendo defendido por un sector doctrinal, y revela la voluntad del legislador de que sean únicamente criterios para la determinación del monto de la pensión.

No puede pues dudarse, a partir de la reforma de 2005, de que en España, lo mismo que en Italia, el presupuesto de la pensión es el desequilibrio económico que derive de la separación o del divorcio, cualquiera que sea su causa, lo que significa, en último término, que la pensión compensatoria tiene naturaleza asistencial en el sentido de que es una atribución patrimonial que no posee causa onerosa y mediante la cual no se retribuye ni compensa necesariamente un sacrificio personal o patrimonial realizado previamente por el acreedor a favor del obligado, dado que puede ocurrir que tal sacrificio no haya tenido lugar.

Resulta curioso que frente a lo ocurrido en Italia a raíz de la reforma de 1987, en España la doctrina no sea consciente de que tras la reforma de 2005 debe aceptarse la naturaleza asistencial de la pensión compensatoria. Y resulta curioso porque la evolución del Derecho positivo es muy parecida en ambos países. En Italia hasta el año 1987, el párrafo 6º del art. 5 de la Ley de divorcio reconocía el derecho al *assegno* en atención a las condiciones económicas de los cónyuges, a las razones en que descansase la sentencia de divorcio y a la contribución personal y económica de cada uno de los cónyuges a la formación del patrimonio de ambos; en España un sector doctrinal defendió que las circunstancias enumeradas en el art. 97, además de ser los criterios para la fijación de la cuantía de la pensión, debían tenerse en cuenta para determinar su nacimiento y que integraban el concepto de desequilibrio. Reformado el Derecho positivo en el mismo sentido en uno y otro país, la doctrina y la jurisprudencia italiana entendieron que al ser el único presupuesto de la pensión post-matrimonial la ausencia de medios adecuados, la pensión tenía naturaleza asistencial, en tanto que en la doctrina española ni mucho menos se ha generalizado tal conclusión.

Por último, desde el año 2005, la ley española contempla la posibilidad de la prestación post-matrimonial mediante un pago único, con el objetivo de facilitar a las partes la ruptura definitiva de vínculos patrimoniales tras el divorcio.

V- EL PRESUPUESTO DE LA PENSIÓN

Pese a su importancia, la cuestión de cuál es el presupuesto de la pensión post-matrimonial continúa planteando dificultades tanto en el ordenamiento español como en el ordenamiento italiano. Ni el art. 97 Cc ni el art. 5 de la ley italiana reguladora del divorcio establecen con total claridad en qué casos uno de los cónyuges puede exigir del otro el pago de la pensión. El art. 97 Cc reconoce el derecho a pensión compensatoria al cónyuge “al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio”. Es claro que el presupuesto de la pensión es el desequilibrio económico, pero surgen dos grandes preguntas: la primera, si el desequilibrio ha de estar referido estrictamente a los bienes con los que cuenten los cónyuges en el momento de la ruptura o si comprende también la capacidad de obtención de recursos; y la segunda, si la causa del desequilibrio es o no relevante de cara al nacimiento del derecho. Por su parte, el párrafo 6º del art. 5 de la ley italiana reconoce el derecho al *assegno* al cónyuge que “no tenga medios adecuados o no pueda procurárselos por razones objetivas”, suscitándose la duda de qué debe entenderse por “medios adecuados”.

En cuanto a la ley española, debe aclararse en primer lugar que aunque el art. 97 exige literalmente que para que surja el derecho a pensión, la separación o el divorcio han de implicar un empeoramiento en la situación económica de uno de los cónyuges, en comparación con la que disfrutaba durante la etapa matrimonial, ello no basta. Como se ha observado con frecuencia, habitualmente el cese de la convivencia provoca un empeoramiento en las condiciones de vida de ambos esposos. No es éste, en consecuencia, el dato decisivo, sino el desequilibrio entre la situación en que quedan uno y otro en el mismo momento de la separación o el divorcio. Hay que recordar que durante la convivencia matrimonial el *status* de los esposos es idéntico. Pues bien, si finalizada la relación matrimonial (bien por la separación, bien por el divorcio), uno de los cónyuges dispone de menos medios para afrontar sus necesidades, se da, en principio, la situación descrita por el art. 97 Cc.

El desequilibrio o desigualdad contemplados por el precepto es de naturaleza económica, como literalmente se expresa. Sin embargo, no es un desequilibrio patrimonial entendido en su sentido tradicional, sino un desequilibrio en lo que podría llamarse el patrimonio invisible, esto es de la capacidad de obtención de recursos económicos. El Tribunal Supremo, aun sin usar esta terminología, que tomamos de la doctrina italiana⁶¹⁹, acogió este punto de vista en la Sentencia de 10 de marzo de 2009 (Ponente: Almagro Nosete) al confirmar el fallo por el que se reconocía pensión compensatoria a la esposa, no obstante haber recibido ésta, por efecto de la liquidación de la sociedad de gananciales, un importante patrimonio. Frente a la tesis del marido recurrente, de inexistencia de desequilibrio patrimonial, el Tribunal Supremo sí que lo apreció, entendiendo que la falta de experiencia y de formación profesional de la esposa, junto con su edad, la situaban en desventaja frente al marido. Con mayor claridad aun se expresa la STS 17 julio 2009 (Ponente: Roca Trias) al declarar que “No es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientes económicamente no

⁶¹⁹ En particular, AL MUREDEN, en su obra repetidamente citada, *Nuove...*

hay pensión en ningún caso, porque a pesar de ello, puede haber desequilibrio. Sólo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares”.

Por otro lado, a pesar de que desde una interpretación literal, sistemática e histórica, es presupuesto de la pensión compensatoria el desequilibrio patrimonial, cualquiera que sea su causa, el Tribunal Supremo ha acogido la llamada tesis subjetivista, conforme a la cual deben tenerse en cuenta, para determinar la concurrencia del desequilibrio originador del derecho a pensión, las circunstancias enumeradas en el párrafo 2º del art. 97 Cc.

Tal doctrina se estableció, en referencia al texto vigente de la norma, por la STS de 19 de enero de 2010 (Ponente: Roca Trías), en la que se declaró “como doctrina jurisprudencial que para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio”.

En el caso resuelto por la citada sentencia, la esposa, que no trabajaba en la época en que se solicitaba la separación, aunque lo había hecho en la etapa matrimonial durante largos periodos de tiempo, pedía que fuese condenado el marido a pagarle, en concepto de pensión compensatoria, la mitad de la cantidad que éste percibía mensualmente por invalidez permanente. El Juzgado de 1ª Instancia estimó la pretensión de la esposa casi en su totalidad, fijando el importe de la pensión en una cantidad ligeramente inferior a la solicitada. La Audiencia, en cambio, revocó la sentencia por considerar que no procedía señalar pensión compensatoria alguna a favor de la esposa.

La cuestión clave para resolver el litigio era determinar si se daba o no el presupuesto legal de la pensión compensatoria. ¿Existía entre los litigantes un desequilibrio económico?

Pues todo depende del concepto de desequilibrio que se aplique. En sentido estricto, no había desequilibrio entre el patrimonio de uno y de otro, es decir entre los bienes de los que en el momento del pleito eran titulares. El régimen económico era el de gananciales y su liquidación se dejaba pendiente. Pero aunque no hubiera sido así, aunque la pareja hubiese estado en régimen de separación de bienes, este hecho hubiera sido irrelevante en referencia al establecimiento o no de pensión compensatoria a favor de uno de los esposos⁶²⁰, toda vez que no debe confundirse la cuestión de la distribución de los bienes generados durante la etapa matrimonial (que se rige por las normas sobre régimen económico) y la cuestión de los recursos con que los cónyuges cuentan para atender sus necesidades tras la ruptura (que es el aspecto concreto que el legislador resuelve mediante la figura de la pensión compensatoria). Había, desde luego, un desequilibrio de ingresos: mientras que el marido percibía siete mil ciento ochenta y cuatro con diez euros anuales, la esposa no percibía sueldo ni renta alguna. Podría

⁶²⁰ Vid. STS 10 marzo 2009 y el comentario de la autora en “Pensión compensatoria y régimen económico del matrimonio”. Opuestas a lo allí defendido son las argumentaciones de la STS 19 enero 2010, en la que una de las razones que se invocan para negar la pensión compensatoria es que “El régimen económico matrimonial que ha regido las relaciones patrimoniales entre los cónyuges ha sido el de gananciales, lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que los dos inmuebles de que son titulares lo son por mitad” (Fundamento de Derecho séptimo).

entonces pensarse que se daba la situación descrita por el art. 97 Cc. Sin embargo, no era así, pero no por las razones invocadas por el Tribunal, que seguidamente se expondrán, sino porque no había desequilibrio en cuanto a la capacidad de obtención de recursos y si lo había era a favor del esposo, que estaba en situación de incapacidad permanente total, mientras que la esposa no padecía incapacidad o secuela invalidante alguna.

Para mantener el fallo desestimatorio de la pensión compensatoria, el Alto Tribunal acude a un razonamiento distinto, mucho más complejo, y frente al que pensamos que pueden formularse algunas objeciones. Opta por la llamada tesis subjetivista sobre el concepto de desequilibrio, esto es, por exigir que el desequilibrio venga causado, y así se demuestre, por la convivencia matrimonial.

Expone el Tribunal que “[...] el artículo 97 Cc ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación. La que se denomina tesis objetivista, en cuya virtud el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión; según esta concepción del artículo 97 Cc, las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo de dicho artículo serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada. La tesis subjetivista integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 Cc determinan si existe o no desequilibrio económico compensable por medio de la pensión del artículo 97 Cc.

El recurso de casación formulado por interés casacional obliga a esta Sala a pronunciarse sobre la cuestión. La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 Cc tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal” (Fundamento de Derecho sexto).

Desde luego, parece lo más cabal defender que el desequilibrio que mediante la pensión compensatoria se trata de reducir ha de traer su causa de la convivencia matrimonial, pero no debe ignorarse que la llamada tesis subjetivista, tal y como se está aplicando, conlleva importantes inconvenientes. Téngase en cuenta que la jurisprudencia no se está limitando a exigir que el desequilibrio sea consecuencia de la convivencia matrimonial, sino que está requiriendo una prueba suficiente de ello⁶²¹. Es importante destacar que el hecho de que no se pueda probar que el desequilibrio en la obtención de recursos de uno y otro cónyuge tenga su origen en la etapa matrimonial, no quiere decir que no sea así. No basta que la capacidad de trabajo del cónyuge con menor capacidad de rédito se haya mantenido inalterada a lo largo de la etapa matrimonial, ni que no haya dejado de trabajar, ni tampoco que se encuentre, tras el

⁶²¹ STS 22 junio 2011, Ponente: Xiol Ríos.

divorcio, en la misma situación en que se encontraba durante el matrimonio⁶²², porque, ¿Qué hay de la pérdida de oportunidades, de la renuncia, por ejemplo, a la promoción profesional o a iniciar nuevas actividades formativas o profesionales, algo que quizás sí ha hecho el otro cónyuge, incrementando con ello su capacidad para obtener recursos económicos?

La interpretación del art. 97 Cc seguida en los últimos tiempos por el Tribunal Supremo excluye la pensión compensatoria para aquellos cónyuges que no hayan mejorado su capacidad económica⁶²³, ni siquiera cuando ello es debido, como con frecuencia ocurre, a la dedicación que precisa la familia, si no pueden demostrar que han rechazado oportunidades concretas. Esto no ocurriría desde la interpretación objetiva que aquí se defiende, la cual cuenta, además, con el apoyo de la redacción de la norma desde la reforma llevada a cabo en el año 2005.

En efecto, de la comparación entre el texto originario del art. 97 Cc, introducido en el año 1981, y el texto vigente, modificado en 2005, se colige que el legislador ha querido distinguir con toda claridad el presupuesto de la pensión, al que se refiere el párrafo primero, de las circunstancias que han de tenerse en cuenta para su cuantificación, enumeradas por el párrafo segundo. La tesis subjetivista, que podía encontrar apoyo en la redacción primitiva del precepto, ha debido abandonarse a partir de la Ley 15/2005, momento en el que se evidencia con toda nitidez la voluntad del legislador de reconocer derecho a pensión compensatoria a favor del “cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio”, independientemente de cuáles sean las causas que lo hayan provocado, aspecto éste sobre el que se guarda silencio.

Lo anterior no quiere decir, en absoluto, que se esté reconociendo al cónyuge en peor situación económica un derecho a ser mantenido (total o parcialmente) por el otro; por una parte, porque se establecen las circunstancias que han de tenerse en cuenta para fijar la cuantía de la pensión, y por otra parte, porque la pensión se puede conceder con una duración temporal. Mediante la figura de la pensión temporal se elimina el riesgo de que la pensión compensatoria se convierta en un instrumento que permita a uno de los *ex* cónyuges vivir o mantener un determinado *status* a costa del otro, a lo que hay que añadir que la jurisprudencia considera como causa de extinción de la pensión la pasividad o desinterés de su titular para llevar a cabo una actividad retribuida⁶²⁴.

⁶²² Los argumentos recogidos en el texto son utilizados por la STS 19 enero 2010. En el Fundamento de Derecho sexto se dice: “Aplicando estos criterios interpretativos [la tesis subjetivista] al supuesto que nos ocupa, debe decidirse por confirmar la sentencia recurrida y negar la pensión compensatoria solicitada por la recurrente en reconvencción. Y ello en base a los siguientes argumentos:

1º La recurrente no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio, ya que su capacidad de trabajo se ha mantenido intacta a lo largo del mismo, tal como lo demuestra su hoja laboral.

2º La dedicación a la familia no le ha impedido trabajar cuando así lo ha considerado conveniente o cuando ha encontrado oportunidades laborales en el mercado de trabajo.

3º El régimen económico matrimonial que ha regido las relaciones patrimoniales entre los cónyuges ha sido el de gananciales, lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que los dos inmuebles de que son titulares lo son por mitad.

4º El divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral; se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio.

5º El derecho a la pensión compensatoria no es un derecho de alimentos, sino que está basado en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura por lo que debe demostrarse este elemento y irrelevante la concurrencia de necesidad (STS de 10-3-09)”.

⁶²³ Nos referimos siempre a la capacidad para obtener ingresos por el trabajo.

⁶²⁴ Recientemente, STS 23 enero 2012, de la que nos ocupamos en el apartado VIII de este capítulo, sobre extinción de la pensión.

En definitiva, estimamos más acertado interpretar que la sola circunstancia de que en el momento de la ruptura matrimonial uno de los miembros de la pareja posea menor capacidad de obtención de ingresos que el otro, origina a su favor el derecho a obtener una pensión, sin que para ello tenga que demostrar hechos tales como el haber dejado de trabajar para atender a las necesidades de la familia o el haber colaborado en las actividades profesionales del otro cónyuge. Ahora bien, su duración y circunstancias vendrán determinadas por los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges, la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, la pérdida eventual de un derecho de pensión, el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge y cualquier otra circunstancia relevante (art. 97, 2º Cc).

Lo que con la tesis objetiva se logra es que el cónyuge que haya abandonado o pospuesto su promoción profesional, aun cuando no pueda demostrarlo, perciba una cantidad de dinero que le permita, por así decirlo, recuperar el tiempo o las ocasiones perdidas, si es que éstas son recuperables, o que le compensen económicamente por ello, en caso contrario. Incluir estos supuestos en el ámbito de la pensión compensatoria resulta especialmente oportuno en referencia a personas que contraen matrimonio siendo jóvenes, pues en tales casos la relación entre la vida matrimonial y la profesional resulta más difícil de probar, habida cuenta de que no es tanto que se renuncie a lo ya conseguido, como que se abandonen expectativas o proyectos de mejora laboral. Si para conceder una pensión compensatoria se exige una prueba cumplida de que la menor cualificación profesional es consecuencia de una más intensa dedicación a la familia, como hace la STS 22 junio 2011, se dejarán fuera muchos casos en los que el matrimonio y la vida familiar son, de hecho, la causa del desequilibrio.

No es menos cierto, desde luego, que con mucha frecuencia el desequilibrio que se constata en el momento de la ruptura no parece tener nada que ver con el matrimonio. Sin embargo, no se podrá afirmar con plena seguridad que es así, dado que nunca se podrá saber si el cónyuge que queda en peor situación habría tenido una posición económica distinta de no ser por el matrimonio, y viceversa, tampoco se podrá saber, al menos en ciertos casos, si el cónyuge en mejor posición económica habría alcanzado la situación en la que queda en el momento de la ruptura, de no ser por la relación matrimonial. En definitiva, no puede saberse lo que el matrimonio aporta o resta a la capacidad de obtención de recursos de sus miembros.

Esta es la razón principal por la que no es ningún sinsentido propugnar una interpretación objetiva del art. 97 Cc y defender que si hay desequilibrio hay derecho a pensión. Otra cosa es su cuantía y su duración.

Acoger la tesis objetiva sobre el desequilibrio no implica rechazar la *ratio* que se atribuye a la pensión compensatoria, sino aplicar una presunción que la complementa: la de que el desequilibrio que se constata en el momento de la ruptura trae causa de la relación matrimonial. Declara la STS 22 junio 2011 que “lo que legitima que el cónyuge más desfavorecido por la ruptura, pueda instar su compensación mediante una pensión a cargo del cónyuge menos desfavorecido, es que tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido”⁶²⁵.

⁶²⁵ Por su parte, la posterior STS 23 enero 2012 (Ponente: Xiol Ríos), recogiendo la doctrina contenida en otras anteriores, afirma: “por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Al constituir finalidad legítima de la

Es una doctrina muy sensata y resulta refrendada por el art. 3 Cc, que exige que las normas se interpreten conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, pero ¿cómo dilucidar qué desequilibrios tienen su causa en la relación matrimonial, y cuáles no? El hecho de salir del matrimonio con una capacidad profesional idéntica a la que se tenía cuando éste comenzó, no excluye que el matrimonio no haya sido “un freno para el ascenso profesional y económico”, un “obstáculo para el desarrollo profesional”, por utilizar las expresiones de la ya citada STS de 22 junio 2011⁶²⁶.

Pasando ya al ordenamiento italiano, la reforma de la Ley de divorcio llevada a cabo en 1987 resolvió definitivamente el tema de la naturaleza de la pensión de divorcio, pero abrió un nuevo interrogante: el de lo que hay que entender por “ausencia de medios adecuados o imposibilidad objetiva para procurárselos”. La formulación de la norma, que es fruto de un compromiso entre varias corrientes políticas, admite diversas interpretaciones: podría entenderse que la inadecuación de medios debe ser valorada en relación a la situación anterior disfrutada durante el matrimonio, y que la pensión de divorcio, lo mismo que el derecho de mantenimiento entre esposos separados, tiene como fin asegurar al cónyuge con menos medios la continuidad del tenor de vida

norma legal colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender, de una parte, que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, y, de otra, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial.

⁶²⁶ El TS denegó la pensión compensatoria de la esposa “a pesar de que los ingresos probados del marido por su trabajo son casi el doble que los que percibe su esposa (unos 2 900 euros al mes de salario más extras por cursos, conferencias y dietas, frente a 1 649 euros de la mujer), si se ponen en relación con las diferentes cargas que han de hacer frente a partir de la ruptura, no cabe concluir que exista una disparidad que sea fuente misma del desequilibrio; ni siquiera es lógico afirmar que la esposa es quien ha salido más perjudicada económicamente respecto de la situación inmediatamente anterior a producirse aquella. Así, es determinante que al mantenimiento de su salario se una el hecho de que ha obtenido el uso del domicilio familiar y que la mayor parte de los gastos de alimentación de los hijos que con ella conviven, se sufragan con la pensión alimenticia a cargo del padre, que es, por el contrario, sobre quien han incidido en mayor medida las consecuencias económicas negativas derivadas de la ruptura conyugal, al tener que hacer frente a un alquiler de 530 euros mensuales, y al pago de las referidas pensiones alimenticias de sus dos hijos. Por tanto, incluso sin computar el importe de la pensión compensatoria, la capacidad económica del marido sería inferior a la de su esposa, lo cual, más allá de diferencias salariales, impide hablar de un auténtico desequilibrio en perjuicio de esta, que deba de ser compensado por aquel con una pensión a su cargo. Tampoco puede afirmarse que el origen de ese supuesto e hipotético desequilibrio radique en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas de la esposa durante el matrimonio; en primer lugar, porque a tenor de las circunstancias del caso, su mayor dedicación a la familia no se ha revelado como un obstáculo o impedimento para su actividad laboral, ya que ha podido desarrollarla de forma prácticamente ininterrumpida durante todo el tiempo en que se mantuvo la normal convivencia; en segundo lugar, porque tampoco ha resultado probado que su menor cualificación profesional, origen de la diferencia salarial y de la menor estabilidad de su empleo, respecto al de su esposo, sea también una consecuencia directa del matrimonio y no de sus propias actitudes y capacidades. Finalmente, en línea con lo afirmado respecto de la actividad laboral de la esposa, debe valorarse su continuidad, contraria a su consideración como algo esporádico, que impide valorar al tiempo de la ruptura eventuales situaciones futuras de desempleo o de empleo inferiormente retribuido”. Nótese como el argumento principal, o al menos no único, no es que no se haya probado que la menor capacidad económica de la esposa sea una consecuencia directa del matrimonio y cómo se han tenido en cuenta el resto de las medidas económicas por las que había de regirse la situación de divorcio. Se atribuye a la esposa el uso de la vivienda conyugal, lo que, aparte de ser contribución directa al mantenimiento de los hijos es también contribución a la satisfacción de las necesidades de la esposa o, si se prefiere, pago en especie de la pensión compensatoria, aunque no se plantee formalmente como tal.

gozado durante el matrimonio; también podría pensarse que de lo que se trata es de procurar al cónyuge débil una existencia digna con independencia del tenor de vida matrimonial; o, finalmente, que se trata, simplemente, de eliminar el estado de necesidad en que se encuentra el cónyuge débil⁶²⁷.

El hecho de que la pensión post-matrimonial tenga naturaleza asistencial, aspecto éste que no se discute, no ayuda a resolver el problema del significado de la expresión legal “falta de medios adecuados”, por cuanto que dentro de la categoría de las obligaciones asistenciales, que vendría a coincidir con lo que nosotros llamamos obligaciones de mantenimiento, tienen cabida figuras diversas, como los alimentos y el mantenimiento, que descansan en presupuestos distintos⁶²⁸. Dicho de otra forma, asistencial no es lo mismo que alimenticio⁶²⁹.

La ambigüedad del art. 5, 6º de la Ley del divorcio ha determinado que surjan en la doctrina italiana dos líneas de pensamiento: por una parte, la de quienes consideran que el parámetro de referencia es el tenor de vida de que se ha disfrutado durante el matrimonio; por otra la de quienes piensan que es, simplemente, una existencia económicamente autónoma, libre y digna, incluso si permite un nivel de vida notoriamente inferior al matrimonial⁶³⁰. Y no faltan quienes sostienen que el presupuesto de la pensión es el estado de necesidad, entendido en el mismo sentido que en sede de alimentos⁶³¹.

Resulta bastante convincente la opinión de quienes sostienen que la adecuación o inadecuación de medios debe ser establecida en referencia al tenor de vida matrimonial, y ello porque hay una clara analogía entre el modo en que se expresa el art. 5, 6º de la Ley de divorcio y el del art. 156,1º *Codice*, que versa sobre los efectos patrimoniales de la separación: el primero reconoce el derecho al *assegno* al cónyuge que no tenga medios adecuados o no pueda procurárselos por razones objetivas, y el segundo ordena al juez que en la sentencia de separación establezca a favor del cónyuge al que ésta no sea imputable, el derecho de recibir del otro cónyuge lo necesario para su mantenimiento, cuando no tenga rentas propias adecuadas, añadiéndose que la entidad de tal prestación se determina en relación a las circunstancias y a las rentas del obligado. Si se interpreta que la falta de rentas adecuadas de que habla el art. 156 *Codice* es la ausencia de medios suficientes para asegurar al cónyuge el *status* disfrutado durante el matrimonio, lo que nadie discute, es razonable pensar que éste sea también el sentido del presupuesto legal de la pensión post-matrimonial⁶³². Ello no significa, por supuesto, ignorar las diferencias de régimen jurídico entre el derecho de mantenimiento entre esposos separados y la pensión de divorcio, ni el hecho de que mientras que el titular del mantenimiento comparte la situación económica del otro cónyuge, no ocurre lo mismo con el divorciado, que no participa del aumento de rentas del obligado⁶³³.

⁶²⁷ ARGIROFFI, *Gli alimenti ...*, pág. 33.

⁶²⁸ ARGIROFFI, “Degli alimenti...”, pág. 71.

⁶²⁹ CAFERRA, *Famiglia...*, pág. 86.

⁶³⁰ TOTARO, “Gli effetti...”, pág. 1235.

⁶³¹ BARBIERA, *I diritti...*, pág. 14; TERRANOVA, quien afirma que el *assegno* de divorcio se debe cuando un cónyuge se encuentra en estado de necesidad, incluso si la norma no define la situación en estos términos (*Contributo ...*, pág. 146); ARGIROFFI, *Gli alimenti...*, págs. 36 y ss., y, ultimamente, en “Degli alimenti...”, págs. 76 y ss., donde sostiene que hay una sustancial identidad entre el presupuesto del *assegno* previsto en la Ley de divorcio y el presupuesto de los alimentos regulados en la normativa codificada.

⁶³² Opina en este sentido CAFERRA que el legislador del 87 realizó un intento de salir de la ambigüedad, aproximando la pensión de divorcio a la de separación, usando la misma dicción para indicar su presupuesto principal: que el cónyuge no tenga medios adecuados o bien no pueda procurárselos por razones objetivas (*Famiglia...*, pág. 81).

⁶³³ TOTARO, “Gli effetti...”, pág. 1237.

La diferencia entre el régimen previsto para la separación y el establecido para el divorcio, más desfavorable en este último caso, entre otras cosas por el hecho de que en la cuantificación de la pensión de divorcio inciden factores que son irrelevantes en el mantenimiento⁶³⁴, se explica, según algunos, por la esperanza del legislador de que la separación constituya una situación reversible, una especie de interrupción de la relación y no una ruptura destinada a consolidarse; de ahí que subsista íntegramente la obligación de mantenimiento⁶³⁵.

Los detractores de la tesis según la cual la inadecuación de medios del cónyuge acreedor de la pensión debe determinarse en referencia a la situación disfrutada durante el matrimonio, aducen que el sistema debe asegurar al divorciado tan solo la suficiencia económica y que se debe evitar la adquisición de “parasitarias rentas post-conyugales”⁶³⁶.

Pero tampoco este riesgo, sin duda latente en sistemas como el italiano y el español, ha impedido que la Corte de Casación se decante por la interpretación más favorable al cónyuge débil, y venga afirmando de manera reiterada que la pensión de divorcio presupone la falta de medios idóneos para alcanzar, no la mera suficiencia económica, sino un tenor de vida igual o análogo al disfrutado durante el matrimonio.

En suma, el criterio para determinar cuándo los medios son adecuados y cuando no, es el *status* disfrutado durante el matrimonio o, más exactamente, el nivel de vida que resulte posible en función de los medios económicos del otro esposo. La ausencia de medios adecuados es por lo tanto un criterio relativo, que se determina caso por caso. El acreedor de la pensión de divorcio puede ser, por supuesto, un sujeto capaz por sí mismo para cubrir sus necesidades, pero no en la misma medida que el otro esposo.

Por otra parte, el concepto de inadecuación de los medios del cónyuge viene integrado por la obligación que le viene impuesta de procurarse tales medios. El sujeto en peor posición económica tiene derecho a la asistencia post-conyugal cualesquiera que sean las causas que hayan producido su inferioridad económica respecto del otro cónyuge, siempre que no pueda salir de esa situación mediante un normal esfuerzo diligente⁶³⁷. Pesa sobre él, por lo tanto, una obligación de diligencia y de trabajo, que cesa únicamente en presencia de razones objetivas⁶³⁸.

Todo lo anterior significa que en rigor no es exacto afirmar que el único presupuesto para el nacimiento del *assegno* sea la falta de medios adecuados propios y la incapacidad objetiva del sujeto para procurárselos, sino que a ello hay que unir un segundo presupuesto: la posibilidad económica del otro cónyuge, el cual para poder proporcionar estos medios, ha de disfrutar, lógicamente, de una capacidad económica suficiente y por lo tanto mejor que la del titular del derecho⁶³⁹. Por ello, la idea que mejor expresa la situación que el legislador ha tomado en consideración como presupuesto de la pensión post-matrimonial es la de *desequilibrio*, que es el término que utiliza la ley española y que viene siendo empleado en Italia por la más reciente doctrina⁶⁴⁰.

Falta añadir que el mero hecho de no poder mantener el tenor de vida de la etapa matrimonial es por sí sólo absolutamente irrelevante. Con frecuencia ocurre que los

⁶³⁴ BIANCA, *Diritto...*, pág. 246.

⁶³⁵ BUTTIGLIONE, “Assegni...”, pág. 44.

⁶³⁶ TOTARO, “Gli effetti...”, pág. 1236, y autores por él citados.

⁶³⁷ BIANCA, *Diritto...*, pág. 280.

⁶³⁸ TERRANOVA, *Contributo...*, pág. 145.

⁶³⁹ MUSIO, “Conseguenze...”, pág. 279.

⁶⁴⁰ Así, SESTA, *Manuale*, (2009), pág. 156, o AL MUREDEN, a lo largo de toda su obra, repetidamente citada, *Nuove...*

esposos, cuando dejan de convivir, empeoran sus condiciones de vida⁶⁴¹. El derecho a la pensión reconocido en las leyes sólo se justifica en los casos de desequilibrio en los medios de vida de uno y otro cónyuge, un desequilibrio que, como muy acertadamente ha puesto de manifiesto AL MUREDEN, viene causado, en las sociedades actuales, no tanto por la diferencia entre los bienes de los que los *ex* cónyuges son propietarios, sino, fundamentalmente, por su diferente capacidad de rédito⁶⁴².

VI- LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN DE LA PENSIÓN. LA POSIBILIDAD DE REVISIÓN

El hecho de que el presupuesto de la pensión post-conyugal sea el desequilibrio económico no quiere decir, en contra de lo que pudiera pensarse, que haya de concederse en la cuantía necesaria para igualar los recursos económicos del perceptor y del obligado. La más clara prueba de ello es que el legislador establece unos criterios que deberán ser tenidos en cuenta para determinar el importe de la pensión y cuya aplicación conlleva que éste sea la mayor parte de las veces inferior al teóricamente necesario para lograr una plena y absoluta igualdad de los recursos de uno y otro cónyuge. Los criterios legales de determinación de la cuantía de la pensión actúan como factores de moderación y disminución de la suma considerada en abstracto⁶⁴³. Dado que el acreedor de la pensión no va a quedar igualado al deudor, no resulta del todo exacto atribuir a la pensión una función re-equilibradora, sino, en todo caso, de aproximación de las posiciones económicas de los *ex* cónyuges. El Tribunal Supremo viene declarando de manera reiterada que la pensión compensatoria no es un mecanismo equilibrador de los patrimonios de los cónyuges⁶⁴⁴.

Son cinco los criterios que según el art. 5, 6º de la Ley italiana de divorcio debe aplicar el juez para fijar el *assegno*: las condiciones de los cónyuges, las razones de la decisión, la contribución personal y económica a la vida familiar y a la formación del patrimonio de cada uno y del patrimonio común, las rentas de ambos y la duración del matrimonio. Con algo más de detalle, el legislador español menciona las siguientes circunstancias para la determinación de la pensión: “1ª- Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2ª- La edad y el 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 los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9ª- Cualquier otra circunstancia relevante”.

La diferencia más destacada entre el Derecho español y el italiano en lo que concierne a los criterios para la fijación de la pensión es que este último tiene en cuenta las razones del divorcio, algo que claramente ha descartado el legislador español, según se deduce de los debates parlamentarios previos a la Ley del 81 y a la reforma de 2005.

⁶⁴¹ DE MARZO, quien afirma que la ordinaria dispersión de la riqueza que acompaña la escisión del grupo familiar y la consecuente exigencia de duplicar los costes para las exigencias fundamentales de la vida determinan, en el caso de las familias mono rédito, la absoluta falta de idoneidad de los ingresos para garantizar la continuidad del tenor de vida matrimonial, lo que se traduce en un perjuicio para ambos. Por ello viene a sugerir que el parámetro de referencia no es tanto el tenor de vida matrimonial como el equilibrio con los recursos del otro cónyuge (“Revisione...”, págs. 16 y 17).

⁶⁴² *Nuove...*, págs. 11 y ss.

⁶⁴³ BUTTIGLIONE, “Assegni...”, pág. 48.

⁶⁴⁴ Entre otras muchas, SSTS 17 julio 2009 y 19 enero 2010 (Ponente: Roca Trías).

En efecto, en el Proyecto de ley de reforma del Código civil en materia de separación y divorcio del año 79 figuraban entre las circunstancias a tener en cuenta para la fijación de la pensión “los hechos que hubieren determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos”. Se presentaron varias enmiendas en contra de esta relevancia de los hechos determinantes del divorcio, que se estimaba propia de un sistema culpabilístico, y que entrañaba, en opinión de algunos sectores, el riesgo de incremento de las rupturas contenciosas. El Senado optó por suprimir la referencia a los hechos causantes del divorcio, lo que demuestra que el ordenamiento español, ya en el año 81, excluyó la culpa no sólo como criterio para atribuir la pensión, sino también como parámetro modificador de la cuantía de una pensión ya acreditada⁶⁴⁵.

Sin embargo, con ocasión de la reforma del año 2005, la cuestión volvió a suscitarse a raíz de una propuesta del Grupo Popular, consistente en añadir a la circunstancia 9ª del art. 97 (“cualquier otra circunstancia relevante”), lo siguiente: “entre ellas, el incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales”⁶⁴⁶. Pero la enmienda fue posteriormente retirada.

No hay, pues, ninguna duda de que, a pesar del carácter abierto del elenco de circunstancias de cuantificación de la pensión compensatoria del art. 97 Cc, el juez español no puede en ningún caso tener en cuenta para su fijación las causas de la separación o el divorcio, ni tampoco el hecho de ser el acreedor quien lo haya solicitado. Es todo lo contrario a lo que ocurre en el sistema italiano, que ordena al juez tomar en consideración, para determinar el *assegno*, las “razones de la decisión”, esto es las causas que han llevado a la disolución del vínculo conyugal, lo que exige una indagación referida a todo el periodo de vida matrimonial y una valoración que no solo alcanza a las causas determinantes de la separación, sino también al comportamiento posterior de los esposos que haya constituido un impedimento al restablecimiento de la comunidad familiar⁶⁴⁷. La relevancia de las razones de la decisión en la cuantía de la pensión no armoniza con la conceptualización del divorcio como remedio, sino como sanción⁶⁴⁸.

La doctrina italiana encuentra serias dificultades para explicar en clave asistencial algunos de los criterios legales de cuantificación de la pensión. A simple vista no es fácil comprender que se tengan en cuenta circunstancias como la contribución personal y económica de uno y otro cónyuge durante la etapa matrimonial o la duración del matrimonio, en referencia a una prestación mediante la que no se está en ningún caso compensando, según la *communis opinio*, ningún esfuerzo personal ni patrimonial. También en España algunos de los parámetros de cuantificación de la pensión parecen apuntar hacia la naturaleza compensatoria de la pensión.

Creemos, sin embargo, que cabe una lectura de las previsiones legislativas coherente con la naturaleza asistencial de la pensión compensatoria. Con arreglo a los precedentes del art. 97 Cc, puede entenderse que el criterio central para la fijación de la cuantía de la pensión es “el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge”. En torno a él giran todos los demás, excepto la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro a que se refiere el nº 5º del art. 97, 2º, un elemento extraño y discordante en la figura, que el

⁶⁴⁵ ROCA TRÍAS, “De los efectos comunes...”, pág. 623.

⁶⁴⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, serie A. Proyectos de Ley, 15 de marzo de 2005, n.16-18, pp. 30 y 31.

⁶⁴⁷ SESTA, *Manuale...* (2009), pág. 158.

⁶⁴⁸ BONILINI, “L’assegno...”, pág. 552.

legislador decidió en el último momento introducir en esta sede⁶⁴⁹, originando con ello grandes dificultades para vislumbrar la verdadera naturaleza de la pensión compensatoria.

La cuantía de la pensión debe atender a los recursos y necesidades de los cónyuges, tanto del beneficiario como del obligado. Y el propio legislador aclara que unos y otras han de establecerse teniendo en cuenta la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las necesidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, y la pérdida eventual de un derecho de pensión, además de los acuerdos a que hubiesen llegado los cónyuges (por ej. en materia de atribución de la vivienda conyugal⁶⁵⁰).

El anterior es, de hecho, el planteamiento del art. 272 del Código civil francés, en el que se inspiró el legislador español: tras ordenar el art. 271 que la prestación compensatoria se fije en atención a las necesidades del beneficiario y a los recursos del deudor en el momento del divorcio, y de su *posible evolución*, el art. 272 disponía⁶⁵¹ que para la determinación de las necesidades y de los recursos, el juez tomará en consideración especialmente la edad y el estado de salud de los esposos, el tiempo ya consagrado o que deban consagrar a la educación de los niños, sus cualificaciones profesionales, su disponibilidad para nuevos empleos, sus derechos existentes y previsibles, la pérdida eventual de sus derechos en materia de reversión, y su patrimonio, tanto en capital como en rentas, después de la liquidación del régimen matrimonial.

La relevancia legal de circunstancias como la dedicación a la familia o la duración del matrimonio no tienen que leerse necesariamente en clave compensatoria. Si se tienen en cuenta es porque ayudan a determinar las necesidades y los recursos de los cónyuges. Es un hecho que la dedicación a la familia actúa como freno de la actividad laboral o profesional⁶⁵² y que cuanto mayor sea la duración del matrimonio, mayores serán las dificultades del cónyuge débil para alcanzar la autonomía patrimonial, que es el objetivo y finalidad última de la pensión. De ahí que el legislador italiano ordene que todos los elementos que menciona el párrafo sexto del art. 5 de la ley sobre disolución del matrimonio, se valoren en referencia a la duración del matrimonio, criterio éste que posee notable relevancia, siendo el filtro a través del cual se deben examinar todos los otros⁶⁵³.

Desde el momento en que se considere que de todas las circunstancias legales de fijación de la pensión, es la referencia a los medios económicos y a las necesidades de los *ex* cónyuges la que desempeña un papel central, y que el resto posee un carácter subordinado respecto de ella, se desvanece la supuesta contradicción entre la naturaleza asistencial de la pensión y algunos de los parámetros legales de determinación de su cuantía. Al igual que en el derecho de alimentos, la cuantía de la pensión viene determinada por los recursos y necesidades de los sujetos, aunque hay en el caso de la pensión post-matrimonial una importante particularidad, y es que el juez tiene que realizar una previsión de los medios materiales que precisa el acreedor para superar el desequilibrio, siempre en función de los recursos económicos del obligado.

⁶⁴⁹ Vid. MORENO-TORRES HERRERA, “La pensión...”, págs. 145 y 146.

⁶⁵⁰ Pero debe tenerse en cuenta que, incluso a falta de acuerdo, la atribución de la vivienda familiar es un factor a considerar en la fijación de la cuantía de la pensión. Así lo afirma la doctrina italiana, que la incluye entre las “condiciones de los cónyuges” (Entre otros, TOTARO, “Gli effetti...”, pág. 1240, y BONILINI, L’assegno..., pág. 547).

⁶⁵¹ La letra del artículo varió ligeramente en la Ley 2004-439, de 26 de mayo, modificadora del *Code* en materia de divorcio.

⁶⁵² LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Matrimonio...*, pág. 758.

⁶⁵³ SESTA, *Manuale...* (2009), pág. 159.

En otro orden de cosas, la mayor brevedad del texto italiano en lo que respecta a la cuantía de la pensión post-matrimonial deja en el aire cuestiones que aparecen claramente resueltas en la ley española, como la del carácter cerrado o no del elenco de circunstancias que la ley prevé para su cuantificación.

Hay que admitir la posibilidad de que el juez aplique para la cuantificación de la pensión criterios no mencionados expresamente en la ley⁶⁵⁴, no sólo en el caso del ordenamiento español, cuyo art. 97 alude a “cualquier otra circunstancia relevante”, sino también en el caso del ordenamiento italiano, cuya ley menciona como primer criterio las *condiciones de los cónyuges*, expresión a la que hay acuerdo en atribuir un significado amplio, entendiéndose que dentro de dichas condiciones quedan comprendidas no solo las circunstancias económicas, sino también las personales que incidan sobre la capacidad de rédito, como la edad, la salud o la capacidad de trabajo⁶⁵⁵, algo que por otra parte ya había hecho la jurisprudencia anterior a la reforma del 87 y que hay indicios de que quiso incorporar el legislador, que suprime en esa fecha la referencia que anteriormente hacía al carácter económico de las condiciones. También deben tenerse en cuenta las condiciones socioeconómicas del momento, como por ejemplo las condiciones objetivas del mercado de trabajo, que no son lo mismo que las condiciones “sociales” de los esposos⁶⁵⁶. Pero en ambos sistemas debe descartarse, como es lógico, la utilización de criterios que entren en contradicción con los principios que inspiran el sistema⁶⁵⁷.

Un problema concreto que debate la doctrina italiana es el de si dentro de las condiciones de los cónyuges tiene cabida la convivencia extramatrimonial del acreedor de la pensión, o del obligado al pago. En relación con ambas cuestiones se observa cierta confusión. Es evidente que las convivencias meramente esporádicas u ocasionales no pueden tener ninguna relevancia a esos efectos, sino únicamente, en su caso, aquellas que sean estables y duraderas, pues solo estas son en rigor convivencia *more uxorio*⁶⁵⁸. Se ha sostenido que la convivencia extramatrimonial del deudor no incide sobre la pensión, lo que significa que prevalece el derecho del *ex* cónyuge -que es una obligación jurídica- respecto de la del conviviente -que es un mero deber moral y social-⁶⁵⁹. Más flexible es el punto de vista de los autores en referencia a la convivencia extramatrimonial del receptor de la pensión. Se argumenta que puesto que la mera convivencia extramatrimonial no genera ninguna obligación jurídica entre los sujetos que la entablan, no puede por sí, automática y directamente, determinar la exclusión de la pensión. Otra cosa, se dice, es que se pueda considerar que cuando el cónyuge débil sea efectivamente mantenido por el conviviente *more uxorio*, no se encuentra ya en la situación de inadecuación de medios, que es presupuesto para la concesión de la pensión⁶⁶⁰. Queda la duda de si el anterior punto de vista es coherente con las decisiones judiciales que han considerado irrelevantes las ayudas económicas de otros familiares⁶⁶¹, o con la jurisprudencia que ha establecido que la disposición del art. 10 de

⁶⁵⁴ MUSIO, “Conseguenze...”, pág. 285.

⁶⁵⁵ BARBIERA, *I diritti...*, pág. 45; SESTA, *Diritto...*, pág. 352; BIANCA, *Diritto...*, pág. 247; ROSSI, “Gli effetti...”, pág.422; MUSIO, “Conseguenze...”, pág. 287.

⁶⁵⁶ A esto último se opone expresamente BIANCA, considerando que no pueden ser relevantes, porque lo impide el principio de igualdad (*Diritto...*, pág. 247).

⁶⁵⁷ Así, en el Derecho español habría que excluir cualquier criterio de corte culpabilístico, tal y como se ha dicho anteriormente.

⁶⁵⁸ Cass. 2 junio 2000, n. 7328, y 12 diciembre 2003, n. 19042.

⁶⁵⁹ BONILINI, “L’assegno ...”, pág. 545.

⁶⁶⁰ BONILINI, “L’assegno...”, págs. 545 y 546; TOTARO, “Gli effetti...”, pág. 1241.

⁶⁶¹ Cass., 7 mayo 1998, n. 4617, anotada por RAVOT, E. “Aiuto economico fornito da terzi: rilevanza e determinazione dell’assegno di divorzio”. *Famiglia e Diritto*, 1998, pág. 525 y ss.

la Ley 898/1970, que prevé la extinción del derecho a la pensión cuando el titular contraiga nuevo matrimonio, no se aplica por analogía a la hipótesis de la convivencia extramatrimonial⁶⁶².

Una vez determinada la cuantía de la pensión, bien por las partes, bien por el juez con arreglo a los criterios legales, ésta es susceptible de revisión “por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno y otro cónyuge” (art. 100 Cc), en el caso del Derecho español, y “cuando sobrevengan justificados motivos después de la sentencia que pronuncia la disolución”, en el caso del Derecho italiano (art. 9.1 Ley de divorcio⁶⁶³).

En España, la doctrina y la jurisprudencia han realizado una interpretación restrictiva de la norma que permite la revisión de la pensión compensatoria, no ya en el sentido de estimarla únicamente en atención a alteraciones *sustanciales* en los medios económicos de los cónyuges (lo que viene ordenado por la propia ley), sino en el sentido de restringir los supuestos en los que procede. Así, pese a que el Código autoriza la modificación por “alteraciones sustanciales en la fortuna de uno y otro cónyuge”, sin precisar de qué tipo de alteraciones se trata, lo que debiera en principio significar que se entienden comprendidas todas, la doctrina, con buen criterio, ha interpretado que, a los efectos establecidos en el artículo 100 Cc, por “alteraciones” cabe entender únicamente aquellas modificaciones que consistan en el incremento de la fortuna del acreedor y en la disminución de la fortuna del deudor, que son las que dan lugar a una disminución de la cuantía de la pensión, y ello porque el cónyuge separado o divorciado no tiene derecho alguno a participar en los nuevos ingresos del esposo deudor⁶⁶⁴. Este punto de vista ha sido acogido por la jurisprudencia menor, que viene sosteniendo que la mejora en la posición económica del obligado no permite exigir el aumento de la pensión, “pues de otro modo podría llegarse a la contradicción de que con posterioridad a la ruptura matrimonial podría uno de los cónyuges llegar a vivir mejor que durante el matrimonio, a costa de la mejora de fortuna lograda por el otro tras dicha ruptura”⁶⁶⁵.

También en Italia se tiende, en cierto modo, a aplicar de modo restrictivo y excepcional la posibilidad legal de revisión del *assegno* de divorcio. Aunque no se llega a excluir su incremento por aumento de las necesidades del beneficiario⁶⁶⁶, se considera irrelevante, como regla, la mejora de las condiciones económicas del deudor⁶⁶⁷. Pero hay matices: la jurisprudencia ha entendido que aquellas mejoras que puedan considerarse desarrollo natural y previsible de actividades realizadas durante la etapa matrimonial serán causa de incremento de la pensión⁶⁶⁸, y un sector de la doctrina ha

⁶⁶² En opinión de TOTARO no hay contradicción porque la convivencia extraconyugal no puede por sí misma explicar el efecto extintivo de la pensión, ya que “la constitución de una mera relación de hecho no genera nuevos derechos” (“Gli effetti...”, pág. 1241).

⁶⁶³ A diferencia del Derecho español, en el ordenamiento italiano no existe una previsión específica sobre la modificación de la cuantía de la pensión post-matrimonial, sino tan sólo una previsión de carácter general sobre la posibilidad de modificar las disposiciones referentes a los hijos y las pensiones a que se refieren los arts. 5 y 6 de la ley especial (art. 9.1 Ley de divorcio)

⁶⁶⁴ LALANA DEL CASTILLO, *La pensión...*, pág. 229.

⁶⁶⁵ SAP Cantabria 10 octubre 1996 (AC 1996\1892), SAP Cantabria 6 marzo 1995 (AC 1995\455), SAP Cantabria, 10 octubre 1996 (AC 1996\1892), SAP Navarra 21 septiembre 1994 (AC 1994\1528), SAP Madrid 26 abril 2006 (JUR 2006\173375), SAP Valencia 8 mayo 2006 (JUR 2006\243092).

⁶⁶⁶ FIGONE, “Modifica...”, pág. 911; BIANCA, *Diritto...*, pág. 287; BONILINI, “L’assegno...”, pág. 857.

⁶⁶⁷ MUSIO, “Conseguenze...”, pág. 308, además, entre otros, de los autores citados en la nota anterior.

⁶⁶⁸ *Vid.* la abundante jurisprudencia citada por BIANCA (*Diritto...*, pág. 287), por FIGONE (“Modifica...”, pág. 915) y por ROSSI, M. (“Gli effetti...”, pág. 428). En particular se ha declarado por la Corte de Casación que debe excluirse que constituya un elemento determinante del tenor de vida matrimonial y por lo tanto de la adecuación de medios, la venta de bienes inmuebles procedentes de una

afirmado que la mejora de las condiciones económicas del obligado podrían dar lugar a un aumento de la pensión únicamente cuando las condiciones del deudor en el momento de su fijación hayan comportado una cuantía insuficiente para llevar una vida digna⁶⁶⁹.

En cualquier caso, en el Derecho italiano la revisión de la pensión no posee un carácter tan restringido como en el ordenamiento español, a pesar de que existe en aquél un argumento de peso para establecer la conclusión de que la pensión no debe en ningún caso otorgar al beneficiario el derecho a participar en rentas absolutamente desligadas del periodo matrimonial. El argumento al que nos referimos es el art. 12 *bis* de la Ley que regula la disolución del matrimonio, en donde se reconoce al acreedor de la pensión, siempre que no haya contraído nuevo matrimonio, el derecho a recibir un porcentaje de la indemnización por despido percibida por el deudor de la pensión y devengada después de la sentencia de divorcio⁶⁷⁰. La norma contenida en el art. 12 *bis* de la ley especial significa *a contrario* que el cónyuge débil no tiene como regla derecho alguno a participar en la mejor posición económica alcanzada por su *ex* cónyuge tras la disolución del matrimonio. Debe interpretarse, además, que el beneficiario no puede pretender tampoco un incremento de la pensión sobre la base del aumento de sus necesidades, porque el presupuesto de la pensión no es un estado de necesidad, sino el desequilibrio que el divorcio (y no situaciones posteriores) origina en los medios de vida de los *ex* cónyuges.

Al hilo de lo anterior resulta oportuno recordar de nuevo que asistencial y alimenticio no son términos sinónimos, y que la naturaleza asistencial del *assegno*, sobre la cual no se discute en Italia desde la reforma de 1987, no significa que sea aplicable a la pensión de divorcio el régimen jurídico de los alimentos, los cuales, ciertamente, se incrementan cuando aumentan las necesidades del alimentista, siempre y cuando el alimentante posea medios suficientes para afrontar una cuantía superior (art. 440 *Codice* en relación con el 438, y art. 146 Cc).

La posibilidad de modificar la cuantía de la pensión compensatoria resulta muy oportuna en referencia a la pensión de duración indefinida, pues es un instrumento útil, pese a su carácter restrictivo y excepcional, para impedir que la pensión se convierta en un gravamen tan insoportable para el deudor que le impida rehacer su vida. Por el contrario, en los sistemas en los que se admite la pensión post-matrimonial de carácter temporal, como ocurre en España, el papel de la revisión de la cuantía de la pensión es mucho menos relevante, lo que no quiere decir que no deba admitirse. Es claro que aunque la pensión tenga una duración determinada *a priori*, siempre pueden producirse circunstancias excepcionales que aconsejen la reducción de su importe. Pero también es claro que la revisión debe poseer en este caso un significado todavía más excepcional y restringido, y que debe estimarse con suma cautela si se quiere que alcance su finalidad de facilitar la autonomía económica del cónyuge débil.

Finalmente, la modificación de la cuantía es una posibilidad abierta únicamente a las pensiones que consisten en pagos periódicos; no cabe respecto de la pensión que se

herencia, hecho que no resulta en modo alguno ligado a la situación de hecho y a las expectativas generadas durante el matrimonio.

⁶⁶⁹ BONILINI (“L’assegno...”, (1997), pág. 853), quien no hay que olvidar que, en contra de la opinión mayoritaria y de la seguida por la jurisprudencia, sostiene que la pensión debe procurar al beneficiario un nivel de vida digno y no uno análogo al disfrutado constante matrimonio, lo que explica la afirmación recogida en el texto, la cual, según TOTARO, no se concilia con una prestación que está destinada al mantenimiento del tenor de vida matrimonial, porque acaba haciendo partícipe al beneficiario de rentas que no determinaron el nivel socioeconómico de la familia constante matrimonio (“Gli effetti...”, pág. 1260).

⁶⁷⁰ La *ratio* y el significado de esta norma se tratan con mayor detalle en MORENO-TORRES HERRERA, “El principio ...”, págs. 261-263.

haya acordado que tenga lugar mediante una prestación única, tal y como se deduce del art. 5, 8º de la Ley de divorcio, de conformidad con el cual en los casos en los que se haya establecido un pago único, no puede plantearse ninguna ulterior demanda de contenido económico, una aclaración que le ha faltado hacer al legislador español.

Un supuesto distinto a la revisión de la cuantía de la pensión, que tiene lugar a instancia de parte cuando se dé la hipótesis legal de alteración de las circunstancias concurrentes en el momento de dictarse la sentencia, es la adecuación automática del importe de la pensión que se produce en los casos en los que, bien las partes, bien el juez (en cumplimiento de lo previsto en la ley⁶⁷¹), hayan establecido cláusulas de estabilización.

VII- MODALIDADES DE PENSIÓN

La pensión post-matrimonial consiste como regla en el pago de una cantidad de dinero⁶⁷², si bien se contemplan dos modalidades posibles: el pago periódico, esto es, una verdadera pensión, o un pago único. En los casos en que la prestación sea periódica, el Derecho español prevé dos posibles modalidades: la pensión temporal y la pensión por tiempo indefinido.

En el Derecho italiano la regla general es que el pago de la pensión es periódico, tal y como resulta del párrafo sexto del art. 5 de la Ley de divorcio, que habla literalmente de la obligación de un cónyuge de “suministrar periódicamente a favor del otro un *assegno*”, y del párrafo octavo del mismo artículo, que contempla la posibilidad de que mediante acuerdo de las partes pueda establecerse un pago único, siempre que ello sea considerado equitativo por el tribunal⁶⁷³.

Por lo que respecta al Derecho español, la posibilidad de que la pensión compensatoria consista en una prestación única, admitida expresamente en el párrafo 1º del art. 97 Cc⁶⁷⁴, fue introducida en el año 2005. Hasta esa fecha la pensión poseía carácter periódico, sin perjuicio de la posibilidad, desde siempre reconocida en el art. 99 Cc, de que en cualquier momento se convenga “la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al art. 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero”, una posibilidad que también la doctrina italiana viene admitiendo⁶⁷⁵.

El problema es que en la reforma de 2005, el legislador se limitó a admitir la posibilidad de que la pensión compensatoria consistiese en una prestación única, pero ni explicitó los presupuestos necesarios para ello, ni señaló los efectos o régimen jurídico

⁶⁷¹ El art. 97 *in fine* Cc dice: “En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”, y el art. 5, 7º de la Ley italiana sobre disolución del matrimonio: “La sentenza deve stabilire anche un criterio di adeguamento automatico dell’assegno, almeno con riferimento agli indici di svalutazione monetaria. Il tribunale può, in caso di palese iniquità, escludere la previsione con motivata decisione”.

⁶⁷² No hay que descartar que la obligación se cumpla de forma diversa al pago de una suma de dinero; por ejemplo, haciéndose el obligado cargo de algunos gastos (TOTARO, “Gli effetti...”, pág. 1246).

⁶⁷³ La norma dice: “Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. In tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico”.

⁶⁷⁴ “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”.

⁶⁷⁵ Autores como MUSIO (“Conseguenze...”, pág. 313), o SESTA (*Manuale...*, (2009), pág. 163) admiten que el pago de la pensión pueda efectuarse mediante la transmisión de la propiedad u otro derecho real sobre bienes muebles o inmuebles.

de esta modalidad de prestación, dejando estas cuestiones en manos de los intérpretes y aplicadores del Derecho.

No es difícil, sin embargo, llegar a la conclusión de que también en el ordenamiento español la regla general es la pensión periódica, pero resulta sumamente complicado decidir, ante el silencio legislativo, si el establecimiento de la prestación única requiere necesariamente el acuerdo de ambas partes. Ni siquiera es fácil pronunciarse sobre cuál sería la mejor solución *de lege ferenda*, porque pueden esgrimirse argumentos a favor y en contra.

En efecto, admitir que pueda establecerse la pensión mediante un pago único sin consentimiento del obligado, implica adoptar una solución que no respeta el principio del *favor debitoris*, pero también es cierto que exigir en todo caso su consentimiento supone dejar en sus manos la efectividad del derecho, en aquellos casos en los que el acreedor tenga proyectado un nuevo matrimonio, dado que el derecho a la pensión cesa por esta causa⁶⁷⁶ (art. 101 Cc y art. 5, 10º de la ley italiana de divorcio). Por otra parte, el rasgo de aleatoriedad que caracteriza esta modalidad de pensión aconseja descartar que el juez pueda, sin consentimiento de ambos sujetos, optar por la pensión mediante un pago único⁶⁷⁷. Junto a todo ello, no se puede ignorar que no exigir el consentimiento de ambos cónyuges supone ampliar los supuestos de prestación única, una modalidad más acorde con el principio de suficiencia económica tras el divorcio⁶⁷⁸, aunque menos eficaz en términos de protección del cónyuge débil, debido, precisamente, a la mencionada aleatoriedad.

A día de hoy, y por lo que hace al Derecho español, no vemos inconveniente, a la vista de las previsiones legales, en que el juez opte por el pago único, a petición del deudor de la pensión, incluso sin el consentimiento del acreedor, siempre y cuando no se den las circunstancias que excluyan la pensión temporal⁶⁷⁹, e incluso sin la conformidad del obligado si éste disfruta de una posición económica que le permita afrontar el pago único sin demasiados inconvenientes.

La conclusión de todo lo anterior es que también en el Derecho español la regla general es que la pensión compensatoria posee carácter periódico, en cuanto que la compensación mediante un pago único no puede establecerse de oficio por el juez. No obstante, a diferencia de la ley italiana, el Código español no exige para ello acuerdo de las partes, ni ordena tampoco la homologación del tribunal, al que el párrafo 10º del art. 5 de la ley de divorcio encomienda de modo explícito que controle la equidad del pacto, lo que en opinión de la doctrina alcanza tanto a la modalidad solutoria como al *quantum*⁶⁸⁰.

Si bien es cierto que la modalidad de cumplimiento más coherente con la finalidad de la pensión es el pago periódico⁶⁸¹, el hecho de permitir el legislador el pago

⁶⁷⁶ MUSIO, “Conseguenze...”, pág. 313.

⁶⁷⁷ En opinión de TOTARO, el rasgo de la aleatoriedad impide que el pago único pueda ser impuesto de oficio por el juez o sobre la base de una solicitud unilateral (“Gli effetti...”, pág. 1247).

⁶⁷⁸ Este es, de hecho, el argumento esgrimido por REBOLLEDO VARELA cuando afirma que “si las circunstancias lo permiten, siempre que el cónyuge obligado lo solicite, debería tenderse hacia la compensación económica como prestación única en razón a las ventajas señaladas a esta alternativa” (“La compensación...”, pág. 2355).

⁶⁷⁹ En línea con lo defendido por REBOLLEDO VARELA, para quien “no puede establecerse la compensación económica a través de la prestación única si la situación patrimonial del cónyuge perjudicado por el desequilibrio económico requiere ingresos periódicos para sus necesidades vitales, lo que está muy vinculado a matrimonios de cierta edad y en los que uno de los cónyuges carece de rentas del trabajo, ni tampoco cuando los recursos económicos del obligado a su pago no lo permite - matrimonios jóvenes sin patrimonio y sólo con sueldo o salario-” (“La compensación...”, pág. 2355).

⁶⁸⁰ MUSIO, “Conseguenze...”, pág. 313; TOTARO, “Gli effetti...”, pág. 1247.

⁶⁸¹ TOTARO, “Gli effetti...”, pág. 1246

único no altera ni pone en duda esa finalidad, además de que el pago único encuentra su razón de ser en la idea de que es conveniente zanjar definitivamente y lo antes posible las relaciones entre los *ex* cónyuges, evitando que se prolonguen excesivamente en el tiempo⁶⁸².

La prestación post-matrimonial *una tantum* tiene en Italia una eficacia extintivo-preclusiva. Dice el art. 5, 8º de la Ley de divorcio que en los casos en los que se establezca, no puede ser propuesta ninguna sucesiva demanda de contenido económico, lo que significa: que no admite revisión, que el cónyuge que la percibe no tiene derecho a la pensión *di reversibilità* (art. 9, 2 y 3 de la Ley de divorcio), y que excluye toda posibilidad de exigir incluso un estricto derecho de alimentos en caso de necesidad sobrevinida⁶⁸³.

Dado que la pensión mediante un pago único no es susceptible de revisión, y puesto que no le afectan tampoco las causas de extinción previstas para la pensión periódica⁶⁸⁴, esta modalidad solutoria entraña una evidente dosis de aleatoriedad: el cónyuge débil pierde la posibilidad de ser asistido por el *ex* cónyuge ante circunstancias sobrevinidas, lo que la doctrina italiana viene admitiendo en términos generales; y el cónyuge obligado al pago de la pensión no ve mermar su sacrificio económico ante hechos y circunstancias que sí que inciden sobre la pensión periódica, como el nuevo matrimonio del beneficiario o la mejora de sus condiciones económicas.

El Derecho español conoce dos modalidades posibles de pensión periódica: la temporal y la indefinida. La primera se concede durante un periodo determinado de tiempo, transcurrido el cual se extingue, y la segunda se establece con carácter indefinido, por lo que es tendencialmente vitalicia. Decimos que es *tendencialmente* vitalicia, y no vitalicia, porque es susceptible de extinción por las causas establecidas en la ley, que son el cese de la causa que la motivó y el nuevo matrimonio o convivencia extramatrimonial del acreedor (art. 101 Cc).

La posibilidad de la pensión compensatoria limitada en el tiempo fue consagrada en el plano legislativo en la reforma de 2005, aunque ya antes venía siendo admitida por la jurisprudencia. Los problemas surgen porque el legislador se ha limitado a reconocer la pensión temporal, pero no ha precisado su régimen jurídico, que es claro que no es idéntico en todos sus aspectos al de la pensión indefinida. El art. 97 Cc dice que la compensación a que tiene derecho el cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro “podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”.

La jurisprudencia ha establecido las circunstancias que deben concurrir para que el juez opte por la pensión temporal, en el caso de desacuerdo de las partes. La STS 10 febrero 2005 (Ponente: Corbal Fernández) declaró lo siguiente: “los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de éstos precisan atención futura; estado de

⁶⁸² CARBONNIER, *Droit...*, pág. 609.

⁶⁸³ No se trata, sin embargo, de una opinión unánime en la doctrina. Algunos autores invocan como argumento a favor de la subsistencia del derecho a recibir alimentos del *ex* cónyuge en caso de necesidad la indisponibilidad de la componente asistencial de la pensión (así lo afirma SESTA, *Manuale...*, (2009), pág. 164). BIANCA, que se encuentra entre los defensores de la subsistencia del derecho a los alimentos, considera que la solidaridad post-conyugal conlleva la exigencia de que el *ex* cónyuge en estado de necesidad no sea abandonado a su suerte, y ello cualesquiera que sean las causas del divorcio (*Diritto...*, pág. 269).

⁶⁸⁴ *Vid.* apartado VIII de este mismo capítulo.

salud y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado -perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral-; posibilidades de reciclaje o volver -reinserción- al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión *ex ante* de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado “futurismo o adivinación”. El plazo estará en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación -como en realidad, en todas las apreciaciones a realizar-, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección” (Fundamento de Derecho tercero).

El Tribunal Supremo también ha establecido, en la misma sentencia citada, que es de aplicación a la pensión temporal la figura de la modificación de la pensión del art. 100 Cc: “nada obsta -dice el tribunal- a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada”. Tampoco parece haber obstáculo alguno para aplicar a la pensión temporal las causas de extinción del art. 101 Cc. Ésta es, de hecho, la opinión unánime de la doctrina⁶⁸⁵ y de la jurisprudencia⁶⁸⁶.

Otra de las cuestiones que suscita la pensión temporal es la de si el tribunal puede modificar el plazo de duración de la pensión, una vez fijado. Los antecedentes legislativos revelan que el legislador optó por sustraer la pensión temporal a las vicisitudes posteriores a su concesión⁶⁸⁷: fue rechazada la enmienda que proponía que se declarase que la pensión temporal “podrá ser revisable en el supuesto en que las condiciones en que se otorgó, varíen”, cuya justificación era “permitir una adecuación de las pensiones a las circunstancias que sobrevengan temporalmente”⁶⁸⁸.

Finalmente, interesa destacar que el legislador no ha querido atribuir el carácter de regla general a ninguno de los tipos de pensión periódica, ni a la temporal ni a la indefinida⁶⁸⁹, y que el decantarse por una u otra depende de las circunstancias del caso concreto. Lo que al juez se le pide es que realice una valoración de estas circunstancias y que determine, en atención a ellas, si se le puede razonablemente exigir al beneficiario de la pensión que supere por sí el desequilibrio. Cuando sea así, deberá establecerse una

⁶⁸⁵ HIJAS FERNÁNDEZ, “La pensión...”, págs. 480 y 481; PASTOR VITA, “Una primera ...”, pág. 9; CABEZUELO ARENAS, “El Tribunal...”, pág. 9; GÓMEZ IBARGUREN, “La naturaleza...”, pág. 5; REBOLLEDO VARELA, “La compensación...”, págs. 2363 y 2364; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Curso...*, pág. 190.

⁶⁸⁶ Declara la STS 23 enero 2012 (Ponente: Xiol Ríos) que “constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas -alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (art 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC)-“

⁶⁸⁷ REBOLLEDO VARELA, “La compensación...”, pág. 194.

⁶⁸⁸ Se trataba de la enmienda n. 34 al Proyecto de Ley, firmada por el Grupo Parlamentario Mixto (*Boletín Oficial Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Proyectos de Ley, n. 16-8, de 15 de marzo de 2005).

⁶⁸⁹ En contra, RAMS ALBESA, *Elementos...*, pág. 101.

pensión temporal, y en el caso contrario, una pensión indefinida, de donde se colige que tienen una finalidad diferente: mientras que la pensión indefinida persigue no dejar materialmente desamparado a quien tras una etapa de convivencia matrimonial no está ni estará en condiciones objetivas de atender a su propio sustento, la pensión temporal trata de procurar al acreedor los medios materiales necesarios para que éste alcance por sí mismo el nivel de vida de que disfrutó durante la relación matrimonial.

El anterior es un planteamiento muy distinto al existente en el ordenamiento italiano, que no admite la pensión temporal, de la que, sin embargo, se muestran partidarios algunos autores. Es el caso de TOTARO, quien la circunscribe a casos muy concretos, al afirmar que no se puede descartar la concesión de un *assegno* temporal en el supuesto de que se trate de afrontar una situación de necesidad contingente, cuya duración se conozca, o bien cuando las fuentes de rentas del obligado estén destinadas a extinguirse en una fecha cierta⁶⁹⁰. Mucho más amplia es la propuesta de BARBIERA, a quien sigue BONILINI, de admitir la pensión temporal en atención a las previsiones de superación de las condiciones que determinan su concesión⁶⁹¹. Se llega a afirmar que en todos los casos en que el cónyuge económicamente débil pueda superar su situación de debilidad a través de un esfuerzo que requiera un razonable periodo de tiempo para producir sus frutos, es hipotizable la atribución judicial de un *assegno* a plazo, con verificación de sus resultados, seguido de una nueva eventual demanda del interesado al finalizar el periodo determinado. Añade que la pensión puede ser también temporal, como ha admitido la jurisprudencia, cuando las fuentes de rédito del obligado sean previsiblemente temporales⁶⁹².

Pese a las anteriores opiniones, el Derecho italiano parece estar aún lejos de dar carta de naturaleza a la pensión temporal. El actual estado de cosas es muy distinto al que existía en España en el período previo a su reconocimiento legal. Todo parece indicar que, por el momento, en Italia pesa más la finalidad protectora de la pensión que el principio de autosuficiencia de los esposos tras el divorcio. Es prueba de ello el hecho de que la ley no mencione como causa de extinción de la pensión el cese de la situación de desequilibrio, así como la admisión generalizada de la posibilidad de incrementar el importe de la pensión si aumentan las necesidades del beneficiario. No es menos cierto, sin embargo, que también en el Derecho italiano se encuentran argumentos para defender que la pensión se justifica hoy en tanto instrumento dirigido a hacer posible la reinserción laboral o el reciclaje profesional del cónyuge débil.

VIII- EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN

De la extinción de la pensión post-matrimonial se puede hablar en distintos sentidos: bien en referencia al derecho a la pensión entendido en abstracto, bien en referencia a la prestación única, (en los casos en los que se hubiese adoptado esta modalidad), bien en referencia a la pensión periódica, en cuyo caso se puede a su vez distinguir entre la extinción de las mensualidades ya devengadas y la extinción de las mensualidades futuras, aún pendientes de devengarse. Ahora bien, cuando el legislador regula la extinción o cese de la pensión, en los arts. 101 Cc y 5, 10º de la Ley italiana de divorcio, se está refiriendo, claramente, a una pensión periódica, a una situación en la que se ha fijado la cantidad que en concepto de pensión habrá de percibir mensualmente el cónyuge débil. La extinción supone entonces “la desaparición hacia el futuro”⁶⁹³ del

⁶⁹⁰ “Gli effetti...”, pág. 1245.

⁶⁹¹ “L’assegno...”, pág. 627.

⁶⁹² BARBIERI, *I diritti* ..., pág. 38.

⁶⁹³ La expresión es de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La extinción* ..., pág. 21.

derecho de crédito, pero también del derecho a la pensión entendido en abstracto⁶⁹⁴, lo que significa que queda excluida la posibilidad de exigirlo nuevamente.

El legislador únicamente ha introducido normas específicas sobre extinción de la pensión periódica, lo que quiere decir que la extinción de la prestación única y de las pensiones ya devengadas se rige en principio por las causas generales de extinción de las obligaciones. Por lo tanto, son susceptibles de renuncia, compensación o prescripción⁶⁹⁵.

El art. 101 Cc menciona como causas extintivas de la pensión el cese del desequilibrio y el nuevo matrimonio o la convivencia extramatrimonial del acreedor⁶⁹⁶, y el art. 5, 10° de la Ley italiana únicamente las nuevas nupcias⁶⁹⁷. Pero ni uno ni otro se considera que contengan una lista cerrada.

El nuevo matrimonio del acreedor es causa de extinción de la pensión porque hace nacer a su favor un derecho de mantenimiento, que ostentará frente al actual esposo, y que se superpone a la anterior prestación, extinguiéndola⁶⁹⁸. El nuevo vínculo matrimonial es fuente directa de un deber de efectos análogos a la pensión⁶⁹⁹.

No obstante su obviedad, esta causa de extinción suscitó inicialmente en ciertos sectores de la doctrina italiana cierta contrariedad, considerándose por algunos autores una norma inoportuna desde el punto de vista práctico y moral e, incluso, de dudosa legitimidad constitucional, por contravenir el primer párrafo del art. 31 de la Constitución, al suponer un desincentivo para la asunción de un nuevo vínculo conyugal⁷⁰⁰. Las dudas se desvanecieron cuando se atribuyó a la pensión naturaleza estrictamente asistencial, puesto que la solución resulta perfectamente coherente con esa naturaleza. La solidaridad post-conyugal, que constituye para la doctrina italiana el fundamento de la pensión, desaparece cuando el beneficiario constituye una nueva relación de solidaridad, es decir, un nuevo matrimonio⁷⁰¹.

El efecto extintivo se produce de manera inmediata, a partir del mero hecho de la celebración del matrimonio, de suerte que los pagos realizados con posterioridad serían repetibles⁷⁰².

La cuestión que mayor interés ha suscitado en la práctica esta causa de extinción es la de su posible aplicación en los casos de convivencia *more uxorio* del beneficiario

⁶⁹⁴ En parecido sentido, BONILINI, “L’assegno...”, pág. 627.

⁶⁹⁵ No obstante, y por lo que respecta a la compensación, hay que tener en cuenta que el art. 447, 2° *Codice* excluye la compensación de las pensiones alimenticias atrasadas. La aplicación analógica de la norma a las pensiones post-matrimoniales ya devengadas pero pendientes de pago dependerá de la *ratio* de la norma. Si ésta fuera, como ya se apuntó (*Vid.* apartado XIII del capítulo II) desincentivar su incumplimiento, parece razonable propugnar su aplicación analógica, dado que se trata además de una figura mediante la que se protege al cónyuge débil.

⁶⁹⁶ Un análisis detallado del art. 101 Cc puede verse en nuestro anterior trabajo, “La pensión...”. Aquí nos centramos en el Derecho italiano y en su comparación con el español.

⁶⁹⁷ Dice el párrafo 10 del art. 5 de la Ley especial que “L’obbligo di corresponsione dell’assegno cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze”.

⁶⁹⁸ TOTARO, “Gli effetti...”, pág. 1256.

⁶⁹⁹ BONILINI, “L’assegno...”, pág. 628. En sentido análogo, BIANCA, *Diritto...*, pág. 255. No ha faltado quien, adoptando una perspectiva distinta, ha afirmado que la *ratio* de la norma no es tanto que la precedente relación de solidaridad post-conyugal venga sustituida por una nueva, derivada de otro matrimonio, o que el nuevo matrimonio extinga el estado de necesidad del acreedor, sino que la norma es efecto de un principio superior, el principio monogámico, que necesariamente excluye el cúmulo de derechos derivado de dos matrimonios (DOSSETTI, “Gli effetti...”, pág. 833).

⁷⁰⁰ GRANELLI, citado por BONILINI, “L’assegno...”, pág. 628. También se muestra crítico con la norma, pero en un momento en que la naturaleza de la pensión era mixta, VICENZI AMATO, “I rapporti...”, págs. 345 y 346.

⁷⁰¹ BONILINI, “L’assegno...”, pág. 628.

⁷⁰² BONILINI, “L’assegno...”, pág. 629.

de la pensión. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, que junto con la extinción por nuevo matrimonio recoge expresamente la extinción por convivencia extramatrimonial del acreedor, la ley italiana ha guardado silencio sobre este extremo. Todo indica que se trata de un silencio consciente, pues la ley ha sido reformada en varias ocasiones, lo que quiere decir no han faltado oportunidades para incluir una previsión legislativa en ese sentido, si esa hubiera sido la voluntad del legislador. Este persistente silencio podría inducir a pensar que no se quiere atribuir eficacia extintiva del *assegno* de divorcio a la convivencia extramatrimonial del acreedor. Sin embargo, las cosas no son tan simples, pues a veces el silencio legislativo descansa en otras razones, quizás de mera oportunidad política.

Así pues, el intérprete debe comprobar si se dan o no los requisitos que permiten la aplicación analógica del art. 5, 10º de la ley de divorcio, que declara la extinción de la pensión por las nuevas nupcias del beneficiario, a la convivencia extramatrimonial.

La jurisprudencia italiana sostuvo en un primer momento que no, con el argumento de que la convivencia extramatrimonial, a diferencia del matrimonio, no implica ningún derecho al mantenimiento entre convivientes⁷⁰³, y su punto de vista es acogido por algunos autores⁷⁰⁴; pero no faltan quienes se muestran partidarios de la aplicación analógica de la norma, siempre que la convivencia reúna los necesarios requisitos de continuidad y estabilidad, invocando la expectativa del cumplimiento de un deber moral y social entre los convivientes⁷⁰⁵. Son muchos, por lo demás, los que con apoyo en algunas sentencias⁷⁰⁶, adoptan posiciones más matizadas, considerando que si bien la convivencia extramatrimonial, a diferencia del matrimonio, no extinguiría sin más el derecho a la pensión, no se puede descartar la posibilidad de que esto acabe ocurriendo si se demuestra que esta convivencia determina el cese del “estado de necesidad” del beneficiario, que es presupuesto para la subsistencia de la pensión⁷⁰⁷. Pero no se trataría de una extinción definitiva, sino susceptible de revivir en función de las vicisitudes de esa familia de hecho.

El expuesto es el actual estado de opinión en Italia, que parte del silencio legislativo, pero autores como BONILINI se muestran partidarios de contemplar *de lege ferenda* la convivencia extramatrimonial como causa de extinción de la pensión postmatrimonial⁷⁰⁸.

Ninguna relevancia extintiva tiene, desde luego, el nuevo matrimonio del obligado al pago de la pensión, lo que no impide que pueda estimarse como una causa

⁷⁰³ Cass., 30 octubre 1996, n. 9505.

⁷⁰⁴ ROSSI, “Gli effetti di ordine ...”, pág. 444.

⁷⁰⁵ BIANCA, *Diritto...*, pág. 256; MUSIO, “Conseguenze...”, pág. 315; DOSSETTI, “Gli effetti...”, pág. 834.

⁷⁰⁶ Cass. 8 julio 2004, n. 12557: “En ausencia de un nuevo matrimonio, el derecho al *assegno* de divorcio, en línea de principio permanece, en la medida establecida en la sentencia de disolución o de cesación de los efectos civiles del matrimonio, incluso si su titular instaura una convivencia *more uxorio* con otra persona, salo que subsistan los presupuestos para la revisión de la pensión, según el principio general establecido en el art. 9, 1º de la Ley de 1 de diciembre de 1970, n. 898, tal y como fue redactado por la Ley 6 marzo 87, n. 74, esto es, que se pruebe, por parte del ex cónyuge obligado, que tal convivencia ha determinado un cambio a mejor de las condiciones económicas del titular del derecho, como consecuencia de una contribución a su mantenimiento de parte del conviviente, o cuanto menos una reducción de los gastos, derivada de la convivencia. La prueba, por tanto, no puede limitarse a la de la mera instauración y permanencia de una convivencia *more uxorio* del conviviente con otra persona, siendo dicha convivencia de por sí neutra a los efectos del mejoramiento de las condiciones económicas del titular, pudiendo ser instaurada con persona privada de rentas y de patrimonio y debiendo la incidencia económica de dicho matrimonio ser valorada en relación al conjunto de circunstancias que la caractericen”.

⁷⁰⁷ TOTARO, “Degli effetti...”, pág. 1257.

⁷⁰⁸ “L’assegno...”, pág. 632.

de la disminución de la capacidad contributiva del deudor, suficiente para provocar su revisión.

Por otra parte, aunque sin apoyo legislativo expreso, sostiene la doctrina italiana que el derecho a percibir la pensión se extingue cuando desaparecen sus presupuestos, esto es, bien cuando el beneficiario adquiera una posición económica que le permita llevar el tenor de vida matrimonial, sin perjuicio de su reviviscencia en el caso de que el *ex* cónyuge se viese nuevamente en situación de necesidad⁷⁰⁹, bien cuando las condiciones económicas del obligado se deterioren hasta el punto de igualarse a las del otro cónyuge. Obviamente, la variación de la capacidad económica de las partes, que puede causar, bien la modificación, bien la extinción de la pensión periódica, no es una causa de extinción automática, sino que requiere un pronunciamiento judicial.

Por lo que respecta a los efectos que la muerte del deudor produce sobre la pensión post-matrimonial, son distintos en ambos ordenamientos, aunque en realidad, menos de lo que parece a simple vista.

En efecto, mientras que el Código español proclama de modo expreso que “El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor” (art. 101, 2º Cc), del art. 9 *bis* de la Ley italiana 898/70 se colige precisamente lo contrario, la extinción del *assegno* de divorcio como consecuencia de la muerte del obligado.

Este artículo, que fue introducido en el año 78, reconoce al *ex* cónyuge titular de la pensión post-matrimonial, el derecho a que se le fije, tras la muerte del deudor, una pensión periódica, con cargo a la herencia, siempre y cuando esté en estado de necesidad. El artículo ordena que se tengan en cuenta, para la fijación de la pensión con cargo a la herencia, el importe del *assegno* de divorcio, la entidad de la necesidad, la eventual pensión de viudedad, el patrimonio hereditario y el número y la cualidad de los herederos y sus condiciones económicas.

Por virtud de lo establecido en este artículo, a pesar de producirse la extinción de la pensión post-matrimonial por la muerte del deudor, puede nacer a favor del cónyuge débil el derecho a percibir otra pensión distinta, con cargo a la herencia, la cual tiene sus particulares presupuestos y régimen jurídico.

La situación no es muy distinta a la que se plantea en Derecho español, en el que la continuidad del derecho a la pensión, que tras el fallecimiento del deudor se satisfará con cargo a la herencia, no es un derecho absoluto, sino que está condicionado a la suficiencia del patrimonio hereditario y al respeto a las legítimas. El art. 101 Cc, tras declarar que el derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor, añade: “No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”.

Es claro que son muchas las diferencias que en este punto existen entre el Derecho español y el italiano. El primero ha optado por mantener el derecho a la pensión compensatoria en caso de muerte del obligado, previendo sólo su extinción o reducción por insuficiencia del patrimonio hereditario o por la necesidad de respetar las legítimas, mientras que el segundo ha preferido declarar su extinción, aunque la sustituye por una pensión nueva, que habrá de ser solicitada por el cónyuge débil y cuyos presupuestos y cuantía son muy distintos a los de la pensión post-matrimonial. Presupuestos de la pensión con cargo a la herencia son el previo reconocimiento del derecho a la pensión del art. 5 de la ley de divorcio y el estado de necesidad del cónyuge supérstite.

⁷⁰⁹ BIANCA, *Diritto...*, pág. 255.

Pese a todo, la finalidad perseguida por ambos ordenamientos es la misma: garantizar al cónyuge débil la continuidad de la ayuda económica tras la muerte del *ex* cónyuge. Simplemente, cada ordenamiento se ha valido de un instrumento distinto para lograrlo. Además, el legislador italiano he preferido reducir la ayuda económica al cónyuge débil que habrá de prestarse con cargo a la herencia, y por eso ha establecido como presupuesto de la misma el estado de necesidad del acreedor de la pensión, expresión a la que hay que atribuir el significado técnico preciso con el que se utiliza en sede de alimentos⁷¹⁰.

La conclusión que se extrae del contenido del art. 101, 2º Cc y 9 *bis* de la Ley de divorcio es que no es del todo exacto que el cónyuge divorciado quede absolutamente excluido de la sucesión *mortis causa* de la persona con la que estuvo casado.

IX- LA NATURALEZA DE LA PENSIÓN. LA DISPONIBILIDAD DE LA PENSIÓN. PENSIÓN POST-MATRIMONIAL Y PRESCRIPCIÓN

1- La naturaleza de la pensión

En el vigente Derecho italiano no hay ninguna duda de que el *assegno* de divorcio tiene, desde la reforma de 1987, naturaleza asistencial⁷¹¹. Las cosas eran distintas en el régimen anterior a esa fecha. El art. 5 de la Ley de divorcio, en su redacción originaria, ordenaba al tribunal que tuviese en cuenta, a los fines de la atribución y cuantificación de la pensión, “las condiciones económicas de los cónyuges”, “las razones de la decisión” y “la contribución personal y económica dada por cada uno de los cónyuges a la *conduzione* familiar y a la formación del patrimonio de ambos”. La formulación de la norma llevó a la conclusión de que la pensión tenía naturaleza compuesta y que desempeñaba una triple función: por una parte asistencial, por otra resarcitoria y por otra compensatoria.

La naturaleza asistencial se deducía de la relevancia, a efectos de conceder la pensión, de las condiciones económicas de los esposos. La componente resarcitoria se ponía en relación con las “razones de la decisión”, esto es, las razones determinantes del divorcio, la causa de éste. El juez, no solo para cuantificar la pensión, sino incluso para concederla o no, debía realizar una valoración de los comportamientos de los cónyuges, del cumplimiento o incumplimiento por éstos, en la etapa de la convivencia matrimonial, de los deberes inherentes al matrimonio. Así las cosas, la pensión tenía un cierto matiz sancionador. El obligado al pago no era sólo el cónyuge que tenía mejores medios de vida, sino también aquel que con su comportamiento hubiese ocasionado el fin de la relación y con ella la pérdida de las expectativas del otro referidas a la permanencia del vínculo conyugal “y la solución de los problemas que tal vínculo está dirigido a satisfacer”⁷¹². Finalmente, la componente compensatoria, dice TERRANOVA, parecía prescindir del incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio y referirse al dato objetivo de la contribución personal y económica prestada por cada uno de los esposos a la dirección de la familia y a la formación del patrimonio de ambos. Es la misma idea que subyace en la comunidad legal entre

⁷¹⁰ TOTARO, “Gli effetti...”, pág. 1285.

⁷¹¹ ARGIROFFI, “Degli alimenti”..., págs. 65 a 67; PERUGINI, “Assegno...”, pág. 148; SESTA, *Manuale...*, (2009), pág. 156; BIANCA, *Diritto...*, pág. 284; TERRANOVA, *Contributo ...*, pág. 137; MUSIO, “Conseguenze...”, pág. 274, entre otros muchos.

⁷¹² TERRANOVA, *Contributo ...*, pág. 132.

cónyuges, la presunción de que en la formación del patrimonio de los esposos interviene, en la misma medida, el trabajo doméstico y el trabajo que se realiza fuera y que produce ingresos. En definitiva, la componente resarcitoria del *assegno* de divorcio representaba una sanción por aquellos comportamientos que habían determinado la crisis matrimonial, y la componente compensatoria constituía el equivalente económico por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio⁷¹³.

Es claro que desde el momento en que el legislador suprime la referencia a las “razones de la decisión” y a “la contribución personal y económica dada por cada uno de los cónyuges a la dirección familiar y a la formación del patrimonio de ambos”, como criterios para determinar si existe o no derecho a pensión, la pensión queda desprovista de naturaleza resarcitoria y de naturaleza compensatoria, y se configura, exclusivamente, como una prestación de tipo asistencial. Esta es, de hecho, la opinión unánime de la doctrina y de la jurisprudencia⁷¹⁴.

Algunos autores consideran que el cambio legislativo está relacionado con la diferente forma en que, con el paso del tiempo, el ordenamiento contempla el divorcio. Inicialmente, en el año 1970, momento en el que se introdujo el divorcio, la pensión no era sino una proyección del principio, que sin embargo se derogaba, de la indisolubilidad del matrimonio. La pensión era en parte una especie de sanción por la ruptura matrimonial. Pero esta perspectiva va siendo poco a poco abandonada, a medida que el sistema divorcista se desprende de los rasgos propios de los sistemas de divorcio-sanción.

Sin embargo, la función compensatoria de la pensión es claramente compatible con el divorcio-remedio e incluso con el divorcio entendido como ejercicio de la libertad personal, fundado, en último término, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. No hay contradicción alguna entre esta manera de ver el divorcio y el reconocimiento de una pensión que esté dirigida a compensar al cónyuge económicamente más débil por el esfuerzo y la actividad realizada en interés de la familia, si al finalizar la relación dispone de menores medios que el otro para hacer frente a sus necesidades vitales. Es claro, no obstante, que la atribución a la pensión de divorcio de esta función es, simplemente, una opción legislativa, una opción que no parece haber sido seguida por la ley italiana si se tiene en cuenta que desde el año 1987, la obligación de pagar una pensión de divorcio tiene como único presupuesto el hecho de que uno de los cónyuges carezca de medios adecuados, en el sentido que a esta expresión le atribuye el propio legislador⁷¹⁵. Esto es lo único que habrá de tener en cuenta el juez para conceder la pensión, y no, como antes, las razones de la decisión o la contribución de cada uno durante la etapa matrimonial, que ahora son relevantes, únicamente, como criterios de cuantificación de la pensión.

El hecho de que el único presupuesto del *assegno* sea la falta de adecuados medios propios o la incapacidad objetiva de procurárselos demuestra, como hoy es unánimemente aceptado, la naturaleza estrictamente asistencial de la pensión. Cuando la doctrina italiana o la Corte de Casación declaran que la pensión de divorcio posee naturaleza exclusivamente asistencial, no hacen otra cosa que poner de relieve que han desaparecido la antigua función sancionatoria y compensatoria de la figura.

⁷¹³ TERRANOVA, *Contributo* ..., pág. 134.

⁷¹⁴ Por ejemplo, Cass. Sez. I. civ., 5 julio 2001, n. 9058 (*Familia*, 2002, págs. 270-274), en donde la Corte de Casación afirma que la pensión de divorcio tiene carácter exclusivamente asistencial, teniendo en cuenta que su concesión encuentra presupuesto en la inadecuación de medios del cónyuge que la pretende, que debe entenderse como insuficiencia de medios para conservar un tenor de vida análogo al tenido constante matrimonio.

⁷¹⁵ *Vid.* el apartado VII de este mismo capítulo, dedicado al presupuesto de la pensión de divorcio.

Lo que se quiere decir entonces cuando se afirma la naturaleza asistencial de la pensión es, simplemente, que el único presupuesto para su concesión es la inadecuación de medios del cónyuge que la pretende⁷¹⁶, y que es un instrumento de tutela del cónyuge débil, de aquél que, tras la extinción de la relación matrimonial, queda en peor situación económica⁷¹⁷. En absoluto se quiere decir que el *assegno* de divorcio sea un supuesto de alimentos⁷¹⁸, aunque no falten autores que hayan defendido este punto de vista⁷¹⁹. La pensión de divorcio tiene su propio régimen jurídico, contenido en la Ley de divorcio. Otra cosa es que pueda discutirse la posibilidad de aplicar a esta figura algunas de las normas reguladoras de los alimentos en los aspectos no específicamente previstos en la ley especial.

En el Derecho español la cuestión de la naturaleza de la pensión compensatoria se ha presentado tradicionalmente de manera mucho más confusa, probablemente porque se identifica, equivocadamente, naturaleza asistencial con naturaleza alimenticia.

Está fuera de toda duda que hay notorias diferencias entre la obligación de alimentos entre parientes, regulada en los arts. 142 a 153 del Código civil, y la pensión compensatoria de los arts. 97 a 101 del mismo texto legal, pero ello no quiere decir que no participen de una misma naturaleza. Tanto los alimentos entre parientes como la pensión compensatoria son atribuciones patrimoniales gratuitas, que no se realizan por el obligado como compensación o contrapartida de ningún sacrificio patrimonial ni personal previo. Esto es así siempre que se piense que el único presupuesto legal para su nacimiento es el desequilibrio económico, cualquiera que sea la causa de la que éste provenga, tesis que, como ya se ha expuesto, no cuenta con el refrendo del Tribunal Supremo, que ha acogido la llamada interpretación subjetivista sobre el desequilibrio.

Desde nuestro punto de vista, si bien la redacción originaria del art. 97 Cc ofrecía alguna base a la tesis subjetivista, la dicción actual del precepto apunta por el contrario hacia la tesis objetivista, de la que somos partidarios, por las razones igualmente expuestas. Si se piensa que el único presupuesto legal para el nacimiento de la pensión compensatoria es el desequilibrio económico, cualquiera que sea la causa de la que provenga, hay que concluir, como hace la doctrina italiana, que la pensión postmatrimonial tiene naturaleza asistencial, esto es, que posee una causa gratuita.

Hay que admitir que no es coherente con la proclamada naturaleza asistencial el hecho de que entre las circunstancias enumeradas en la referida norma se encuentre la colaboración del destinatario de la pensión en las actividades profesionales o empresariales del otro cónyuge. Podría argüirse que ello significa que mediante la pensión se retribuye al esposo que las hubiese llevado a cabo por esa colaboración, lo que significaría que la causa de la pensión no sería siempre gratuita.

Pero ocurre que, como ya hemos argumentado en otra ocasión⁷²⁰, en el art. 97 Cc aparecen recogidos, en realidad, dos derechos distintos: por un lado, la verdadera pensión compensatoria, que está definida en el párrafo 1º del citado precepto y al que son aplicables los arts. 99, 100 y 101; y por otro lado, el derecho del cónyuge en

⁷¹⁶ Cass., sez. I., Civ., 5 julio 2001, n. 9058 (revista *Familia*, año 2002, págs. 270-274); AL MUREDEN, *Nuove...*, pág. 246.

⁷¹⁷ VIOLA, "L'assegno...", pág. 4; MUSIO, "Conseguenze...", pág. 278.

⁷¹⁸ En este sentido propone MUSIO que se dé más relevancia al principio de autorresponsabilidad y que la pensión asuma temporalmente la función de instrumento para conseguir una formación profesional ininterrumpida o que ha sido imposible debido al cumplimiento de los deberes de solidaridad familiar ("Conseguenze...", pág. 278).

⁷¹⁹ Caso de ARGIROFFI que, contra el sentir común de la doctrina, defiende la equivalencia entre el estado de necesidad que es presupuesto de los alimentos y el presupuesto del *assegno*, ("Degli alimenti...", pág. 71). Igualmente, TERRANOVA, *Contributo...*, págs. 145 a 149.

⁷²⁰ "La pensión...", pág. 159 y 145 y ss.

situación de desequilibrio en el momento de la separación o el divorcio, a ser retribuido por la actividad profesional desarrollada en beneficio del otro cónyuge. Mientras que éste último, cuyo fundamento es evitar un enriquecimiento injusto, posee una causa onerosa, no puede decirse lo mismo de la pensión compensatoria entendida *strictu sensu*, cuya causa es gratuita.

En definitiva, la opinión que defendimos hace años, según la cual la pensión compensatoria posee naturaleza asistencial, encuentra un importante argumento, entonces no invocado, en el Derecho italiano. En efecto, también en este ordenamiento es presupuesto único de la pensión la insuficiencia de medios económicos de un cónyuge en comparación al otro, y la doctrina y la jurisprudencia coinciden de modo unánime en que ello significa que la pensión tiene naturaleza asistencial. Pero no es lo mismo, como se ha aclarado repetidamente, asistencial que alimenticio.

Aunque reconocemos que es sugestivo contemplar la pensión compensatoria como un derecho de naturaleza patrimonial mediante el cual se estaría compensando al cónyuge al que la separación económica deja en peor situación por los esfuerzos personales y económicos realizados durante la convivencia matrimonial, pensamos que no fue esta la intención del legislador, como resulta del hecho de que el único dato que tenga que comprobar el juez para conceder la pensión sea el desequilibrio derivado de la ruptura, según resulta del propio art. 97 Cc. Difícilmente puede sostenerse que mediante la pensión se compense al cónyuge débil por los sacrificios personales o patrimoniales realizados durante la etapa matrimonial si el único presupuesto de la pensión es el desequilibrio, siendo indiferentes sus causas. Esta es probablemente, la razón por la que el Tribunal Supremo ha acogido la tesis subjetivista sobre el desequilibrio, para evitar que la pensión se convirtiese en un medio para perpetuar el nivel de vida disfrutado constante matrimonio.

Es una preocupación loable, pero no basta para ignorar la que parece haber sido la voluntad del legislador, máxime porque la aceptación de la tesis objetivista no conlleva la ineludible aceptación de tal posibilidad. Reconocer el derecho a pensión compensatoria en todos los casos en los que se constate un desequilibrio en los recursos económicos de quienes se separan o divorcian no significa en absoluto reconocer el derecho del cónyuge débil a mantener un determinado *status* a consta del otro cuando ya ha desaparecido la relación matrimonial. Tal peligro queda conjurado a través de otros instrumentos jurídicos; en particular, limitando en el tiempo el derecho a la pensión. No es casualidad que la admisión legal de la pensión temporal coincida con la separación absoluta, dentro del artículo 97, entre un primer párrafo, dirigido a establecer el presupuesto de la pensión, y un segundo párrafo donde se enumeran las circunstancias para la fijación de su cuantía.

2- La disponibilidad de la pensión

Una cuestión que en principio parece estar íntimamente relacionada con la naturaleza asistencial de la pensión post-matrimonial es la de su disponibilidad⁷²¹,

⁷²¹ Nos ocupamos aquí estrictamente de los actos dispositivos sobre la pensión y de la problemática específica que suscitan, pero no del tema más general de la validez de los acuerdos preventivos de divorcio, frecuentemente abordado por la doctrina italiana en los estudios y comentarios sobre el *assegno* de divorcio. Frente a la posición jurisprudencial, que los ha considerado inválidos por ilicitud de causa o contrarios a lo establecido en el art. 160 *Codice*, que prohíbe a los esposos derogar los derechos y deberes derivados del matrimonio, la más reciente doctrina defiende su validez. Sobre el tema puede verse SESTA, *Manuale...*, (2009), págs. 164-167, y MUSIO, “Conseguenze...”, págs. 295-301.

término amplio dentro del cual queda comprendido cualquier acto de transmisión, así como la renuncia.

Al igual que a propósito de la extinción, es preciso distinguir la disponibilidad del derecho a la pensión, entendido en sentido abstracto, de la disponibilidad de la pensión ya establecida, que no hay que olvidar que es un derecho de crédito. Sobre ninguno de ellos hay un pronunciamiento expreso por parte del legislador.

Por lo que respecta al derecho a la pensión considerado en abstracto, parece lógico considerar que es un derecho de naturaleza personal, de donde se deduce que no es transmisible⁷²². La legitimación corresponde únicamente al cónyuge débil; pese a su contenido patrimonial, ni siquiera los acreedores del cónyuge legitimado podrán ejercitar este derecho⁷²³. El art. 1111 Cc excluye expresamente la acción subrogatoria que tenga por objeto derechos de crédito que sean inherentes a la persona del deudor.

Mayores dificultades suscita la renuncia al derecho a la pensión entendido en abstracto. Es claro que su naturaleza personal, que determina la exclusión de los actos transmisivos, no representa obstáculo alguno para la renuncia, por lo que la exclusión de ésta, en su caso, habrá de descansar en otros argumentos. Entre ellos el que con mayor frecuencia se esgrime es la prohibición legal de renuncia a los alimentos (art. 151 Cc y 447 *Codice*), aunque también se argumenta que no cabe la renuncia a derechos futuros y que por lo tanto no puede admitirse la renuncia a la pensión antes de desencadenarse la crisis matrimonial.

También la disponibilidad de la pensión post-matrimonial ya establecida podría tropezar con el obstáculo que representa la prohibición legal de cesión y renuncia de las pensiones alimenticias futuras de los arts. 151 Cc y 447 *Codice*.

La aplicación de los citados artículos a la figura de la pensión post-matrimonial significaría la nulidad de cualquier acto dispositivo referido al derecho a la pensión en abstracto o a pensiones pendientes de pago, pero la validez, en cambio, de la renuncia y transmisión de pensiones atrasadas.

En esta línea de pensamiento se sitúa prácticamente toda la doctrina italiana⁷²⁴, al afirmar que no puede defenderse la disponibilidad plena y absoluta de la pensión de divorcio, la cual no podrá en ningún caso alcanzar a la parte de pensión que esté dirigida a satisfacer las necesidades vitales de aquel beneficiario que se encuentre eventualmente en situación de necesidad⁷²⁵. Nosotros no compartimos esta opinión por entender que no se dan los presupuestos necesarios para la aplicación analógica de la prohibición establecida en sede de alimentos⁷²⁶.

⁷²² BIANCA, *Diritto...*, pág. 293; BONILINI, “L’assegno...”, pág. 604. Pero estos autores parecen entender que posee naturaleza intransmisible no ya el derecho a la pensión entendido en abstracto, que es lo que se defiende en el texto, sino cada uno de los pagos periódicos. De hecho, fundamentan su punto de vista en el art. 1260 *Codice*, que dispone que el acreedor puede transmitir a título oneroso o gratuito su crédito, incluso sin el consentimiento del deudor, siempre que el crédito no tenga carácter estrictamente personal o que la cesión no esté prohibida por la ley.

⁷²³ FIGONE, “Modifica...”, pág. 911.

⁷²⁴ El asunto apenas se trata por la doctrina española, lo que es lógico si se tiene en cuenta que muy mayoritariamente se niega naturaleza asistencial a la pensión, lo que explica que prácticamente ningún autor se plantee la posible aplicación a la pensión del art. 151 Cc. *Vid.*, no obstante, MORENO-TORRES HERRERA, “La pensión...”, págs. 213 y ss.

⁷²⁵ TOTARO, “Gli effetti...”, pág. 1274; CAFERRA, *Famiglia...*, pág. 84. ROSSI, Marzia, “Gli effetti...”, pág. 446. DOSSETTI, “Gli effetti...”, pág. 827.; BONILINI, “L’assegno...”, pág. 602. En la doctrina española, DE LA CÁMARA, “La autonomía...”, pág. 60; EGEA FERNÁNDEZ, “Pensión...”, págs. 4572 y 4573. Distinta es la opinión de BOVE, quien defendió, antes de la reforma de 1987, la validez de la renuncia absoluta del *assegno* invocando la posibilidad legal del pago único (“Le modificazioni...”, pág. 614).

⁷²⁶ De ella nos ocupamos ampliamente en el capítulo II.

En efecto, la *ratio* de la prohibición de realizar actos transmisivos que tengan por objeto pensiones alimenticias futuras es evitar que el destino efectivo de las cantidades percibidas por el alimentista sea diferente del único que justifica la obligación del alimentante, que es procurarle los medios materiales que le permitan eliminar el estado de necesidad. Los alimentos legales tienen como presupuesto la situación de necesidad de un pariente; es ese estado de necesidad lo que justifica que las leyes impongan al alimentante con capacidad económica el deber de satisfacer al alimentista una determinada cantidad de dinero, y es lógico que se establezcan los instrumentos que impidan en lo posible que el destino de la citada cantidad sea otro; de ahí que se excluya su transmisión y la compensación con deudas del alimentista frente al alimentante. Por otro lado, la razón de ser de la prohibición de renuncia a las pensiones alimenticias atrasadas es proteger al deudor, al que se le garantiza de este modo que, llegado el vencimiento de cada uno de los plazos, percibirá los medios materiales que le permitan satisfacer sus necesidades.

El trato que el legislador dispensa al cónyuge divorciado es muy distinto y ello explica, en último término, que la pensión compensatoria deba estimarse disponible. Mediante la pensión compensatoria no se trata de remediar un estado de necesidad, por lo que no procede la aplicación analógica de la norma que prohíbe la renuncia y la transmisión de las pensiones futuras, ni siquiera en aquellas ocasiones en que el acreedor de la pensión post-matrimonial esté *de facto* en situación de necesidad. En el caso de la pensión compensatoria se permite que se fije una prestación única a favor del acreedor, lo que revela la despreocupación del legislador en lo relativo a la finalidad o destino efectivo del dinero o de los bienes recibidos. En los casos en los que se establece la prestación única, y tal y como dispone expresamente el art. 5, 8º de la Ley italiana de divorcio, no cabe plantear posteriormente ninguna demanda de contenido económico⁷²⁷; ello significa que, pese a su naturaleza asistencial, el sistema no garantiza al cónyuge débil la percepción a cargo del otro de los recursos necesarios para vivir, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los alimentos entre parientes.

Así pues, si se acepta que la *ratio* de la norma que prohíbe la renuncia a las pensiones alimenticias atrasadas es asegurar al acreedor la percepción efectiva y tempestiva de los medios materiales dirigidos a satisfacer sus necesidades, como modo de protegerle, se debe excluir su aplicación analógica a la pensión post-matrimonial, dado que hay indicios muy claros de que semejante garantía no se la da el legislador al acreedor de la pensión de divorcio, quien puede recibir su importe mediante un pago único. Nótese que mientras que el derecho a los alimentos legales se hace siempre efectivo mediante pagos periódicos -lo que trasluce la voluntad de legislador de garantizar al alimentista la percepción tempestiva de los medios materiales necesarios para atender a sus necesidades-, no ocurre lo mismo con la pensión post-matrimonial, lo que resulta determinante para resolver la cuestión de si cabe o no la aplicación analógica a esta última, de la solución legal establecida para los alimentos.

En resumen, a nuestro entender el derecho a la pensión post-matrimonial es renunciabile, aunque intransmisible, debido a su naturaleza personal, mientras que el derecho a percibir la prestación única o las prestaciones periódicas, en los supuestos en

⁷²⁷ No obstante ello, la jurisprudencia menor ha entendido en alguna ocasión que la liquidación *una tantum* del *assegno* de divorcio no impediría al cónyuge que la ha recibido, una vez se encontrase en estado de necesidad, solicitar una pensión periódica, si bien limitada a la satisfacción de las necesidades elementales de la vida (Trib. Firenze, 13 octubre 1995, *Diritto di famiglia*, 1998, 94). La opinión de la doctrina es otra: se considera que ni siquiera el cónyuge que se encuentre posteriormente en una situación de grave necesidad, puede exigir ninguna contribución económica del otro si se acordó conforme a ley el pago único de la pensión (así, DOSSETTI, *Gli effetti ...*, pág. 817 y autores allí citados).

los que el derecho a la pensión ya se haya establecido y cuantificado, queda sometida a las reglas generales, por lo que es tanto transmisible como renunciable⁷²⁸.

3- Pensión post-matrimonial y prescripción

Es nuevamente la naturaleza asistencial de la pensión la que lleva a la doctrina italiana a afirmar la imprescriptibilidad del derecho a la pensión post-matrimonial⁷²⁹. Con ello se quiere decir que la posibilidad de hacer valer el derecho a la pensión corresponde siempre al cónyuge débil y no se extingue por el paso del tiempo. Lo que se hace, sin otra explicación que una genérica referencia al carácter asistencial de la pensión o a su consideración como derecho de la personalidad, es aplicar las soluciones que rigen en materia de alimentos. De hecho, se establece una distinción entre el derecho a la pensión, que es el que se dice que es imprescriptible, y las rentas concretas ya devengadas, las cuales están sujetas a la prescripción quinquenal prevista por el art. 2948. 4 *Codice* para los pagos periódicos de sumas de dinero. Y, obviamente, se considera prescriptible conforme a las reglas generales la obligación que consiste en un pago único.

El anterior planteamiento, consistente en aplicar a la pensión compensatoria las mismas soluciones que a los alimentos, no es el adoptado por la doctrina española, lo cual es lógico, si se tiene en cuenta que ésta niega mayoritariamente la naturaleza asistencial de la pensión. Pese a todo, no es infrecuente que se afirme que la pensión de divorcio es irrenunciable, y también imprescriptible, en tanto en cuanto sirva para remediar el estado de necesidad del acreedor. La pensión sería imprescriptible, según este punto de vista, en la parte destinada, en su caso, a cubrir las necesidades de aquel beneficiario que se encontrase en una situación objetiva de necesidad.

En nuestra opinión, la cuestión de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la pensión compensatoria no puede desligarse absolutamente de las soluciones establecidas en materia de alimentos, porque, a pesar de las diferencias entre alimentos y pensión compensatoria y de que la regla general es que todos los derechos están sometidos a un plazo de prescripción, podría entenderse que el fundamento de la imprescriptibilidad de los alimentos concurre en el caso de la pensión, al menos en la pensión por tiempo indefinido.

Piénsese que el presupuesto del derecho a la pensión, el desequilibrio económico, puede, lo mismo que el de los alimentos, prolongarse en el tiempo. El presupuesto de los alimentos es un estado de necesidad actual, con independencia del momento y de la causa que lo haya originado, y el presupuesto de la pensión es el desequilibrio originado por la separación o el divorcio. Pues bien, si se argumenta que el derecho a reclamar alimentos existe y persiste mientras que se mantenga la situación de necesidad, podría igualmente sostenerse que el derecho a exigir la pensión compensatoria también subsiste en tanto perdure la situación de desequilibrio originada por la ruptura conyugal.

⁷²⁸ Esta es la opinión unánime de la actual doctrina española: ROCA TRÍAS, “De los efectos...”, pág. 619; CAMPUZANO TOMÉ, *La pensión...*, pág. 254; COBACHO GÓMEZ, *La deuda...*, pág. 69; LALANA DEL CASTILLO, *La pensión...*, pág. 252; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, pág. 331; SAURA ALBERDI, *La pensión...*, pág. 133.

⁷²⁹ BARBIERA, *I diritti ...*, pág. 76; DOSSETTI, “Gli effetti...”, pág. 834; BONILINI, “L’assegno...”, pág. 639; ROSSI, Marzia, “Gli effetti...”, pág. 444; MUSIO, “Conseguenze...”, pág. 315; BIANCA, *Diritto...*, pág. 362.

Sobre la base de lo anterior puede defenderse la imprescriptibilidad del derecho a exigir la pensión compensatoria. El motivo no es, nótese bien, que la pensión sea (en ocasiones) un instrumento destinado a procurar a su titular medios necesarios para vivir. Quienes piensan de esta manera defienden la imprescriptibilidad del derecho a exigir la pensión compensatoria, no en todo caso, sino únicamente cuando su titular se encuentre en un estado de necesidad, algo que obviamente puede ocurrir, a pesar de no ser este el presupuesto de la pensión. La razón para defender la imprescriptibilidad de la pensión sería otra: el carácter duradero de la situación de desequilibrio que constituye su presupuesto.

No es menos cierto, no obstante lo dicho, que también se encuentran argumentos a favor la solución contraria y que podría muy bien defenderse la prescriptibilidad del derecho a la pensión con el razonamiento de que el fundamento de la imprescriptibilidad de los alimentos no concurre en el caso de la pensión de divorcio. Por una parte porque esta última, a diferencia de los alimentos, es disponible. Y por otra parte porque en el caso de la pensión, cobra pleno sentido la figura de la prescripción en cuanto instrumento dirigido a evitar que un sujeto quede expuesto, sin límite temporal alguno, a que se le reclame con éxito el cumplimiento de una determinada obligación.

Cuando se afirma la imprescriptibilidad de los alimentos, lo que se quiere decir es que el hecho de que el sujeto con derecho a ellos no los haya reclamado en el pasado no es obstáculo para que pueda hacerlo cuando desee, siempre y cuando se mantengan sus presupuestos⁷³⁰. Aunque el sujeto al que se reconozca el derecho se abstenga de ejercitarlo frente al obligado, y esa abstención se prolongue durante mucho tiempo, no por ello pierde la posibilidad de hacerlo valer en un determinado momento si su estado de necesidad subsiste. Ello se traduce en el hecho de que el pariente obligado a prestar alimentos queda expuesto a que se le exija en cualquier momento su cumplimiento, lo que no es más que consecuencia inevitable de la finalidad de esta obligación legal. Pero las cosas son algo distintas en referencia a la pensión compensatoria, pues debiendo ser el desequilibrio económico efecto de la separación o el divorcio, no hay inconveniente alguno, sino más bien lo contrario, para conceder al cónyuge económicamente fuerte un instrumento para enervar la pretensión dirigida contra él por el cónyuge débil, transcurrido cierto tiempo desde la separación o el divorcio. Se trataría, simplemente, de reconocer que el cónyuge que resulta legalmente obligado al pago de la pensión dispone del mismo medio de defensa que las leyes conceden a todos los deudores: la prescripción.

Como corolario de todo lo anterior puede decirse que existen argumentos tanto a favor de la imprescriptibilidad del derecho a exigir la pensión compensatoria, como a favor de la solución contraria. El legislador podría, pues, sensatamente, acoger cualquiera de las dos soluciones, aunque en referencia exclusivamente a la pensión indefinida, por los motivos que luego se expondrán. Pero una cosa es la solución *de lege ferenda* y otra muy distinta la solución *de lege lata*, que no resulta posible dilucidar.

Así las cosas, y teniendo en cuenta las diferencias entre la pensión de divorcio y los alimentos, probablemente lo más acertado *de lege lata* sea prescindir de las soluciones legales establecidas para los alimentos y resolver la cuestión de la prescripción del derecho a exigir la pensión compensatoria con arreglo a las normas generales. Consecuentemente, habría que concluir que el derecho a exigir la pensión compensatoria es, como todos los derechos subjetivos, prescriptible, y que al no existir una previsión legal específica respecto del plazo de prescripción, este término, en el caso del Derecho español, sería de quince años, pues es este el que establece el art.

⁷³⁰ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, pág. 183.

1964, 2º Cc para todas las acciones personales que no tengan establecido un término particular de prescripción. Es obvio, sin embargo, que el plazo resultaría excesivamente largo y que no parece equitativo someter al *ex cónyuge* económicamente fuerte a la posibilidad de ser condenado al pago de la pensión durante los quince años siguientes a la separación o el divorcio. Quizás este sea el motivo por el que en España la reclamación de la pensión compensatoria no se produce nunca después de la sentencia de separación o divorcio, considerándose *de facto* que sólo puede exigirse durante el proceso matrimonial. La solución, que puede estimarse acertada en términos generales, no es seguro que sea la vigente *de lege lata*, a falta de argumentos legales decisivos. Es verdad que el art. 90 Cc menciona entre los extremos que deberá contener el convenio regulador “la pensión que conforme al art. 97 corresponde satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges”, y que el art. 97 se refiere a la pensión establecida en convenio regulador o en la sentencia, pero ello no significa que se esté excluyendo la posibilidad de hacer valer el derecho en un momento posterior. De hecho, expresiones parecidas se utilizan por la Ley italiana⁷³¹ y ello no impide a la doctrina de ese país defender de modo unánime la posibilidad de que la pensión se exija con posterioridad a la sentencia que pone fin al matrimonio.

Finalmente, es preciso aclarar que la imprescriptibilidad del derecho a exigir la pensión compensatoria resulta incoherente con la figura de la pensión temporal. No hay dificultad teórica en establecer, si se estimase que es la solución acertada, la imprescriptibilidad de la pensión de duración indefinida, pero no puede decirse lo mismo de la pensión temporal. Si en el momento del nacimiento del derecho, que es el momento del cese de la relación matrimonial⁷³², se da el desequilibrio que es presupuesto de la pensión y concurren las circunstancias que habrían llevado al juez, en el caso de ser solicitada, al establecimiento de una pensión de naturaleza indefinida, se puede establecer que el cónyuge débil conserve el derecho a exigir la fijación de una pensión si no ha cesado el desequilibrio por causa no imputable al mismo y no se ha producido ninguna otra causa de extinción de la pensión⁷³³. Por el contrario, si las circunstancias concurrentes en el momento del nacimiento del derecho (momento de la separación o divorcio) hubiesen llevado al juez a la fijación de una pensión temporal, no puede afirmarse la “imprescriptibilidad” del derecho, en el sentido de que de ella se viene hablando: el cónyuge débil no puede exigir sin límite temporal alguno que se le fije la pensión, aun cuando se hubiesen dado sus presupuestos en el momento del divorcio y se mantengan en la actualidad. Ello significaría atribuirle un derecho de mayor duración que el que le hubiese correspondido en el caso de haberse reclamado la pensión durante el proceso matrimonial, lo que carece de toda lógica. La solución coherente sería entender que puede ejercitar el derecho siempre y cuando no haya transcurrido el periodo de vigencia de la pensión temporal, pero es una solución inviable dado que esta duración no está determinada *ex lege*, sino que se establece caso por caso.

X- FUNDAMENTO, FINALIDAD Y FUNCIÓN DE LA PENSIÓN POST-MATRIMONIAL

⁷³¹ El párrafo 6º del art. 5 Ley de divorcio comienza diciendo “Con la sentencia que pronuncia la disolución...”

⁷³² Sin embargo, el art. 4, 10º de la Ley italiana 898/1970, modificada por la Ley 74/1987, permite al juez anticipar la pensión al momento de presentación de la demanda. Pero el principio general es que la pensión de divorcio es exigible desde la fecha de firmeza de la sentencia (ROLANDO, *Alimenti...*, pág. 156).

⁷³³ Entre estas causas está la renuncia, por lo que la mayor dificultad será decidir si se entiende que hay renuncia por el mero hecho de no haber ejercitado la pretensión en el proceso matrimonial. Creemos que no porque de ello no puede deducirse una voluntad indubitada y clara en tal sentido.

En aquellos ordenamientos jurídicos, como el italiano o el español antes de la reforma operada por la Ley 15/2005, en los que la separación matrimonial se conceptúa como una situación en la que subsiste el vínculo matrimonial, aun cuando sus efectos estén atenuados, no hay especiales dificultades para justificar la subsistencia de obligaciones de mantenimiento entre los esposos separados. Se considera que, vigente la relación matrimonial, continúa existiendo un deber de asistencia material, al que el legislador puede decidir atribuirle uno u otro contenido en función de las circunstancias concurrentes. La cuestión es mucho más complicada si de lo que se trata es de justificar que, no obstante haberse extinguido la relación conyugal, puede nacer entre quienes estuvieron casados, pero ya no lo están, una obligación de mantenimiento. Como dice ARGIROFFI, en sede de separación, la pensión encuentra su fundamento en la vigencia de la relación conyugal, pero no puede decirse lo mismo respecto de la pensión posterior al divorcio, dado que éste presupone la desaparición del *status* de cónyuge⁷³⁴.

Está muy extendida en la doctrina italiana la afirmación según la cual la pensión de divorcio encuentra su fundamento en la solidaridad post-conyugal⁷³⁵, una idea cuyo significado no se precisa, pero que podría explicar que el deber de satisfacer la pensión de divorcio cese cuando el beneficiario contraiga nuevo matrimonio (porque entonces surgirá una nueva relación informada por la solidaridad conyugal) y cuando se equilibren las condiciones económicas de los *ex* cónyuges⁷³⁶.

Sin embargo, la invocación de la solidaridad post-conyugal como fundamento del *assegno* de divorcio, no convence a todos los autores⁷³⁷, y no es, tampoco, concluyente, dado que requiere, a su vez, una justificación. Habría que explicar de algún modo la razón por la que el matrimonio continúa produciendo este particular efecto tras su extinción.

Esa justificación es para algunos la exigencia social de tutela del cónyuge débil, una exigencia que justifica que el divorcio no sea un instrumento de liberación total del matrimonio y que se excluya la posibilidad de cancelar, sin huella alguna, el compromiso de vida asumido con su celebración.⁷³⁸

No hay que descartar, a la vista de algunas opiniones en el sentido expuesto, que para algunos autores y quizás también para importantes sectores sociales, en el deber del esposo económicamente fuerte de colaborar en el mantenimiento del esposo más desfavorecido, esté latente, todavía, el principio de indisolubilidad del matrimonio, la

⁷³⁴ “Degli alimenti...”, pág. 79.

⁷³⁵ SESTA, *Manuale...*, (2009), pág. 154; SANTOSUOSSO, *Il matrimonio ...*, pág. 608; ANGELONI, *Autonomia...*, pág. 179; MUSIO, “Conseguenze...”, pág. 271; TERRANOVA, *Contributo...*, pág. 129; BONILINI, “L’assegno...”, pág. 558.

⁷³⁶ BONILINI, “L’assegno...”, pág. 558.

⁷³⁷ Así, DOSSETTI manifiesta que la idea de existencia de una solidaridad post-matrimonial entra en conflicto con la naturaleza jurídica del divorcio, que pone fin al matrimonio “Gli effetti...”, pág. 787. En parecido sentido advierte MUSIO que una acentuación excesiva del principio de solidaridad vendría a contradecir la función misma del divorcio, que tiende a realizar la disolución del vínculo y por lo tanto los efectos que de él derivan (“Conseguenze...”, pág. 271); ARGIROFFI, a su vez, observa que resulta difícil aceptar que tras la disolución del matrimonio se conserven invariables las obligaciones patrimoniales que existían durante la convivencia, lo que, unido a otros argumentos, le lleva a sostener que entre cónyuges divorciados existe sólo un derecho a alimentos en caso de necesidad y que la “falta de medios adecuados” que es presupuesto de la pensión de divorcio equivale al estado de necesidad del art. 438 *Codice (Gli alimenti ...*, págs. 65 y ss.); ROSSI, Marzia, observa que la posibilidad de que la pensión consista en un único pago y su eficacia extintivo-preclusiva demuestran que la pensión no posee carácter alimenticio y un cierto alejamiento de la idea de solidaridad post-conyugal, que sin embargo, ella defiende como fundamento del *assegno* (“Gli effetti ...”, págs. 431 y 443).

⁷³⁸ BONILINI, siguiendo a BIANCA, “L’assegno...”, pág. 559.

antigua idea según la cual hay que pagar un precio por el divorcio, dado que uno no puede, así como así, desentenderse de las obligaciones asumidas con la celebración del matrimonio.

Lo que parece cierto, en cualquier caso y al margen de lo anterior, es que en Derecho italiano el *assegno* es un deber legal cuya última razón de ser podría encontrarse en el matrimonio entendido como acto. Así resulta del hecho de que esta pensión, que tiene carácter vitalicio, no esté prevista para el caso de nulidad del matrimonio, una hipótesis en la que se considera que el matrimonio nunca ha existido, a causa de la concurrencia de un defecto originario.

Por lo que se refiere a la doctrina española, a diferencia de la italiana, ha encontrado siempre mayores dificultades para admitir la subsistencia, no obstante la disolución del matrimonio, de alguna suerte de solidaridad entre quienes estuvieron casados, lo que probablemente ha influido en la adscripción de la mayor parte de los autores a la tesis que defiende la naturaleza compensatoria de la pensión.

En nuestra opinión, debe diferenciarse entre el fundamento de la pensión temporal y el de la pensión indefinida. El fundamento de la pensión temporal sería la presunción de que el desequilibrio económico post-divorcio deriva de decisiones tomadas por los esposos durante la relación matrimonial. El fundamento de la pensión indefinida sería por el contrario, puramente tuitivo: mediante ella se estarían proporcionando medios materiales para vivir a un determinado sector social que debido al matrimonio y a otras circunstancias, no es económicamente suficiente y previsiblemente no llegue a serlo nunca, pero no porque se considere que entre los divorciados subsiste un deber de solidaridad, sino porque se considera que la carga económica que este grupo de personas representa no debe ser soportado ni por los poderes públicos ni por otros familiares, que serían las otras dos opciones posibles.

También la función de la pensión es distinta en un caso y en otro. La pensión temporal es el instrumento material para el logro de la autosuficiencia económica en los casos en que ésta sea exigible, que hoy en día son la mayoría. En cambio, la pensión indefinida es solo un medio de vida, lo que no quiere decir que su acreedor no esté obligado a esforzarse para ser autosuficiente en el sentido económico; simplemente, hay datos objetivos que llevan a pensar que la autonomía económica es poco probable.

Las crisis matrimoniales originan situaciones de debilidad o inferioridad económica en uno de los *ex* esposos que son reconducibles a dos grandes grupos y para las cuales el ordenamiento español ha previsto respuestas diferentes: la pensión indefinida, solución por la que habrá de optarse cuando se pueda suponer en atención a las circunstancias concurrentes que el cónyuge débil no alcanzará la autosuficiencia económica, y la pensión temporal, solución por la que habrá de decantarse el juzgador en los restantes casos.

La razón de ser de una y otra es distinta. El reconocimiento del derecho a la pensión indefinida se explica en último término porque el legislador es consciente de que la disolución del matrimonio origina situaciones de debilidad económica o incluso de necesidad en un sector social (habitualmente las mujeres) y que tiene que dar una respuesta a este problema. Teóricamente el problema admite dos posibles soluciones: la intervención de los poderes públicos, lo que algunos llaman la solidaridad social, o el recurso a los familiares. Y se opta, al igual que en el resto de los ordenamientos, por ésta última⁷³⁹, en concreto por hacer recaer un deber de mantenimiento sobre el *ex* cónyuge, al que probablemente sea preferible anteponer a otros familiares.

⁷³⁹ En parecido sentido, MUSIO, “Conseguenze...”, pág. 277.

Muy distinto es el caso de la pensión temporal, que incluso cuando tiene como destinatario a un sujeto que no genera inicialmente recursos con su propio trabajo, no se concede propiamente para protegerle, sino para permitirle formarse, reciclarse o, en su caso, incorporarse al mercado laboral.

Desde el anterior planteamiento, la dificultad estriba en fijar la cuantía de la pensión, porque en particular en el caso de las pensiones indefinidas, no sería admisible la absoluta equiparación (que sería de por vida) entre los recursos económicos de acreedor y deudor. Pero no es ésta la intención del legislador, como claramente se colige del hecho de que se establezcan una serie de circunstancias que ha de aplicar el juzgador para determinar el importe de la pensión. Como viene declarando repetidamente el Tribunal Supremo, la pensión compensatoria no es un instrumento de igualación de economías dispares⁷⁴⁰, sino que persigue “colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial” (STS 23 enero 2012, ya citada).

Es claro que la proclamada es, en efecto, la finalidad de las pensiones temporales, pero no de las pensiones indefinidas, que responden a una finalidad puramente tuitiva, al igual que el derecho de alimentos entre parientes. Por eso los tribunales tienen que ser particularmente cuidadosos cuando fijan su importe, para evitar que se conviertan en instrumentos de perpetuación del *status* del periodo matrimonial.

Esta preocupación es lo que lleva a un importante sector de la doctrina italiana, un ordenamiento que no conoce la figura de la pensión temporal, a propugnar el reconocimiento del *assegno* únicamente a favor del cónyuge que se encuentre en situación objetiva de necesidad. Pero no es necesario, pensamos, alterar el presupuesto legal de la pensión compensatoria. Basta extremar las cautelas para fijar su cuantía, que es lo que de hecho acontece en la práctica; los jueces raramente fijan cantidades que permitan al acreedor, no ya el mantenimiento del nivel de vida matrimonial, sino el disfrute de un nivel de vida análogo al del *ex* cónyuge⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ Entre otras, SSTs 17 julio 2009 y 23 enero 2001, ya citadas.

⁷⁴¹ Un ejemplo de ello es la STS 10 de marzo de 2009 (Ponente: Almagro Nosete). *Vid.* nuestro comentario en “Pensión ...”, págs. 25 a 44.

CAPÍTULO V. OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO ENTRE CONVIVIENTES DE HECHO. SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

I- INTRODUCCIÓN

Sin olvidar que el presente estudio se circunscribe al Derecho positivo estatal -lo que en rigor debería llevarnos a excluir toda referencia a las obligaciones de mantenimiento entre convivientes de hecho, carentes de consagración legislativa, tanto en España como en Italia-, se ha estimado oportuno incluir un tratamiento de la cuestión; tratamiento que se justifica, sobre todo, por la existencia en España de normativa autonómica relativa a las uniones estables, y también por la oportunidad de aportar, al hilo de ella, reflexiones que puedan en su caso resultar de utilidad al legislador nacional.

Abordamos, pues, dentro de este capítulo, la cuestión de si entre quienes conviven o han convivido como pareja de hecho existe alguna obligación de mantenimiento, de cualquiera de los tipos estudiados en capítulos anteriores (alimentos, mantenimiento o pensión compensatoria), o incluso no encuadrable en ninguno de ellos, en referencia, exclusivamente, al Derecho español⁷⁴², distinguiendo entre el estado actual de la cuestión -que es lo que se expone en el presente capítulo- y las propuestas *de lege ferenda* -que se reservan para un momento posterior-.

Para recoger de un modo completo cuál es la situación actual es preciso partir de la distinción entre el Derecho estatal y los Derechos autonómicos. En cuanto a estos últimos interesa advertir que no se pretende un análisis en profundidad de cada uno de ellos, ni siquiera en referencia a la cuestión concreta que nos ocupa. Ello excedería con mucho de los objetivos de este trabajo, que también es cierto que quedaría incompleto si se obviase absolutamente la normativa autonómica, la cual proporciona, indudablemente, elementos de reflexión a cualquiera que se aproxime a los problemas de la convivencia extramatrimonial.

II- DERECHO ESTATAL

1. La aplicación analógica a parejas de hecho de obligaciones matrimoniales y el art. 1090 Cc

Antes de entrar en el análisis de la normativa autonómica, resulta oportuno poner de relieve cuál es la situación del Derecho estatal, un Derecho que hay que recordar que

⁷⁴² El abandono del estudio comparado que se ha realizado en capítulos anteriores se debe a varias razones. Por una parte, dicho estudio encuentra su justificación en la necesidad de profundizar en un ordenamiento (el italiano) en el que las distintas clases de obligaciones asistenciales, y en particular los alimentos y el mantenimiento, están perfectamente perfiladas desde el punto de vista conceptual. Por otra parte, el análisis de Derecho comparado es sólo el camino para formular, en la medida de lo posible, una teoría general referida a la categoría de las obligaciones de mantenimiento, dentro de las cuales no se puede incluir, por el momento, ninguna obligación entre convivientes de hecho, pues la legislación estatal no las prevé. Finalmente, la situación que existe actualmente en España en cuanto a la normativa aplicable a las parejas de hecho es ciertamente peculiar, por la existencia de leyes autonómicas. Por todo ello, y también porque los problemas que por el momento se han planteado en Italia en relación con la llamada *famiglia di fatto* difieren bastante de los que preocupan en España, en el presente capítulo nos centramos en el Derecho español. El método comparatista pierde, en relación a esta cuestión, todo su sentido.

es de aplicación no sólo en las Comunidades autónomas sin Derecho civil propio, sino también en aquellas que, aun teniéndolo, carezcan de previsiones normativas referidas a esta cuestión, dado que conforme al art. 149.3 CE, el Derecho estatal es supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, parece razonable entender que una vez que una Comunidad autónoma con competencia en materia de Derecho privado haya dictado una ley reguladora de las parejas de hecho, las cuestiones que haya omitido incluir no son propiamente aspectos carentes de regulación. El silencio legislativo revelará en este caso una voluntad consciente y deliberada de no otorgar derechos o no imponer obligaciones, lo que impide el recurso al Derecho estatal⁷⁴³.

Dado que en todas las llamadas comunidades forales hay vigente una legislación especial reguladora de las convivencias estables de pareja⁷⁴⁴, las soluciones expuestas en este apartado son aplicables únicamente en las comunidades no forales. Es claro que las leyes especiales que en estas últimas se han dictado para regular el fenómeno de las parejas de hecho, no contienen (o mejor, no *pueden* contener) normas de Derecho privado, de manera que por lo menos en teoría no constituyen el lugar adecuado para buscar respuestas a los problemas o dudas que se susciten entre los convivientes, bien mientras dura la convivencia, bien con ocasión de su ruptura.

Las respuestas deberán buscarse, exclusivamente, siempre que se trate de comunidades no forales, en el Derecho estatal.

Pues bien, a día de hoy no se puede hablar de la existencia de ninguna obligación legal de mantenimiento entre personas que conviven libremente formando lo que se viene denominando una pareja de hecho, ni tampoco de ningún deber de esta naturaleza tras el cese de la convivencia⁷⁴⁵. Ninguna norma, dentro del Código civil, impone a quienes mantienen una relación extramatrimonial, deber alguno de asistencia material, y tampoco existe una ley especial reguladora del fenómeno, aunque haya habido, en los últimos años, iniciativas legislativas en este sentido⁷⁴⁶. De manera que por el momento no puede considerarse que exista entre los convivientes ningún deber de mantenimiento, lo que no impide, desde luego, que pueda pactarse entre ellos. Tal pacto sería válido al amparo del principio de autonomía de la voluntad, a cuyos límites queda lógicamente sometido (art. 1255 Cc).

⁷⁴³ GAVIDIA SÁNCHEZ, “¿Es la unión...?”, págs. 263-264; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones...*, pág. 190.

⁷⁴⁴ El Libro II del Código civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio dedica el capítulo IV a la convivencia estable de pareja, derogando la anterior Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja; el libro II del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo dedica los arts. 303 a 315 a las parejas estables no casadas, derogando la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. En otras Comunidades autónomas existen leyes especiales que regulan las parejas de hecho: en Navarra, la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; en la Comunidad valenciana, Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho; en Baleares, Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, y en el País Vasco, Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Un caso particular es el de Galicia, que es la única comunidad con competencias para legislar en materia de Derecho civil que no ha dictado una ley específica sobre las parejas de hecho. Sin embargo, la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, redactada por la Ley 10/2007, de 28 de junio, establece que “A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que la presente Ley reconoce a los cónyuges”. Se establece en este caso una equiparación *ope legis* entre el matrimonio y aquella pareja estable que se inscriba en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, “expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio” (Disposición adicional tercera, apartado 2, de la Ley citada).

⁷⁴⁵ GARCÍA RUBIO, *Alimentos...*, pág. 204.

⁷⁴⁶ Sobre las iniciativas puede verse MESA MARRERO, *La uniones ...*, pág. 75.

La cuestión que se suscita entonces es si a falta de pacto y teniendo en cuenta que no hay normas directamente aplicables al caso, puede por vía analógica considerarse que existe alguna obligación de mantenimiento entre quienes conviven *more uxorio*, y, en concreto, si el deber de mantenimiento entre cónyuges -vigente mientras que no haya separación judicial o divorcio-, o el derecho a pensión compensatoria -que en determinados casos nace por efecto de la nulidad, la separación judicial o el divorcio-, pueden extenderse a los convivientes de hecho.

Puesto que una y otra son obligaciones legales⁷⁴⁷, lo primero que hay que preguntarse es si en virtud de lo establecido en el art. 1090 Cc, debe excluirse la aplicación analógica a la convivencia extramatrimonial (o a su ruptura) de las obligaciones previstas en el ámbito de la relación matrimonial o post-matrimonial.

Dice el art. 1090 Cc: “Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro”. Es un precepto al que se le ha prestado en general poca atención y que ha sido muy escasamente invocado y aplicado en los tribunales, pasando prácticamente desapercibido en relación a la solución del problema que nos ocupa⁷⁴⁸, lo que no deja de resultar sorprendente y llamativo, si se tiene en cuenta que, según la interpretación más extendida, de lo establecido en el art. 1090 Cc se colige que las obligaciones legales no son susceptibles de interpretación extensiva ni de aplicación analógica.

Ahora bien, el significado y verdadero alcance del artículo distan mucho de estar claros, a juzgar por las opiniones doctrinales y la escasísima jurisprudencia a que ha dado lugar. Frente a la visión garantista del precepto, acogida por la mayoría de la doctrina, que entiende que se centra en el momento de aplicación de las normas y que lo que establece es la interpretación restrictiva de las obligaciones legales, tanto en lo que concierne a su establecimiento como en lo que atañe a su contenido y extensión⁷⁴⁹, sostuvo SALVADOR CODERCH que el art. 1090 Cc es un precepto sobre competencia normativa y que no hace más que recoger el principio de legalidad, por lo que es redundante e innecesario. No constituye novedad alguna, dice el autor, afirmar que los particulares o los jueces carecen de competencia legislativa, o que las disposiciones del Código se aplican como supletorias en materias regidas por otras leyes⁷⁵⁰. Y es esto lo que, desde su punto de vista, hace el precepto, al que considera, en su primera parte, “un refuerzo más retórico que otra cosa de la enunciación del principio de legalidad”, y en su segunda parte “una explicitación del carácter subsidiario que tiene el Libro IV del

⁷⁴⁷ Como dice SÁNCHEZ ARISTI, la mención de la ley como posible fuente de relaciones jurídico-obligacionales tiene por objeto señalar que existen supuestos de hecho, contemplados en diversas disposiciones, de los que el propio legislador hace surgir obligaciones de forma *inmediata* (Comentario ..., pág. 1277). Es el caso de la obligación de alimentos entre parientes, de las obligaciones conectadas a la titularidad de un derecho real o de las impuestas a quien desempeñe el cargo de tutor. Pero no se incluyen por el Código civil, dentro del concepto de obligaciones legales, las obligaciones nacidas de cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, pese a que es claro que son obligaciones legales (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, pág. 163). En definitiva, son obligaciones legales las que se derivan de hechos previstos en la ley, que no sean cuasicontratos ni “actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia” (art. 1089 Cc).

⁷⁴⁸ En el recurso de casación que resolvió la STS 24 noviembre 1994 (Ponente: Marina Martínez-Pardo), se citaban como infringidos, entre otros, los arts. 1089 y 1090, pero no hubo pronunciamiento del Tribunal al respecto. En la doctrina ha utilizado este argumento VERDERA IZQUIERDO, “La obligación...”, pág. 54.

⁷⁴⁹ MARTÍN PÉREZ, “Comentario ...”, pág. 171.

⁷⁵⁰ “El artículo...”, pág. 552.

Código civil con respecto a la regulación de las obligaciones legales que se constituyen fuera del mismo”⁷⁵¹.

Coincidimos con la opinión mayoritaria en que la finalidad del precepto es garantista. Su objetivo es proteger a los particulares, a quienes garantiza que no se les podrá exigir ninguna obligación (obviamente, en el estricto sentido de obligación patrimonial del art. 1088 Cc) que no esté expresamente establecida en la ley, y que si bien es cierto que en otros ámbitos (como en el contractual) existen obligaciones tácitas, esta posibilidad queda excluida respecto de las obligaciones que tienen su origen solo en la ley.

Desde esta óptica, la norma contenida en el art. 1090 Cc es plenamente actual y nada tiene que ver con la idea según la cual la intervención legislativa en la esfera privada ha de restringirse al mínimo, una idea que algunos invocan a propósito del precepto, calificándola de “típicamente liberal”⁷⁵² y tachándola de obsoleta. A estas alturas está claro que la intervención legislativa en el ámbito de las relaciones entre particulares ha dejado de revestir carácter excepcional, pero ello no significa que se deba considerar obsoleto el establecimiento expreso del principio de legalidad en materia de obligaciones patrimoniales, si lo que con ello se hace es garantizar a los particulares que los aplicadores del Derecho no les impondrán, sin apoyo legal expreso, obligaciones no consentidas por ellos (salvo que se trate, claro está, de obligaciones derivadas de ilícitos penales o civiles o nacidas de alguna otra de las fuentes de las obligaciones, como los cuasi contratos)⁷⁵³.

No hay, pues, motivo alguno para considerar caduco o anacrónico el art. 1090 Cc, que no hace más que exigir que las obligaciones legales estén expresa y claramente establecidas, protegiendo así a los particulares de la inseguridad que para ellos se derivaría del hecho de que los jueces les pudieran condenar, evidentemente a solicitud de parte, a la realización de prestaciones que las leyes imponen para casos distintos, con el argumento de la semejanza e identidad de razón. Téngase en cuenta que la apreciación de la semejanza y de la identidad de razón entrañan, necesariamente, una valoración por parte del aplicador del Derecho, y que no parece acertado que dependa de ella un asunto como el de la existencia o inexistencia a cargo de un determinado sujeto de una obligación patrimonial⁷⁵⁴.

Por otro lado, la exclusión del procedimiento analógico del art. 4.1 Cc a los efectos de determinar la existencia de obligaciones legales no supone, como se ha sostenido, antinomia alguna con lo dispuesto en el art. 4.2 Cc, que excluye la aplicación analógica de las leyes penales, de las leyes excepcionales y de las de ámbito temporal. Frente al razonamiento de que afirmar que el art. 1090 prohíbe la aplicación del argumento analógico a las obligaciones legales implica proponer una lectura “que entra en conflicto con la que resulta del art. 4.2, el cual establece una limitación al uso de la analogía bastante más estricto”⁷⁵⁵, puede argüirse en primer lugar que no todas las exclusiones de analogía tienen que estar recogidas en el art. 4.2 y que es razonable

⁷⁵¹ “El artículo...”, pág. 560.

⁷⁵² SALVADOR CODERCH, “El artículo...”, pág. 552.

⁷⁵³ Nótese como en el caso de las obligaciones derivadas de ilícitos penales o civiles o de cuasi contratos, la ley es solo fuente mediata de las obligaciones y no, como en el caso de las llamadas obligaciones legales, fuente inmediata, esto es, causa inmediata y única de la obligación.

⁷⁵⁴ En la misma línea de lo afirmado en el texto se ha dicho que el art. 1090 “responde sin duda a un gran principio de justicia, como lo es el de que cada ciudadano conozca anticipadamente lo que se puede exigir de él, y a una acertada conclusión de lógica, que no permite que se sustituya a la ley, en la determinación de las obligaciones *ex lege*, la libre voluntad de las autoridades o de los particulares” (MUCIUS SCAEVOLA, citado por SALVADOR CODERCH, “El artículo...”, pág. 571, nota 50).

⁷⁵⁵ SALVADOR CODERCH, “El artículo...”, pág. 553.

pensar que junto a éstas, que poseen carácter general, el legislador haya establecido otras específicas al regular cuestiones concretas, como la de las fuentes de las obligaciones. Y puede argüirse en segundo lugar que la analogía es un instrumento que el legislador pone a disposición del aplicador del Derecho para posibilitarle el cumplimiento del mandato contenido en el art. 1.7 Cc, según el cual “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”, y que una cosa es permitir a los jueces, ante una laguna legal, aplicar la consecuencia jurídica prevista para un caso semejante, si hay identidad de razón, y otra muy distinta permitirles *crear* obligaciones patrimoniales.

Pensamos que este es, estrictamente, el objetivo de la norma y que por eso no es exacta la conclusión según la cual el art. 1090 Cc prohíbe al aplicador del Derecho la utilización de cualquier elemento interpretativo distinto de la letra de la ley a fin de determinar, no ya la *existencia*, sino también el *contenido* de las obligaciones legales. Como acertadamente se ha señalado, “no es posible seguir manteniendo a ultranza que, para determinar la existencia y extensión de las obligaciones legales, haya de estarse a la estricta literalidad de la norma, sin poder recurrir a los procedimientos ordinarios de interpretación e integración”⁷⁵⁶. No hay razón alguna, en efecto, para rechazar la utilización de todos los elementos interpretativos y de los mecanismos de integración en referencia a las obligaciones legales. Sin embargo, sí que hay motivos que aconsejan vetar a los jueces la posibilidad de valerse del procedimiento analógico para exigir el cumplimiento de obligaciones patrimoniales a sujetos distintos a los legalmente obligados. Así, ninguna objeción suscita la utilización de todos los elementos de interpretación de las leyes del art. 3.1 Cc, o el recurso a la *analogía legis* o a la *analogía iuris* para resolver las dudas o llenar las lagunas que se susciten a propósito de la obligación de alimentos entre parientes regulada en los arts. 142 a 153 Cc, pero no puede decirse lo mismo si lo que se pretende es extender esta obligación legal a sujetos distintos de los enumerados en los citados artículos. Porque no parece razonable ni equitativo que un sujeto se vea sorprendido por la existencia de una obligación que ni deriva de contrato o cuasicontrato, ni tiene su origen en un ilícito, ni está prevista por la ley.

Por todo lo anterior, nuestra propuesta es interpretar el art. 1090 Cc de manera más restrictiva de lo que viene siendo habitual, entendiendo que únicamente excluye la analogía como procedimiento para determinar la *existencia* de obligaciones legales, pero no para establecer su *contenido*. No es en absoluto una conclusión forzada, sino todo lo contrario, plenamente respetuosa con la propia literalidad del precepto, que se limita a ordenar con toda claridad que “Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen” y que “Sólo son exigibles las *expresamente* determinadas en este Código o en leyes especiales”. Se puede por último añadir, como argumento a favor de la interpretación propuesta, que es mucho más lógico acogerla que prescindir absolutamente de la norma contenida en el art. 1090 Cc, con el argumento, más o menos explicitado, de que responde a principios ya superados, lo que creemos haber demostrado que es inexacto. Lo que sucede, más bien, es que la interpretación extensiva y los principios en que supuestamente se basaba el artículo, no son compartidos ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia⁷⁵⁷. Obviamente, ello no es razón para prescindir de una norma que no ha sido derogada, sino más bien para repensar su significado.

⁷⁵⁶ SÁNCHEZ ARISTI, “Comentario...”, pág. 1278.

⁷⁵⁷ Un resumen de la jurisprudencia sobre el art. 1090 Cc puede verse en LLAMAS POMBO, E. En: PASQUZU LIAÑO, M. (dir.); ALBIEZ DOHRMANN, K.J. y LÓPEZ FRÍAS, A. (coord.).

La importante conclusión que se extrae de todo lo hasta ahora expuesto es que el art. 1090 Cc impide aplicar a los convivientes de hecho el deber de mantenimiento que impone a los cónyuges el art. 68 Cc, y al *ex* conviviente económicamente más débil el derecho a exigir la pensión compensatoria que atribuye al *ex* cónyuge el art. 97 Cc, y ello sin necesidad de comprobar si concurren los presupuestos de la analogía contenidos en el art. 4.1 Cc.

No es la expuesta, desde luego, la opinión de la doctrina ni de la jurisprudencia, las cuales, como ya se ha señalado, prescinden absolutamente del art. 1090 Cc cuando abordan el problema de la posible existencia de obligaciones de mantenimiento entre convivientes o *ex* convivientes.

La cuestión de si en el ámbito de la pareja de hecho existe, mientras que dura la convivencia, algún deber de mantenimiento, ha despertado escaso interés. En cualquier caso, los autores coinciden en entender que durante la convivencia no existe ningún deber jurídico de ayuda material entre los miembros de la pareja⁷⁵⁸. También los tribunales han afirmado en alguna ocasión que el deber de mantenimiento entre cónyuges, (llamado en nuestro Derecho positivo “alimentos”), no puede entenderse, a falta de pacto, una obligación de los convivientes, ni mientras dura la convivencia, ni mucho menos aún una vez que ésta cesa⁷⁵⁹.

Distinto es que la colaboración y apoyo, también en el plano material, sea uno de los elementos constitutivos, o mejor, indicio de la existencia de una pareja de hecho, en el sentido en que habitualmente ésta se viene entendiendo. La unión de hecho es, según la opinión común de la doctrina, la situación en la que se encuentran dos personas que, sin haber contraído matrimonio, conviven de forma estable de modo análogo a quienes están casados, lo que quiere decir que hay entre ellas una relación de solidaridad y mutuo apoyo⁷⁶⁰.

A día de hoy, y a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la relación matrimonial, la asistencia material entre convivientes no es un acto debido, de manera que si falta no puede entenderse que hay ningún incumplimiento, ni tampoco una pretensión para exigirla. Ello no quiere decir, sin embargo, que su prestación voluntaria dé lugar a una acción de repetición, pues conforme al art. 1901 Cc son irrepetibles las atribuciones patrimoniales aún no debidas, si se puede probar que se hicieron “a título de liberalidad o por otra *justa causa*”, expresión ésta última en la que tendría cabida, sin duda alguna, la convivencia estable entre dos sujetos que se comportan como una pareja casada sin serlo.

Por lo que se refiere a la pensión compensatoria, el asunto es mucho más conflictivo y así lo evidencia la disparidad de criterios que existe no sólo en el ámbito doctrinal o de la jurisprudencia menor, sino incluso entre los propios Magistrados del Tribunal Supremo. Nos ocupamos de ello en el siguiente apartado.

Jurisprudencia civil comentada. T. II. 2ª edición Granada: Comares, 2009, págs. 1808-1811; también, aunque sólo de la anterior a 1978, en SALVADOR CODERCH, “El artículo...”, págs. 578 y ss.

⁷⁵⁸ GARCÍA RUBIO, *Alimentos...*, pág. 204; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones...* pág. 232; MESA MARRERO, *Las uniones...*, pág. 129; PINTO ANDRADE, *Efectos...*, pág. 104; PÉREZ UREÑA, *Compensación...*, pág. 70.

⁷⁵⁹ Ante las pretensiones alimenticias formuladas tras el cese de la convivencia por alguno de los miembros de la pareja, la jurisprudencia menor se ha pronunciado en contra de la aplicación analógica a este caso del art. 143 Cc, según el cual los cónyuges están obligados a prestarse alimentos. Pueden citarse en este sentido la SAP Asturias 22 junio 1994 (AC\1994\1156), la SAP Barcelona (sec. 1ª) 5 noviembre 1999 (AC\1999\8592) y la SAP Pontevedra (sec. 5ª) 22 mayo 2001 (AC\2001\1866).

⁷⁶⁰ La cuestión de qué hay que entender por pareja de hecho no es, sin embargo, una cuestión exenta de dificultades. Sobre ella puede verse DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones...* págs. 45-116. En cualquier caso, el apoyo mutuo parece ser un criterio prevalente (En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ, “Familias...”, págs. 30-31).

2. Pensión compensatoria y parejas de hecho

2.1. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Con ocasión del caso resuelto por la STS de 12 de septiembre de 2005 (Ponente: Sierra Gil de la Cuesta) se pusieron de manifiesto diversas opiniones acerca de si el art. 97 Cc podía o no aplicarse analógicamente en el caso de cese, en vida de los convivientes, de la relación extramatrimonial. La Audiencia confirmó la sentencia por la que el Juzgado había establecido la inexistencia de una comunidad de bienes entre los litigantes (que era la pretensión principal de la esposa demandante), pero fijado en cambio una indemnización a favor de ésta (pretensión subsidiaria) por importe de diecinueve millones de pesetas. La Sala Primera del TS, constituida en Pleno, casa la sentencia recurrida, desestimando la pretensión indemnizatoria de la actora. Se formulan, sin embargo, dos votos particulares: uno por parte del Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz y otro por parte de los Magistrados Excmos. Sres. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel y D^a Encarnación Roca Trías.

El Tribunal comienza afirmando que en ausencia de ley y de pacto aplicable al caso, “para dar una respuesta favorable o no, a la pretensión indemnizatoria que ha formulado la parte antes demandante y ahora recurrida en casación, habrán de tenerse en cuenta unas premisas fundamentales, derivadas de la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, de la doctrina científica y del derecho comparado” (Fundamento de Derecho Segundo) y declara que “...debe huirse de la aplicación por *analogía legis* de las normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 Cc, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o por divorcio” (Fundamento de Derecho tercero). Declara en cambio aplicable a la disolución de la unión de hecho el principio del enriquecimiento injusto, cuyos presupuestos estima que no se dan en el presente caso (Fundamento de Derecho cuarto). La idea central en la que se basa el fallo es la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, consagrado constitucionalmente. El tribunal argumenta que, “hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio” (Fundamento de Derecho tercero). De ahí que afirme que “a falta de pacto entre los miembros de la unión, cada uno asume las consecuencias económicas de la ruptura, porque si libre fue la unión, igualmente libre tiene que ser la ruptura para cualquiera de ellos”. Con esta doctrina se fomenta, se dice, “la madurez y autorresponsabilidad en la toma de decisiones y se afrontaría una realidad social huyendo de soluciones paternalistas y de principios generales fáciles en su formulación, pero de muy difícil fundamentación constitucional y legal, por no decir francamente inconstitucionales e ilegales. Cuando se afirma como principio general en esta materia el de favorecer al miembro “más desprotegido”, se omite preguntarse: ¿más desprotegido por qué o por quién? Dicho de otra forma, si la “protección” en la que se está pensando es la que brinda el régimen jurídico del matrimonio y este régimen se excluyó consciente y voluntariamente, ¿dónde está la “desprotección” que jurídicamente hay que remediar?” (Fundamento de Derecho segundo).

Absolutamente distinto es el razonamiento que el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz expresa en su voto particular. En su opinión, “La demandante en la instancia y parte recurrida en casación, la mujer en la unión de hecho, debe recibir una compensación económica que no la deje apartada del beneficio económico y aumento patrimonial producido durante la larga convivencia; no se trata, pues, de si ella ha hecho aportaciones económicas o si ha sufrido un empobrecimiento, sino que aquella convivencia en la que ha habido importantes aumentos patrimoniales y a la que ella ha dedicado su trabajo y atención en el hogar, no la deje al margen de todo el beneficio económico para quedar exclusivamente para la otra parte conviviente. Y ello se basa en el principio general de protección al perjudicado, reiterado, como se ha dicho, por la jurisprudencia, citada sin ánimo exhaustivo y deducido de los preceptos del Código civil que se citan en este motivo del recurso⁷⁶¹ y que, por ello, se entiende que no han sido infringidos” (Fundamento de Derecho tercero del voto particular).

Por su parte, los Magistrados Excmos. Sres. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel y D^a Encarnación Roca Trías, formulan asimismo un voto particular para expresar su desacuerdo con la sentencia, pero no en cuanto a la solución del conflicto, que comparten, sino a cuanto a su argumentación jurídica. Entienden que aun siendo cierto que a la ruptura de la unión libre no pueden aplicarse automáticamente las reglas que se refieren a la ruptura del matrimonio, no debe absolutamente excluirse tal posibilidad. Por lo que se refiere en concreto a la pensión compensatoria del art. 97 Cc, lo consideran aplicable por analogía al cese de la convivencia extramatrimonial, por tres razones: “a) que sólo se contempla la ruptura del matrimonio o la disolución de la unión de hecho; b) que existe una semejanza evidente entre la ruptura del matrimonio y la disolución de la unión de hecho [...]; c) que la compensación, independientemente del enriquecimiento injustificado, está ya contemplada en otros supuestos, además del art. 97 Cc, el art. 98 Cc que aplica el mismo principio de compensación en la nulidad del matrimonio, es decir, cuando no ha habido relación matrimonial por concurrir causa de nulidad, y el art. 1438 Cc cuando existe régimen de separación de bienes, es decir, falta de comunidad o lo que es lo mismo, lo más parecido a la falta de régimen” (Fundamento de Derecho cuarto del voto particular). Sostienen los Magistrados que “En todos los casos regulados en las disposiciones citadas hay tres elementos que existen también en las situaciones de uniones de hecho y que son: a) la cesación de la convivencia; b) el posible perjuicio que esta cesación produce en una de las partes de la relación, ya sea matrimonial o no matrimonial, y c) la comparación de la situación resultante con la existente durante el matrimonio o la convivencia de hecho. Sólo cuando se den estas circunstancias podrá acordarse la compensación”, unos presupuestos o circunstancias que se añade que no deben confundirse con los del enriquecimiento injustificado. Mientras que éste supone un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro, la “compensación por el perjuicio que la ruptura produce en una de las partes de la unión” (esto es, la pensión compensatoria), “se refiere sólo a la comparación entre la situación mantenida durante la convivencia y la que produce la ruptura misma; no supone aumentos patrimoniales y puede concurrir, por ejemplo, entre otros, en los casos de pérdida de costos de oportunidad” (Fundamento de derecho quinto del voto particular).

Con esta sentencia de 12 de septiembre de 2005, el TS, siguiendo las opiniones de GAVIDIA SÁNCHEZ⁷⁶², zanja en sentido negativo la polémica relativa a si cabe o

⁷⁶¹ Son los arts. 96, 97 y 1438 Cc.

⁷⁶² *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, 1995; “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”. *Revista Jurídica del Notariado*. 1999, n. 32; “Las uniones libres en la ley foral navarra de parejas estables”. *Actualidad civil*. 2001-II, XXVI, págs. 605-

no la aplicación analógica de la pensión compensatoria a la ruptura de las uniones extramatrimoniales. Con anterioridad a ella el TS ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema: la aplicación del art. 97 Cc a la ruptura de las uniones libres se insinuó, sin demasiadas explicaciones, en la STS de 27 de marzo de 2001 (Ponente: Almagro Nosete), aunque no fue en dicha ocasión el fundamento del fallo; se admitió luego, abiertamente, por STS de 5 de julio de 2001 (Ponente: Martínez-Pereda), con el argumento de que “Otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, [...], lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles, proclamado en el art. 14 CE”; y más tarde por la STS de 16 de julio de 2002 (Ponente: Corbal Fernández), en la que el Tribunal se limita a “considerar más adecuada la aplicación analógica (art. 4.1 del CC) del art. 97 del CC” que la doctrina del enriquecimiento injusto seguida en fallos anteriores⁷⁶³.

Pese a la STS de 12 de septiembre de 2005, que en principio parecía haber puesto fin a la discusión, no se puede decir que el tema de la posible aplicación del art. 97 Cc a la ruptura de las parejas de hecho se haya clarificado absolutamente, sobre todo porque en la citada sentencia, no obstante negarse la aplicación analógica a las uniones extramatrimoniales de la figura de la pensión compensatoria, se deja abierta la vía del enriquecimiento injusto. Ello no debiera en realidad constituir un problema, dado que se trata de dos instrumentos claramente distintos, como muy bien ponen de relieve los Magistrados Ferrándiz Gabriel y Roca Trías en su voto particular, pero lo cierto es que las diferencias entre ellos no aparecen claras en las argumentaciones del Tribunal, el cual, tras excluir la aplicación por analogía *legis* de las normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 Cc, sostiene que no debe excluirse una compensación económica “cuando proceda la aplicación del derecho resarcitorio, para los casos en que

643; “Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales”. *Aranzadi civil*. 2002-I, págs. 2355-2418; “Relaciones verticales (pensión de alimentos a favor de un hijo) y horizontales (pensión compensatoria) tras la disolución de una unión libre. Aplicación analógica del art. 97 CC, en lugar de recurrir a la doctrina del enriquecimiento injustificado”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*. Enero-abril 2003, n. 61, págs. 119-137; “Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto, y libre ruptura de las uniones no matrimoniales”. *La Ley*. 2003-4, págs. 1849-1861; “Compensación del enriquecimiento injusto y principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho”. *La Ley*. 2003-3, págs. 1528-1533; “Enriquecimiento injusto entre convivientes y respeto a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales” (I y II). *La Ley*. 26 de junio de 2006, n. 6512, págs. 1-16, y, 27 de junio de 2006, n. 6513, págs. 1-11. Otras aportaciones doctrinales recientes son: CORRAL GIJÓN. “Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales. Parte segunda: Efectos patrimoniales”. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Marzo-abril 2001, n. 664, págs. 559-622; SALAZART BORT. “La indemnización de los servicios prestados durante la convivencia de hecho. Análisis jurisprudencial”. *Revista de Derecho Patrimonial*. 2002-1, n. 8, págs. 575-589, y “Parejas de hecho y pensión compensatoria (Comentario a la STS 5 julio 2002)”. *Actualidad civil*. 2002-2, págs. 751-758; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ. *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; CERVILLA GARZÓN. “Pensión compensatoria y uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho Patrimonial*. 2003, n. 10, págs. 575-585; MAS BADÍA, Comentario a la STS de 17 de enero de 2003. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Octubre-diciembre 2003, n. 63, págs. 981 y ss.; BLANCO PÉREZ-RUBIO. “Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho”. *Revista de Derecho Privado*. Marzo-abril 2006, págs. 3-32; MESA MARRERO, *Las uniones de hecho*. 3ª edición. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006; PINTO ANDRADE. *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*. Barcelona: Bosch, 2008; PÉREZ UREÑA, *Compensación económica y alimentos en las parejas de hecho*. Madrid: Difusión jurídica, 2009; POU DE LA FLOR. “Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Marzo-abril 2009, n. 712, págs. 805-829.

⁷⁶³ Un resumen de esta jurisprudencia puede verse en GAVIDIA SÁNCHEZ, “Enriquecimiento ...” (I), págs. 1-11.

pueda darse un *desequilibrio*⁷⁶⁴ no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho”. Para resolver el problema debe acudir, dice el Tribunal, a la teoría del enriquecimiento injusto. El enriquecimiento injusto “tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido (*in quantum locupletiores sunt*). El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*). El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación...” (Fundamento de Derecho tercero).

Se podía ya prever, al tiempo de publicarse dicha sentencia, que el debate sobre la aplicación del art. 97 Cc al cese de la convivencia *more uxorio* no había terminado. Por una parte, porque la vía del enriquecimiento injusto, que es la que, a falta de ley y de pacto, admite el Tribunal Supremo para fundamentar las pretensiones económicas entre los convivientes, se relaciona en la sentencia con el *desequilibrio patrimonial*, siendo así que éste es en realidad presupuesto de la pensión compensatoria, pero no del enriquecimiento, cuyos requisitos, según una reiterada jurisprudencia, son el empobrecimiento del demandante, el enriquecimiento del demandado y la ausencia de causa o razón jurídica que fundamente aquella disminución patrimonial. Por otra parte, podía también suponerse que los problemas no habían terminado debido al hecho de que en el ordenamiento español la pensión compensatoria es la prestación prevista, entre otros, para el caso de que durante la época de la convivencia uno de los cónyuges hubiese colaborado con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge (cfr. circunstancia 5ª del art. 97 Cc).

La posterior STS de 8 de mayo de 2008 (Ponente: Auger Liñán) demuestra que, en efecto, la cuestión de la que nos venimos ocupando no puede darse por concluida, a pesar de que tampoco en este caso se estima la pretensión económica de la ex conviviente. En el caso de autos la demandante, tras una convivencia de siete años con el demandado, durante los cuales estuvo trabajando, sin contrato ni sueldo alguno, en las fincas de éste y en el negocio que también era titularidad del demandado, solicita que le fuera reconocido el derecho a percibir la pensión compensatoria prevista en el art. 97 Cc, por analogía, o la prevista en el art. 23 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, también por analogía con el matrimonio, o, en fin, la compensación prevista en el art. 13 de la Ley 10/98, de 15 de julio, de la Generalidad de Cataluña. Invocaba también la doctrina del enriquecimiento injusto, así como la doctrina de la Audiencia provincial de Barcelona relativa a la aplicación analógica a las parejas de hecho de las normas sobre el matrimonio. En la demanda se argumentaba que la actora, trabajando en las fincas de su compañero y en la casa, contribuyó al levantamiento de las cargas familiares, constituyéndose una sociedad universal, y que el cese de la convivencia le había producido un *desequilibrio* en relación con la situación económica de su compañero, disminuyendo su capacidad para obtener ingresos en el futuro.

⁷⁶⁴ El subrayado es nuestro.

La Audiencia consideró inaplicable al caso la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, por razones de vigencia temporal. Asimismo, excluyó la aplicación del art. 97 Cc argumentando que si las partes decidieron libremente asumir una relación de hecho, sería un contrasentido que, una vez producida la crisis o ruptura de la convivencia, uno de los convivientes se acordase de la institución matrimonial. Consideró además que ninguna de las alegaciones de la demandante relativas a su precariedad económica y dificultad para encontrar trabajo estaban debidamente probadas y que no había sufrido merma alguna en sus ingresos tras el cese de la convivencia; tampoco se había acreditado que antes de dicha unión hubiera realizado ningún trabajo remunerado ni, consecuentemente, que lo hubiese abandonado con motivo de la relación. Concluyó por todo ello que no resultaba acreditado el enriquecimiento indebido del demandado, con el correlativo enriquecimiento de la actora, por lo que rechazó sus pretensiones.

En el recurso de casación la recurrente alegaba la concurrencia en el caso considerado de todos los presupuestos que, en aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa, y conforme al principio de protección del conviviente perjudicado por la ruptura de la relación, justifican el reconocimiento de su derecho a percibir una compensación económica, que era lo que había entendido el Juzgado de primera instancia.

El Tribunal Supremo desestima el recurso, confirmando la sentencia recurrida, cuya “verdadera *ratio decidendi* se encuentra en la imposibilidad de apreciar, visto el resultado de la prueba de autos, la existencia del *desequilibrio patrimonial*,⁷⁶⁵ y, por ende, del enriquecimiento y correlativo empobrecimiento que habría de justificar el reconocimiento del derecho cuya efectividad reclama la actora, en la alegada condición de conviviente perjudicado por la ruptura de la relación”. “Es tajante -continúa diciendo el Tribunal Supremo- la sentencia impugnada al afirmar que no hay prueba alguna acerca de la precariedad económica sobrevenida a la demandante tras el cese de la convivencia, ni del desempeño de una actividad laboral antes de iniciar la relación, ni, consecuentemente, de que por razón de ésta haya tenido que abandonar algún trabajo o empleo. Tampoco ha resultado acreditado que tras el fin de la convivencia la actora se hubiese encontrado con dificultades para encontrar empleo; como no se ha probado que haya habido una merma en sus ingresos, ni, en fin, deterioro de su situación económica”. Y concluye: “Falta la prueba, por tanto, de los presupuestos que, en aplicación -como principio inspirador- de la doctrina del enriquecimiento injusto, justifican la compensación por desequilibrio económico sufrido a resultas del cese de la relación; del mismo modo que, dada esa resultancia probatoria, la pretensión de la recurrente se encuentra injustificada desde la aplicación del principio de la protección del conviviente perjudicado, o desde la consideración de la procedencia de la compensación con fundamento en la extensión de las consecuencias previstas para la disolución del vínculo matrimonial, pues en todo caso falta el presupuesto que habilita el reconocimiento de tal derecho, cual es la constancia del desequilibrio económico sobrevenido al final de la relación, que aquí, precisamente, se encuentra carente de toda prueba”.

Merecen también mencionarse las SSTS de 8 de mayo de 2008 (Ponente: Roca Trías) y 30 de octubre de 2008 (Ponente: Auger Liñán), pues si bien no siempre abordan directamente el tema de la aplicación analógica a las parejas de hecho de la pensión compensatoria, se ocupan de problemas que en ocasiones se relacionan o confunden con ella.

⁷⁶⁵ El subrayado es nuestro.

En el caso de la STS de 8 de mayo de 2008 los litigantes habían convivido durante veinte años. La mujer, que es quien inicia el procedimiento, había trabajado en la clínica veterinaria abierta por su conviviente, el cual en alguna ocasión había hecho constar que estaba en régimen de gananciales. Al sobrevenir la crisis, ambas partes firmaron un convenio en el que se declaró lo siguiente: "No produciéndose desequilibrio económico entre los convivientes, ambos renuncian expresa y mutuamente a la pensión que pudiera corresponderles". La actora solicitaba lo siguiente: a) que se declarara la nulidad del convenio por falta de consentimiento en aquellas estipulaciones relativas a las relaciones patrimoniales entre los convivientes; b) que si no se declaraba la nulidad, se declarase la existencia de una comunidad de bienes entre ambos convivientes; c) que dicha comunidad la conforman el negocio de clínica veterinaria, con todo lo que comprende, su fondo de comercio y los fondos efectivos existentes en Bancos y Cajas y otros bienes que pudieran aparecer, lo que les pertenece por mitad; d) que constando la finca donde se encontraba el centro veterinario, a nombre exclusivo del conviviente demandado, debía rectificarse la inscripción porque la propiedad debía considerarse pro indiviso y al 50% de ambos convivientes.

La Audiencia entendió que había hechos concluyentes expresivos de la voluntad de constituir una comunidad de bienes por la actora y el demandado, aunque la titularidad de los bienes no correspondía a los convivientes por mitad (que había sido el fallo del Juzgado), sino que a la demandante le correspondía el 37,31%.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por el demandado, por entender que los hechos probados "no permiten llegar a concluir que concurría la voluntad tácita exigida por esta Sala para que pueda considerarse que existió la voluntad de constituir una comunidad entre los convivientes sobre los bienes...". La sentencia reitera y resume de la siguiente forma su doctrina relativa a la problemática que se planteó en este caso:

“1º Esta Sala ha declarado siempre que debe estarse a los pactos que hayan existido entre las partes relativos a la organización económica para la posterior liquidación de estas relaciones (STS de 18 febrero 2003). La sentencia de 12 septiembre 2005, seguida por la de 22 febrero 2006, declara de forma contundente que "las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por Ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto".

2º No se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso. Esta Sala ha admitido los pactos tácitos, que se pueden deducir de los *facta concludentia*, debidamente probados durante el procedimiento (SSTS de 4 junio 1998 y 26 enero 2006). Por ello esta Sala ha entendido que se puede colegir la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse una voluntad inequívoca en este sentido. Las sentencias de 21 octubre 1992, 27 mayo 1998 y 22 enero 2001 admiten que se pueda probar la creación de una comunidad por medio de los *facta concludentia*, que consistirán en la "[...] aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común".

3º Sin embargo, no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen (Sentencia de 27 mayo 1998). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen. A pesar de ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce

de los hechos que se declaran probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos.

4° Los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen comunes a los convivientes, por lo que pertenecen a quien los haya adquirido; sólo cuando de forma expresa o de forma tácita (por medio de hechos concluyentes) se pueda llegar a determinar que se adquirieron en común, puede producirse la consecuencia de la existencia de dicha comunidad.” (Fundamento de Derecho segundo).

Finalmente, la STS de 30 de octubre de 2008 (Ponente: Auger Liñán) se ocupa de un caso en el que, en el momento de cesar una convivencia *more uxorio* que había durado diecisiete años, la mujer pedía que se le otorgase una indemnización equivalente al cincuenta por ciento de los bienes adquiridos durante la convivencia, por ser la parte más perjudicada tras su ruptura unilateral, así como una pensión compensatoria por el desequilibrio económico sufrido a resultas de la extinción de la unión de hecho, y, del mismo modo, y por la misma razón, que se le atribuyese el uso y disfrute del hogar familiar. Subsidiariamente solicitó que, una vez declarada la relación de convivencia, se procediese a la disolución y liquidación de la misma, y, acogiéndose la acción de enriquecimiento injusto, se condenase al demandado a entregar a la actora la cantidad que se considerase suficiente para compensarla de los trabajos, servicios y del empobrecimiento sufrido como consecuencia de los años de convivencia y posterior disolución de la unión extramarital.

La Sala de instancia acude al criterio que establece la Sentencia del Pleno de esta Sala de fecha 12 de septiembre de 2005, dictada con la finalidad de fijar una línea jurisprudencial uniforme para dar solución al problema jurídico derivado de la finalización de las relaciones estables de pareja, fundamentalmente cuando no existe norma legal que determine sus consecuencias, ante la diversidad de soluciones propuestas por la doctrina y también desde la jurisprudencia. A partir de dicha orientación jurisprudencial, y de acuerdo con sus dictados, el tribunal sentenciador considera que no procede reconocer a la actora derecho a indemnización alguna, ni derecho a la pensión compensatoria y al uso de la vivienda familiar que reclama, pues, por un lado, no cabe aplicar de forma automática el régimen de la sociedad de gananciales, no constando, además, acuerdo o pacto expreso o tácito entre los convivientes para constituir una comunidad sobre los bienes adquiridos durante la convivencia, sin que figure de forma significativa la existencia de cuentas bancarias conjuntas, habiendo sido emitidos todos los recibos relativos a los gastos de la vivienda familiar a nombre del demandado, a quien se atribuye su pago; y por otro lado, tampoco cabe aplicar analógicamente los artículos 96 y 97 del Código Civil y reconocer, con arreglo a ellos, el derecho a la pensión compensatoria y al uso de la vivienda familiar que éstos regulan, al no poder identificarse el matrimonio con las uniones estables de pareja. Concluye que no cabe apreciar el enriquecimiento injusto que sirve de base a las pretensiones indemnizatorias deducidas en la demanda, por cuanto no se aprecia que haya habido una pérdida de oportunidad o de expectativas para la actora, que estuvo trabajando mientras lo permitió su estado de salud.

El Tribunal Supremo no estimó el recurso de casación, aplicando la misma doctrina ya contenida en sentencias anteriores acerca de la inaplicabilidad a la convivencia *more uxorio* de las normas establecidas para el matrimonio⁷⁶⁶.

⁷⁶⁶ El Tribunal afirma que es “esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio, y la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia *more uxorio*, la que explica el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por analogía *legis* de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empuja a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la

Frente al razonamiento de la recurrente de que la sentencia infringía los arts. 3.1 y 4.1 Cc en relación con la doctrina establecida en las Sentencias de 17 de enero de 2003 (Ponente: O'Callaghan Muñoz), 16 de julio de 2002 (Ponente: Corbal Fernández) y 5 de julio de 2001 (Ponente: Martínez-Pereda), el Tribunal Supremo sostiene que “el criterio jurisprudencial con arreglo al cual debe decidirse la controversia objeto del litigio y, por ende, de este recurso, es el que deriva de la Sentencia -de Pleno- de fecha 12 de septiembre de 2005 (Ponente: Sierra Gil de la Cuesta), que, consecuente con su carácter plenario, tiene una finalidad claramente unificadora de la jurisprudencia, que ha de servir, acorde con su carácter de fuente complementaria del ordenamiento jurídico, para resolver el conflicto, logrando al tiempo cumplir con las funciones propias de la casación, la nomofiláctica y ahora, en la misma medida, la función unificadora”, declarando que “Conforme al criterio jurisprudencial expuesto, se debe rechazar *a limine* la aplicación analógica -analogía *legis*- de las normas reguladoras de las

disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la analogía *iuris* -como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado-, cuando por *facta concludentia* se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común (Sentencias de 22 de febrero y de 19 de octubre de 2006), pues los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los convivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes se evidencie el carácter común de los mismos (Sentencia de 8 de mayo de 2008). Insistiendo en lo anterior, se ha de significar que esta Sala -cfr. Sentencias de 12 de septiembre de 2005, de Pleno, y 19 de octubre de 2006, y tras ellas, la de fecha 8 de mayo de 2008, en recurso de casación 1428/2001 - ha acudido al mecanismo de la analogía *iuris* para extraer, por inducción, un principio inspirador con arreglo al cual se pueda resolver la cuestión consistente en cuáles han de ser las consecuencias económicas derivadas del cese de la convivencia *more uxorio*, presupuesta la ausencia de norma específica legal y la falta de pacto, expreso o tácito, establecido por los miembros de la pareja. De esta forma, se ha buscado y encontrado fundamento a la compensación del conviviente que ha visto empeorada su situación económica a resultas de la ruptura de la relación en la figura del enriquecimiento injusto, ampliamente considerado, y gravitando en torno a la denominada "pérdida de oportunidad", que sería -como explica la sentencia de 12 de septiembre de 2005 - <<el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de "empeoramiento" que ha de calificar el desequilibrio>>.

La misma jurisprudencia ha explicado, además, que el enriquecimiento, como advierte la mejor doctrina, se produce no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también cuando se da una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*); y que el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro.

Como se precisa en la Sentencia de 8 de mayo de 2008, de continua referencia, hay, sin duda, otros argumentos capaces de justificar la procedencia de la compensación económica en los casos de desequilibrio tras el cese de la convivencia al modo marital. Se basan éstos, en unos casos, en el principio general de protección al perjudicado, enraizado en el principio constitucional que proclama la dignidad de la persona y el desarrollo de la libre personalidad -artículo 10.1 de la Constitución -, que sitúa el centro de atención, no en el hecho de si se han efectuado aportaciones económicas o se ha sufrido un empobrecimiento, sino en la circunstancia de que haya habido importantes aumentos patrimoniales durante la convivencia y en la dedicación al trabajo y atención al hogar, dejando al conviviente que la ha prestado al margen de todo beneficio económico. En otros casos, la justificación de la compensación económica viene de la mano de la aplicación al cese de la convivencia *more uxorio* de las reglas previstas en el Código Civil para la fijación de las consecuencias derivadas de la ruptura matrimonial -artículos 97, 98 y 1438- con base en la similitud relativa entre uno y otro caso -y, desde luego, con base en el concepto amplio de familia que ha elaborado el Tribunal Constitucional (STC 222/1992)-, que justifica un método de integración que conduce a aplicar a las situaciones de hecho las consecuencias establecidas para la disolución -o nulidad, según el caso- del vínculo matrimonial sin necesidad de sostener la semejanza entre dos instituciones que son distintas -sin necesidad, por lo tanto, de recurrir a sistemas de integración basados en la analogía-, y sin que sea preciso acudir a la figura del enriquecimiento injusto...” (Fundamento de Derecho Cuarto).

consecuencias jurídico-patrimoniales del cese de la convivencia marital, habida cuenta de la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones estables de pareja que permita dicha extensión normativa. Dicho lo cual, cobran especial importancia los datos fácticos de los que se nutre el proceso, tal y como se recogen en la sentencia de instancia, entre los que destaca la falta de constancia de un acuerdo de los convivientes, ya expreso, ya implícito, inferido de hechos concluyentes, que tuviese por objeto la constitución de un patrimonio común con los bienes adquiridos durante la convivencia, y la ausencia de un pacto regulador de las consecuencias de la ruptura de la pareja y la extinción de la unión de hecho. No existe la debida constancia, pues, de la formación de un patrimonio común que deba liquidarse, resultado de un esfuerzo económico común, que se haya visto frustrado por la finalización de la convivencia, en perjuicio de uno de los convivientes: ambos mantuvieron su independencia en ese sentido, conservaron sus trabajos -en el caso de la actora, mientras lo permitió su estado de salud-, y contribuyeron equilibradamente a sufragar los gastos propios de la convivencia. Tampoco se ha acreditado la mayor dedicación de la actora a su pareja o la familia, entendida ésta en los amplios términos en que constitucionalmente es considerada, ni que, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, la demandante haya quedado perjudicada en comparación con la situación anterior a la extinción de la unión al modo marital, o que se halle en situación de desequilibrio respecto del otro conviviente tras el cese de la convivencia, y, en suma, que ocupe una posición más débil, digna, por ello, de protección. Y tampoco hay constancia, visto lo anterior, de la existencia de un enriquecimiento en el varón que conlleve el correlativo empobrecimiento de la demandante, aun entendido en sentido amplio, que, por ser injustificado, autorice a una reparación económica”. Y concluye: “Faltan, por tanto, los presupuestos necesarios para reconocer el derecho de la solicitante a una indemnización equivalente al 50% del valor de los bienes adquiridos durante la convivencia, toda vez que, sentada la improcedencia de la aplicación analógica de las normas reguladoras de la disolución y liquidación del régimen matrimonial de gananciales, no hay constancia de la voluntad de formar un patrimonio común, ni se aprecia el perjuicio de la demandante que sirve de base a dicha pretensión indemnizatoria. Igualmente improcedente resulta el abono de la pensión compensatoria y la atribución del uso de la vivienda familiar que reclama: la aplicación analógica de los artículos 96 y 97 está excluida; y el reconocimiento de tales derechos mediante la aplicación de principios generales por la vía de la analogía *iuris* pasa ineludiblemente por verificar la existencia de un perjuicio y un desequilibrio en la posición de la demandante respecto del otro conviviente y en comparación con la situación de convivencia, una vez cesada ésta, que justifique la compensación pretendida y la atribución del derecho de uso de la vivienda por ser portadora, en definitiva, del interés más digno de protección, presupuestos éstos que, sin embargo, no concurren en el caso considerado. Y, en fin, las circunstancias expuestas conducen del mismo modo a rechazar cualquier indemnización, y más aún compensación de todo género, con base en el enriquecimiento injusto, pues impiden apreciar desplazamiento patrimonial alguno y el empobrecimiento de la demandante, siquiera en un sentido lato del término, equivalente a una pérdida de oportunidades como consecuencia de la dedicación familiar, que, sobre la base de su carácter injusto, sirvan para asentar la reclamación económica y patrimonial que se contiene en la demanda” (Fundamento de Derecho cuarto).

2.2. Crítica

Del conjunto de sentencias recogidas en el apartado anterior se deduce la siguiente doctrina: el art. 97 Cc, previsto para la separación y el divorcio, no es aplicable en los casos en los que se produce el cese de la convivencia extramatrimonial, como tampoco son aplicables las normas sobre régimen económico matrimonial. Ambas conclusiones descansan, en esencia, en un mismo argumento: que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* no son situaciones equivalentes y que lo previsto para aquél (o para la disolución de aquél) no es aplicable a ésta (o al cese de la convivencia de ésta), dado que lo contrario significaría imponer a quienes no se han casado un régimen jurídico que deliberadamente han querido evitar.

Sin embargo, lo anterior no significa que sean inatendibles en todo caso las pretensiones económicas ejercitadas por un conviviente frente a otro, incluso a falta de pacto expreso. Estas pretensiones han encontrado hasta ahora adecuado fundamento, a juicio del Tribunal, bien en la existencia entre los convivientes de un pacto tácito de comunidad, bien en la doctrina del enriquecimiento injusto.

Aunque la doctrina del Tribunal Supremo sobre los efectos económicos del cese de la convivencia extramatrimonial sugiere muy variadas reflexiones, interesa ante todo destacar que ambas vías, la del pacto tácito de comunidad y la del enriquecimiento injustificado, suponen un amplísimo arbitrio judicial, con la consiguiente merma de la seguridad jurídica. Corresponde al juez, tanto deducir de los hechos la existencia de un pacto tácito entre los convivientes (no impugnabile, además, salvo que sea ilógico o arbitrario, según reiterada jurisprudencia), como valorar la concurrencia en el caso concreto de los requisitos del enriquecimiento injusto, uno de los cuales -la falta de causa- es, como admite el propio Tribunal, “un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado” (Fundamento de Derecho tercero de la ya citada Sentencia de 12 de septiembre de 2005).

No es la anterior, sin embargo, la única razón para poner en cuestión la doctrina del Tribunal Supremo sobre las compensaciones económicas entre *ex* convivientes. Nótese cómo las soluciones del Alto Tribunal permiten en realidad, usando una expresión coloquial, que lo que sale por la puerta, entre por la ventana: se niega la aplicación de la figura de la pensión compensatoria, pero se acude a la doctrina del enriquecimiento injusto, por lo menos formalmente, como fundamento jurídico de unas compensaciones que en realidad se conceden o no según que se estime o no concurrente el presupuesto de la pensión compensatoria, que es el desequilibrio. Y se declara la inaplicación de las normas sobre régimen económico del matrimonio, para luego admitir la existencia de situaciones de comunidad a partir de lo que se considera que son hechos concluyentes. Este resultado causa cuanto menos cierta perplejidad.

No puede alcanzarse una adecuada comprensión, no ya del tema concreto de la pensión compensatoria en el ámbito de la relación extramatrimonial, sino en general de las prestaciones económicas a que su ruptura puede dar lugar, sin antes clarificar determinados extremos, en concreto los tres siguientes: en primer lugar, que una cosa es la pensión compensatoria y otra la distribución del patrimonio formado durante la convivencia; en segundo lugar, que la compensación por el trabajo realizado durante la convivencia, y no retribuido, no puede reconocerse cuando hay matrimonio y negarse en cambio cuando no lo hay; y, finalmente, que los presupuestos de la pensión compensatoria son diferentes a los del enriquecimiento injusto.

Pasamos a explicar por separado las tres cuestiones.

Las relaciones entre el régimen económico del matrimonio y la pensión compensatoria no siempre han estado claras, si bien supuso un paso importante en este

sentido la STS de 10 de marzo de 2009 (Ponente: Almagro Nosete)⁷⁶⁷. Las partes discutían si el presupuesto de la pensión compensatoria, el desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, producido por la separación o el divorcio, concurría en el caso, habida cuenta de que un año antes del cese de la convivencia los esposos liquidaron el régimen de gananciales, recibiendo cada uno de ellos, por tal concepto, un patrimonio valorado en más de diez millones de euros. La tesis del marido recurrente era que la liquidación de la sociedad legal de gananciales supuso la equiparación económica de los esposos.

Pero no fue éste el punto de vista del Tribunal Supremo, que entendió que al liquidarse la sociedad de gananciales la esposa no recibió más que la mitad de lo que legalmente le correspondía, pero no la compensación por el desequilibrio que le produjo la ruptura y que, más allá de que le correspondieran bienes en igual valor que los de su marido, viene determinado por el hecho de haber dedicado veintinueve años de su vida a la familia y a subvenir con su dedicación a los éxitos económicos y empresariales de su esposo, y por el hecho de que, al separarse, su falta de experiencia y formación profesional, junto a su edad, la sitúan en desventaja frente al marido, al no tener la esposa otro patrimonio que el recibido, pero con dificultad de administrarlo adecuadamente o de incrementarlo con su trabajo.

Acierta plenamente el Tribunal con este razonamiento, dado que, en efecto, en el Derecho español, la pensión compensatoria es el instrumento previsto para distribuir entre los cónyuges, cuando cesa la relación matrimonial, la distinta capacidad de rédito o de obtención de recursos, a diferencia de las normas sobre régimen económico matrimonial, que distribuyen entre los cónyuges, en su caso, el patrimonio formado durante la etapa matrimonial.

Una cosa es el patrimonio entendido en su sentido tradicional y otra lo que la doctrina actual ha dado en llamar el patrimonio invisible, expresión con la que se alude a la capacidad de rédito de un sujeto, derivada generalmente de su capacidad profesional⁷⁶⁸. El patrimonio en sentido tradicional, formado por bienes y derechos, cuando es ganancial, se distribuye por mitades entre los esposos, algo que ocurre no sólo con ocasión de la separación o el divorcio, sino siempre que se extingue la sociedad de gananciales por cualquiera de las causas previstas en el art. 1392 Cc. El llamado patrimonio invisible se distribuye, en los casos de separación, nulidad y divorcio, por medio de la pensión compensatoria, que es el instrumento destinado a equilibrar, al menos temporalmente, la diferente capacidad de obtención de recursos de los cónyuges o *ex* cónyuges, por presuponer que el desequilibrio que se produce entre ellos por efecto de la ruptura, encuentra su causa en la etapa de la convivencia matrimonial. Nada tiene que ver, pues, la pensión compensatoria con el régimen económico del matrimonio. El hecho de que en aplicación de las normas que regulan este último, el patrimonio de uno y otro cónyuge en el momento de la ruptura tenga idéntico valor, no excluye la pensión compensatoria. El desequilibrio que conforme al art. 97 Cc es presupuesto de la pensión puede darse igualmente, dado que es un desequilibrio en los medios de vida, hoy directamente determinados por la capacidad de obtención de ingresos.

La segunda cuestión que debe ser aclarada para la adecuada comprensión del tema que nos ocupa, el de los derechos patrimoniales entre convivientes de hecho tras la ruptura, es la relativa a la situación que se plantea cuando durante la etapa de la

⁷⁶⁷ Un comentario a esta sentencia puede verse en nuestro trabajo “Pensión compensatoria y régimen ...”.

⁷⁶⁸ AL MUREDEN, *Nuove...*, págs. 11 y ss.

convivencia uno de los miembros de la pareja ha trabajado para otro, sin recibir por ello retribución alguna.

El Código civil español sólo se ocupa de esta situación, y en referencia al matrimonio, precisamente en el art. 97 Cc. En su párrafo segundo se recoge como uno de los criterios o circunstancias que han de tenerse en cuenta para fijar la cuantía de la pensión compensatoria “La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge” (circunstancia 5ª). No es un precepto que conceda un derecho económico al cónyuge que trabajó gratuitamente para el otro sin más presupuesto que el trabajo, sino que es una prestación cuyo nacimiento está condicionado a la situación de desequilibrio descrita en el párrafo primero. La razón es que si no hay desequilibrio, ese trabajo realizado sin contraprestación durante la convivencia matrimonial, habrá sido contribución al levantamiento de las cargas familiares.

El fundamento de este derecho a ser retribuido cuando finaliza la relación es que uno de los miembros de la pareja ha realizado una actividad laboral o profesional con la que el otro se ha enriquecido, tal y como resulta del desequilibrio existente entre ellos en el momento de la ruptura. El trabajo realizado por un cónyuge a favor de la empresa o actividad profesional del otro no responde a una causa gratuita y por eso, en la medida en que no sea aportación propia al levantamiento de las cargas familiares, determina el nacimiento de un derecho de crédito a favor del trabajador.

Es claro que quien trabaja en beneficio de otro tiene derecho a ser retribuido por ello, dado que el *animus donandi* no se presume, ni siquiera si la actividad laboral se realiza a favor de la empresa del cónyuge. Tampoco, lógicamente, si se desempeña a favor del conviviente *more uxorio*. Por eso la respuesta del Derecho tiene que ser idéntica para los dos casos. La *ratio* de la norma que reconoce un derecho de crédito al cónyuge que colaboró con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, no tiene nada que ver con el matrimonio, sino con el hecho de que dicha actividad no responde a una causa gratuita.

Finalmente, es preciso tener en cuenta, sobre todo a la vista de las argumentaciones contenidas en las últimas sentencias del Tribunal Supremo, que los presupuestos del enriquecimiento injusto y los de la pensión compensatoria son diferentes, tal y como ponen de relieve los Magistrados Roca Trías y Ferrándiz Gabriel en el voto particular emitido para exponer su discrepancia con la doctrina de la STS de 12 de septiembre de 2005.

A lo largo de este trabajo se ha explicado suficientemente cuál es el presupuesto de la pensión compensatoria, insistiéndose en que es un derecho que descansa exclusivamente en el desequilibrio económico de un cónyuge en relación con la posición del otro, que derive de la separación o el divorcio y “que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio” (art. 97 Cc), siendo irrelevante la causa concreta que lo origine. En cuanto a los presupuestos del enriquecimiento injusto, son suficientemente conocidos: el empobrecimiento de un sujeto, el correlativo enriquecimiento de otro y la falta de una causa jurídica que lo justifique.

De lo anterior se deduce que los requisitos que se vienen exigiendo para reconocer un derecho de crédito a favor de un sujeto sobre la base de la existencia de un enriquecimiento injusto nada tienen que ver con los presupuestos de la pensión del art. 97 Cc. La apreciación del presupuesto de la pensión compensatoria (el desequilibrio económico) no entraña valoración alguna por parte del juez. El desequilibrio se deduce de la comparación entre los medios de vida de los *ex* cónyuges, los cuales vendrán determinados fundamentalmente por su capacidad para obtener ingresos. La

apreciación, en cambio, de la concurrencia de los requisitos del enriquecimiento injusto, entraña una valoración por parte del juez, que no puede limitarse a comprobar el empobrecimiento del actor y el correlativo enriquecimiento del demandado, los cuales pueden o no originar un desequilibrio entre ellos, sino que debe entrar a analizar si el enriquecimiento encuentra una razón (jurídica) que lo justifique.

Sin embargo, la jurisprudencia parece haber elaborado un particular concepto de enriquecimiento injusto en referencia al cese de la relación extramatrimonial, entendiendo que éste supone un desequilibrio y que el conviviente que la pretende debe probar la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro, de manera que a falta de esta prueba no concede ninguna compensación ni siquiera al conviviente que ha colaborado en la actividad profesional del otro sin recibir a cambio ninguna remuneración (STS de 8 de mayo de 2008, Ponente: Auger Liñán). Lo único que el Tribunal Supremo parece considerar relevante, al objeto de reconocer derechos económicos a un conviviente, es el empobrecimiento de uno de los convivientes como consecuencia de la dedicación familiar (STS 30 octubre de 2008, Ponente: Auger Liñán), que es lo mismo que propugnan los defensores de la tesis subjetiva o subjetivista sobre la pensión compensatoria, entre los que se encuentra el propio Tribunal Supremo⁷⁶⁹.

2.3. Conclusiones sobre los efectos patrimoniales del cese de la convivencia extramatrimonial

Una vez aclaradas las tres cuestiones que habíamos anunciado, la de las relaciones entre la pensión compensatoria y el régimen económico del matrimonio, la del régimen jurídico del trabajo realizado por uno de los cónyuges en la actividad profesional del otro y su *ratio*, y la de los diferentes presupuestos de la pensión compensatoria y del enriquecimiento injusto, es ya el momento de exponer cuales son de *lege lata* y siempre en referencia al Derecho común, las normas y principios a los que debe acudir para resolver los problemas patrimoniales que plantea el cese de la convivencia extramatrimonial.

Nuestras conclusiones sobre este tema pueden resumirse en las siguientes:

1ª- *El cese de la convivencia de hecho no da lugar a ninguna distribución de bienes entre los convivientes, a diferencia de lo que ocurre en el caso del matrimonio casado en régimen de gananciales.*

Desde la década de los noventa el Tribunal Supremo se viene pronunciando en contra de la aplicación a las parejas de hecho, de las normas sobre régimen económico del matrimonio. No cabe acudir a la aplicación analógica, por faltar la necesaria identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho⁷⁷⁰. Distinto es,

⁷⁶⁹ Vid. esta cuestión con detalle en el capítulo IV, apartado V.

⁷⁷⁰ Entre las primeras, SSTS 2 julio 1993 (Ponente: Burgos Pérez de Andrade), 27 mayo 1994 (Ponente: Marina Martínez-Pardo), 30 diciembre 1994 (Ponente: Fernández Cid de Temes). Entre las más recientes, STS 16 junio 2011 (Ponente: Roca Trías), en la que se invoca la Sentencia 10 febrero 2011 de la Corte de Derechos humanos de Estrasburgo, que negó la asimilación entre el matrimonio y la pareja de hecho, afirmando que son distintas las consecuencias jurídicas de un matrimonio y de una pareja civil y que “Más allá de la duración o del carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber analogía entre una pareja casada y un partenariat civil, y por otro lado, una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos o partners civiles”.

obviamente, que existan acuerdos de contenido patrimonial entre los convivientes o, incluso, que existan hechos concluyentes que revelen la existencia de una comunidad de bienes entre ellos. Existe una doctrina jurisprudencial muy consolidada conforme a la cual, si bien no es aplicable a la convivencia extramatrimonial el régimen de gananciales, sí que cabe entender, cuando así se derive de hechos concluyentes, que entre quienes conviven como pareja de hecho surge una situación de comunidad respecto de los bienes adquiridos⁷⁷¹. Esta doctrina entraña el grave riesgo de que, a partir de interpretaciones demasiado flexibles por parte de los aplicadores del Derecho, a veces más inspiradas en la equidad que en hechos verdaderamente concluyentes, se extiendan a la convivencia *more uxorio* soluciones establecidas para el matrimonio.

2ª- *No es aplicable a las parejas de hecho el art. 97 Cc sobre pensión compensatoria, aunque sí la doctrina que prohíbe el enriquecimiento sin causa.*

Según la ya citada STS 12 septiembre 2005, que sentó esta doctrina, la razón es, nuevamente, la imposibilidad de acudir a la analogía *legis* debido, dice la sentencia, a que “tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad” (Fundamento de Derecho segundo).

A favor de la misma conclusión puede invocarse un argumento de peso que, caso de estimarse correcto, evitaría las disquisiciones en torno a la concurrencia o no de los requisitos de la analogía. No se olvide que uno de los dos votos particulares de esta sentencia se defendía la identidad de razón entre la extinción de la convivencia de hecho y la separación o el divorcio, lo que resulta plausible. El argumento al que nos referimos es el art. 1090 Cc, del que, tal y como se ha expuesto⁷⁷², se extrae la conclusión de que la existencia de obligaciones legales, como es la pensión compensatoria, ha de venir expresamente establecida por las leyes. Y esto no ocurre respecto de las parejas de hecho, sino únicamente en referencia al matrimonio.

Afirmar que no procede aplicar a la ruptura de las uniones de hecho la figura de la pensión compensatoria significa que aun cuando se constate que el cese de la relación origina un desequilibrio en los medios de vida de quienes convivieron *more uxorio* no cabe conceder, por este solo motivo, una pensión al conviviente débil. Otra cosa, suele decirse, es que concurran los requisitos del enriquecimiento injustificado.

Podría entenderse, aunque forzando algo las cosas, que hay un enriquecimiento injustificado cuando uno de los convivientes renuncia a su actividad o promoción profesional para atender a la familia, siempre, claro está, que este “empobrecimiento”⁷⁷³ origine un efectivo enriquecimiento en el otro, enriquecimiento que consistirá, no en la mera posibilidad u ocasión de dedicarse intensamente a actividades lucrativas, sino en la adquisición o mantenimiento de una cierta capacidad de obtención de recursos, gracias, precisamente, a la dedicación a la familia del otro miembro de la pareja. Desde nuestro punto de vista, la cuestión más delicada y difícil es la relativa a la inexistencia de causa jurídica, dado que el (discutible) empobrecimiento, consistente en la disminución de la propia capacidad de crédito derivada del abandono de la propia actividad, no es ni más

⁷⁷¹ SSTS 21 octubre 1992 (Ponente: Morales Morales), 27 mayo 1998 (Ponente: Gullón Ballesteros), 22 enero 2001, (Ponente: González Poveda), 8 mayo 2008 (Ponente: Auger Liñán), y 7 julio 2010 (Ponente: Roca Trías).

⁷⁷² *Vid.* apartado II.1 de este capítulo.

⁷⁷³ Sin duda alguna, está pensando en estos casos el TS cuando declara que el empobrecimiento no tiene porqué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales y que lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro.

ni menos que una decisión personal. Pero no es menos cierto que no se puede suponer que se realiza *animus donandi*. Por ello, resulta razonable concluir que, *en el caso de resultar probado*, este empobrecimiento debe quedar compensado en aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. No se piense sin embargo que la solución es la misma que se aplica en el caso de cese de la convivencia matrimonial por virtud de lo dispuesto en el art. 97 Cc. La diferencia entre lo que ocurre según se trate de una pareja de hecho o de una pareja casada es que en el caso de esta última *se presume* que el desequilibrio entre uno y otro cónyuge trae causa de la convivencia matrimonial, mientras que en el caso de la convivencia *more uxorio* deberá acreditarse que se renunció a alguna actividad laboral en interés de la familia.

Por otro lado, no se puede entender que haya un enriquecimiento injustificado por el mero hecho de que uno de los miembros de la pareja adquiera durante la etapa de la convivencia más bienes que el otro, lo que puede ser consecuencia de una mayor cualificación profesional o de una más intensa dedicación a su trabajo. Más también puede ocurrir que durante la convivencia solo uno de los miembros de la pareja haya desempeñado una actividad laboral, ocupándose el otro en exclusiva de las tareas domésticas. Cuando esto ocurre y el sujeto que ha trabajado fuera del hogar ha formado durante la convivencia un patrimonio, se dan los presupuestos del enriquecimiento injusto. En hipótesis como ésta concurren las mismas circunstancias que exige el art. 1438 Cc, salvo una: el matrimonio. Pero nótese bien que no se está propugnando la aplicación del precepto al cese de la convivencia extramatrimonial, sino el reconocimiento del derecho del *ex* conviviente a una compensación por el trabajo doméstico, con un fundamento jurídico distinto: la doctrina del enriquecimiento injusto⁷⁷⁴. A continuación nos ocupamos con más detalle de esta cuestión, que no debe ser confundida con la pensión compensatoria.

3ª- *El conviviente que ha trabajado en exclusiva para el hogar tiene derecho a una compensación económica si el otro conviviente se ha enriquecido.*

El cese de la convivencia extramatrimonial origina el derecho de aquel miembro de la pareja que se hubiese dedicado en exclusiva al trabajo doméstico, a obtener una compensación económica del otro, siempre que concurren los requisitos del enriquecimiento injustificado. En este caso concreto, esto significa que es preciso que el sujeto que realizó una actividad laboral o profesional haya incrementado su patrimonio en mayor medida que el otro.

Piénsese en el caso en que uno de los miembros de la pareja se haya ocupado exclusivamente de los asuntos domésticos mientras que el otro ha desempeñado alguna actividad laboral o profesional retribuida. Ambos habrán contribuido, aunque de distinta manera, al levantamiento de las cargas familiares. El enriquecimiento se produce sólo en el caso de que, al finalizar la relación, el conviviente que ha realizado la actividad extra doméstica, haya formado un patrimonio superior al adquirido por el otro. Se viene considerando, aunque probablemente el asunto admita matices, que ese enriquecimiento se produce a costa del conviviente que ha trabajado para el hogar, haciendo con ello posible la plena dedicación de su *partner* a actividades lucrativas. Se piensa, y es clara muestra de ello el art. 1483 Cc, que el patrimonio obtenido durante la convivencia es fruto del esfuerzo común, independientemente de quien sea su titular. Si se acepta este

⁷⁷⁴ Las opiniones de la autora sobre esta cuestión pueden verse con más detalle en “La compensación por el trabajo doméstico en el Código civil español”, especialmente págs. 121-123, en donde se exponen las razones por las cuales también al conviviente de hecho debe reconocerse el derecho a obtener una compensación por el trabajo doméstico, cuyo fundamento jurídico no sería, sin embargo, el art. 1438 Cc.

punto de vista, y parece que debe aceptarse, dado que se trata de la forma de ver las cosas del propio legislador, puede decirse que concurren dos de los requisitos de la doctrina que prohíbe el enriquecimiento injustificado: el enriquecimiento de un sujeto y el correlativo empobrecimiento de otro. Ahora bien, ¿este enriquecimiento carece de una causa jurídica? ¿Es, realmente, un enriquecimiento injustificado?

Esta es, en efecto, la opinión del legislador, según se colige igualmente de la norma contenida en el art. 1438 Cc. El artículo, al regular el régimen de separación de bienes, dispone que “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”. Si el legislador reconoce el derecho a obtener una compensación por el trabajo doméstico en el momento de extinguirse el régimen de separación de bienes, es porque es consciente de que en estos casos, si uno de los cónyuges se hace cargo de la actividad doméstica y el otro realiza una actividad laboral retribuida, sólo éste último puede adquirir bienes. Y entiende que la situación que se origina no es justa para aquel que se dedicó a atender las necesidades de la familia. De ahí que, sin alterar formalmente la decisión de los cónyuges, que eligieron el régimen de separación de bienes, introduzca un instrumento, la compensación económica, destinado a remediar aquella injusticia.

No se piense que se está propugnando la aplicación analógica a las parejas de hecho de la norma contenida en el art. 1438 Cc para el matrimonio, pues ello no sería coherente con las conclusiones que hemos establecido sobre el significado del art. 1090 Cc. Lo que ocurre es que en el caso de las parejas de hecho la doctrina del enriquecimiento injustificado conduce al mismo resultado: a reconocer una compensación económica a favor del conviviente que haya trabajado en exclusiva en el hogar, siempre que el patrimonio generado durante la convivencia por ambos sujetos sea desigual.

Con todo, el art. 1438 Cc, sin ser aplicable al caso que nos ocupa, proporciona las claves para solucionar las dudas que suscita la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injustificado al supuesto planteado. Porque hay que admitir que podría discutirse que haya un empobrecimiento en la persona que trabaja para la casa, y también que este empobrecimiento, consistente en la no obtención de bienes, sea efecto del enriquecimiento del conviviente que ejerce la actividad profesional.

Sin embargo, lo que está claro, no obstante las dificultades para encajar el caso que nos ocupa en los presupuestos del enriquecimiento injustificado, es que se ha generado un patrimonio que es fruto de la colaboración de dos personas (casadas o no) y que el legislador ha entendido que se debe corregir la situación que se origina por efecto del régimen de separación de bienes, consistente en que solo uno de los sujetos es titular de los bienes.

Pues bien, si el Código civil español ha estimado que debe evitarse que uno de los cónyuges se enriquezca a costa del trabajo en el hogar del otro, también hay que entender que debe ser evitado el enriquecimiento en el caso de la convivencia extramatrimonial⁷⁷⁵. Compartimos por ello el fallo de la STS 17 junio 2003, (Ponente: Corbal Fernández), que reconoció una compensación a favor de la demandante con fundamento en la doctrina del enriquecimiento injusto⁷⁷⁶. Distintos fueron en cambio

⁷⁷⁵ Otras reflexiones sobre el art. 1438 Cc pueden verse en MORENO-TORRES HERRERA, “La compensación...”.

⁷⁷⁶ En el caso resuelto por esta Sentencia, uno de los miembros de la pareja fallece intestado tras cincuenta y tres años de convivencia. Durante la vida en común, el fallecido, médico de profesión y

los argumentos de la STS 27 marzo 2001 (Ponente: Almagro Nosete), que tras la ruptura de la pareja, concedió una indemnización a la mujer que se había dedicado durante más de veinte años a la familia. Entre los fundamentos del fallo se cita el art. 1438 Cc, que a juicio del Tribunal procede aplicar por analogía (*legis*)”pues es el régimen de separación de bienes el que rige, con carácter absoluto y salvo pactos en contra, para las uniones de hecho” (Fundamento de Derecho séptimo). Se invoca también el principio general de protección del conviviente perjudicado por la ruptura y se afirma que la razón de la compensación del art. 97 Cc es “trasladable a situaciones equivalentes”⁷⁷⁷, con lo que se oscurecen los fundamentos jurídicos del fallo.

propietario de una farmacia, llegó a formar un importante patrimonio, aunque una buena parte correspondía a bienes inmuebles procedentes de herencia familiar, en tanto que la actora se había dedicado al cuidado y atención del hogar y de la pareja, no teniendo ninguna otra ocupación. La señora reclama en concepto de daños y perjuicios una indemnización consistente en la totalidad del haber hereditario y alternativa y subsidiariamente que se condenase a la demandada a satisfacer, en concepto de pensión compensatoria, una cantidad suficiente para permitirle el mismo nivel de vida de que gozaba en vida del causante, y la adjudicación en propiedad de la vivienda que había constituido el domicilio de la pareja. Funda sus pretensiones en la aplicación analógica de los arts. 96 y 97 Cc y en la doctrina del enriquecimiento injusto. Contra la sentencia de la Audiencia, que desestimó absolutamente la demanda, se interpuso recurso de casación en el que se alegaba infracción por inaplicación del art. 1902 Cc y del art. 97, también del Código civil. El TS, rechazando de plano la aplicación de los arts. 1902 y 97 Cc, casa sin embargo la sentencia aplicando la doctrina del enriquecimiento injusto. Considera que durante los cincuenta y tres años de convivencia con el fallecido la actora “se dedicó en exclusiva a la atención del mismo y del hogar familiar prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no sólo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio. La sentencia de instancia niega la existencia de base adecuada para sentar la concurrencia de una comunidad de bienes o de una sociedad irregular, y tal conclusión es aceptada por la parte recurrente y deviene incólume para este Tribunal, pero, por el contrario a lo que en dicha resolución se razona, no cabe negar que de la composición fáctica expresada se desprende una situación de enriquecimiento injusto. Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido («in quantum locupletiores sunt»). El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio («damnum cessans»). El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de «razón» o «base» suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa –como sostiene un importante sector doctrinal– que un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando en favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable. La comunidad de vida, o el haber gozado de una consideración social y material equiparada a la de su compañero (a que se hace referencia en la resolución de la instancia), no constituyen justificación del desequilibrio patrimonial producido en virtud de las respectivas actividades y circunstancias específicas del caso, sumamente significativas. Bueno es apuntar finalmente que se está haciendo referencia a un enriquecimiento producido en el patrimonio del señor C., que genera una obligación resarcitoria ya nacida en vida del mismo, y en absoluto compensada” (Fundamento de Derecho Tercero).

⁷⁷⁷ En el caso de autos la demandante solicitaba una indemnización de treinta millones de pesetas por los perjuicios derivados de una larga convivencia, dedicación a la familia durante más de veinte años y por la diferencia económica existente entre las partes, originada por la ruptura sentimental. Fundaba su acción en la aplicación analógica del art. 97 Cc. La Audiencia, partiendo de que no cabía tal aplicación analógica

4ª- *El ex conviviente tiene derecho a recibir una compensación económica por el trabajo realizado para el otro, si la convivencia ha generado un desequilibrio patrimonial*

La respuesta a la pregunta de si el conviviente *more uxorio* que ha trabajado en provecho de la actividad laboral o mercantil del otro tiene derecho a una compensación económica, mereciendo el mismo trato que el que lo hace en estado de casado, debe basarse en el fundamento de esta compensación, que en el caso del Derecho español encuentra su sede normativa en el art. 97, 5ª Cc.

La compensación se reconoce a favor del cónyuge que colaboró en la actividad mercantil, profesional o industrial del otro cónyuge, cuando al tiempo de declararse la separación, la nulidad o el divorcio haya una situación de desequilibrio patrimonial, siendo el trabajador el que ostente la posición más débil. Este desequilibrio significará que la colaboración realizada, en la medida en que ha determinado una mejor posición económica en uno de los cónyuges, no ha sido un modo de contribuir al levantamiento de las cargas familiares a que legalmente vienen obligados ambos esposos. Es por ello por lo que se le reconoce un derecho a ser económicamente compensado por su trabajo en la medida en que con él se haya incrementado el patrimonio del titular de la actividad. El trabajo, no obstante la relación existente entre los sujetos, no se entiende que se realiza a título gratuito.

Idéntico razonamiento es aplicable en el caso de la pareja de hecho. Incluso hay mayores motivos (dado que no hay ningún compromiso recíproco de colaboración y ayuda, como ocurre en el matrimonio) para entender que la colaboración de un conviviente en la empresa del otro no responde a una causa gratuita y que por eso, en la medida en que no sea contribución al levantamiento de las cargas familiares, determina el nacimiento del derecho a una compensación económica.

Desde esta perspectiva no resultan demasiado convincentes las razones de la ya citada STS de 8 de mayo de 2008 (Ponente: Auger Liñán), que desestimó la pretensión de la mujer que había trabajado para la empresa del hombre con el que convivía. El derecho a una compensación por el trabajo nada tiene que ver con “la precariedad económica sobrevenida a la demandante tras el cese de la convivencia”, ni con “el desempeño de una actividad laboral antes de iniciar la relación” o el abandono de ningún trabajo o empleo; tampoco con el hecho de no haberse “acreditado que tras el fin de la convivencia la actora se hubiese encontrado con dificultades para encontrar empleo”, ni con la merma en sus ingresos o el deterioro de su situación económica (Fundamento de Derecho cuarto). También en el caso resuelto por la STS 8 de mayo de 2008 (Ponente: Roca Trías) la mujer había trabajado en el negocio del hombre con el que había convivido durante veinte años, si bien no había pedido en su escrito de demanda una compensación por su trabajo, sino, lo que es distinto, que se considerase que entre ellos había existido una situación de comunidad, pretensión que justifica plenamente el fallo desestimatorio.

y de que la única vía para conseguir indemnización en las parejas de hecho es el enriquecimiento injusto, entendió que por exigencias derivadas del principio dispositivo y del principio de rogación, no podía entrar a resolver el fondo del asunto. El TS no comparte este punto de vista, entendiendo que el principio *iura novit curia* permite la aplicación al caso controvertido del principio del enriquecimiento injusto, y entra, en consecuencia, en el fondo del asunto. En su opinión, la solución de los problemas que plantea la ruptura de las uniones de hecho puede descansar, tanto en la doctrina del enriquecimiento injusto, como en la aplicación analógica del derecho (se refiere no sólo a la analogía *legis* sino también a la analogía *iuris*). Sobre la base de todo ello condena al demandado al pago de 15 millones de pesetas, “en concepto de indemnización compensatoria por ruptura de la convivencia *more uxorio*”.

El art. 1090 Cc no representa ningún obstáculo para defender el derecho del *ex* conviviente a obtener una compensación por el trabajo realizado a favor del otro, dado que en este caso no nos encontramos ante una obligación legal. La obligación de retribuir la actividad laboral de una persona, sin perjuicio de que pueda estar recogida en normas concretas, no tiene su origen inmediato en la ley, sino que es aplicación de la doctrina que prohíbe el enriquecimiento de un sujeto a costa de otro sin una causa jurídica suficiente. No es necesario que una disposición legal específica recoja el deber de retribuir el trabajo ajeno para entender que esta obligación existe, lo que prueba que no es, en su sentido propio, una obligación legal. No nos debe confundir el hecho de que el art. 97 Cc incluya entre las circunstancias a tener en cuenta para determinar la cuantía de la pensión compensatoria la colaboración de un cónyuge, por medio de su trabajo, en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, lo que no es sino una fórmula para permitir al cónyuge que ha contribuido en exceso al levantamiento de las cargas económicas, obtener una compensación por ello. Y la determinación de cuándo la contribución a las cargas familiares es superior a la que le correspondía, y por lo tanto contraria al principio de igualdad, sólo puede hacerse cuando finaliza la relación matrimonial, a través de la comprobación de si existen o no diferencias entre el patrimonio generado por uno y otro cónyuge durante el matrimonio. De ahí que se contemple entre los efectos de la separación, de la nulidad y del divorcio.

III- LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

La conclusión establecida en el apartado anterior es que en el vigente Derecho común no hay ninguna obligación de mantenimiento en el caso de las parejas de hecho, ni deber de mantenimiento durante la convivencia, ni pensión compensatoria tras su cese. Sentado esto, pasamos ahora a estudiar qué obligaciones de mantenimiento prevé la legislación autonómica y para qué casos. Algunas de las leyes autonómicas que regulan el fenómeno de las parejas estables contienen referencias a los alimentos entre los convivientes o incluyen normas en las que se establecen deberes de contenido económico para el caso de cese de la convivencia, que encajan dentro del concepto general de obligaciones de mantenimiento que venimos utilizando. Únicamente éstas serán objeto de nuestra atención. Prescindiremos de otros efectos económicos previstos en los ordenamientos autonómicos para el caso de extinción en vida de la unión de hecho.

Para hacer más claro el análisis nos referiremos en primer lugar a las obligaciones de mantenimiento que se establecen para el periodo de convivencia y seguidamente a las que pueden surgir tras su cese.

1. Obligaciones de mantenimiento durante la convivencia

Actualmente tan solo dos ordenamientos autonómicos, el balear y el aragonés, imponen a quienes conviven formando una pareja estable (entendida en el sentido que cada ley establece) un deber de prestarse alimentos. La Ley de las Islas Baleares 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, dispone en el art. 6 que “Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, y se les debe reclamar con prioridad sobre cualquier otra obligada legalmente”. En la misma línea, el art. 313 del Código del Derecho foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, establece que “Los miembros de la pareja estable están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas”. La ubicación sistemática de ambos preceptos, que se sitúan fuera

de los artículos dedicados a regular los efectos patrimoniales de la extinción en vida (cfr. art. 9 de la Ley balear y art. 310 del Código aragonés), no dejan duda acerca de que el deber de alimentos a que se refieren los textos reproducidos rige durante la convivencia.

Dejando al margen las dudas relativas a si con tales normas las comunidades autónomas se han excedido de sus competencias y han legislado sobre una materia que conforme al art. 149, 1, 8ª CE es competencia exclusiva del Estado⁷⁷⁸, los preceptos citados suscitan diversas cuestiones.

Cabe preguntarse, en primer lugar, si el derecho que se está estableciendo es un derecho de alimentos (esto es, un derecho para el caso de necesidad) o si por el contrario se les está imponiendo a los convivientes una prestación distinta, de contenido más amplio y no dependiente del estado de necesidad del beneficiario; un derecho, en suma, análogo al de mantenimiento entre cónyuges.

No hay demasiados datos para clarificar la cuestión, pero el hecho de que todos los textos aclaren que este deber de alimentos es preferente al de cualquier otro obligado sugiere que se estaría pensando precisamente en la situación de necesidad de la que deriva el deber legal de alimentos, y que lo que se hace es establecer que, para este caso, el conviviente está obligado en primer lugar, antes por lo tanto que el resto de los parientes a los que las leyes imponen tal deber.

Surge de otro lado la duda de si la previsión contenida en los preceptos reproducidos posee verdadera eficacia normativa, esto es si se está reconociendo a los convivientes un derecho subjetivo a los alimentos, que podrían hacer valer en juicio. La forma en que se expresa el legislador lo indica así, en efecto; pero hay que tener en cuenta que uno de los rasgos que caracteriza estas uniones, llamadas por ello uniones libres, es que basta la voluntad unilateral para su extinción (art. 8, b) de la Ley de las Islas Baleares y art. 309 c) del Código aragonés). De ahí que pueda fácilmente eludirse el cumplimiento de ese deber de alimentos que establece la ley.

En otras palabras, el deber de alimentos entre convivientes es un “deber” cuyo cumplimiento queda al arbitrio del propio obligado. Resultaría altamente improbable que se diera una situación en la que uno de los convivientes ejercitase, vigente la relación, una pretensión de alimentos frente al otro, pero si ello ocurriera, le bastaría al demandado poner fin a la relación, cesando con ello su deber de alimentos. Tampoco cabe pensar en la posibilidad de que tras el cese de la convivencia se ejercite el derecho por el cónyuge carente de medios para reclamar los alimentos que el otro debió prestarle durante la etapa de la convivencia, pues lo impide la regla que prohíbe que se reclamen prestaciones alimenticias atrasadas (art. 148, 1º Cc). Por último, tampoco la declaración de la existencia de un deber de alimentos entre los miembros de la pareja estable parece una previsión necesaria para evitar una acción de repetición dirigida a recuperar las cantidades destinadas al mantenimiento del otro, dado que esta función la cumple eficazmente el art. 1901 Cc, en cuanto que excluye la restitución de lo indebidamente pagado cuando la entrega se hiciere a título de liberalidad “o por otra justa causa” precepto en el que tienen cabida, según opinión unánime de la doctrina, los pagos realizados para atender a las necesidades del conviviente *more uxorio*.

Todo parece indicar, entonces, que los preceptos que declaran que los convivientes están obligados a prestarse alimentos tienen una escasa o nula transcendencia.

⁷⁷⁸ Pese a su interés, entendemos que esta cuestión queda fuera de los objetivos de este trabajo. Sobre ella puede consultarse: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, “La competencia...”; MESA MARRERO, *Las uniones...*, págs. 77-82; ESPADA MALLORQUÍN, *Los derechos...*, págs. 118-125; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones...*, págs. 289-311.

Así es, en efecto, si pensamos en los sujetos de la relación alimenticia. A los convivientes se les está reconociendo una pretensión que solo pueden hacer valer para el futuro, pero cuyo cumplimiento puede ser eludido mediante una decisión unilateral, lo que es tanto como establecer una norma inútil. Ahora bien, si pensamos, no en los convivientes, sujetos de la relación alimenticia, sino en el resto de los sujetos legalmente obligados a prestar alimentos en caso de necesidad, la norma contenida en el art. 313 del Código aragonés y 6 de la Ley balear, poseen una utilidad y una eficacia clarísimas, en cuanto que les permitiría, en el caso de ejercitarse contra cualquiera de esos parientes una pretensión alimenticia por el conviviente en situación de necesidad, oponerse a ella invocando las citadas normas, que establecen con toda claridad que el deber de alimentos del conviviente se antepone al de cualquier otro obligado por la ley a los alimentos.

No hay ninguna duda de que la norma, en este sentido, es oportuna, dado que de no ser por ella faltaría la base legal para rechazar la acción por la que el conviviente en estado de necesidad, (por ejemplo, sin medios de vida propios), reclama alimentos a sus padres o a sus hijos. Es altamente probable que, de plantearse una situación de este tipo, se entendiese que, dada la situación de convivencia *more uxorio*, no hay, en realidad, un estado de necesidad. Pero el argumento resultaría sumamente discutible, dado que el estado de necesidad que es presupuesto de los alimentos no deja de existir por el hecho de que otra persona, aun no obligada legalmente a ello, los preste voluntariamente⁷⁷⁹.

Finalmente, de la previsión legal que impone un deber recíproco entre convivientes se deriva otra consecuencia práctica importante: que el *partner* que asiste materialmente al otro en situación de necesidad estará cumpliendo un deber propio y no ajeno, por lo que quedará excluida cualquier acción de repetición frente a un supuesto obligado. Ese conviviente no es un *extraño* a los efectos previstos en el art. 1894 Cc, según el cual “Cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos”.

De todo lo anteriormente dicho se deduce que la norma que impone un deber de alimentos en el ámbito de una unión estable de pareja no es una norma superflua ni tampoco una norma sin eficacia normativa directa, ni que esté simplemente describiendo una situación característica y definitoria de las parejas de hecho. Es cierto que el auxilio material entre convivientes es, más que cumplimiento de un deber, un elemento constitutivo de la familia de hecho⁷⁸⁰ y que, tal y como ha quedado expuesto, produce, entre los miembros de la pareja, muy escasas consecuencias, hasta el punto de que podría decirse que no añade nada a lo que ellos libremente han decidido y pueden dejar sin efecto en cualquier momento. Sin embargo, su transcendencia es clara en relación al resto de los sujetos obligados por la ley a prestar alimentos. Los descendientes y ascendientes disponen gracias a esta norma de una excepción con la que enervar la pretensión dirigida contra ellos por el pariente en situación de necesidad que conviva *more uxorio* con otra persona. Es la misma idea que inspira el art. 101 Cc

⁷⁷⁹ En contra, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación...*, pág. 232.

⁷⁸⁰ En este sentido observa BALESTRA que los desembolsos efectuados a fin de contribuir a las necesidades de la vida en común se configuran, más que como ejecución de un deber moral -que es la interpretación que hoy se ha impuesto en la jurisprudencia italiana-, como elementos constitutivos de una figura lícita, figura de otra parte, un tanto particular, en cuanto integrada por la reiteración, día tras día, de aquellos comportamientos que constituyen su contenido. Estos desembolsos sirven -dice el autor-, junto con otros elementos, para fundar una familia de hecho. En esta óptica la justa causa del desplazamiento patrimonial radica, no ya en el cumplimiento de un deber moral, sino en el hecho de que se pone como elemento constitutivo de la familia de hecho (“Note...”, pág. 779).

cuando dispone que el derecho a pensión compensatoria se extingue por la convivencia marital del acreedor con otra persona.

2. Deberes de mantenimiento en caso de cese de la convivencia

Como no podía ser de otra forma, dado que es el aspecto de mayor litigiosidad en la práctica, la mayor parte de las leyes autonómicas reguladoras de las uniones estables de pareja contienen previsiones referidas a los efectos patrimoniales del cese de la convivencia, y entre ellas a las posibles prestaciones de mantenimiento entre convivientes tras la ruptura o cese de la relación.

Curiosamente, no son sólo las leyes de las Comunidades con competencias en materia de Derecho civil las que contienen preceptos referidos a la cuestión, sino incluso algunas de las que carecen de tales competencias. Lógicamente se trata, en este caso, de declaraciones sin eficacia normativa, que simplemente reiteran normas o principios de Derecho común y que son por ello inútiles. Su única explicación, aparte de la oportunidad política, podría ser la conveniencia de permitir al ciudadano, en leyes nacidas específica y exclusivamente para regular la convivencia extramatrimonial, tener conocimiento de todos los aspectos de la situación de las parejas de hecho. Ahora bien, desde el punto de vista de su contenido normativo son previsiones innecesarias.

Así ocurre con el art. 10 de la Ley andaluza 5/2002 cuando establece que los pactos que acordaren los convivientes “podrán establecer compensación económica cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a la situación previa al establecimiento de la convivencia”, o del art. 7.1 de la Ley canaria 5/2003, cuando declara que los miembros de la pareja “pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia”. Es también el caso del art. 4 de la Ley valenciana 1/2001, a cuyo tenor “Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos”, y del art. 5 de la Ley asturiana 4/2002, según el cual “Los miembros de la pareja estable podrán regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes, en el que también podrán incluir las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, y siempre con observancia de la legalidad aplicable”.

Más inexplicable resulta el caso del art. 4 de la Ley 11/2001, de la Comunidad de Madrid, que tras establecer en su apartado 1 que “Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese”, añade en el apartado 2 que “Los pactos a que se refiere el número anterior podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el art. 97 del Código civil”. Sorprende de esta norma el tono imperativo (las compensaciones *habrán* de tomar en consideración), lo que, evidentemente, no puede ser entendido como un límite al principio de libertad de pactos

del art. 1255 Cc, dada la falta de competencia de la Comunidad de Madrid en materia de Derecho privado.

Tampoco añaden nada al Derecho común aplicable a la extinción de las parejas de hecho las previsiones contenidas en las leyes extremeña y cántabra, no solo porque se trata de comunidades sin competencia para legislar en materia de Derecho civil, sino además porque recogen soluciones que coinciden con las del Derecho estatal. El art. 7 de la Ley extremeña 5/2003 dice que “En el supuesto de que se produzca la extinción en vida de la pareja de hecho, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente”. Por su parte, el art. 9 de la Ley cántabra 1/2005, preceptúa que “En caso de que se produzca la disolución en vida de la pareja de hecho, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambas partes integrantes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por la parte conviviente perjudicada que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para la otra parte integrante”.

Las normas últimamente citadas no son en rigor necesarias y sin embargo provocan un efecto perverso e irracional, ya que en puridad habría que interpretar que las compensaciones económicas que en ellas se reconocen no podrían ser exigidas en el ámbito de las relaciones extramatrimoniales a las que no les sean de aplicación la Ley 5/2003, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, o la Ley 1/2005, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, por faltar alguno de los requisitos que se exigen para tener la consideración de parejas de hecho a los efectos de la ley, como la inscripción registral (cfr. art. 2 de la ley extremeña y 1.1 de la ley cántabra).

Pasando ya a la legislación de las llamadas comunidades forales, constituye un caso particular el de la Ley gallega 10/2007, que contiene un artículo único por el que se da nueva redacción a la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, que queda redactada en los siguientes términos. “A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con los que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que la presente Ley reconoce a los cónyuges”. La equiparación entre matrimonio y pareja de hecho que el precepto establece, carece sin embargo de consecuencias en relación al problema que nos ocupa, dado que en la Ley de Derecho civil de Galicia no se contienen normas que regulen los efectos de la separación o el divorcio ni, consecuentemente, reconocimiento de derechos económicos entre cónyuges o *ex* cónyuges tras el cese de la relación matrimonial, cuestión ésta que queda sometida al Derecho común.

El mayor interés en relación al tema que nos ocupa lo presentan las legislaciones de Cataluña, Baleares, Navarra y el País Vasco, en cuanto que reconocen prestaciones de mantenimiento entre convivientes, cuando concurren determinados requisitos, para el caso de cese de la convivencia. No lo hace, sin embargo, el Código del Derecho Foral de Aragón, frente a lo que había establecido la derogada Ley 6/1999, relativa a parejas estables no casadas, cuyo art. 7.2, en su versión originaria, reconocía a cualquiera de los convivientes, al producirse la extinción en vida de la convivencia, el derecho a exigir al otro “una pensión, si la necesitase para su sustento, en el supuesto de que el cuidado de los hijos comunes le impida la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente”, pensión que habría de extinguirse “cuando el cuidado de los hijos cese por cualquier causa o éstos alcancen la mayoría de edad o se emancipen”.

Las prestaciones de mantenimiento reciben en las leyes autonómicas denominaciones diversas⁷⁸¹, pero presentan muchos aspectos comunes. Para empezar, aparecen siempre perfectamente diferenciadas de la compensación por el trabajo, sea doméstico, sea en la actividad profesional del otro miembro de la pareja. Al hilo de ello, la primera aclaración que debe hacerse es que una cosa es la compensación por el trabajo realizado durante la convivencia a favor de la familia -que vendría a coincidir con la establecida en el art. 1438 Cc en el régimen de separación de bienes- o a favor de la actividad profesional del otro miembro de la pareja -que coincide con la prevista en el art. 97. 5ª Cc para los casos de ruptura de la relación matrimonial- y otra cosa distinta la pensión periódica o prestación alimenticia, que sí que encaja dentro de los que hemos denominado obligaciones de mantenimiento.

Por lo que se refiere a estas últimas, lo que vienen a establecer las leyes de Cataluña, Baleares, Navarra y País Vasco es que tras el cese de aquella convivencia extramatrimonial que reúna los requisitos que en cada caso se exigen para la aplicación de la Ley especial, cualquiera de los convivientes puede exigir del otro una prestación, si la necesitase para su sustento y se dan cualquiera de los dos casos siguientes: uno, que la convivencia haya reducido la capacidad del solicitante para obtener ingresos; dos, que la guarda de hijos comunes disminuya su capacidad para obtener ingresos⁷⁸².

La mayor parte de las leyes de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil ha estimado oportuno atribuir a uno de los convivientes el derecho a obtener del otro el pago de una pensión periódica o de una cantidad de dinero mediante un pago único, para atender a su sustento, siempre y cuando se den determinadas circunstancias, lo que permite afirmar que goza de bastante aceptación la idea de que en ocasiones, pero sólo en ocasiones, está justificado establecer un derecho-deber de mantenimiento tras el cese de la unión estable.

Es claro que a las prestaciones para caso de necesidad de uno de los *ex* convivientes se les ha querido atribuir un carácter bastante excepcional. No basta, como en el caso de la obligación de alimentos entre parientes, la situación de necesidad, sino que es preciso, además, bien que la convivencia haya disminuido la capacidad de obtención de ingresos del *ex* conviviente que no puede atender adecuadamente a su sustento, bien que la dedicación a los hijos menores limite su capacidad de obtener ingresos. El carácter restrictivo que el legislador ha atribuido a estas prestaciones resulta también de su régimen jurídico. Por ejemplo, en el ordenamiento catalán, en el que se dispone que la prestación alimentaria puede atribuirse en forma de capital o en forma de pensión, se ordena que, en este último caso la prestación, que tiene carácter temporal, se establecerá para un máximo de tres anualidades “salvo que la prestación se fundamente en la disminución de la capacidad del acreedor de obtener ingresos derivada de la

⁷⁸¹ El Código catalán habla de “prestación alimentaria”, la Ley balear de “pensión periódica”.

⁷⁸² En el caso de Cataluña, el art. 234-10 del Código civil reconoce el derecho a obtener una “prestación alimentaria” en dos casos: “a) Si la convivencia ha reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos, b) Si tiene la guarda de hijos comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida”. En el caso de Baleares, art. 9.1 de la Ley 18/2001 reconoce el derecho a obtener una pensión periódica al miembro de la pareja que se encuentre en uno de los dos casos siguientes: “a) Que la convivencia haya disminuido la capacidad del solicitante para obtener ingresos”, y “b) Que el cuidado de los hijos comunes a su cargo impida o dificulte seriamente la realización de actividades laborales”. En el caso de Navarra, el art. 4 de la Ley 6/2000, que “la convivencia hubiera disminuido la capacidad del solicitante para obtener ingresos” o que “el cuidado de los hijos e hijas comunes a su cargo, le impidiera la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente” (art. 4 Ley 6/2000). En el caso del País Vasco, que “la unión hubiera supuesto disminución en la capacidad del solicitante de obtener ingresos” o que “el cuidado de los hijos e hijas comunes a su cargo le impidieran la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente” (art. 6.2 Ley 2/2003).

guarda de los hijos comunes. En este caso, puede atribuirse mientras dure la guarda” (art. 234-11, 3º). Es un régimen distinto al establecido para la prestación compensatoria, que si bien es temporal como regla, no se limita por el legislador a un máximo de tres anualidades⁷⁸³.

Las prestaciones de mantenimiento establecidas en las leyes autonómicas para el caso de cese de la convivencia no coinciden en absoluto con la pensión por desequilibrio del art. 97 Cc, al menos tras la redacción dada a esta norma en el año 2005. La diferencia más destacada es que los presupuestos de unas y otra son distintos. Mientras que la pensión compensatoria del Código civil español nace a favor del cónyuge “al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico, en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio”, la pensión alimenticia prevista en las leyes autonómicas se establece a favor del conviviente que la necesite para atender adecuadamente a su sustento y que se encuentre, además, en una situación en la que haya disminuido, bien a causa de la unión extramatrimonial, bien a causa de la atención y cuidado futuro de los hijos comunes, su capacidad para obtener ingresos. Es obvio que en el Derecho positivo la pensión a favor del conviviente tiene un carácter mucho más restrictivo que la pensión post-matrimonial del Código civil, si bien es cierto que el Tribunal Supremo prescinde en buena medida de tales diferencias, al haberse decantado por la tesis subjetivista sobre el desequilibrio.

Conviene señalar, por último, que las pensiones post-conyugales reconocidas en las leyes autonómicas presentan también diferencias con las que los propios ordenamientos autonómicos reconocen, en su caso, para los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio. Así, en el Derecho catalán la ruptura de la convivencia matrimonial da derecho a exigir una prestación compensatoria al cónyuge que “resulte más perjudicado” (art. 233-14.1), mientras que la extinción de la pareja estable origina un derecho a reclamar una prestación alimentaria al cónyuge que la necesite “para atender adecuadamente a su sustentación”, y siempre que se de uno de los siguientes casos: “a) Si la convivencia ha reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos. b) Si tiene la guarda de hijos comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida (art. 234-10.1).

⁷⁸³ El art. 233-17 dice en su nº 4 que “La prestación compensatoria en forma de pensión se otorga por un periodo limitado, salvo que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen fijarla con carácter indefinido”.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y PROPUESTAS SOBRE ALIMENTOS, DERECHO DE MANTENIMIENTO Y PENSIÓN COMPENSATORIA EN DERECHO ESPAÑOL

I- LA IMPOSIBILIDAD DE ELABORAR UNA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO

El análisis realizado en los capítulos anteriores ha servido, en primer lugar, para poner de relieve que no todas las obligaciones patrimoniales de origen legal que tienen como finalidad proporcionar medios materiales de vida al acreedor, están sujetas al mismo régimen jurídico, y más en concreto que el régimen de los alimentos contenido en los arts. 142 a 153 Cc no es aplicable en bloque al resto de las obligaciones de mantenimiento: ni al deber de los padres de mantener a sus hijos, ni al deber de mantenimiento entre cónyuges, ni a la pensión compensatoria. Lo anterior no excluye, por supuesto, que pueda defenderse, puntualmente, la aplicación de alguna de las normas que regulan la obligación legal de alimentos entre parientes a otras obligaciones de mantenimiento.

Sentado que cada una de las obligaciones de mantenimiento tiene su propio régimen jurídico, la cuestión que se suscita es determinar si existen principios, reglas o caracteres comunes a todas ellas y, de ser así, si es viable y resultaría útil la elaboración de una teoría general sobre las obligaciones de mantenimiento⁷⁸⁴.

La respuesta a esta cuestión es que no cabe elaborar una teoría general sobre las obligaciones de mantenimiento, dado que no hay suficientes rasgos comunes a los distintos supuestos. De hecho, hemos encontrado un único dato común a todas las obligaciones de mantenimiento: su origen legal, lo que no conlleva demasiadas particularidades, salvo una de gran importancia: que las obligaciones de mantenimiento tienen que estar expresamente establecidas por las leyes. No se quiere decir con ello que no puedan nacer de un acto de autonomía privada, lo que obviamente resulta admitido, como se deduce, no ya del art. 1255 Cc, sino también del art. 153 (que menciona expresamente los alimentos derivados de testamento o de pacto), del art. 879, 2º (que alude al legado de alimentos) y, sobre todo, de los arts. 1791 a 1797 (que regulan el contrato de alimentos). Lo que se quiere decir cuando se afirma que las obligaciones de mantenimiento tienen que estar establecidas expresamente por las leyes es que no cabe la aplicación analógica de las obligaciones de mantenimiento legales y que, por lo tanto, estas obligaciones constituyen un *numerus clausus*. El art. 1090 Cc dispone que las obligaciones derivadas de la ley no se presumen y que sólo son exigibles las expresamente determinadas por las leyes⁷⁸⁵. Es una regla que tiene mucho sentido, pues

⁷⁸⁴ Algunos autores, como TERRANOVA, han tratado de construir una teoría general de las prestaciones alimenticias, pero en referencia sólo a las prestaciones entre cónyuges en las distintas crisis matrimoniales. En efecto, lo que el autor hace es reconducir las distintas prestaciones previstas en el ordenamiento italiano en los casos de separación, nulidad o divorcio, a la figura de los alimentos, que propone que sea asumido como cuadro de referencia general (*Contributo...*, pág. 39). Esto es muy distinto de lo que nosotros intentamos hacer, dado que la idea es buscar los aspectos comunes de todas las prestaciones asistenciales, para ver si permiten en algunos aspectos un régimen jurídico común.

⁷⁸⁵ Esta reserva de ley en materia de obligaciones se considera que está también establecida en art. 23 de la Constitución italiana en cuanto que establece que ninguna prestación personal o patrimonial puede ser impuesta sino en base a la ley. Si bien es cierto que conforme a los precedentes históricos, lo que en el precepto se contiene es una reserva de ley en materia tributaria –que vendría a coincidir con la del art.

si ya es difícil aceptar que a ciertos sujetos, por más que se trate de familiares, se les imponga el deber jurídico de cubrir necesidades ajenas, a la vista de lo establecido en el art. 35 de la Constitución, mucho más lo es admitir que los jueces y tribunales puedan hacerlo. Debe entenderse que las obligaciones de mantenimiento entre adultos poseen carácter excepcional, en cuanto que son contrarias a la norma de rango constitucional que impone a todos los individuos el deber de trabajar y de ser autosuficientes económicamente⁷⁸⁶, y que, consecuentemente, no son susceptibles de aplicación analógica (art. 4.2 Cc).

No son en cambio caracteres predicables de todas las obligaciones de mantenimiento la indisponibilidad, la imprescriptibilidad o la gratuidad, que se dan únicamente en algunas de ellas.

En cuanto a lo primero, la conclusión que se ha establecido es que el deber de mantenimiento es indisponible, en lo que coincide con los alimentos, mientras que la pensión compensatoria es disponible.

La indisponibilidad de los alimentos está claramente establecida en la ley (art. 151 Cc), aunque su *ratio* puede discutirse. Frente a la opinión tradicional, que relaciona la indisponibilidad de los alimentos con la tutela del derecho a la vida⁷⁸⁷, hemos defendido que mediante la norma que prohíbe los actos de disposición del derecho a los alimentos se tutela, por un lado, el interés del deudor de que la prestación no tenga un destino diferente al que legalmente la justifica, y por otro lado, el interés del acreedor de recibir la tutela que mediante la figura de los alimentos se le quiere procurar. La razón de la indisponibilidad es asegurar la efectividad del derecho. Por ello, los actos dispositivos se prohíben únicamente en referencia a las prestaciones no devengadas.

La indisponibilidad del derecho de mantenimiento, tanto entre cónyuges, como de los hijos, no está, en cambio, expresamente establecida por el legislador, pese a lo cual no es una conclusión dudosa. El primero forma parte de la relación conyugal y el segundo de la relación paterno-filial, siendo el contenido de ambas imperativo. Es sabido que los deberes conyugales, entre los que se encuentra el de socorro mutuo (art. 68 Cc) no pueden ser excluidos por los cónyuges y que si así fuera, el matrimonio sería nulo en virtud de lo dispuesto en los arts. 45 y 73 1º Cc. Por su parte, el contenido de la relación paterno-filial está igualmente sustraído al principio de autonomía de la voluntad.

Por último, la naturaleza disponible de la pensión compensatoria, que no está tampoco consagrada explícitamente en la ley, sería, simplemente, aplicación de las reglas generales. Descartada la aplicación analógica de la norma que excluye la renuncia, transmisión y compensación de los alimentos, por las razones que en su momento se expusieron, deben estarse al régimen general.

En definitiva, no es una nota común a las obligaciones de mantenimiento la indisponibilidad. Sería equivocado argumentar que son inderogables en atención a su

31.3 CE-, la concepción unánimemente acogida es que la fórmula general del artículo comprende en una disposición unitaria toda clase de prestaciones, personales y patrimoniales, prescribiendo que ninguna de ellas pueda ser impuesta sino en base a la ley (FEDELE, “Rapporti...”, pág. 29). Esta conclusión descansa en la idea de que la reserva de ley en materia tributaria es manifestación de una más general reserva de ley en materia de intervenciones en la esfera de la libertad personal y patrimonial, reconducible al principio de legalidad (FEDELE, “Rapporti...”, pág. 27).

⁷⁸⁶ Dice el art. 35.1 CE que “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

⁷⁸⁷ Recientemente, en el Derecho catalán, PUIG BLANES, Comentario..., pág. 559.

carácter familiar⁷⁸⁸, como también lo sería entender que su carácter patrimonial indica que es susceptible de derogación por los particulares. Se trata, en ambos casos, de ecuaciones erróneas⁷⁸⁹.

Por lo que se refiere a la imprescriptibilidad, no cabe, tampoco, una conclusión única: no prescribe el derecho de alimentos entre parientes ni el derecho al mantenimiento, aunque por razones distintas, mientras que el derecho a la pensión compensatoria está sometido a las reglas generales, de manera que es prescriptible.

Como es bien conocido, la imprescriptibilidad de los alimentos es una afirmación correcta únicamente en referencia al derecho a recibir alimentos considerado en abstracto; prescribe, en cambio, el derecho a obtener pensiones alimenticias ya devengadas, tal y como resulta del art. 1966, 1ª. Si el derecho de alimentos no prescribe no es tanto por su carácter indisponible o porque así lo haya decidido el legislador, como porque se trata de una consecuencia del hecho de ser su presupuesto el estado de necesidad, lo que significa que mientras concurra el estado necesidad y con independencia del tiempo transcurrido desde su aparición, el derecho puede ser ejercitado.

Los motivos por los que el derecho de mantenimiento no prescribe son otros: el derecho de mantenimiento es contenido inderogable de la relación matrimonial y de la relación paterno-filial, por lo que puede exigirse su cumplimiento por el titular en cualquier momento. Pero, al igual que ocurre con los alimentos, en los casos en los que se hubiese fijado una pensión de mantenimiento, sí que prescribe, conforme a las reglas generales, la acción para exigir el cumplimiento de pensiones ya devengadas.

Por último, tampoco la gratuidad es un rasgo común a todas las obligaciones de mantenimiento. Aunque tienen este carácter los alimentos y el mantenimiento, no puede decirse lo mismo de la pensión compensatoria, si se tiene en cuenta que según la interpretación del Tribunal Supremo y pese a lo literalmente establecido en el Código, la pensión compensatoria únicamente puede ser exigida por aquel cónyuge al que la separación o el divorcio deje en situación de desequilibrio económico, cuando tal desequilibrio venga causado por el propio matrimonio.

II- PROPUESTAS EN MATERIA DE ALIMENTOS

Ante todo, el ordenamiento español necesita con urgencia que se incorpore al Derecho positivo la diferencia admitida por la jurisprudencia y por la doctrina, entre derecho de alimentos y derecho-deber de mantenimiento. Debe quedar claro, y ello es

⁷⁸⁸ La advertencia es necesaria porque durante mucho tiempo se sostuvo que la autonomía privada es irrelevante en el ámbito del Derecho de familia y este punto de vista, aunque superado hace tiempo, podría todavía estar inspirando ciertas opiniones. La consideración del Derecho de familia como un derecho imperativo tuvo mucho peso durante la primera mitad del siglo XX. Tiene, como dice AMAGLIANI, una clara matriz político-ideológica, y guarda una estrecha relación con la concepción institucional de la familia; se funda, de hecho, en una asimilación entre el Estado y el grupo familiar, entendiéndose que existe en éste, lo mismo que en aquél, un interés superior o supraindividual, que llevaría a adscribir las relaciones familiares al ámbito del Derecho público y a deducir de ello su naturaleza cogente (*Autonomía ...*, pág. 18). Se trata de un planteamiento incompatible con el actual concepto de familia. La concepción jerárquica y autoritaria de la familia hace tiempo que quedo desterrada, iniciándose a partir de la segunda mitad del siglo pasado lo que se ha dado en llamar un proceso de privatización de la familia. En el actual modelo familiar, de corte igualitario, la autonomía privada cobra nuevo protagonismo, más ello no quiere decir que no subsistan, por razones de distinto tipo, normas de naturaleza imperativa. La determinación del ámbito de lo indisponible corresponde al legislador.

⁷⁸⁹ En parecido sentido, AMAGLIANI (*Autonomía...pág. 25*) y ANGELONI (*Autonomia..., pág. 16 y ss.*).

tarea que corresponde al legislador, que la normativa del Título VI del Libro I del Código civil regula estrictamente la “obligación de alimentos entre parientes”.

Para lograrlo, se deben, en primer lugar, eliminar todas aquellas disposiciones que están pensadas para el mantenimiento, como el art. 145, 3º, en el que se consideran como supuestos de alimentos, pese a no serlo en realidad, la obligación del padre respecto del hijo sujeto a la patria potestad y la de un sujeto respecto de su cónyuge. No es preciso en cambio suprimir la referencia que el art. 149 *in fine* hace al alimentista menor de edad, dado que no se puede descartar que un menor de edad sea acreedor de alimentos. Si bien es cierto que, frente a sus padres, los menores tienen un derecho distinto, el mantenimiento, es claro que pueden darse situaciones en las que, a falta de progenitores, un menor de edad en estado de necesidad sea titular de un derecho de alimentos propiamente dicho frente a algún pariente.

En segundo lugar, debe asimismo suprimirse la mención que los arts. 143 y 144 hacen a los cónyuges, por cuanto que entre estos no existe un deber de alimentos en sentido propio. Como se ha expuesto con detalle anteriormente⁷⁹⁰, entre esposos convivientes o separados de hecho, lo que existe es un deber de mantenimiento, independiente de la situación de necesidad de los sujetos, los cuales en atención a la relación matrimonial que voluntariamente crearon, disfrutaban del mismo nivel de vida; y entre esposos judicialmente separados, divorciados, o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, existe, en su caso, un derecho distinto a los alimentos: la pensión compensatoria (arts. 97 y 98 Cc).

La supresión de las normas mencionadas debe ir acompañada, desde luego, de la introducción, en el lugar oportuno, del régimen jurídico del derecho de mantenimiento, pero esta es otra cuestión, que seguidamente se abordará.

El ordenamiento español, aparte de recoger de manera explícita la distinción entre alimentos y mantenimiento, tendría además que tomar postura, en una hipotética reforma del régimen jurídico de la figura de los alimentos, acerca de otra serie de cuestiones, entre las cuales la más delicada y difícil probablemente sea la de los sujetos entre los que debe existir esta obligación.

Las soluciones legislativas vigentes sobre este extremo admiten valoraciones dispares. Podría pensarse que el espectro de obligados es demasiado amplio y que no se corresponde con el actual concepto de familia, por lo que debe restringirse; o podría incluso defenderse la supresión, para todos los casos y circunstancias, del deber legal de alimentos en el ámbito de la familia extensa. Y es que no se puede dar por sentado que sea acertado que las leyes intervengan en el ámbito de las relaciones familiares, imponiendo a sujetos adultos una obligación -que será generalmente pecuniaria- de cubrir, total o parcialmente, las necesidades ordinarias de ciertos familiares; una obligación que, nótese bien, no encuentra su origen en negocio jurídico alguno, a diferencia de lo que ocurre con el deber de mantenimiento entre cónyuges, ni tampoco en el hecho de la generación, como ocurre con el deber de los padres de mantener a sus hijos menores de edad o no independientes económicamente.

El deber de auxilio económico entre familiares no es una exigencia constitucional. Algunos autores han argumentado que el art. 39.1 CE, al reconocer y proteger a la familia, reconoce su función asistencial y por lo tanto, de forma implícita, las relaciones de recíproca asistencia entre sus miembros. Creemos que ello es equivocado, porque una cosa es imponer a los poderes públicos el deber de proteger a la familia -que es lo que hace el citado precepto- y otra muy distinta deducir, a partir de

⁷⁹⁰ Vid. capítulo II.

ello, que a la familia se le esté imponiendo, en el texto constitucional, una función asistencial.

Distinto es que sea ésta la opción del legislador ordinario, el cual, obviamente, puede establecer deberes de auxilio económico en el ámbito familiar. Así viene ocurriendo en nuestro país desde antes de la publicación del Código civil, razón por la cual, probablemente, la Constitución da por supuestas las obligaciones asistenciales familiares en el art. 50⁷⁹¹. Pero quede claro que ello no es, en referencia a la familia extensa, un imperativo constitucional.

Interesa aclarar, dado que sobre este punto existe no poca confusión, que el derecho-deber de alimentos nada tiene que ver con la protección de la familia. Cuando la ley reconoce a un sujeto en situación de necesidad una pretensión económica frente a ciertos familiares, no está tutelando al grupo familiar, sino a individuos concretos y aisladamente considerados. El hecho de que la tutela individual se haga efectiva a cargo de los parientes, no significa que los alimentos sean un instrumento de protección de la familia.

La consecuencia importante que se deduce del hecho de no ser un imperativo constitucional la ayuda económica entre familiares es que no hay ningún obstáculo a su supresión.

Ahora bien, ¿es la supresión del deber de alimentos entre parientes la solución acertada?

La doctrina se muestra muy mayoritariamente de acuerdo con la figura de los alimentos en el ámbito de la familia extensa. Los autores fundamentan este derecho-deber en la solidaridad familiar. Se dice que mediante esta institución las leyes convierten en deber jurídico un deber moral, comúnmente aceptado como tal en nuestra sociedad.

Es cierto que en la sociedad española contemporánea existe el convencimiento generalizado de que los hijos deben auxiliar material y espiritualmente a sus padres cuando los recursos de éstos son insuficientes, lo que con frecuencia ocurre en las últimas etapas de su vida. Y también parece ser un sentimiento común que los padres tienen que ayudar económicamente a sus hijos adultos en situaciones de insuficiencia económica. Ahora bien, ello no impide que pueda cuestionarse la oportunidad y conveniencia de elevar tal deber (ético) a la categoría de deber jurídico. Porque no todos los deberes éticos tienen que transformarse en deberes jurídicos, al menos no sin antes valorar adecuadamente los distintos intereses que están en juego. El legislador debe sopesar los diferentes criterios y principios que han de inspirar su decisión sobre este tema, y velar, como no, para que esa decisión no entre en contradicción con otras previsiones normativas.

Hasta ahora se ha prestado escasa atención, en general, a la posición del deudor de los alimentos. Pero no debe perderse de vista que, como ya advirtió RIBOT IGUALADA, el sujeto que resulta legalmente obligado a prestar alimentos a sus parientes sufre, la mayor parte de las veces, importantes consecuencias en su esfera personal y en el ámbito del desarrollo de su personalidad. La mayor parte de los adultos aspiran con toda lógica a destinar sus propios recursos a establecerse y formar su propia familia y no parece razonable ni estaría justificado que sus aspiraciones se vieran

⁷⁹¹ “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y *con independencia de las obligaciones familiares*, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

frustradas por el deber legal de auxiliar económicamente a parientes en estado de insuficiencia patrimonial⁷⁹².

Creemos que es ingenuo pensar que este riesgo puede ser evitado eficazmente mediante la norma según la cual el deber de alimentos sólo nace a cargo del pariente que posea capacidad económica suficiente y una vez salvadas las necesidades del cónyuge e hijos económicamente dependientes, dado que el arbitrio judicial a la hora de apreciar tanto la situación de necesidad del alimentante como la suficiencia patrimonial del alimentista es absoluto, por lo que previsiblemente los jueces harían lo mismo que espontáneamente hacen las familias: distribuir entre todos los sujetos los recursos existentes.

Por todo ello, nuestra conclusión es que la solidaridad entre generaciones debe ser una decisión individual, pero no un deber jurídico. El legislador no debe inmiscuirse en la esfera de las relaciones familiares para establecer obligaciones patrimoniales que no se sustenten en un negocio jurídico, fuera del caso del deber de mantener a los hijos (art. 39.3 CE), porque al hacerlo incide sobre el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. No deben, pues, hacerse recaer sobre los individuos más deberes económicos que los que se derivan estrictamente de la filiación o de la relación matrimonial.

Todavía puede añadirse algún otro argumento. Y es que han desaparecido buena parte de las razones que históricamente determinaron la consagración legislativa del deber de alimentos entre parientes. La institución de los alimentos tenía mucho que ver con la función económica que desempeñaba la familia patriarcal, que era la conservación y crecimiento del patrimonio familiar. El origen de ese patrimonio, que se formaba a partir de las aportaciones de los distintos sujetos, justificaba el deber de alimentos, que aparecía como manifestación del derecho de todos y cada uno de los familiares a participar en el patrimonio del grupo. Resulta obvio que el anterior razonamiento no es trasladable a las sociedades actuales, en las que las cosas son distintas. La mayor parte de las veces el patrimonio que soporta la ayuda de los familiares necesitados es un patrimonio individual derivado del trabajo del propio obligado.

La supresión de la obligación de alimentos entre parientes nos aproximaría a los derechos anglosajones y escandinavos, que nunca han incorporado una figura análoga a los alimentos, en la que la influencia del cristianismo es comúnmente admitida.

Creemos, pues, con RIBOT IGUALADA⁷⁹³, que debe desaparecer la obligación legal de alimentos entre parientes⁷⁹⁴, aunque con una importante excepción: que el sujeto en situación de necesidad sea un menor o un joven que aún no haya alcanzado independencia económica, en cuyo caso la obligación debe imponerse a cualquier ascendiente. El principio de protección del menor justifica en este caso plenamente la intervención legislativa.

La propuesta de supresión de la obligación legal de alimentos entre parientes no ignora las actuales circunstancias de la sociedad española. No nos referimos únicamente al aumento considerable de la esperanza de vida y al hecho de que la formación de los jóvenes tenga una duración cada vez más dilatada, pues su incidencia en el tema que nos ocupa ha sido suficientemente destacada por la doctrina, al no tratarse de algo reciente, sino que nos referimos, concretamente, al actual contexto económico, en el que hay un elevadísimo índice de desempleo, y en el que en particular los jóvenes, aunque no solo

⁷⁹² “El fundamento...”, pág. 1165.

⁷⁹³ El autor aboga sin embargo por la subsistencia del deber de los padres respecto de sus hijos, tanto si conviven como si no, y sin establecer un límite de edad (“El fundamento...”, pág. 1152).

⁷⁹⁴ Así lo hemos defendido en “Reflexiones...”.

ellos, encuentran dificultades insalvables para lograr independencia económica, no obstante su esfuerzo y dedicación.

En definitiva, al hecho del incremento del número de mayores susceptibles de encontrarse en situación de insuficiencia económica y de la mayor duración de esta situación, se suma ahora la presencia de una masa creciente de jóvenes en situación objetiva de necesidad. No es ya que la formación de los jóvenes, que en nuestro país corre en buena medida a cargo de los padres, se prolongue cada vez más tiempo, sino que, finalizada ésta, no produce el efecto esperado: la incorporación a la actividad productiva.

Podría pensarse que precisamente por ello es inoportuno eliminar el deber legal de alimentos, pero cabe otro punto de vista, el de que no resulta razonable imponer a las ya de por sí endeudadas familias, el deber de sostener económicamente a ciertos parientes, lo que puede suponer una carga excesiva. Es cierto que podría contraargumentarse diciendo que en realidad, si el sujeto obligado por la ley carece de medios, faltaría uno de los presupuestos del derecho de alimentos (la capacidad económica del alimentante), pero, como ya se ha dicho, la realidad es que la apreciación de este requisito y la solución del conflicto último que en él va implícito, que es la de determinar qué “necesidades” han de tener prioridad, si las del alimentista o las del alimentante (y su familia estricta), queda en manos del juez, lo que no parece admisible. ¿Es acaso lógico que sea el juez el que tenga que decidir si un padre de familia debe destinar parte de sus recursos económicos a auxiliar económicamente a sus padres en vez de, por ejemplo, enviar a su hijo a cursar un master en el extranjero? En nuestra opinión, tales decisiones deben ser estrictamente individuales.

Somos conscientes de que la propuesta de supresión absoluta del deber de alimentos entre parientes no tiene seguidores en nuestro país, por lo que, a pesar de considerar que es la solución más acertada *de lege ferenda*, pensamos que encontraría poca resistencia. Pasamos por este motivo a exponer las soluciones que deberían adoptarse en el caso, que es el que estimamos más probable, de decidirse el legislador a mantenerlo.

Ante todo, se impone reflexionar sobre los sujetos a los que la ley les debe imponer este deber. Actualmente son los ascendientes, los descendientes y los hermanos. Recuérdese que queda fuera el caso de los cónyuges y de los padres respecto de sus hijos menores, que no son, en sentido propio, supuestos de alimentos, sino de mantenimiento.

Para pronunciarse sobre la oportunidad de mantener el actual elenco de obligados es preciso tener en cuenta el fundamento de la institución, pero no en general, sino para cada uno de los parientes.

El planteamiento tradicional consistente en invocar como fundamento del deber de alimentos la solidaridad familiar, aparte de que dista mucho de ser convincente, no resuelve la cuestión. En el ámbito de la familia extensa, la obligación de alimentos, en cuanto obligación jurídica, resultaba seguramente coherente con el modelo familiar anterior a la revolución industrial, caracterizado por una gran estructura familiar, con frecuencia integrada por varios núcleos familiares y organizada en torno a un patrimonio, pero su justificación plantea dificultades una vez que este esquema desaparece. Cuando se produce, con el traslado de grandes masas de población del campo a la ciudad, la disgregación de aquella gran familia organizada en torno a un patrimonio en buena medida común, se hace necesario encontrar remedios para las situaciones de infortunio. Se impone entonces la idea de que ciertas situaciones como la desocupación, la enfermedad, la invalidez o la vejez, deben encontrar respuesta en la

solidaridad colectiva⁷⁹⁵. Sin embargo, no desaparece, ni entonces ni posteriormente, el deber de alimentos entre parientes como instrumento para atender a las situaciones de necesidad, lo que supone admitir que las prestaciones sociales no cubren todos los casos⁷⁹⁶. Ahora bien, el fundamento de esta obligación familiar de origen legal no puede ya ser la existencia de una comunidad de vida e intereses -algo que a lo sumo se dará en el ámbito de la familia nuclear y siempre que haya convivencia entre sus miembros, como tradicionalmente ocurría- por lo que se invoca el fundamento, demasiado genérico, de la solidaridad familiar. La idea de solidaridad familiar se utiliza de manera indiscriminada: se aplica a los cónyuges, a los hermanos, a los ascendientes, a los hijos. Algunos autores, de forma claramente imprecisa, la van a considerar incluso el fundamento del deber de mantenimiento de los hijos, o de los deberes patrimoniales entre esposos separados o divorciados, y hasta del deber de contribuir a las necesidades de la familia⁷⁹⁷; la solidaridad familiar es una especie de cajón de sastre donde todo tiene cabida.

La idea de la solidaridad familiar no explica de modo satisfactorio el régimen vigente ni ofrece tampoco base para decidir qué parientes en concreto debe quedar obligados a satisfacer alimentos. Lo que sí debe tenerse en cuenta a tal fin es la realidad sociológica, muy diferente de la del año 1981, fecha en la que para adaptar el Código civil al nuevo modelo familiar recogido en la Constitución se da la actual redacción a los arts. 143 y 144.

El legislador debe tener presente la existencia de diversos modelos familiares y la disociación que cada vez con más frecuencia se da entre familia y parentesco. La normativa sobre los alimentos no puede permanecer inalterada mientras la realidad social y el Derecho de familia cambian⁷⁹⁸. Las respuestas del legislador en materia de alimentos no pueden ser las mismas que se adoptaron en referencia a modelos familiares ya superados, como la familia patriarcal, o no exclusivos, como la familia nuclear. Una eventual reforma legislativa debería tener en cuenta la existencia de diversos modelos familiares y partir de la base de que la evolución no ha terminado, de manera que surgen, continuamente, nuevos tipos de familia. Establecer hoy una regulación de los alimentos en referencia a un modelo familiar concreto significaría, con toda seguridad, establecer soluciones inadecuadas. Como se ha observado con acierto, elaborar una disciplina sobre la familia asumiendo como referente un modelo diverso del real, significa predisponer un conjunto de reglas destinadas a entrar en incesante conflicto con las necesidades reales⁷⁹⁹.

A la vista de la realidad social, pensamos que de cara a decidir quiénes deben hoy quedar legalmente obligados a prestar auxilio económico a otras personas en situación de necesidad, el parentesco, *per se*, no debe bastar, porque ¿qué razón habría para imponer un deber de alimentos, por ejemplo, a los abuelos, respecto de su nietos

⁷⁹⁵ En este sentido, VICENZI AMATO, *Gli alimenti...*, pág. 11. No entramos ahora en la cuestión de cuáles son o deben de ser las relaciones entre la obligación alimentaria y los deberes de asistencia de los entes públicos, asunto ya tratado anteriormente.

⁷⁹⁶ Como dice AULETTA, el desarrollo, todavía precario, de la seguridad social, y la insuficiencia de los subsidios de los trabajadores, así como su limitación temporal, constituyen graves obstáculos para asegurar la existencia digna mediante la intervención extra-familiar. Los alimentos conservan, pues, un amplio campo de actuación, lo que confirma la vitalidad del instituto (*Alimenti...*, pág. 13).

⁷⁹⁷ Así, DOGLIOTTI, "Doveri...", pág. 96; RUSCELLO, *Lineamenti...*, págs. 26 y 30; AULETTA, *Diritto...*, pág. 95; CAFERRA, *Famiglia...*, pág. 29; FERRANDO, "Gli effetti ...", pág. 261. En España, recientemente, NAVARRO MIRANDA, *Comentario...*, pág. 544.

⁷⁹⁸ Algunos autores, como ARGIROFFI, llaman la atención sobre lo extraña que resulta la inmutabilidad de la normativa de los alimentos a pesar de los grandes cambios producidos en el Derecho de familia (*Gli alimenti...*, pág. 6).

⁷⁹⁹ CASSANO, "Cenni...", pág. 4.

adultos, o viceversa? ¿O entre hermanos que quizás nunca han convivido? Los meros lazos de sangre no parecen suficientes. En casos como estos, seguramente la generalidad de las personas estimaría que no hay ningún deber ético, por lo que no tiene sentido que exista un deber jurídico, dado que de lo que se trata, según se viene exponiendo, es de elevar a la categoría de deber jurídico lo que, según la conciencia social imperante, es un deber moral. Más también es cierto que el principio constitucional de protección del menor justificaría que, incluso en supuestos en los que no se aprecie una obligación moral, el legislador imponga un deber de alimentos a favor de los menores en situación de necesidad.

Entre ascendientes y descendientes puede establecerse un deber recíproco de alimentos, pero limitado, como regla, al grado más próximo de parentesco. Ello significa que, a diferencia de lo que ocurre en el régimen vigente, en el que están obligados todos los ascendientes y todos los descendientes (art. 143), aunque con arreglo al criterio de proximidad de grado (art. 144), solo lo estarían los padres respecto de los hijos y viceversa. La regla general iría acompañada de algunas excepciones: una, establecida a favor del alimentista menor de edad, y otra para el caso concreto en que la relación paterno-filial haya existido, jurídicamente o *de facto*, no entre padres e hijos, sino con los abuelos u otros parientes, como los tíos.

Las razones en las que se basa la anterior propuesta son las siguientes: la obligación de prestar alimentos no debe descansar en el mero dato biológico o jurídico del parentesco, sino que encontraría su fundamento, en el caso de los descendientes respecto de los ascendientes, en los cuidados y atenciones recibidos por aquellos de éstos, y, en el caso de los ascendientes respecto de los descendientes, en el hecho mismo de la generación. Para mayor claridad, tratamos por separado los dos supuestos:

El deber de alimentos de los descendientes habría que limitarlo, como ya se ha dicho, a los hijos. Desde la perspectiva expuesta en el capítulo II, en donde afirmamos que el deber de alimentos de los hijos respecto de los padres debe hoy contemplarse como el comportamiento exigible, desde el punto de vista ético y jurídico a quien en su día estuvo amparado, personal y patrimonialmente, por quien ahora no puede cubrir por sí sus necesidades, los ordenamientos actuales no deberían considerar como alimentantes a descendientes que no sean los propios hijos, dado que respecto de otros descendientes no existió un deber de mantenimiento. Podría argüirse, a favor de extender el deber de alimentos a los nietos respecto de sus abuelos, que es un hecho que en la sociedad española los abuelos colaboran con frecuencia en el cuidado y atención de los menores, y que imponer un deber de alimentos a los nietos respecto de sus abuelos en situación de necesidad sería la consecuencia lógica de plantear la obligación de alimentos como un deber jurídico que descansa en un deber ético de gratitud por el apoyo recibido en el pasado. Pero esta conclusión decae si se tiene en cuenta que el legislador no puede tomar en consideración la ayuda de los abuelos, que, a diferencia de la de los padres, no es una obligación legal, y que en consecuencia no puede presumir que se de en todos los casos. Por otra parte, ni siquiera en el supuesto de ser tal ayuda un hecho cierto y constatable, debe, a nuestro entender, imponerse a los nietos un deber de alimentos frente a sus abuelos, porque ello supondría gravar en exceso a personas jóvenes que con toda probabilidad se encuentran en el comienzo de su vida laboral, y limitar muy seriamente sus expectativas de desarrollo personal y de formación de su propia familia. Podría pensarse que este razonamiento vale igualmente para los hijos respecto de sus padres, y en efecto así es. La dificultad estriba, precisamente, en el hecho de que el deber de alimentos limita de hecho las posibilidades de desarrollo personal del alimentante; de ahí que deba restringirse todo lo posible. Por eso lo que proponemos es que cada generación soporte únicamente el “riesgo” de la situación de

insuficiencia económica de una generación de ascendientes (es decir, de los padres). Coherentemente con ello no vemos problema en admitir que el deber de alimentos se haga recaer sobre los nietos, pero únicamente en el caso en que no exista frente a los padres (por incumplimiento de sus deberes paterno-filiales) y siempre y cuando hayan sido los abuelos los que hayan atendido a sus nietos durante su minoría de edad.

Dado que también puede ocurrir que el cuidado de los menores haya estado a cargo de otros parientes, como tíos o hermanos, el legislador debe prever expresamente que, en tales casos, encontrándose luego éstos en situación de necesidad, surge a cargo de los sobrinos o hermanos que en la infancia recibieron de ellos los cuidados propios de los padres, la obligación de alimentos. La previsión expresa es necesaria, habida cuenta de que en esta materia no cabe la aplicación analógica, por virtud de lo ordenado en el art. 1090 Cc.

El deber de alimentos de los ascendientes habría que limitarlo, igualmente, a los de grado más próximo. Los únicos obligados serían los padres respecto de sus hijos, salvo que el sujeto en situación de necesidad sea un menor de edad, en cuyo caso cualquier ascendiente vendría obligado.

Fuera del caso de la minoría de edad, no parece posible justificar de modo convincente el deber de ascendientes que no sean de primer grado ¿Por qué los abuelos habrían de estar obligados a prestar auxilio económico a sus nietos mayores cuando los padres no puedan hacerlo? Durante la minoría de edad o incluso después de ella pero antes de que alcancen independencia económica, el deber puede contemplarse como un instrumento de protección de la infancia y la juventud. El interés superior del menor se antepone con toda lógica a la libertad y otros derechos fundamentales de los abuelos, que quedarían en cierto modo limitados con la imposición de un deber coactivo referido a sujetos con los que no les une en principio ninguna relación jurídica, pues ni han celebrado con ellos un negocio jurídico ni son los responsables de su generación.

Ahora bien, ¿y si los nietos son adultos y han alcanzado ya, o debían haberlo hecho, autonomía económica? En este caso sólo podría quedar justificada la decisión del legislador por la existencia de un deber ético de los abuelos respecto de los nietos, que no estamos seguros que pueda considerarse subsistente en la sociedad actual. Debe tenerse en cuenta que frente a los muchos casos en los que abuelos y nietos mantienen una muy estrecha relación, no son infrecuentes los supuestos en los que la relación es prácticamente inexistente⁸⁰⁰. Los vínculos de sangre no parecen suficientes para considerar que existe un deber moral por parte de los abuelos respecto de sus nietos, ni tampoco viceversa. Entender lo contrario supondría equiparar la relación abuelo-nieto a la relación padre-hijo, siendo así que son claramente distintas. Es por ello por lo que proponemos de *lege ferenda* que el deber de auxilio económico de los ascendientes tenga un alcance más restringido que el actualmente previsto en las leyes, y que se establezca sólo a cargo de los padres.

Por lo que se refiere a los hermanos, hay que tener en cuenta que actualmente el dato biológico de tener en común al menos a uno de los progenitores, no entraña necesariamente una proximidad afectiva ni consecuentemente la generalizada conciencia acerca de la existencia de un deber moral. Lo mismo cabe decir en el caso de los hermanos adoptivos. Creemos por ello que no deben ser obligados a prestar alimentos, aunque no hay que descartar que, en los casos en los que el necesitado sea un menor, se pudiera matizar esta solución por el legislador, quien podría dar relevancia a determinadas circunstancias a efecto de establecer o no la relación alimenticia. Habrían

⁸⁰⁰ Las razones de ello son diversas, aunque esta situación de alejamiento con frecuencia tiene que ver con el hecho de que los padres no convivan. Se produce entonces muchas veces un distanciamiento de los niños y jóvenes respecto de la familia del progenitor no custodio.

de ser, eso sí, circunstancias objetivas y fácilmente comprobables, como la vida en común de los hermanos durante un cierto número de años.

En definitiva, lo que se propugna es una restricción importante de los supuestos de obligación legal de alimentos, aunque cuando el alimentista sea un menor de edad debe mantenerse casi en su totalidad el régimen actual. Tratándose de un menor de edad en situación de necesidad proponemos que el deber de alimentos se haga recaer sobre los ascendientes de cualquier grado del necesitado, sin añadir ningún particular requisito o presupuesto a los generales de la obligación de alimentos. Pero conviene no perder de vista que ello no significa tratar a los abuelos, o en su caso bisabuelos, como si fueran los padres de los menores. Se trata, en efecto, de un deber distinto al que corresponde a estos, idea en la que conviene no dejar de insistir. Asimismo, y a falta de ascendientes, deben quedar obligados los hermanos, con la única matización de que no lo estarán si no han mantenido de hecho una relación fraternal.

En aplicación de las reglas anteriores, podría ocurrir que en un mismo caso coincidiesen como obligados uno o varios ascendientes y uno o varios descendientes, por lo que continuará siendo necesario adoptar criterios para determinar el orden entre ellos, cuestión ésta actualmente resuelta por el art. 144 Cc. Este precepto sitúa antes a los descendientes que a los ascendientes, lo que no es seguro que sea la solución más adecuada en todos los casos. Pensamos que no cabe establecer con carácter general cuál es la mejor respuesta a este problema, por lo que parece lo más razonable que el legislador no establezca un determinado orden, que podría resultar poco equitativo aplicado a situaciones concretas. Resultaría más adecuado, no obstante sus inconvenientes, que fuese el juez el encargado de establecer, caso por caso, quien habría de ser el obligado, aunque para paliar la inseguridad jurídica que ello conlleva, no estaría de más que se señalasen los criterios que al respecto se habrían de aplicar, tal y como hace el Código italiano al resolver esta cuestión (art. 442⁸⁰¹). La enumeración debe ser a título simplemente ejemplificativo.

Un problema distinto, pero que también necesita respuesta del legislador, es el de la concurrencia de dos o más personas (dos descendientes, dos ascendientes o dos hermanos) como deudores de alimentos. El art. 145 ordena la división de la deuda entre los varios obligados, en proporción a su caudal respectivo. Aunque la solución puede mantenerse como regla general, así como la excepción establecida en el párrafo segundo de dicho artículo, que contempla la posibilidad de que “en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales” el juez obligue a uno solo de los deudores a prestar íntegramente la cuantía de la deuda, “sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda”, quizás debería añadirse una excepción para el caso de ser el alimentista menor de edad; los obligados podrían ser entonces deudores solidarios.

En referencia a los presupuestos de la obligación de alimentos, sería conveniente dejar claro que la apreciación de la capacidad económica del sujeto legalmente obligado no debe hacerse en abstracto, considerando únicamente sus recursos, sino que también deben tenerse en cuenta las necesidades propias y, en su caso, la del cónyuge e hijos con derecho de mantenimiento, lo que en la práctica significa que, como no podía ser de otra manera, el derecho de éstos prevalece respecto del de los parientes con derecho de alimentos. Esta idea resulta actualmente de lo dispuesto en el art. 152, 2º, pero es preciso proclamarla con mayor claridad, sobre todo porque uno de los problemas que con más frecuencia se suscitan en la práctica es el de la coincidencia de varios sujetos con un derecho legalmente reconocido a obtener una pensión para satisfacer

⁸⁰¹ No obstante, los criterios establecidos en este texto legal, no servirían en el caso de adoptarse la solución que se propone acerca de los sujetos obligados a prestarse alimentos.

necesidades materiales (sea éste alimentos, mantenimiento o pensión compensatoria), sobre un mismo obligado, que no tiene sin embargo capacidad económica suficiente. Corresponde al legislador determinar qué sujetos o qué derechos tienen prioridad sobre otros.

No ofrece ninguna duda que el derecho de mantenimiento de los hijos menores o no independientes económicamente se debe anteponer al derecho de alimentos de los padres y de los hijos adultos, pero la cuestión resulta mucho más dudosa respecto de la pensión compensatoria, problema éste que se aborda más adelante, al hilo de las propuestas legislativas referidas a la pensión post-matrimonial.

Debe mantenerse, porque resulta necesaria, la norma que para proteger los intereses del alimentante impide que este pueda ser condenado a pagar alimentos previos a la reclamación del derecho. La única duda que se suscita en relación con esta cuestión es si la condena al pago de los alimentos debe hacerse desde el ejercicio judicial de la acción, que es la solución actual del art. 148 Cc, o si debiera bastar al efecto la reclamación extrajudicial, tal y como establece el art. 237-5 del Código civil catalán. La primera posibilidad resulta demasiado restrictiva y, lo que es más importante, no está del todo justificada. De lo que se trata es de evitar que el deudor de alimentos se vea sorprendido por la condena al cumplimiento de una obligación cuya existencia ignoraba, y esto no ocurrirá en el caso de que haya habido una previa reclamación, aunque sea extrajudicial, de los alimentos. Con este razonamiento parece que debería concluirse que la condena al pago de los alimentos debe alcanzar a los devengados desde la reclamación extrajudicial, en el supuesto de que esta haya tenido lugar. Sin embargo, quizás resulte una solución excesivamente dura para el obligado, que podría negarse al pago, no obstante ser requerido para ello por el acreedor, por entender que, en realidad, no tiene obligación de hacerlo. Téngase en cuenta que la concurrencia en los casos concretos de los presupuestos de la obligación legal puede resultar dudosa y discutible y que no sería equitativo que el sujeto al que se le exige su cumplimiento (extrajudicialmente) y se niega a ello en un momento dado, pueda ser condenado a su pago, quizás mucho tiempo después, con efecto desde aquella fecha. A ello hay que añadir que si ha transcurrido un tiempo considerable desde la reclamación extrajudicial sin que el sujeto con derecho a alimentos acuda a los tribunales, se genera en el obligado la confianza de que la acción no va a ser ejercitada; no parece acertado que, en tales casos, la sentencia tenga eficacia desde la fecha de la reclamación extrajudicial. Por todo ello estimamos que la fórmula que mejor resuelve y concilia los distintos intereses en juego es la adoptada por el Código civil italiano, y es la que proponemos para el futuro: el pariente legalmente obligado será condenado al pago de los alimentos desde la fecha de la reclamación judicial o desde la fecha de la reclamación extrajudicial, siempre que ésta última vaya seguida de una demanda judicial presentada en el plazo máximo de seis meses desde aquélla.

Otra cuestión concerniente a los alimentos que conviene que sea reformada es la relativa a las modalidades de cumplimiento. En el Derecho vigente se reconoce la facultad del deudor de elegir entre dos modalidades, que son el pago de una pensión, o la acogida en casa del obligado, pero hay razones de peso para eliminar esta última posibilidad como facultad del deudor y admitirla solo en caso de acuerdo de los sujetos de la relación alimenticia.

Al ocuparnos en el capítulo II del cumplimiento de la deuda alimenticia, expusimos las contradicciones que existen entre el art. 149 Cc y los principios constitucionales. La facultad de opción del sujeto pasivo de los alimentos atenta contra derechos fundamentales, como la libertad personal. Además de esta razón fundamental, pueden invocarse otras a favor de su supresión, como su escasa coherencia con las

sociedades actuales⁸⁰² o lo inadecuado que resultaría su imposición por el juez a petición del deudor de alimentos⁸⁰³.

El legislador catalán se ha decantado sin embargo por mantener la tradicional regla que confiere al deudor de alimentos la posibilidad de satisfacerlos “acogiendo y manteniendo en su casa a la persona que tiene derecho a recibirlos” (art. 237-10 Código civil catalán). Es verdad que se introduce una excepción: que esta persona “se oponga por una causa razonable o que la convivencia sea inviable”, lo que podría conducir en la práctica a un resultado idéntico al que aquí se propone, que es excluir esta modalidad de cumplimiento a falta de acuerdo de los dos sujetos de la relación obligatoria. Bastaría que el juez considerase que cualquier causa es *razonable*, que es lo que nosotros pensamos. Con todo, a pesar de que el art. 237-10 admita esta interpretación, con la que se resolvería la contradicción entre la facultad del deudor de alimentos a optar por el cumplimiento por acogida y el derecho a la libertad personal, la fórmula empleada por la ley catalana no es la ideal. Lo suyo es suprimir la facultad y recoger, en cambio, de modo expreso, la posibilidad de que, mediante acuerdo de las partes, se opte por el cumplimiento *in natura* de la deuda alimenticia; un acuerdo que debe estimarse revocable por cualquiera de las partes, con un preaviso suficiente a la otra.

El legislador tendría todavía que pronunciarse sobre otra cuestión relativa al cumplimiento de los alimentos: la de si admitir que, bien por decisión judicial, bien por acuerdo de las partes, se establezcan modalidades de cumplimiento distintas de la pensión periódica, como podría ser la entrega de un capital o de bienes o también la cesión del uso de bienes del obligado.

Creemos que únicamente esta última posibilidad resulta coherente con los principios que inspiran actualmente y deben continuar inspirando en el futuro el régimen jurídico de la obligación de alimentos entre familiares. La decisión del legislador de garantizar al acreedor de los alimentos la percepción tempestiva y suficiente de los medios materiales que este necesite para cubrir sus necesidades, exige rechazar como forma de cumplimiento la entrega de un capital en dinero o la transmisión de bienes determinados. Con ello no se garantizaría la cobertura en el futuro de las necesidades materiales del familiar con derecho a alimentos. En cambio, esta cobertura quedaría garantizada si se le cede temporalmente el uso y disfrute de un bien inmueble para vivir en él, o de un vehículo para satisfacer su necesidad de transporte, lo que consecuentemente debería admitirse, si lo propone el propio obligado; y ello, incluso, sin el titular del derecho prefiriese el pago en dinero.

En definitiva, debe establecerse como regla que la obligación de alimentos ha de cumplirse mediante pagos periódicos en dinero, los cuales se realizarán anticipadamente. Como excepciones a esa regla de naturaleza imperativa, se pueden introducir dos normas distintas: una primera, para permitir el cumplimiento mediante acogida en casa del alimentante si hay acuerdo de ambas partes, y una segunda para permitir que el juez, a solicitud del obligado, admita el cumplimiento en especie de la deuda alimenticia, que puede ser total o parcial. El cumplimiento en especie solo podrá consistir en la aportación de algún bien, mueble o inmueble, para su uso directo por el alimentado, siempre que con dicho uso se satisfaga de manera continuada y cierta alguna de sus necesidades materiales, como la vivienda o el transporte.

⁸⁰² Como ha señalado ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, el cumplimiento *in natura* es más propio de una economía agraria que del modo de vida de la sociedad industrial y urbana actual (*Curso...*, pág. 263).

⁸⁰³ Piénsese que el mero hecho de que exista un pleito entre alimentista y alimentante desaconseja el cumplimiento *in natura*. Así lo han observado autores como DELGADO ECHEVERRÍA, “Comentario...”, pág. 537.

Pasando al tema de la extinción, las causas legales de extinción del derecho de alimentos que están contenidas en los arts. 150 y 152 Cc deben completarse con una norma que ordene el cese de la obligación de dar alimentos por efecto del matrimonio o de la convivencia extramatrimonial del alimentista. La necesidad de esta norma es consecuencia inmediata de la supresión que se propugna del cónyuge como sujeto obligado a prestar alimentos, y del puesto que éste ocupa en el sistema vigente. Parece lógico que una obligación de alimentos en vigor se extinga cuando el acreedor contraiga matrimonio o inicie una convivencia *more uxorio*, de la misma forma que es lógico que la pensión compensatoria se extinga por tal causa (art. 101 Cc). La razón no es que haya un obligado preferente a los alimentos, sino la aparición de un sujeto, que bien está legalmente obligado a hacerse cargo del mantenimiento del hasta ahora receptor de los alimentos (caso del cónyuge), o que asume, *de facto*, tal deber.

En línea con lo anterior, y por la misma razón, un nuevo régimen jurídico sobre los alimentos entre parientes debería aclarar que no puede reclamar alimentos aquel sujeto que, aun no estando casado, mantenga una relación de convivencia análoga a la matrimonial, mientras que dure esta situación y el conviviente posea recursos económicos. Podría pensarse que ello es tanto como imponer al conviviente un deber de mantenimiento igual al que existe entre cónyuges, pero no es exactamente así, por cuanto que con una norma de este tipo no se reconoce un derecho subjetivo al mantenimiento a los convivientes; lo único que se hace es tomar en cuenta una situación fáctica que debe, sensatamente, incidir sobre los alimentos legales. Es la misma idea que subyace en el art. 101 Cc cuando ordena que la pensión compensatoria se extinga por la convivencia marital del acreedor con otra persona.

Por último, debería incluirse dentro del capítulo dedicado a los alimentos entre familiares, una norma que estableciese los efectos del pago de los alimentos realizado por un sujeto distinto del obligado. De esta cuestión se ocupa en el Derecho vigente el art. 1894,1º Cc, dentro de sección dedicada a la gestión de negocios ajenos. Dice el precepto que “Cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos”. Es unánime la crítica al requisito de la falta de conocimiento del obligado. Se argumenta que la consecuencia jurídica de la norma, el derecho del tercero que ha pagado, a reclamar los alimentos del obligado, debe aplicarse tanto si faltó el conocimiento del obligado como si no⁸⁰⁴. Sin duda alguna es así, lo que en una primera impresión, dificulta la comprensión del precepto. Pero éste cobra sentido si se entiende que, en realidad, la hipótesis que contempla no es exactamente la del pago realizado por un extraño sin *conocimiento* del obligado, sino, más exactamente, sin *mandato* del obligado, que es la expresión utilizada por el art. 1888, precepto en el que se describe la gestión de negocios ajenos. La ubicación del art. 1894 aconseja su interpretación desde la óptica de la figura de la gestión de negocios ajenos, porque de lo contrario carece de sentido el lugar en el que se encuentra incluido. En definitiva, creemos que el art. 1894 no limita el derecho de reembolso del pagador de los alimentos a los casos en que falta el conocimiento del obligado y que su razón de ser no es tanto reconocer la acción del gestor frente al *dominus negotii* como advertir de que el *animus donandi* no se presume en el pagador de alimentos, frente a lo que ocurría en el Derecho anterior a la publicación del Código.

Con todo, no cabe duda de que la redacción de la norma puede mejorarse y completarse, así como de que su ubicación debe ser otra. El legislador debe precisar cuáles son los efectos concretos que se derivan del pago de alimentos por un sujeto

⁸⁰⁴ SANTOS BRIZ, “Comentario...”, pág. 69.

distinto del deudor, pues para esta hipótesis no es acertado el régimen general del pago por tercero que resulta de los arts. 1158 y 1159 Cc. Conforme a ellos, el tercero que paga contra la expresa voluntad del deudor, “solo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago”. Habida cuenta de la finalidad de los alimentos, no es una solución adecuada, por lo que la doctrina siempre ha defendido y justificado la necesidad de una norma especial para este caso. Frente a la regla general que deniega la acción de gestión en los casos en los que hay prohibición del gestor, debe admitirse, incluso *prohibente domino*, cuando la actividad realizada por el gestor es el pago de una deuda alimenticia del *dominus*, excepción que debe mantenerse. Y también debe mantenerse la presunción del actual art. 1894 de que el tercero que satisface una deuda alimenticia ajena no actúa con ánimo de liberalidad⁸⁰⁵, sino con intención de reclamar lo pagado, incluso si es un familiar del alimentista.

III- PROPUESTAS EN MATERIA DE MANTENIMIENTO

Como resulta obvio, el legislador no podría limitarse a suprimir la referencia al cónyuge y a los hijos menores de edad dentro de la regulación de los alimentos entre familiares, sino que dicha supresión debería ir acompañada de la introducción de normas reguladoras del deber de mantenimiento en el ámbito de la relación conyugal y en el ámbito de la relación paterno-filial. Es preciso regular de modo completo, lo que no ocurre actualmente, el derecho-deber de mantenimiento en un caso y en otro.

Lo anterior no quiere decir que deba adoptarse necesariamente la misma sistemática que a propósito de los alimentos, esto es, que hayan de recogerse y sistematizarse en un mismo título o sección del Código todas las normas referentes a esta figura. Al objeto de no alterar la sistemática del Código, puede regularse por separado el deber de mantenimiento de los padres en situaciones de convivencia de éstos, y el deber de mantenimiento en los casos de no convivencia de los padres. Es lo que ocurre en la actualidad, aunque de manera absolutamente insuficiente: por una parte están las normas que, a propósito de las relaciones paterno-filiales recogen los deberes de los padres (arts. 154 y ss.), a las que se suma el art. 110 (incluido entre los efectos de la filiación); y por otra parte, las que tratan de los deberes paterno-filiales en las crisis matrimoniales (arts. 90 y ss.). Es la misma técnica seguida en el ordenamiento italiano, que, aunque discutible, se explica por razones históricas y seguramente no tiene sentido empeñarse en modificar, pues los inconvenientes de ello podrían ser mayores que las ventajas. Y en cuanto al derecho-deber de mantenimiento entre cónyuges, debe regularse en el capítulo destinado a los derechos y deberes de los cónyuges, por ejemplo, en el art. 72, actualmente vacío de contenido.

En lo referente al deber de mantenimiento entre cónyuges, bastaría aclarar que es un efecto del matrimonio y que no está ligado a una situación de necesidad, estando vigente mientras que no se produzca la separación judicial o recaiga sentencia de separación o divorcio. También sería de utilidad la introducción de una norma que impidiese una condena a su pago con eficacia retroactiva, que sería adecuada para las situaciones de separación de hecho. Además, el legislador tendría que dar respuesta a un problema ciertamente delicado, cual es el de la posibilidad de renuncia o exclusión mediante pacto del derecho-deber de mantenimiento en el ámbito de la relación matrimonial.

De entrada, podría pensarse que tal posibilidad debe descartarse, habida cuenta de la naturaleza indisponible del contenido de la relación matrimonial; pero no puede

⁸⁰⁵ Esta era, en cambio, la presunción que regía en las Partidas, que el Código civil eliminó (MANRESA y NAVARRO, *Comentario...*, t. XII, págs. 806 y 808).

ignorarse que para las situaciones de no convivencia es aconsejable admitir el juego de la autonomía de la voluntad. El legislador debe reconocer la posibilidad de que el cónyuge separado con derecho a exigir del otro una pensión de mantenimiento renuncie a ello, pues aun tratándose de un derecho que es contenido propio de la relación matrimonial, es de naturaleza estrictamente económica. Goza de cierta aceptación en la doctrina española la idea según la cual no cabría la renuncia en la medida en que la pensión fuera necesaria para vivir, pero es este un punto de vista que descansa en una opinión que no compartimos acerca del fundamento de la indisponibilidad de los alimentos, el de que con ellos se tutela el derecho a la vida.

Por lo que respecta al deber de mantenimiento de los padres, hay que empezar por un cambio terminológico, a fin de deslindar suficientemente alimentos y mantenimiento. Los arts. 154, 1º y 110 deben sustituir la expresión “alimentos” por “mantenimiento”. Esto ayudaría a que el aplicador del Derecho dejara de acudir al régimen jurídico de los alimentos.

Sería conveniente que a la consagración legal del deber de los padres de mantener a los hijos menores de edad contenida en el art. 154,1º, se añadiese una referencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad del hijo, a la necesidad de que tal derecho patrimonial se oriente a hacer efectivas las aspiraciones y capacidades de los menores.

Se echa de menos también una referencia en la ley al criterio de distribución entre los progenitores del deber de mantenimiento de los hijos. El criterio no puede ser otro que el de la proporcionalidad a los respectivos recursos económicos. La duda es si este criterio debe establecerse con carácter imperativo o dispositivo. Pensamos que el único motivo para excluir en este ámbito el juego del principio de autonomía de la voluntad sería el interés del propio hijo, que podría quedar perjudicado por efecto de las decisiones de sus progenitores. Para evitar tal cosa podría optarse por una solución como la establecida en el Derecho italiano, en el que se estiman válidos los pactos que modifiquen el criterio legal de la proporcionalidad, siempre que sean aprobados por el juez. Creemos, además, que sólo deben admitirse los pactos expresos y que el juez, ante cualquier pacto sometido a su aprobación en el que los padres se distribuyan entre sí el mantenimiento del hijo con arreglo a un criterio distinto de la proporcionalidad (por ejemplo, por partes iguales), debe comprobar que sus autores son conscientes de estar modificando el criterio legal y de quererlo así realmente.

Otro problema pendiente de solución en el Derecho positivo es el de las consecuencias jurídicas que deben producirse en los casos en los que el mantenimiento se haya afrontado en solitario durante un tiempo por uno de los progenitores. ¿Debe reconocerse a éste una acción de reembolso frente al otro? Creemos que la respuesta no debe ser la misma en todos los casos, sino que deben distinguirse varias hipótesis:

Si sólo uno de los progenitores se encargó del mantenimiento del hijo por no estar determinada legalmente la filiación respecto del otro, la respuesta debe ser negativa. No se puede hacer recaer sobre el padre el deber de mantener a un hijo cuya existencia no conocía; además, de optarse por esta solución, se desincentivaría el reconocimiento de hijos o el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por parte del progenitor. Parece razonable, no obstante, que si la filiación se determina judicialmente, el padre esté obligado al mantenimiento del hijo desde la fecha de presentación de la demanda.

Si la filiación estaba determinada respecto de los dos progenitores, la solución debe ser la contraria; no hay entonces ignorancia o desconocimiento por parte del progenitor incumplidor, de manera que hay que aplicar las reglas generales sobre el

cumplimiento de las obligaciones por un sujeto distinto del deudor y reconocer al que ha cumplido una deuda ajena un derecho a recuperar lo pagado.

Deberían asimismo abordarse, en una eventual reforma legislativa, cuestiones como la del mantenimiento de los menores adoptados que continúan jurídicamente vinculados a la familia anterior, por disponerlo así el art. 178,2 Cc, y la del mantenimiento de los menores en régimen de acogimiento. En ambos casos se plantea un problema de coincidencia temporal de varios sujetos obligados al mantenimiento de los menores, al menos aparentemente, que no está resuelto. En el caso del adoptado, no hay problema alguno cuando el padre adoptivo se sume a un solo progenitor biológico, pero sí en cambio en los demás casos. La solución que parece razonable es entender que el deber de mantenimiento del progenitor biológico es subsidiario respecto del deber del padre adoptivo. En el supuesto de los menores en régimen de acogimiento habría que aclarar que, en sentido propio, el deber de mantenimiento corresponde únicamente a los padres, los cuales continúan obligados a proporcionar a su hijo los recursos materiales que éste necesite para vivir; de este modo se elimina cualquier estímulo para que los padres provoquen con su conducta el acogimiento. El deber de los padres de acogida no es un deber de mantenimiento propiamente dicho, sino tan sólo el deber de procurarle al menor (que no costear) lo necesario para vivir. Esto quiere decir que tienen acción frente a los progenitores para reclamarle lo gastado en el mantenimiento del menor acogido.

Uno de los aspectos de mayor relevancia práctica de los que suscita el mantenimiento de los hijos es el de su cumplimiento en el caso de que los padres no convivan. Contrasta de modo notorio con dicho interés práctico la escasa atención que le presta la ley española. El art. 90 Cc se limita a mencionar los alimentos entre los extremos que han de ser contenido del convenio regulador de la separación o el divorcio consensuales, y el art. 93 ordena al juez determinar, en todo caso “la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos” y adoptar las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”, añadiéndose en un segundo párrafo, una previsión específica sobre los alimentos de los hijos mayores de edad.

Son disposiciones necesarias pero absolutamente insuficientes para resolver eficazmente la problemática que suscita el mantenimiento de los hijos tras las crisis matrimoniales o, en general, en los supuestos de no convivencia de los padres. Es como si se hubiera pensado que el régimen jurídico de la obligación de alimentos entre parientes ofreciese todas las respuestas. Pero nada más lejos de la realidad porque, si bien es cierto que en los alimentos regulados en los actuales arts. 142 a 153 están incluidos los “alimentos” de los padres respecto de sus hijos menores de edad, no hay en ellos disposiciones específicas para el caso de no convivencia de los progenitores.

Puede comprenderse, hasta cierto punto, que el legislador, en el año 1981, no fuese consciente de que el régimen jurídico de la obligación de alimentos entre parientes, ni era suficiente, ni era del todo adecuado para los hijos menores cuyos padres se separaban o divorciaban, pero no es en absoluto excusable que no se remediase este olvido con ocasión de la reforma del Código civil llevada a cabo por la ley 15/2005, máxime porque en ella se modificó el art. 92 Cc, sobre la guarda y custodia de los hijos, asunto éste estrechamente vinculado al del mantenimiento.

Cuando los padres conviven, el deber de mantenimiento que les corresponde respecto de sus hijos menores, se cumple de manera directa, es decir, mediante la adquisición por parte de los padres de los bienes y servicios que el hijo necesita. Pero cuando los padres no conviven, puede ocurrir que el mantenimiento sea indirecto. Así ocurrirá si se establece un sistema de guarda unilateral del menor, pues entonces el

progenitor no conviviente cumple su deber de mantenimiento mediante el pago de una pensión periódica destinada al hijo. Y también puede ocurrir si se establece un sistema de guarda compartida o alternada, situación que no excluye *per se* el pago por uno de los progenitores al otro de una pensión para el mantenimiento del hijo, habida cuenta de que el deber de contribuir al mantenimiento es proporcional a los recursos de los padres y de que la atención y cuidado del hijo pueden atribuírselos con diferente intensidad, lo que incide igualmente sobre la medida en la que han de aportar recursos económicos para la atención de las necesidades del menor.

El art. 92 declara en su número primero que “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”. Aunque los ocho números restantes de este precepto versan únicamente sobre el deber de los padres de cuidar a sus hijos, no es dudoso que la declaración reproducida abarca también los deberes patrimoniales y por lo tanto el mantenimiento. Y es llamativo que el legislador, que como no podía ser de otro modo, es bien consciente de que la separación, la nulidad y el divorcio, exigen previsiones específicas sobre la guarda de los hijos, haya olvidado en cambio que ocurre exactamente lo mismo con el deber de mantenimiento. El deber de los padres de mantener a los hijos menores subsiste, desde luego, no obstante el cese de la convivencia, pero es claro que no podrá ya cumplirse del mismo modo. La forma de cumplimiento que se adopte vendrá condicionada por la guarda y custodia, aparte, claro está, de por la capacidad económica de los obligados y las necesidades del hijo, lo que no es una particularidad de las situaciones de falta de convivencia de los progenitores.

La determinación de ambas cuestiones, la guarda del menor, por un lado, y su mantenimiento, por otro, es un asunto que debe quedar en principio en manos de los propios padres, si bien los acuerdos de éstos deberán ser aprobados judicialmente, lo que resulta necesario para garantizar la protección del menor. A falta de acuerdo de los padres, la decisión le corresponde al juez; pero éste no actuará con absoluta libertad, sino que deberá respetar los criterios establecidos por el legislador al respecto. En el Derecho español, hay criterios sobre la guarda y custodia (los del art. 92 Cc), pero hay una auténtica laguna legal en lo referente al mantenimiento, situación que urge resolver. El art. 93 ordena al juez “determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos”, lo que en la práctica ha consistido, en los casos de custodia unilateral, en la mera cuantificación de una pensión “alimenticia” a cargo del progenitor no custodio, que no es exactamente lo que exige la ley y sería deseable que ocurriera. Pero es que, además, faltan los criterios que debe aplicar el juez para la efectividad del deber de mantenimiento de los padres en los casos de custodia compartida.

Debiera pues disponerse, en el propio artículo 93, que en todos los casos en los que los padres no convivan y a falta de acuerdo de estos, el juez fijará la proporción en que cada uno de ellos debe contribuir al mantenimiento del hijo, teniendo en cuenta al efecto: los recursos económicos y la capacidad de trabajo de los padres, las necesidades del hijo, las aportaciones en especie realizadas en su caso por los padres y el tiempo de permanencia con cada uno de ellos con el menor. Quizás no estaría de más que se añadiese una mención al nivel de vida mantenido por el hijo durante la convivencia de los padres, aunque su utilidad sería relativa, dado que con frecuencia no es posible mantener tras la ruptura el *status* anterior; pero al menos funcionaría a modo de advertencia de que los padres no pueden contentarse con procurar a sus hijos lo estrictamente necesario para su subsistencia.

El porcentaje que se fije en aplicación de los citados criterios habrá de ser utilizado no sólo como criterio de distribución de los gastos ordinarios, sino también de

los extraordinarios que pudieran presentarse, quedando así establecida una referencia para el futuro.

Es claro que la fijación del porcentaje con el que cada uno de los progenitores debe contribuir a la satisfacción de las necesidades del hijo no es suficiente en aquellos casos en los que los padres no hayan logrado un acuerdo; deberá acompañarse de una previsión de la fórmula mediante la cual se van a efectuar algunos de los gastos que origine el hijo, como pueden ser el colegio, tratamientos médicos, actividades deportivas, clases particulares, viajes o transporte. A tal fin podría resultar útil, en el caso de que tales gastos sean significativos, la apertura de una cuenta corriente para su pago, cuenta en la que los padres realizarían mensualmente la aportación de la cantidad que se fijase, la cual, en contra de lo que muchas veces parece entenderse, no tiene que distribuirse por partes iguales, ni siquiera en el caso de que los tiempos de permanencia del hijo con uno y otro progenitor sean idénticos. Para establecer la cantidad que cada padre debe aportar es preciso tener en cuenta, además, los recursos económicos de cada uno de los obligados y, en su caso, la aportación del uso de la vivienda si estuviese costeadada por uno sólo de los progenitores o por ambos, pero de manera no proporcional. Obviamente, caben otras fórmulas distintas de la constitución de un fondo patrimonial para hacer frente a los gastos que origine el hijo, como puede ser la distribución de los gastos entre los progenitores o que uno de ellos los afronte en su totalidad de modo directo pero percibiendo del otro la pensión periódica que se establezca. Lo importante es que, sea cual sea la fórmula que se adopte, se respeten los criterios legales. Y estos criterios deben ser la proporcionalidad de los recursos económicos, el tiempo de convivencia con cada uno de los progenitores y las aportaciones que este realice para atender de modo directo las necesidades del menor. Al respecto ha de tenerse en cuenta que la aportación directa a las necesidades del hijo será más elevada cuanto mayores sean los tiempos de permanencia, dado que la manutención se afrontará por el progenitor con quien el hijo conviva en cada momento.

El legislador debe dejar claro, y esta es la idea más importante, que incluso en los supuestos de guarda compartida, que en un futuro inmediato pueden convertirse en la regla general también en Derecho español, puede ser necesario fijar una pensión de mantenimiento a favor del hijo, que uno de los padres satisfará al otro. Y debe establecerse que su pago se realice en todo caso con una periodicidad mensual y anticipadamente, sin que se admitan otras modalidades de cumplimiento, como el pago de una cantidad única.

Un supuesto que necesita sus propias previsiones normativas, debido a su especificidad, es el del mantenimiento de los hijos mayores de edad. En estos casos el legislador tiene que plantearse y resolver la cuestión de si, además del hijo, debe estar legitimado para exigir la fijación y el pago de la pensión de mantenimiento, el progenitor con el que el hijo conviva. A la vista de la realidad social de nuestro país, continúa siendo la más adecuada la respuesta positiva, no obstante su excepcionalidad. Debe, pues, mantenerse la norma del actual art. 93,2º Cc, cuya redacción habría de mejorarse para que quede clara esta excepcional legitimación, incluso fuera del proceso matrimonial. Y habría que suprimir, porque ya no sería adecuada, la remisión al régimen jurídico de los alimentos.

En otro orden de cosas, sería conveniente que la ley declarase expresamente la naturaleza irrenunciable e indisponible del derecho de mantenimiento del hijo, advirtiéndose de que, sin embargo, el progenitor no puede ser condenado a satisfacer cantidad alguna, en concepto de mantenimiento, al hijo, sino desde la fecha de la presentación de la demanda; todo ello sin perjuicio del reconocimiento del derecho del progenitor que hubiese mantenido en exclusiva al hijo de obtener del otro las cantidades

con las que éste hubiese debido contribuir a las necesidades del hijo, en aplicación del criterio de la proporcionalidad.

Asimismo habría que añadir un precepto que dispusiese que la obligación de mantenimiento de los padres se extingue por efecto del matrimonio del hijo y cuando éste alcance o haya debido alcanzar independencia económica, debiendo también aclararse que el deber de mantenimiento no cesa en ningún caso durante la minoría de edad del hijo, ni siquiera si éste se encuentra en situación de acogimiento legal.

Por último, las previsiones normativas anteriormente relacionadas habrían de quedar completadas con una norma que impusiese al progenitor no casado un deber de contribuir al mantenimiento de la madre durante el embarazo. Este deber surgiría con independencia de cuál fuese la situación económica de la madre, dado que se establecería en atención al *nasciturus*. Por supuesto que no hay que descartar la posibilidad de que la madre esté en situación de necesidad, en cuyo caso el padre no tendrá un mero deber de contribución, sino un deber de sufragar todas las necesidades de la madre durante la gestación⁸⁰⁶.

IV- PROPUESTAS SOBRE PENSIÓN POST-MATRIMONIAL

Ante todo, resulta imprescindible que el legislador español distinga la pensión compensatoria de la compensación por el trabajo. Una cosa es la compensación por el trabajo realizado por uno de los cónyuges a favor de otro durante la etapa de la convivencia matrimonial, y otra distinta la pensión post-matrimonial propiamente dicha, llamada en el Derecho español pensión compensatoria. Pese a sus diferencias, ambas se encuentran actualmente contenidas en el art. 97 Cc, lo que genera bastante confusión, una confusión a la que urge poner remedio, mediante la adopción de una sistemática distinta. Porque, independientemente de cuál sea la naturaleza de la pensión compensatoria, lo que está claro es que debe diferenciarse de la compensación (esto es, retribución) por el trabajo realizado por un cónyuge a favor del otro, por más que sea presupuesto de una y otra el desequilibrio económico.

La compensación por el trabajo debe reconocerse a favor del cónyuge que haya trabajado para el otro, sin obtener por ello una retribución o con una retribución insuficiente⁸⁰⁷. Ha de haber prestado colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge (art. 97,5ª Cc), o lo que es lo mismo, ha de tratarse de un trabajo no doméstico, dado que el trabajo doméstico se compensa, en su caso, conforme a lo preceptuado en el art. 1438 Cc.

Surge la duda de si la compensación por el trabajo debe reconocerse exclusivamente para el caso de que el matrimonio hubiera estado sometido al régimen de separación de bienes o si, por el contrario, ha de alcanzar al matrimonio en régimen de gananciales. La respuesta a esta pregunta nos dará la clave, además, acerca de la ubicación que resultaría más idónea para esta norma.

El legislador catalán ha reconocido la compensación por el trabajo únicamente al cónyuge que estuviera en régimen de separación y la ha contemplado como una norma de liquidación del régimen económico del matrimonio (cfr. art. 232-5 Código civil

⁸⁰⁶ El Derecho alemán reconoce a la madre gestante no casada con el padre de su hijo un derecho de alimentos, pero con una duración diferente: seis semanas antes del parto y ocho semanas posteriores al nacimiento del hijo, lo que revela una *ratio* distinta a la que subyace en nuestra propuesta. Todo parece indicar que el deber de alimentos reconocido por el BGB a la madre embarazada atiende a la idea de que durante los plazos legales no puede trabajar. Sobre este supuesto en concreto, *vid.* DE TORRES PEREA, "La reforma...", págs.77-78.

⁸⁰⁷ En estos términos se expresa el art. 232-5 2 del Código civil catalán.

catalán), lo que resulta plenamente acertado, por cuanto que en los regímenes de comunidad se hacen comunes a los cónyuges los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de ellos (art. 1347 Cc), bienes que les serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad de gananciales, tal y como dispone el art. 1344. Quiere esto decir que cuando el régimen es de comunidad no es necesario prever una compensación a favor del cónyuge trabajador, dado que éste percibirá la mitad de los bienes gananciales. Pero si el régimen es de separación de bienes, las cosas son distintas. Hace falta una norma que reconozca el derecho a ser compensado por el trabajo realizado sin retribución o con una retribución insuficiente a favor del otro cónyuge, en el caso de que en el momento de extinción del régimen se compruebe que éste último ha obtenido un incremento patrimonial mayor⁸⁰⁸. El fundamento de esta norma es “el desequilibrio que produce entre las economías de uno y otro cónyuge el hecho de que un cónyuge realice una tarea que no genera excedentes acumulables y el otro cónyuge por el contrario realice una tarea que sí genera excedentes acumulables”⁸⁰⁹. Es exactamente lo mismo que ocurre en relación con el trabajo doméstico realizado en exclusiva por uno de los esposos cuando el régimen del matrimonio es el de separación⁸¹⁰; de ahí que la ubicación oportuna de la norma sea el régimen de separación de bienes.

El derecho del cónyuge a obtener una retribución por el trabajo realizado para el otro, que descansa en la idea según la cual el *animus donandi* no se presume, debe hacerse efectivo, no en el momento de la crisis matrimonial, como parece dar a entender el legislador español al incluir tal posibilidad entre los efectos de la nulidad de la separación o el divorcio, sino en el momento de liquidación del régimen matrimonial. Y esta liquidación, como es sabido, no es solo un efecto de la sentencia de separación, nulidad o divorcio (art. 95,1º Cc), sino que se realiza también cuando el matrimonio se extingue por muerte de uno de los cónyuges, y siempre que se produzca un cambio de régimen.

No estamos de acuerdo con quienes sostienen que el reconocimiento del derecho a obtener una compensación por el trabajo encaja mal en el contexto del régimen de separación de bienes⁸¹¹, lo que es predicable de la compensación por el trabajo doméstico, pero no en cambio de la compensación por el trabajo profesional. El objetivo de esta última no es proteger al cónyuge económicamente débil, sino aplicar el principio según el cual toda actividad laboral origina el derecho a una retribución y no se presume efectuada con ánimo de liberalidad, ni siquiera si se realiza entre familiares. La particularidad de la hipótesis estriba en que la relación obligatoria que origina el trabajo surge entre dos personas que están casadas y por lo tanto, legalmente obligadas a contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio. La relación conyugal y el deber de contribución explican que el acreedor no haga valer su derecho de crédito durante la vigencia del régimen y en general mientras no se origine una crisis matrimonial. Por eso, el legislador, consciente de ello, le debe permitir hacerlo cuando el régimen cese, sin que constituya un obstáculo para ello el tiempo transcurrido. Nótese cómo, en último término, el reconocimiento del derecho a obtener la compensación al finalizar el régimen económico del matrimonio es una excepción al régimen de la prescripción. El derecho a ser retribuido por el trabajo podría haber prescrito, lo que no resultaría aceptable. Es totalmente lógico que en atención a la relación matrimonial

⁸⁰⁸ Las expresiones que se emplean en el texto son las utilizadas por el art. 235 del Código civil catalán.

⁸⁰⁹ PUIG BLANES, Comentario..., pág. 310.

⁸¹⁰ Para más detalles puede consultarse nuestro trabajo “La compensación...”.

⁸¹¹ PUIG BLANES, Comentario, pág. 310.

existente entre acreedor y deudor se derogue el régimen general de la prescripción de los derechos de crédito⁸¹².

Propugnamos, en suma, que se incluya dentro de los preceptos que el Código civil dedica al régimen de separación de bienes, una norma en la que se reconozca el derecho del cónyuge que ha trabajado para el otro a obtener una compensación por su trabajo, siempre y cuando se constate, en el momento de finalización del régimen, que durante el mismo, el cónyuge que se benefició del trabajo generó un patrimonio superior al adquirido por el trabajador. Este hecho indicará que una parte de la actividad en su día realizada (o más exactamente de su valor económico) no se habrá destinado a la satisfacción de las necesidades familiares, a las que ambos cónyuges deben contribuir. Sólo en este caso, el cónyuge que haya realizado una actividad a favor del otro tiene derecho a una compensación. Dicho de otra forma, el desequilibrio patrimonial en el momento de extinción del régimen debe ser presupuesto de la compensación, como también, por las mismas razones, de la compensación por el trabajo doméstico. Pero no por ello deben equipararse absolutamente ambas figuras, porque, pese a sus aspectos comunes, presentan también diferencias. En concreto, mientras que la compensación por el trabajo profesional no es, en último término, sino aplicación a una hipótesis concreta del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto, no sería exacto decir lo mismo de la compensación por el trabajo doméstico, pues la situación a la que da respuesta no sería subsumible en la doctrina del enriquecimiento injusto. Faltaría un requisito para ello, el de la falta de causa. Piénsese que las capitulaciones matrimoniales mediante las cuales los cónyuges deciden someterse al régimen de separación constituirían la causa o fundamento jurídico del enriquecimiento.

Aparte de incluir la compensación por el trabajo dentro de la normativa del régimen de separación de bienes, la gran cuestión a la que tiene que enfrentarse el legislador, y ahora sí, dentro de la regulación de los efectos de la separación, la nulidad y el divorcio, es la de determinar en qué casos está justificado, hoy en día, que tras la nulidad, la separación o el divorcio, uno de los cónyuges quede obligado por ley a mantener, total o parcialmente, al otro. Es un asunto complejo. Establecido esto, habrá que pasar a decidir cuándo esta obligación debe tener carácter indefinido y cuándo carácter temporal, así como el resto de cuestiones atinentes a la prestación, tales como los criterios para la fijación de su cuantía, su posible modificación o las causas de extinción.

El principio que debe inspirar esta materia es el principio de autosuficiencia económica, esto es, la idea de que los sujetos adultos deben, como regla, atender por sí mismos a la satisfacción de sus necesidades materiales. El hecho de que dos personas hayan estado casadas no es suficiente para que, tras el cese de la relación matrimonial, exista una obligación de mantenimiento, dado que habrá cesado el deber de auxilio económico que es contenido del matrimonio. Es claro, pese a todo, que pueden encontrarse razones que aconsejen, todavía hoy, que el legislador imponga a uno de los *ex* cónyuges el deber de contribuir al mantenimiento del otro, o incluso de hacerse cargo absolutamente de él. Y creemos que, al igual que ocurría en referencia a los alimentos, las razones que debe tener en cuenta el legislador al respecto, no han de ser estrictamente jurídicas, sino que la función del legislador en este tema debe ser, en parte, la de trasladar a las leyes las soluciones que en cada momento histórico vengán avaladas por la opinión social imperante.

Piénsese que desde el punto de vista jurídico, el argumento sería que el matrimonio extiende sus efectos a las situaciones post-conyugales, lo que habría sido

⁸¹² Así lo sostuvimos en nuestro anterior trabajo “La pensión...”, págs. 164 y 165.

aceptado por los sujetos que voluntariamente lo contraen. Contraer matrimonio, puede razonarse, es aceptar el contenido de derechos y obligaciones que las leyes atribuyen a este negocio jurídico, algunos de los cuales no cesan pese a la nulidad, la separación o el divorcio. Siendo ello correcto, lo que no cabe es considerar que el legislador tiene carta blanca para prolongar entre *ex* cónyuges el deber de asistencia material característico del matrimonio. Pero no hay inconveniente, en cambio, en que las leyes impongan este deber, incluso tras el cese de la relación matrimonial, si se encuentra un motivo suficiente para ello. Aquí es donde está la clave de la cuestión, dado que la determinación de qué motivos son suficientes y cuáles no, exige tomar en consideración, además de los razonamientos estrictamente jurídicos, la opinión social. Cualquier deber de mantenimiento post-conyugal reconocido en la ley ha de ser, bien reflejo de un deber ético (al igual que en el caso de los alimentos), bien compensación por un sacrificio o renuncia personal realizada en interés de la familia, bien contraprestación o contrapartida por una tarea que, correspondiéndole realizar a uno de los *ex* cónyuges, es afrontada por el otro.

Con la afirmación anterior han quedado ya apuntados los casos para los que se propone *de lege ferenda* el reconocimiento del derecho a obtener una pensión post-conyugal, coincidentes en cierta medida con los casos en los que el vigente Derecho alemán reconoce alimentos al cónyuge divorciado (arts. 1569 a 1586b BGB)⁸¹³, lo que no quiere decir que compartamos plenamente, para nuestro ordenamiento jurídico, las soluciones del BGB, que, aparte de otras objeciones, estimamos excesivamente casuísticas.

La pensión post-matrimonial debería reconocerse por la ley, para los casos de separación, nulidad o divorcio, en tres supuestos, que conformarían una lista cerrada y cuyo carácter de excepción al principio de autosuficiencia económica debería proclamarse con rotundidad:

1º- A favor del cónyuge que se encuentre en el momento de la ruptura en situación de necesidad.

2º- A favor del cónyuge que en el momento de la ruptura posea una capacidad de obtención de recursos inferior a la del otro, siempre que se pruebe o pueda deducirse que ello se debe a decisiones adoptadas durante la etapa matrimonial. Esta pensión compensatoria corresponderá igualmente al progenitor que tras la sentencia de nulidad, separación o divorcio, se haya ocupado en exclusiva o de manera prioritaria del cuidado de hijos menores de edad, una vez extinguida la pensión concedida por esta causa.

3º- A favor del cónyuge que, de común acuerdo, se haga cargo, tras la ruptura, exclusiva o prioritariamente, del cuidado de los hijos comunes de corta edad, discapacitados, o necesitados de una atención continuada. Esta pensión retributiva corresponderá igualmente al progenitor no casado que se ocupe en exclusiva o prioritariamente de los hijos que se encuentren en alguna de las situaciones mencionadas.

Los supuestos no deben preverse como cumulativos, sino como excluyentes unos de otros, debiendo señalarse en la sentencia cuál es la causa legal concreta de concesión de la pensión. Ello es importante, no sólo como instrumento de control de la adecuación de la decisión judicial a la ley, sino porque el régimen jurídico, y muy en particular las causas de extinción, varían de unos casos a otros.

Puede ocurrir, desde luego, que se den situaciones concretas subsumibles en más de un supuesto legal, lo que exigirá soluciones legislativas específicas.

⁸¹³ Una exposición detallada del Derecho alemán puede verse en DE TORRES PEREA, “La reforma...”, págs. 67-100.

Una vez enumerados los tres supuestos, pasamos a explicarlos por separado, lo que servirá para poner de relieve la distinta *ratio* a la que responden. Además, este distinto fundamento conlleva una diversidad de regímenes jurídicos. Cuestiones tales como los criterios para la fijación del importe de la pensión, la posibilidad de modificación durante su vigencia, o las causas de extinción, requieren distinto tratamiento.

La pensión a favor del cónyuge que se encuentre en situación de necesidad sería, lisa y llanamente, un deber jurídico avalado por un deber ético. Pensamos que es una opinión generalizada en nuestra sociedad que si la ruptura matrimonial provoca en uno de los cónyuges una situación de necesidad, como ocurrirá fundamentalmente cuando uno de los esposos no realice una actividad laboral o tenga ingresos suficientes para vivir dignamente, el otro está moralmente obligado a procurarle apoyo económico. A ello hay que añadir que resulta claramente más equitativo que en tal situación sea su cónyuge y no uno de los parientes legalmente obligados al pago de alimentos, el que le auxilie económicamente, siempre y cuando, claro está, posea suficientes recursos para hacerlo⁸¹⁴.

Como puede verse, los presupuestos de esta pensión son los mismos que los de los alimentos: un estado de necesidad, que se valorará con arreglo a criterios objetivos, y la capacidad económica del obligado. Pero esto no quiere decir que la pensión post-matrimonial deba quedar sometida al régimen jurídico de la obligación de alimentos entre parientes. El derecho a los alimentos surge en cualquier momento a favor del sujeto en situación de necesidad, mientras que el derecho a la pensión post-matrimonial nacería únicamente a favor del cónyuge que en el momento de la ruptura se encuentre en situación de necesidad. Los presupuestos del derecho, que son el estado de necesidad de un cónyuge y la capacidad económica del otro, tendrían que concurrir precisamente entonces, siendo irrelevantes a estos efectos si surgen con posterioridad.

Una cuestión que no debe confundirse con la del momento en el que tienen que darse los requisitos del derecho, es la del momento de su ejercicio. Lo coherente con la finalidad de esta pensión, que es cubrir las necesidades vitales del acreedor, es exigir que el derecho se haga valer en el procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio, que es lo que de hecho viene ocurriendo en nuestro país con la pensión por desequilibrio del art. 97 Cc. Corresponde al legislador resolver de modo expreso la cuestión de la posibilidad de ejercitar el derecho en un procedimiento de divorcio si no se ha hecho en el anterior procedimiento de separación. No es un asunto de fácil solución, habida cuenta de los intereses en conflicto, pero nos inclinamos por la solución adoptada por el legislador catalán, que permite únicamente que el derecho a la “prestación compensatoria” se solicite “en el primer proceso matrimonial” (art. 233-14, 1 del Código civil catalán).

La pensión por causa de necesidad de uno de los cónyuges podría establecerse con carácter temporal o con una duración pre-fijada en la sentencia, dependiendo de las circunstancias. Aunque la decisión de la modalidad a aplicar quede en manos del juez, pues no puede ser de otro modo, pensamos que en aplicación del principio de autosuficiencia económica, debe instaurarse como regla general la pensión de duración determinada, debiendo permitirse las pensiones indefinidas únicamente cuando, debido a las circunstancias concurrentes, pueda suponerse, con un alto grado de probabilidad,

⁸¹⁴ Esta opinión ya la expresamos en nuestro anterior trabajo “La pensión...”, pág. 152, y ha sido secundada por UREÑA MARTINEZ, M. en dos publicaciones distintas, “Pensión de viudedad, pensión compensatoria y principio de igualdad”. *Revista de Derecho de Familia*. 2011, n. 50, pág. 60, y *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad*. Navarra: Aranzadi, 2011, pág. 94, en las cuales reproduce literalmente nuestra opinión, aunque sin citarnos.

que el acreedor de la pensión no va a salir del estado de necesidad en el que se encuentra en el momento de dictarse la sentencia de separación, nulidad o divorcio. Las circunstancias a las que no referimos serán, fundamentalmente, la edad del acreedor de la pensión, su estado de salud, su cualificación profesional y las posibilidades que ofrezca el mercado de trabajo, así como la duración de la convivencia conyugal.

La relevancia a estos efectos de la duración de la convivencia se explica porque el deber ético de prestar apoyo económico a la persona con la que se estuvo casada, si ésta no puede mantenerse por sí misma, se estima más o menos intenso, siempre según opinión generalizada, dependiendo de la duración, no tanto del matrimonio, como de la convivencia conyugal. Téngase en cuenta que ambas pueden no ser coincidentes y que con frecuencia la convivencia se inicia antes de la celebración del matrimonio y también habitualmente se interrumpe antes de la sentencia que certifica la ruptura conyugal.

Es importante destacar que el cónyuge separado o divorciado no tiene derecho a esta pensión *mientras* que esté en estado de necesidad, como ocurre con los alimentos, sino que tiene derecho a percibirla *si* la ruptura matrimonial lo coloca en situación de necesidad, pero sólo durante el tiempo señalado por la sentencia.

Para la determinación de la cuantía de la pensión resultan adecuados y suficientes los criterios que se aplican para la fijación de la deuda alimenticia. Cuando la pensión se conceda a favor del cónyuge en situación de necesidad, habrán de tenerse en cuenta las necesidades del beneficiario y la capacidad económica del cónyuge obligado. Las necesidades del acreedor de la pensión vendrán determinadas por una serie de factores como la edad, el estado de salud, la titularidad o disfrute de bienes, la percepción de rentas, o el ejercicio por su parte de alguna actividad remunerada. Y la capacidad económica del deudor vendrá determinada no sólo por la capacidad (concreta, no teórica) para obtener ingresos, sino también por la existencia, en su caso, de hijos a los cuales esté obligado a mantener y que habrán de tener prioridad sobre el cónyuge separado o divorciado⁸¹⁵.

No son trasladables a la pensión post-matrimonial por causa de necesidad las reglas sobre la posible modificación de la cuantía de la pensión que rigen a propósito de los alimentos. Mientras que el acreedor de alimentos tiene derecho a exigir un aumento de la prestación si el obligado mejora de fortuna, ello no podría hacerlo en ningún caso el titular de la pensión. La razón de esta diferencia es que el acreedor de la pensión no debe beneficiarse de una posición económica obtenida por su cónyuge con posterioridad a la ruptura matrimonial. De hecho, así se viene entendiendo actualmente en nuestro país, a pesar de los términos amplios con que se expresa el art. 100 Cc. Y sería oportuno aprovechar una eventual reforma del régimen jurídico de los efectos de la nulidad, la separación y el divorcio, para mejorar la redacción de la norma y precisar que las alteraciones sustanciales que pueden dar lugar a la modificación de la pensión han de ser, bien la reducción de los medios económicos del deudor (pero nunca su incremento), bien la mejora (que no el empeoramiento) de la posición económica del obligado.

Como causas de extinción de la pensión concedida por razón de necesidad, se deberían mencionar de modo expreso, aunque sin ánimo exhaustivo, las siguientes: la desaparición de la situación de necesidad del acreedor, la insuficiencia patrimonial sobrevenida del deudor (que puede estar causada, por ejemplo, por el surgimiento de

⁸¹⁵ Dispone en este sentido el art. 233-14.1 del Código civil catalán que “El cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicado, tiene derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio, ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, *teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario* [...]”. También el BGB da prioridad a los hijos respecto del *ex* cónyuge (*Vid.* DE TORRES PEREA, “La reforma...”, págs. 83-86).

nuevas obligaciones familiares), la pasividad o desinterés del acreedor por llevar a cabo una actividad retribuida o incrementar sus recursos económicos, el nuevo matrimonio o la convivencia extramatrimonial del acreedor, y la realización por el beneficiario de una conducta incorrecta y manifiestamente grave contra el obligado, sea o no causa de desheredación. Como puede verse, la similitud en este punto con los alimentos es obvia, lo cual no debe causar extrañeza alguna, si se tiene en cuenta que los presupuestos de una y otra son idénticos y la causa de ambas, gratuita.

En cuanto al segundo supuesto de pensión post-matrimonial, responde a un fundamento muy distinto, algo que, lógicamente, condicionará todo su régimen jurídico. La pensión a favor del cónyuge que posea una capacidad de obtención de recursos inferior al otro, que derive de la convivencia matrimonial, estaría dirigida a compensarle por la disminución de su capacidad de rédito. El presupuesto de la pensión no es, como en el caso anterior, una situación de necesidad del cónyuge débil, sino la desigualdad en la capacidad de obtención de recursos, siempre y cuando sea efecto del matrimonio. La determinación de cuándo se puede considerar que trae su causa del matrimonio corresponde al juez, aunque no es imprescindible que descansa en una prueba fehaciente, pues con frecuencia ello será imposible. Para este supuesto sí resulta adecuado hablar de pensión compensatoria, pero no para el anterior; por eso anteriormente se ha utilizado una terminología más aséptica y se ha hablado de pensión post-matrimonial.

En el capítulo en el que nos hemos ocupado de la pensión compensatoria, exponíamos los argumentos que nos llevan a cuestionar la tesis subjetiva o subjetivista sobre el desequilibrio seguida por el Tribunal Supremo, y podría pensarse que la propuesta que acabamos de formular no es del todo coherente con las objeciones allí planteadas. Sin embargo, es necesario recordar que entonces hablábamos del Derecho vigente y ahora realizamos propuestas *de lege ferenda*, a lo que hay que añadir una consideración, entonces no planteada, que nos lleva a decantarnos por el reconocimiento del derecho a pensión a favor del cónyuge con menor capacidad económica en el que se den los requisitos expuestos. La consideración es la siguiente: no introducir este supuesto provocaría con toda seguridad que en la práctica se invocase la doctrina del enriquecimiento injusto, que es lo que ocurre en el caso del cese de la convivencia extramatrimonial. Y ello no sería en absoluto deseable, por la gran inseguridad jurídica que generaría. Aparte del incremento de la conflictividad, es hartamente probable que las respuestas judiciales acabasen dictándose con arreglo a equidad y no tanto por la concurrencia rigurosamente comprobada de los requisitos de la doctrina del enriquecimiento injusto.

Al igual que en el supuesto anterior, el ejercicio del derecho debe admitirse únicamente en el primer procedimiento judicial, lo que quiere decir que no cabe solicitar la pensión en el proceso de divorcio si no se hizo en el anterior de separación.

Junto a esta regla general, debe incluirse, según se ha señalado, una previsión específica referida al cónyuge que asuma en exclusiva el cuidado y educación de los hijos de corta edad, al cual resulta sensato, en nuestra opinión, aplicarle automáticamente, aunque siempre a petición de parte, la pensión compensatoria. Es razonable presumir que un sujeto que se dedica exclusivamente al cuidado de un hijo menor durante varios años, sufre una disminución en su capacidad de rédito o un estancamiento en su carrera profesional y tiene, por lo tanto, derecho a esta pensión, salvo que quede patente, en el caso concreto de que se trate, que no es así.

Cuando la pensión proceda por haberse reducido la capacidad de obtención de ingresos del cónyuge débil, su cuantía habrá de determinarse, no tanto en atención a sus necesidades, que pueden estar cubiertas, incluso de modo más que suficiente, sino en

atención a factores como la duración de la convivencia y la dedicación pasada a la familia, por cuanto que son éstos los que permiten calcular, en la medida en que ello es posible, el sacrificio que mediante esta prestación va a ser compensado. Puesto que de lo que se trata es, por así decirlo, de distribuir o equilibrar temporalmente la distinta capacidad de obtención de recursos económicos de los cónyuges, no debe tenerse en cuenta su patrimonio, sino los ingresos que perciban por su trabajo.

La pensión compensatoria se concederá por un periodo fijado en la misma sentencia y sólo excepcionalmente tendrá carácter indefinido. Para respetar la lógica de la figura debería optarse por una duración mayor cuanto mayores y más dilatadas en el tiempo hayan sido las renunciaciones profesionales o laborales del acreedor. Ahora bien, dado que la duración de la relación y la dedicación a la familia son también factores que inciden sobre la cuantía de la pensión, el juzgador puede optar bien por una duración menor y una cuantía mayor, bien por una duración mayor y una cuantía menor, para lo cual deberá atender a la situación económica del obligado y a sus posibilidades de liquidez.

El fundamento de la pensión compensatoria aconseja no atribuir influencia alguna en su cuantía, una vez determinada ésta, a la mejora de la capacidad económica del receptor de la pensión. Lo coherente con el hecho de ser la pensión una compensación por la pérdida de oportunidades derivada de su dedicación a la familia, y lo coherente con su naturaleza temporal, sería rechazar la posibilidad de su modificación. Se supone que al fijarse la pensión se ha cuantificado de algún modo el sacrificio personal o profesional que se realizó durante la etapa conyugal y que le colocó en una situación de inferioridad económica respecto de su cónyuge. Admitir la posibilidad de modificación del importe significaría aplicar a este caso la lógica propia de la pensión basada en la necesidad, lo que estimamos incorrecto. Aplicando el mismo razonamiento, se debe entender que la disminución de la capacidad económica del deudor de la pensión no debería tampoco, en este caso, dar lugar a una reducción, aunque hay que reconocer que pueden aparecer circunstancias sobrevenidas que la hagan prácticamente imposible de afrontar para el deudor y ante las cuales el legislador no debiera mostrarse insensible. Por eso, es preferible reconocer la posibilidad de modificación de la pensión por esta causa, aunque insistiéndose en su carácter excepcional.

Del mismo modo, las causas de extinción de la pensión deben ser más restringidas en este caso. Debe negarse toda eficacia extintiva a la mejora de la posición económica del titular de la pensión, por las razones ya expuestas, aunque reconocerse de manera muy excepcional al empeoramiento de la posición económica del obligado. También habría que plantearse no atribuir eficacia extintiva al nuevo matrimonio o a la convivencia marital del acreedor, lo que sería del todo coherente con el fundamento de la pensión, su duración limitada en el tiempo y su finalidad. Pero mantener la pensión tras el matrimonio del receptor provocaría, con toda probabilidad, un importante rechazo social. El dilema sería si adoptar la solución más aceptable socialmente o si preferir la más coherente desde el punto de vista jurídico. Y ninguna de las otras causas de extinción que se propugnan para la pensión basada en una situación de necesidad, serían de aplicación a la pensión compensatoria, al estar relacionadas, bien con su naturaleza gratuita, bien con la situación de insuficiencia económica que constituye su presupuesto.

Entrando ya en el último supuesto, la pensión a favor del cónyuge al que se acuerde atribuir una pensión por dedicarse a los hijos comunes en una medida superior a la que le corresponde, posee una *ratio* clara. Mediante ella se estaría retribuyendo al progenitor que se ocupa mayoritaria o exclusivamente de los hijos menores,

descargando de esta tarea al otro, lo que permitirá a éste, a su vez, dedicarse más intensamente a su actividad laboral o profesional. El reconocimiento de la pensión en esta hipótesis encuentra su razón de ser en una idea que hemos destacado repetidamente en páginas anteriores al tratar del mantenimiento de los hijos, a saber, que el deber de mantenimiento, que es un deber económico, está íntimamente ligado al deber de cuidado y atención que corresponde a los progenitores, y que este último es también susceptible de una valoración económica. Pues bien, admitido que los padres pueden distribuirse estos deberes entre ellos y que la ley no les impone que los cumplan con idéntica intensidad, hay que aceptar también que ello cabe tanto en situaciones de convivencia de los padres como en situaciones de no convivencia, de suerte que podría perfectamente ocurrir, y de hecho ocurre, que se acuerde, expresa o tácitamente, que uno de los padres se ocupe del cuidado de los hijos de manera muy prioritaria. Ello significará, por una parte, que estará cumpliendo su deber de mantenimiento en especie, por así decirlo, pero significará también que su dedicación a la familia le impedirá llevar a cabo (o llevar a cabo con la misma intensidad) una actividad retribuida, por lo que resulta razonable que mientras dure esa situación sea mantenido por el otro progenitor.

Este es el fundamento de la pensión en esta hipótesis. Con el reconocimiento del derecho a la pensión el legislador no haría más que establecer la retribución a cargo del cónyuge receptor, de las tareas de atención y cuidado de los hijos en la medida en que no le corresponden. Consecuentemente, debe reconocerse también a favor del progenitor no casado, y con independencia de que haya habido en algún momento convivencia. Esta es, de hecho, la solución del ordenamiento alemán, que reconoce un derecho de alimentos al progenitor no matrimonial que decida unilateralmente hacerse cargo del hijo común menor de edad (art. 1651 BGB)⁸¹⁶.

Evidentemente, esta pensión no debe confundirse con la de mantenimiento de los hijos, de la que son titulares ellos mismos, aun cuando, como es lógico, sea percibida y administrada por el progenitor custodio.

El hecho de que el legislador ampare este tipo de situaciones, mediante el reconocimiento de la pensión, podría estimarse contrario al principio de corresponsabilidad parental, del que ya hay alguna manifestación en el Código civil (el art. 68, 2º) y al que se dará mayor relevancia de ampliarse el ámbito de aplicación de la custodia compartida mediante la reforma del art. 92 Cc que se está preparando en el momento de redactarse estas páginas. Pero no es menos cierto que el hecho de que un progenitor se haga cargo de los hijos directamente en lugar de confiarlos a un tercero durante su jornada laboral, parece ser beneficioso para los niños durante sus primeros años de vida, aparte de que se trata de una decisión adoptada en el ámbito de la libertad personal, que las leyes no tienen más remedio que amparar si hay acuerdo de los padres.

Ahora bien, el refrendo legal a situaciones en que uno de los progenitores, que suele ser la madre, se ocupe en exclusiva de los hijos, solo está justificado mientras que los hijos necesiten atención y cuidado constantes, lo que ocurre como regla únicamente durante los primeros años de vida. Transcurridos estos, el principio de autorresponsabilidad debe recuperar el protagonismo e inspirar nuevamente las soluciones legislativas. Por eso, la pensión a favor del cónyuge cuidador debe tener una duración limitada⁸¹⁷, que puede oscilar entre los tres y los seis años, edad ésta en la que comienza la escolarización obligatoria. La limitación temporal es necesaria para evitar

⁸¹⁶ A diferencia de lo que se propone en el texto, el ordenamiento alemán reconoce un derecho al progenitor (en realidad, a la madre) para decidir si trabaja o no durante los tres primeros años de vida del hijo.

⁸¹⁷ Así es también en el Derecho alemán, en el que la duración es de tres años, aunque se contempla una posibilidad de prórroga (art. 1570 BGB).

el riesgo de que el derecho a la pensión, establecido en interés del menor⁸¹⁸, permitiese a uno de los cónyuges permanecer inactivo laboralmente sin un motivo justificado.

Para fijar el importe de esta pensión, a falta de acuerdo, deben tenerse en cuenta los recursos económicos del obligado (pero no los del progenitor custodio), el nivel de vida del periodo de convivencia y el número y circunstancias de los hijos, así como, en su caso, las aportaciones en especie por parte del obligado, como puede ser la cesión del uso de una vivienda.

La pensión concedida a favor del progenitor que se ocupe prioritariamente de los hijos menores, debe extinguirse únicamente, siempre a falta de pacto, cuando los hijos alcancen la edad estipulada en la ley, por muerte del hijo o cuando se modifique jurídicamente o de hecho el régimen de guarda. Y tenemos claro que el matrimonio o la convivencia extramatrimonial no deben ser causas de extinción de esta pensión.

No sería de aplicación a este caso, ni tampoco a la pensión prevista para el caso de inferioridad en la capacidad de rédito, dado que ambas poseen carácter oneroso, la norma contenida en el párrafo 2º del art. 100, que tras declarar que el derecho a la pensión no se extingue por la muerte del deudor, dice: “No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquélla si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”. La norma sólo tiene sentido en referencia a disposiciones a título gratuito⁸¹⁹.

Hasta ahora se han expuesto y explicado los distintos tipos de pensión post-matrimonial a los que se piensa que el legislador español debería dar carta de naturaleza. Pero hay otras cuestiones que requerirían ser abordadas *de lege ferenda*, como la de la posibilidad de renuncia anticipada a la pensión y la conveniencia de mantener o no la posibilidad de que el cumplimiento se realice mediante una prestación única, así como el orden de preferencia entre las distintas personas con derecho de alimentos, mantenimiento o pensión compensatoria respecto de un mismo sujeto.

Al hilo del nuevo planteamiento, habría que analizar prácticamente *ex novo* la cuestión de si debe o no admitirse la renuncia anticipada a la pensión. Hay que ser muy consciente de que no se trata ya de si debe admitirse la renuncia anticipada de la pensión por desequilibrio del art. 97 Cc, dado que esta figura tal y como hoy está conceptuada quedaría eliminada, sino de si debe admitirse en referencia a cada uno de los tipos de pensión post-matrimonial: la pensión por necesidad, la pensión compensatoria y la pensión retributiva. Partiendo de que no hay imperativos claros que exijan una respuesta determinada y de que pueden encontrarse argumentos válidos a favor de ambos puntos de vista, pensamos que el legislador debe decantarse por declarar nula la renuncia anticipada con un argumento que es válido para los tres supuestos: que no se debe permitir a ningún sujeto renunciar a la protección de la ley antes de que surja la situación para la que está pensada dicha protección.

Es verdad que en ocasiones anteriores nos hemos pronunciado en sentido contrario⁸²⁰, pero lo hacíamos a propósito de la pensión por desequilibrio del art. 97 Cc, cuyo ámbito de aplicación es mucho más amplio. Con las propuestas que venimos formulando se limitan todo lo posible los supuestos de pensión, que quedan reducidos a aquellas hipótesis en las que hay un fundamento muy claro y comúnmente aceptado

⁸¹⁸ Como dice GRABA la pretensión prevista en el art. 1570 BGB es concedida exclusivamente por razón de la protección del interés superior del menor, siendo irrelevantes otras consideraciones referidas a los cónyuges, como la solidaridad post-matrimonial (citado por DE TORRES PEREA, “La reforma...”, pág. 72).

⁸¹⁹ Más detalles sobre el art. 101,2º pueden verse en MORENO-TORRES HERRERA, “La pensión...”, págs. 210-211.

⁸²⁰ “La pensión...”, págs. 216-220.

para su reconocimiento. Una cosa es pronunciarse a favor de la renuncia anticipada a una pensión que las leyes conceden siempre que haya un desequilibrio económico, que es lo que entendemos que ocurre en el Derecho vigente, y otra muy distinta hacerlo en referencia a una pensión establecida para caso de necesidad, a favor del progenitor que se ocupa en exclusiva de los hijos, o a favor del cónyuge que puede ganarse la vida peor que el otro como consecuencia de decisiones tomadas en interés de la familia.

En cuanto a las modalidades de cumplimiento, hay que tener en cuenta que en los tres supuestos de pensión que se proponen nos encontramos ante obligaciones de mantenimiento, esto es, ante obligaciones dirigidas a procurar al acreedor medios materiales para atender a todas sus necesidades, lo que significa que, en principio, el pago debe hacerse en dinero y por meses anticipados.

No obstante, la Ley 15/2005 introdujo la posibilidad de la prestación única, que fue recibida con agrado por la doctrina y que en principio no debe eliminarse, pues es un instrumento que posibilita que los *ex* cónyuges zanjen antes las relaciones económicas entre ellos. Le faltó entonces al legislador aclarar si la prestación única precisa acuerdo de las partes o si puede ser adoptada por el juez a petición de uno de los cónyuges aunque sin el consentimiento del otro. También sobre este tema pueden argüirse argumentos a favor de ambas tesis, ya expuestos anteriormente. El sistema que conciliaría mejor los distintos intereses en conflicto consistiría en atribuir al juez la decisión en el caso de que no hubiera acuerdo entre los cónyuges sobre la modalidad de pensión, aunque sin concederle libertad absoluta para hacerlo; el pago único no podría ser impuesto al deudor sin su consentimiento.

Como criterios de preferencia entre los distintos sujetos que sean titulares simultáneamente respecto de un mismo obligado de derechos de mantenimiento (bien sea alimentos, bien mantenimiento, bien pensión post-matrimonial), hay que decir que el derecho de mantenimiento de los hijos (incluyendo al *nasciturus*) y el derecho de mantenimiento del cónyuge se debe anteponer a todos los demás.

A propósito de los alimentos se dijo que la apreciación de la capacidad económica del familiar legalmente obligado no debe hacerse en abstracto, considerando únicamente sus recursos, sino que también deben tomarse en consideración las necesidades propias y, en su caso, las del cónyuge e hijos, a quienes está obligado a mantener, lo que es tanto como establecer que los titulares de un derecho de mantenimiento se anteponen a los acreedores de alimentos. Pero, ¿qué ocurre con la pensión post-matrimonial? ¿Debe también anteponerse al derecho de alimentos de los padres o de hijos adultos en situación de necesidad?

La respuesta a esta pregunta no sería fácil en referencia al Derecho vigente, habida cuenta de la configuración que presenta la pensión por desequilibrio, pero desde el momento en que el *ex* cónyuge sólo tenga derecho a una pensión en ciertos casos, como aquí se propone, la solución del conflicto planteado es más clara: debe prevalecer el derecho del *ex* cónyuge respecto del derecho de alimentos de los padres o de los hijos adultos que ya alcanzaron independencia económica. Distinto es el caso de los hijos mayores de edad que continúan su formación y no han dejado de ser económicamente dependientes de sus progenitores, los cuales se equiparan a los menores de edad a estos efectos.

En otro orden de cosas, el legislador debería dejar claro, a la vista de las distintas interpretaciones que el art. 98 Cc ha suscitado, que la pensión post-matrimonial no es sólo efecto de la separación y el divorcio, sino también de la nulidad, siempre y cuando haya habido convivencia y se de cualquiera de las hipótesis legales, con la única excepción de que no podría exigirla el sujeto que hubiese contraído matrimonio nulo de mala fe, esto es, a sabiendas de que concurría una causa de nulidad. No debe permitirse

que este sujeto pueda obtener ventaja ni provecho alguno de la celebración del matrimonio, siendo éste el objetivo del actual art. 98. Consecuentemente, ni el contrayente que quede en situación de necesidad tras la sentencia que declare la nulidad del matrimonio, ni el contrayente que haya sufrido una merma en su capacidad de obtención de ingresos puede pretender pensión alguna, si contrajo el matrimonio de mala fe, aunque concurren el resto de los requisitos legales. Ahora bien, parece razonable dejar fuera de esta exclusión el caso del contrayente que asume de manera prioritaria o exclusiva el cuidado de los hijos menores. No hay aquí motivo alguno para negarle el derecho a la pensión, dado que, como se ha dicho, esta es una especie de retribución por ocuparse en exclusiva de hijos de corta edad.

A modo de conclusión sólo falta añadir que la idea central que inspira las propuestas que se defienden en materia de pensión post-matrimonial es la de la necesidad de distinguir diferentes figuras o supuestos. La actual regulación de la pensión post-matrimonial contenida en el art. 97 no es satisfactoria, como se comprueba a diario en la práctica. Si bien se ha avanzado considerablemente en los últimos años, gracias sobre todo a las aportaciones del Tribunal Supremo, no puede ignorarse que la lógica de la figura no queda del todo clara en la ley, lo que explica el debate sobre su naturaleza. Hay demasiadas normas que no cuadran entre sí y una de las razones de ello es que la pensión por desequilibrio actualmente vigente no responde a una sola lógica, sino a varias distintas, aunque todas necesarias. Y es que, en lo que respecta a las crisis matrimoniales, en nuestro país, en el momento presente, conviven varias realidades distintas. El problema es que no disponemos de soluciones diferenciadas para cada realidad, sino que tenemos una única pensión post-matrimonial, con un régimen jurídico que, al ser uniforme, es imposible que ofrezca soluciones satisfactorias para todas las hipótesis. Creemos que ser conscientes de este problema es ya dar un paso adelante. Y realizar propuestas para su debate, también.

V- OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO Y CONVIVENCIA EXTRAMATRIMONIAL

En el supuesto de que el legislador español decidiese regular, bien en el Código civil, bien en una ley especial, el fenómeno de las parejas de hecho, tendría que tomar postura en referencia a dos cuestiones distintas. Debería decidir, en primer lugar, si imponer a los miembros de la pareja, durante la fase de la convivencia, un deber de auxilio económico, y en segundo lugar, si establecer alguna prestación de mantenimiento para el caso de cese de la convivencia. En ambos casos sería preciso, si la decisión fuese imponer tales deberes, establecer con la mayor claridad posible sus presupuestos, contenido y régimen jurídico, los cuales no tendrían por qué coincidir necesariamente con los de las obligaciones de mantenimiento entre cónyuges o *ex cónyuges*.

Pero aunque las respuestas puedan ser distintas a las del matrimonio, los problemas no lo son, al menos en el caso, que es el que se estima más probable, de que la regulación legal estuviera referida a relaciones estables de pareja cuyos rasgos coinciden con los del matrimonio⁸²¹. Ello determina que haya plena coincidencia entre los problemas que plantea la ruptura de la pareja de hecho y los que suscita la ruptura de la convivencia matrimonial.

⁸²¹ Como observa GARCÍA RUBIO, el modelo de pareja tomado en cuenta tanto por el legislador (autonómico) como por la jurisprudencia, coincide en buena medida con los que tiene en nuestra sociedad la institución matrimonial (“Las uniones...”, pág. 1497).

Antes de entrar en la cuestión de si las leyes deberían imponer alguna obligación de mantenimiento entre *ex* convivientes, que es el aspecto de mayor interés práctico, hay que resolver la cuestión de si deben imponer un deber de auxilio económico a los convivientes. En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa. Partiendo del hecho, ya explicado en páginas anteriores, de que una norma de este tipo es inútil entre los propios convivientes, nos parece preferible omitir cualquier declaración legal del tipo de las contenidas en el Código de Derecho Foral de Aragón y la Ley Balear, en donde se afirma que los miembros de la pareja estable tienen obligación de prestarse alimentos entre sí con preferencia a cualquier otro obligado.

Distinto es que se introduzca una previsión específica para evitar que prospere una demanda de alimentos de la persona que conviva de manera estable con otra, frente a cualquiera de los familiares legalmente obligados a prestar alimentos, lo que resulta, no ya conveniente, sino absolutamente necesario. Por eso, lo que hemos propuesto es que entre la enumeración de las causas de extinción del deber de alimentos entre familiares se incluya la convivencia extramatrimonial del acreedor. Es del todo razonable que, aun cuando los miembros de la pareja estable no sean titulares de un derecho subjetivo de alimentos, los hijos, padres y demás parientes del conviviente en situación de necesidad dispongan de un instrumento, que hoy por hoy no existe, para enervar la reclamación dirigida por éste contra ellos. Y es razonable porque, deberes jurídicos al margen, las situaciones de convivencia *more uxorio* entrañan una relación de colaboración y apoyo que, aunque sea espontánea, no se debería ignorar a estos efectos. Lo que se propone no es lo mismo que extender el deber de alimentos a los convivientes, sino tomar en consideración una situación fáctica que debe excluir la obligación de los parientes.

Quizás el legislador no debiera limitarse a incluir la convivencia extramatrimonial como causa de extinción de los alimentos, sino que debiera también plantearse la oportunidad de establecer una norma de alcance general en la que se disponga que se presume que los convivientes se prestan entre sí auxilio material, y que mientras que dure la situación de convivencia, dicha colaboración económica producirá frente a terceros los mismos efectos que el auxilio económico entre cónyuges. Tal disposición permitiría, por ejemplo, extender al conviviente las previsiones contenidas en las leyes procesales sobre los bienes inembargables⁸²², aplicarle la norma contenida en el art. 152, 2º Cc, conforme al cual cesa la obligación de alimentos cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiese reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus necesidades y las de su familia⁸²³, o atribuirle el derecho que el art. 964 Cc reconoce a la viuda que quede encinta reconoce de ser alimentada con cargo a los bienes hereditarios⁸²⁴.

Por lo que se refiere al reconocimiento de pensiones tras el cese de la relación estable de pareja, está fuera de duda que le debe corresponder al *ex* conviviente que se haga cargo de los hijos de corta edad, tal y como ya se ha señalado. En este punto no debe haber diferencia alguna entre los progenitores que hayan estado casados y los que no, dado que el derecho se establece en interés del hijo y responde a una causa onerosa.

⁸²² En particular, la norma contenida en el art. 607, 4. LEC, que permite al tribunal aplicar rebajas a los porcentajes en que los sueldos y retribuciones son inembargables, “en atención a las cargas familiares del ejecutado”.

⁸²³ El término “familia” se entiende aquí en sentido estricto, referido al cónyuge y los hijos menores (DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario...”, p. 541).

⁸²⁴ Aunque, en rigor, este derecho de alimentos que el Código atribuye a la viuda no sólo debe extenderse a la mujer que conviviente, sino, más exactamente, a la mujer encinta frente al patrimonio del padre (fallecido) de su hijo (*Vid.* al respecto, GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos...*, pág. 189).

También responde a una causa onerosa la pensión compensatoria. Por tal razón y porque su fundamento último es la protección de la familia, debe extenderse por el legislador al cese de la convivencia de hecho. ¿Qué razón habría para reconocer el derecho a una compensación al cónyuge que ve disminuida su capacidad de obtención de recursos por decisiones tomadas en interés de la familia y negárselo en cambio a quien lo hizo sin estar casado? Ninguna, dado que, como es bien sabido, la familia protegida por la Constitución no es únicamente la familia matrimonial.

A lo anterior puede todavía añadirse otro argumento, ya invocado anteriormente: el de la inseguridad jurídica que se derivaría de no hacerlo y de aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto.

Finalmente, el supuesto más difícil de resolver es el de la pensión post-matrimonial por causa de necesidad. Al ser su causa gratuita, deben extremarse las cautelas a la hora de defender que el legislador la reconozca en el ámbito de la convivencia de hecho. Sólo debe hacerlo si encuentra una razón suficiente para ello, y esa razón no puede ser otra que la opinión social generalizada acerca de la existencia de un deber ético de ayuda material entre quienes convivieron *more uxorio*, tras finalizar la relación. Y aunque el asunto es opinable, a nuestro modo de ver esa conciencia social no existe o, al menos, no es tan clara como en el caso de las parejas casadas, de manera que es preferible, *de lege ferenda*, no incluir derecho alguno a favor del *ex* conviviente basado en su estado de necesidad.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ACCHILLI, Vito. “Il divorzio nel ordinamento italiano”. In: CASSANO, G. (dir.). *Il Diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*. T.III. Milano: 2006.

AL MUREDEN, Enrico.

Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell’assegno divorzile e famiglia destrutturata. Ipsa, 2007.

“La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all’invalidità del matrimonio”. In: SESTA, M. (dir.). *La responsabilità nelle relazioni familiari*. Torino: Utet, 2008, p. 48-74.

ALONSO PÉREZ, Manuel. Comentario al artículo 964. En: ALBALADEJO, M. (dir.). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. T. XIII. Madrid: Edersa, 1981, vol. 2º, p. 38-71.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derecho de familia*, T. II, Madrid: Civitas, 1988.

AMADIO, Giuseppe. “Obblighi di mantenimento, accertamento della filiazione e rapporti tra genitori”. *Famiglia e Diritto*. 1999, p. 271-277.

AMAGLIANI. *Autonomia privata e diritto di famiglia*. Torino: Giappichelli, 2005.

AMOROSO, Giovanni. *L’impresa familiare*. Padova: Cedam, 1998.

ANCESCHI, Alessio. *Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità*. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

ANGELONI, Franco. *Autonomía privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*. Padova: Cedam, 1997.

ANGELOZZI, Daniela. “Sull’estinzione del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne”. *Famiglia e Diritto*. 2006, p. 37-45.

APICELLA, Domenico. L’impresa familiare. In: AUTORINO STANZIONE, G. (dir.). *Il Diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*. Vol. terzo. Torino: 2005., p. 456-585.

ARGIROFFI, Carlo.

Gli alimenti. I profili oggettivi del rapporto. Torino: Giappichelli, 1993.

“Degli alimenti”. In: SCHLESINGER, P. (fondato); BUSNELLI, F. (dir.). *Il Codice Civile. Commentario*. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

ARRIGO, Tommaso. “L’assegno di separazione e l’assegno di divorzio”. In: FERRANDO, G. (DIR). *Separazione e divorzio*. T. II. In: BIGIAVI, W. (fondato da)

Nuova Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e Commerciale. Torino: 2003, p. 633-765.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther. *Compendi de Dret civil català*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1999.

AULETTA, Tomasso.

Alimenti e solidarietà familiare. Milano: Giuffrè Editore, 1984.

Il Diritto di famiglia. Ottava edizione, Giappichelli, Torino, 2006.

“Gli effetti dell’invalidità del matrimonio”. In: FERRANDO (dir.). *Il nuovo Diritto di famiglia*. Vol. primo. Bologna: Zanichelli, 2007, p. 287-322.

AUTORINO STANZIONE, Gabriella. *Diritto di famiglia*. Torino: 2003.

BAGNATI, Fabrizia. “Affido condiviso: una normativa inadeguata che non assicura la giusta tutela ai figli. In: *Guida al Diritto*. Il Sole 24 ore. 2006, n.9, p. 10 ss.

BALESTRA, Luigi.

L’impresa familiare. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

“Note in tema di proporzionalità nell’adempimento delle obbligazioni naturali e sulla nozione di terzo *ex art.* 936 C.C. (in margine ad un caso di prestazioni rese nell’ambito della convivenza *more uxorio*). *Familia*. 2004, p.779-794.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María. Comentario al artículo 155. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios al Código civil*. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 271.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo. Comentario a los artículos 142 a 153 del Código civil. En: ALBALADEJO, M. (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Edersa, 1982. T. III, vol. 2, p.1-54.

BARBIERA, Lelio. *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorzati*. Seconda edizione. Bologna: Zanichelli, 2001.

BASSINI, Giovanni F. “L’usufrutto legale dei genitori”. In: BONILINI, G. e CATTANEO, G. (dir). *Il Diritto di famiglia*. T.II. Seconda edizione. Torino: 2007, p. 561-596.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 11 febrero 2005. *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*. Enero-abril 2006, n. 70, p. 139-153.

“La competencia para legislar sobre parejas de hecho”. *Derecho privado y Constitución*. 2003, n. 17, p. 61-88.

BESSONE, Marco. “Rapporti etico-sociali”. In: BRANCA, G. (dir.). *Commentario della Costituzione*. Bologna-Roma: Zanichelli, 1976.

BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO e SPALLAROSSA. *La famiglia nel nuovo diritto*. Quinta edizione. Bologna: Zanichelli, 2002.

BESSONE, M. e altri. *Comentario del Codice civile. Aggiornamento sulla base della legge di riforma del Diritto di famiglia*. Bologna-Roma: Zanichelli, 1975.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. T. II. Quarta edizione. Milano: 2005.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. "Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho". *Revista de Derecho Privado*. Marzo-abril 2006, p. 3-32.

BO, Giorgio
Il diritto degli alimenti. Padova: Cedam, 1932.

BONILINI, Giovanni.

"L'assegno post-matrimoniale". In: BONILINI e TOMMASEO. *Lo scioglimento del matrimonio*. In: SCHLESINGER, P. (dir); BUSNELLI (continuato da). *Il Codice civile. Comentario*. Milano: 1997, p. 445 ss.

"L'assegno post-matrimoniale". In: BONILINI e TOMMASEO. *Lo scioglimento del matrimonio*. In: SCHLESINGER, P. (dir); BUSNELLI (continuato da). *Il Codice civile. Commentario*. Seconda edizione. Milano: 2004, p. 511 ss.
Manuale di Diritto di famiglia. Seconda edizione. Torino: Utet, 2002.
Diritto delle successioni. Roma: 2004.

BOVE, Lucio. "Le modificazioni dei provvedimenti giudiziali". In: RESCIGNO (a cura di) *Commentario sul divorzio*. Milano: 1980, p. 589-662.

BUSTO LAGO, José M. Comentario al artículo 964. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 1112-1113.

BUTTIGLIONE, Fiorella. "Assegni di mantenimento del coniuge e dei figli. Assegno di divorzio. Poteri istruttori d'ufficio. Indagini tributarie. Istruzioni per l'uso". In: MARIANI, I. e PASSAGNOLI, G. (a cura di). *Diritti e tutele nella crisi familiare*, Padova: Cedam, 2007.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. "El Tribunal Supremo admite la limitación temporal de la pensión compensatoria". *Actualidad Jurídica Aranzadi*. 2 junio 2005, n. 671, p. 8-10.

CAFERRA, Vito Marino. *Famiglia ed assistenza*. Seconda edizione. Bologna: Zanichelli, 1996.

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*. Barcelona: Bosch, 1989.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. T. II. 21 édition refondue. Paris: 2002.

CASANOVAS I MUSSONS, Anna. “A propòsit de l’art. 2.2 de la Llei 10/1996, de 29 de juliol, d’aliments entre parents: la distinció entre *aliments institucionals* i *aliments autònoms* i les seves interferències”. *Revista Jurídica de Catalunya*. 1998-1, p. 9-40.

CASSANO, Giuseppe. “Cenni introduttivi”. In: *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*. T. I. Milano: Giuffrè Editore, 2006. P. 3- 59.

CATTANEO, Giovanni. “Il contributo dei nonni al mantenimento dei nipoti”. *Famiglia e Diritto*. 1995, p. 452-461.

CERVILLA GARZÓN, M^a Dolores. “Pensión compensatoria y uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho Patrimonial*. 2003, n. 10, p. 575-585.

CIAN, Giorgio. *Commentario breve al Codice civile*. Padova: Cedam, 2007.

CICU, Antonio. “Natura giuridica dell’obbligo alimentare fra congiunti”. *Rivista di Diritto civile*. 1910, p. 145 ss.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto. “La transformación del concepto de matrimonio en Derecho civil español tras las reformas de julio de 2005, (Breve estudio legislativo). *Anuario de Derecho civil*. Enero-marzo 2007, p. 5-14.

CLERICI, Roberta: “Lo scioglimento del matrimonio”. In: BONILINI e CATTANEO (dir.). *Il Diritto di famiglia*. T. II. Seconda edizione. Torino: 2007, p. 687-697.

COBACHO GÓMEZ, José Antonio. *La deuda alimenticia*. Madrid: Montecorvo, 1990.

COLLURA, Giorgio. “L’adozione in casi particolari”. In: ZATTI, P. (dir.). *Trattato di Diritto di famiglia*. Vol. secondo. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 725-792.

CORRAL GIJÓN, Eduardo. “Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales. Parte segunda: Efectos patrimoniales”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Marzo-abril 2001, n. 664, p. 559-622.

CRESPO ALLUE, Fernando. “Los legados de alimentos”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1985, p. 1245-1291.

CUBEDDU, Maria Giovanna. “Il dovere di contribuzione”. In: FERRANDO, G. (dir.). *Il nuovo Diritto di famiglia*. Vol. secondo. Bologna: Zanichelli, 2008, p. 275-290.

D’ANTONIO, Virgilio: “La potestà dei genitori”. In: AUTORINO STANZIONE, G. (dir.). *Il Diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*. Vol. quarto. Torino: Giappichelli, 2006, p. 475-575.

DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

DE FILIPPIS, Bruno.

Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio. I nuovi orientamenti giurisprudenziali alla luce delle recenti riforme. Milano: Cedam, 2007.

Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio. Seconda edizione. Padova: Cedam, 2007.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: “La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia”. *Boletín de información del Ilustre Colegio Notarial de Granada.* Mayo 1986.

DE MARZO, Giuseppe. “Revisione dell’assegno divorzile e conservazione del tenore di vita matrimoniale”. *Famiglia e Diritto.* 2003, p.16 ss.

DE TORRES PEREA, José Manuel. “La reforma del Derecho de alimentos en Alemania”. *Revista de Derecho Patrimonial.* 2009, n. 23, p. 67-100.

DEGNI, Francesco. *Il Diritto di famiglia nel nuovo Codice civile italiano.* Padova: Cedam, 1943.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús.

“De los alimentos entre parientes”. En: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia.* Vol. II. Madrid: Tecnos, 1984, p. 1027-1039.

Comentario a los artículos 142 a 153. En: *Comentario del Código Civil.* T. 1. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993, p. 522-544.

DELL’ORO, Aldo. *Commentario del Codice civile. Aggiornamento sulla base della legge di riforma del diritto di famiglia.* Bologna-Roma, 1975.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial.* T.II. *Las relaciones obligatorias.* Madrid: Civitas, 2007.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil.* Vol. IV. Octava edición. Madrid: Tecnos, 2001.

DOGLIOTTI, Massimo.

“Doveri familiari e obbligazione alimentare”. In: CICU-MESSINEO (a cura di). *Trattato di Diritto civile e commerciale.* Milano: Giuffrè Editore, 1994.

Il Diritto di famiglia. In: BESSONE, M. (dir.). In *Trattato di Diritto Privato.* T. III, vol. IV. Torino: Giappichelli, 1999.

“La potestà dei genitori e l’autonomia del minore”. In: MESSINEO (dir.); SCHLESINGER (continuato da). *Trattato di Diritto civile e commerciale.* Vol. VI, t. 2. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

“La separazione personale dei coniugi”. In: BONILINI, G. e CATTANEO, G. (dir.); BONILINI, G. (continuato da). *Il Diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio.* T. II. Seconda edizione. Torino: Utet, 2007, p. 501 ss.

DOGLIOTTI, Massimo, e GIORGIANNI, Luca:

“L’obbligazione alimentare: fondamento ed oggetto”. *Famiglia e Diritto*. 1994, p. 465-470.

DOSI, Gianfranco. *Le nuove norme sull’affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e di divorzio*. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

DOSSETTI, Maria.

“Gli effetti della pronunzia di divorzio”. In: BONILINI, G. e CATTANEO, G. (dir.). BONILINI, G. (continuato da). *Il Diritto di famiglia, Famiglia e matrimonio*. T. II. Seconda edizione. Torino: Utet, 2007, p. 383-453.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan. “La pensión compensatoria y los pactos en previsión de una ruptura matrimonial”. En: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. T-III. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 4551-4573.

ESPADA MALLORQUÍN, Susana. *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*. Navarra: Thomson-Civitas, 2007.

FEDELE, Andrea. “Rapporti civili”. In: BRANCA, G. (dir.). *Commentario della Costituzione*. Bologna-Roma: 1978, p. 21-138.

FERRANDO, Gilda.

“Assegno di divorzio e convivenza *more uxorio*”. *Famiglia e Diritto*. 1997, p. 29-32.

“Matrimonio e rimedi alla crisi della famiglia”. In: FERRANDO e QUERCI (dir.). *L’invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*. Ipsa, 2007, p. 3-17.

“Gli effetti del matrimonio invalido. Il matrimonio putativo”. In: FERRANDO e QUERCI. *L’invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*. Ipsa, 2007, p. 241-284.

FERRI, Giovanni B. “Degli alimenti”. In: CIAN-OPPO-TRABUCCHI (dir.). *Commentario*. Vol. IV. Padova: Cedam, 1992, p. 605 ss.

FIGONE, Alberto.

“L’impresa familiare”. In: FERRANDO, G. (dir.). *Il nuovo diritto di famiglia*. Vol. secondo. Bologna: 2008, p. 751-809.

“Modifica delle condizioni di separazione e divorzio”. In: FERRANDO, G. (dir.). *Separazione e divorzio*. T.II. In: BIGIAMI, W. (fondato da) *Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale*. Torino: 2003, p. 909-926.

FREZZA, Giampaolo. *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

GABRIELLI, Giovanni. In: CENDON (dir.). *Commentario al Codice Civile*. Torino: 2002, p. 830 ss.

GALLETÀ, Franca. “Gli alimenti”. In: FERRANDO, G. (dir.). *Il nuovo diritto di famiglia*. Vol. II. Bologna: Zanichelli, 2008, p. 925-963.

GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, María Luisa. “El matrimonio, realidad social e institución jurídica”. En: DELGADO DE MIGUEL, J.F (coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV, vol.2º. Primera edición. Madrid: Civitas, 2001, p. 17-197.

GARCÍA RUBIO, María Paz.

Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1995.

“Las uniones de hecho”. En: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (coord.). *Derecho de familia*. Navarra: Civitas, 2012, p. 1479-1517.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente.

“Enriquecimiento injusto entre convivientes y respeto a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales” (I y II). *La Ley*. 26 junio 2006, n. 6512, p. 1-16, y 27 junio 2006, n. 6513, p. 1-11.

“Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto, y libre ruptura de las uniones no matrimoniales”. *La Ley*. 2003-4, p.1849-1861.

“Compensación del enriquecimiento injusto y principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho”. *La Ley*. 2003-3, p. 1528-1533.

“Relaciones verticales (pensión de alimentos a favor de un hijo) y horizontales (pensión compensatoria) tras la disolución de una unión libre. Aplicación analógica del artículo 97 CC, en lugar de recurrir a la doctrina del enriquecimiento injustificado”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Enero-abril 2003, n. 61, p. 119-137.

“Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales”. *Aranzadi Civil*. 2002-I, p. 2355-2418.

“Las uniones libres en la ley foral navarra de parejas estables”. *Actualidad Civil*. 2001-II, XXVI, p. 605-643.

“¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”. *Revista Jurídica del Notariado*. Octubre-diciembre 1999, n. 32.

La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite). Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

GIUSTI, Alberto. “L’adozione dei minori in casi particolari”. In: BONILINI e CATTANEO (dir.); BONILINI, G. (continuato da). *Il Diritto di famiglia*. Vol. III. Seconda edizione. Torino: Utet, 2007, p. 537- 561.

GÓMEZ IBARGUREN, Pedro. “La naturaleza temporal de la pensión compensatoria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*. 9 marzo 2006, n. 700, p. 2-6.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente.

“A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el artículo. 93, párrafo 2º del Código civil”. *Aranzadi Civil*. Marzo 1998, n. 20, p. 177-190.

- Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*. Valladolid: Lex Nova, 2005.
- HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo. “La pensión compensatoria y sus condiciones”. En: *Diez años de Abogados de Familia*. Madrid: La Ley, 2003, p. 447-489.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. “La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes”. *Anuario de Derecho civil*. 2006, p.743-792.
- LALANA DEL CASTILLO, Carlos E. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*. Barcelona: Bosch, 1993.
- LANZILLO e ZANETTI. “Le sentenze della Corte Costituzionale in materia di Diritto di famiglia”. In: *Il diritto di famiglia e delle persone*. 1976, p. 360-389.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario. “Comentario a los artículos. 97-101 Código civil”. En: LACRUZ BERDEJO, J.L. (coord.). *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*. 1^a edición. Madrid: Civitas, 1982, p. 746-800.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. Madrid: La Ley, 2008.
- LÁZARO PALAU, Carmen María. *La pensión alimenticia de los hijos: supuestos de separación y divorcio*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2008.
- LUPO, Maria. “Lo scioglimento del matrimonio”. In: BONILINI e CATTANEO (dir). *Il Diritto di famiglia*. Vol. I, Tomo II. Seconda edizione. Torino: 2007, p. 641- 669.
- LLEBARÍA SAMPER, Sergio. *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*. Barcelona: Bosch, 1990.
- MANRESA y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español*. 7^a edición. Madrid: Reus, 1956, T. I., p. 781-855.
Comentarios al Código Civil Español. 6^a edición. Madrid, Reus, 1973, T. XII, 6^a, p. 806-810.
- MARTÍN PÉREZ, Antonio. Comentario al artículo 1090. En: ALBALADEJO, M. (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XV, vol. 1. Madrid: Edersa, 1989, p. 167-187.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, Carlos. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C. (coord.). *Curso de Derecho civil. Derecho de Familia*. 2^a edición. Madrid: Colex, 2008.
- MARTÍNEZ RODRÍQUEZ, Nieves. *La obligación legal de alimentos entre parientes*. Madrid: La Ley, 2002.
“La nulidad matrimonial”. En: LLAMAS POMBO (coord.). *Nuevos conflictos del Derecho de familia*. Madrid: La Ley, 2009, p. 69-99.
“Últimas tendencias en derecho de alimentos”. En: LLAMAS POMBO (coord.). *Nuevos conflictos del Derecho de familia*. Madrid: La Ley, 2009, p. 647-717.

MAS BADÍA, María del Carmen. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 17 enero 2003. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Octubre-diciembre 2003, n. 63, p. 981 ss.

MESA MARRERO, Carolina. *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. 3ª edición. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.

MESSINA, Mara. “L’obbligazione alimentare”. In: AUTORINO STANZIONE, G. (dir.). *Il matrimonio. I rapporti personali*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 351-382.

MESSINETTI, David. “Il matrimonio putativo”. In: BONILINI, G., e CATTANEO, G. (dir.); BONILINI, G. (continuato da). *Il Diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*. T. II. Seconda edizione. Torino: Utet, 2007, p. 469-500.

MONTÉS PENADÉS, Vicente. “Del régimen de separación de bienes”. En: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Madrid: Tecnos, 1984. Vol II.

MORELLI, Mario Rosario. Commento al articolo 51 *Codice*. In: RUPERTO, C. (dir.). *La giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la dottrina*. Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2005, p. 629 ss.

MORELLI, Mauro. “Gli alimenti”. In: CASSANO (dir). *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*. T. I. Milano: 2006, p. 687-725.

MORENO MOZO, Fernando. *Cargas del matrimonio y alimentos*. Granada: Comares, 2008.

MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa.

“La compensación por el trabajo doméstico en el Código civil español”. *Revista Aranzadi doctrinal*. Diciembre 2011, n. 8, p. 109-130.

“El principio de autosuficiencia y la protección del cónyuge débil. Las soluciones del Derecho español y del Derecho italiano”. En: RUIZ-RICO RUIZ, G., MORENO-TORRES HERRERA, M.L., PÉREZ SOLA, N. (coord.) *Principios y derechos constitucionales de la personalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 231-269.

“Reflexiones sobre el deber de auxilio económico entre familiares”. En: *La protección de las personas mayores: Apoyo familiar y prestaciones sociales (Ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional La protección de las personas mayores celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009 en Córdoba)*. Madrid: Idadfe, 2009).

“Pensión compensatoria y régimen económico del matrimonio”. *Revista de Derecho de Familia*. Julio-septiembre 2009, n. 44, p. 25-44.

“La pensión compensatoria”. En: GAVIDIA SÁNCHEZ, V. (coord.). *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 127-234.

“Los presupuestos del Derecho de alimentos de los hijos mayores de edad”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*. 2006, n. 28, p. 281 a 309.

MUSIO, Antonio.

“Il divorzio. Profili generali”. In: AUTORINO STANZIONE, G. (dir). *La separazione. Il divorzio. Trattato teorico-pratico*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 213-227.

“Le cause di divorzio”. In: AUTORINO STANZIONE, G. (dir). *La separazione. Il divorzio. Trattato teorico-pratico*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 229 a 269.

“Conseguenze patrimoniali del divorzio rispetto ai coniugi”. In: AUTORINO STANZIONE, G. (dir). *La separazione. Il divorzio, Trattato teorico-pratico*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 271- 361.

NAVARRO MIRANDA, José Ramón. Comentario al artículo 101. En: CAÑIZARES LASO y otros (dir.). *Código civil comentado*. Vol. I. Madrid: Civitas, 2011, p. 544-551.

NOVALES ALQUEZAR, Aranzazu. *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy*. Granada: Comares, 2007.

NUÑEZ LAGOS, Rafael. *Código Civil*. En: MUCIUS SCAEVOLA, Q. (dir.). T. XXX, vol. 1º. Madrid: Reus, 1957, p. 509-526.

ORTEGA LORCA, Francisco. En: MUCIUS SCAEVOLA, Q. (dir.). *Código Civil*. T. III. 5ª edición. Madrid: Reus, 1942, p. 439-497.

ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual. “Familias no matrimoniales, uniones de hecho y conflictos jurídicos”. En: ORTUÑO MUÑOZ (dir.). *Las uniones estables de pareja*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 15-46.

PADIAL ALBÁS, Adoración. *La obligación de alimentos entre parientes*. Barcelona: Boch, 1997.

PARISI, Anna Maria. “Le invalidità”. In: AUTORINO STANZIONE, G. (dir.). *Il matrimonio. I rapporti personali*. Torino: 2005, p. 165-188.

PASTOR ÁLVAREZ, Mª del Carmen. *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*. Murcia: Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1998.

PASTOR VITA, Francisco Javier. “Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código civil en materia de separación y divorcio”. *Revista de Derecho de Familia*. Julio-septiembre 2005, n. 28, p. 25-56.

“Una primera aproximación al Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”. *La Ley*. 2005-2, p.1837-1853.

PATRONE, Ignazio. “Obbligo di mantenimento dei figli: contenuto, garanzie, sanzioni”, *Famiglia e Diritto*. 1996, p. 68-75.

PATTI, Salvatore. “Diritto al mantenimento e prestazione di lavoro all’interno della famiglia”. *Il Diritto di famiglia e delle persone*. 1977-II, p. 1341-1371.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C. (coord.). *Curso de Derecho civil. Derecho de Familia*. 2ª edición. Madrid: Colex, 2008.

PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto. *Compensación económica y alimentos en las parejas de hecho*. Madrid: Difusión Jurídica, 2009.

PERUGINI, Nadia. “Assegno di divorzio e tutela del coniuge debole”. In: PICCININI, S. (a cura di). *I soggetti deboli nella famiglia e nelle istituzioni socio-sanitarie*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

PILLA, Vittorio. *I profili di responsabilità*. Seconda edizione. Padova: Cedam, 2007.

PINTO ANDRADE, Cristóbal. *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*. Barcelona: Bosch, 2008.

PROSPERI, Francesco. “Impresa familiare”. In: SCHLESINGER, P. (fondato da); BUSNELLI, D. (continuato da). Milano: Giuffrè Editore, 2006.

PROVERA, Giuseppe. “Degli alimenti”. In: SCIALOJA-BRANCA (a cura di) *Commentario del Codice civile*. Libro primo. Bologna-Roma: Zanichelli, 1972.

PUIG BLANES, Francisco de Paula. Comentario al artículo 232 y al artículo 237 del Código civil catalán. En: PUIG BLANES, F. y SOSPREDA NAVAS, F.J. (coord.). *Comentarios al Código civil de Cataluña*. T. I. Navarra: Civitas, 2011, p. 309-315 y 542-563.

QUICIOS MOLINA, Susana. Comentario a los artículos 142 a 153. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 259-269.

RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho civil*. T.IV. *Derecho de Familia*. En: LACRUZ BERDEJO (dir.). 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2008.

RAVOT, Emanuela. “Aiuto economico fornito da terzi: rilevanza e determinazione dell’assegno di divorzio”. *Famiglia e Diritto*. 1998, p. 525 ss.

REALI, Francesco. *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*. Perugia: Università degli studi di Perugia, 2007.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. “La compensación económica del artículo 97 del Código civil en la Ley 15/2005, de 8 de julio”. *Aranzadi Civil*. 2005-III, p. 2347-2367.

RESCIGNO, Pietro. Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche. *Famiglia*, 2002, p. 4 ss.

RIBOT IGUALADA, Jordi.

Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

“El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes”. *Anuario de Derecho Civil*. 1998, p. 1105-1177.

RICCIO, Domenico: *La famiglia di fatto*. Padova: Cedam, 2007.

ROCA TRIAS, Encarna.

“De los efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio”. En: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 1984. Vol. I. p. 536 - 649.

“Familia, Familias y Derecho de familia”. *Anuario de Derecho civil*. 1990, n. 43, p. 1055-1091.

“Métodos y Derechos en el Derecho de Familia”. En: *Documents de Treball de la divisió de Ciències Jurídiques econòmiques i socials*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1996.

“Globalización y derecho de familia. Los trazos comunes del Derecho de familia en Europa”. *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*. 2001, n. 4, p. 25-43.

ROGEL VIDE, Carlos: *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*. Madrid: Reus, 2012.

ROLANDO, Cristina: *Alimenti e mantenimento in Diritto di famiglia*. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

ROMAGNOLI, Emilio. *Commentario del Codice Civile. Aggiornamento sulla base della legge di riforma del Diritto di famiglia*. Bologna-Roma: 1975.

ROSSI, Marzia. “Gli effetti della separazione di ordine patrimoniale riguardo ai coniugi”. In: CASSANO, G. (dir.). *Il Diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*. Vol. III. Milano: 2006, p.149-208.

ROSSI, Rita. *Il mantenimento dei figli*. Milano: Giuffrè Editore, 2005.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, Julia. “La supresión de las causas de separación y divorcio: incidencia en otros ámbitos. *Aranzadi civil*. 2005-2, p. 2049 ss.

RUSCELLO, Francesco. *Lineamenti di Diritto di famiglia*. Milano: Giuffrè Editore, 2005.

SALA, Marco. “Gli alimenti”. In: CATTANEO, G. e BONILINI, G. (dir.); BONILINI, G. (continuato da). *Il Diritto di famiglia*. Segunda edizione. Torino 2007, p. 597-633.

SALAZART BORT, Santiago.

“La indemnización de los servicios prestados durante la convivencia de hecho. Análisis jurisprudencial”. *Revista de Derecho Patrimonial*. 2002-1, n. 8, p. 575-589.

“Parejas de hecho y pensión compensatoria (Comentario a la Sentencia Tribunal Supremo 5 julio 2002). *Actualidad civil*. 2002-2, p. 751-758.

SALVADOR CODERCH, Pablo. “El artículo 1090 del Código civil”. *Revista Jurídica de Cataluña*. 1978, p. 551

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. Comentario al artículo 1090. En: BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios al Código civil*. Navarra: Aranzadi, 2009.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz.

La extinción del Derecho a la pensión compensatoria. Granada: Comares, 2005.

“Consecuencias económicas de la crisis matrimonial tras la Ley 15/2005 (de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)”. *Revista Jurídica del Notariado*. Enero-marzo 2006. n. 57, p. 233-264.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho civil*. T. V, vol. 2º. *Derecho de Familia*. 2ª edición. Madrid: 1912.

SANTANA, Emelina, y SENENT, Santiago. “Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso”. *Anuario de Derecho Concursal*. 2007, n. 12, p.165- 175.

SANTOS BRIZ, Jaime. Comentario al artículo 1894. En: ALBALADEJO, M. (dir). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tomo XXIV. Madrid: Edersa, 1984, p. 68-71.

SANTOSUOSSO, Fernando. *Il matrimonio*. In: BIGIAMI, W. (fondatore da). *Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale*. Quarta edizione. Torino: Utet, 2007.

SAURA ALBERDI, Beatriz. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

SCARDULLA, Francesco. *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*. Quinta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

SERRANO ALONSO, Eduardo. *El nuevo matrimonio civil: estudio de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código civil*. Madrid: Edisofer, 2005.

SERRANO GARCÍA, José Antonio. *Los legados de educación y alimentos en el Código civil*. Madrid: Tecnos, 1994.

SESTA, Michele.

Derecho de familia italiano, ¿hacia nuevas transformaciones? En: PEREA LATORRE, S. (trad.). Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Diritto di famiglia. Seconda edizione. Padova: Cedam, 2005.

Manuale di Diritto di famiglia. Seconda edizione. Padova: Cedam, 2007.

Manuale di Diritto di famiglia. Terza edizione. Padova: Cedam 2009.

“Le nuove norme sull’affidamento condiviso: a) profili sostanziali”. *Famiglia e Diritto*. 2006. p. 377-387.

SGROI, Marco. “I rapporti personali tra i coniugi”. In: CASSANO, G. (dir). *Il Diritto di Famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*. Vol. I. Milano: 2006, p. 369-461.

SIERRA PÉREZ, Isabel. Comentario a los artículos 142 a 153. En: CAÑIZARES LASO y otros (dir.). *Código civil comentado*. Vol. I. Madrid: Civitas, 2011, p. 726-760.

SUA, Maria Paola. “La crisi coniugale di fatto”. In: CASSANO, G. (dir). *Il Diritto di Famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*. Vol. III. Milano 2006, p. 3-22.

TAMBURRINO, Giuseppe. “Alimenti” (Dir. civ.). In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. II. Milano: Giuffrè Editore, 1958, p. 25-50.

TEDESCHI, Guido. “Alimenti” (Dir. civ.). In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. I. t. 1. Torino: Utet, 1957, p. 484-504.

TERRANOVA, Carlo G. *Contributo ad una teoria unitaria delle prestazioni alimentari*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

TOTARO, Antonino. “Gli effetti del divorzio”. En: ZATTI, P. (dir). *Trattato di Diritto di Famiglia*. En: FERRANDO, G., FORTINO, M. E RUSCELLO, F. (a cura di). *Famiglia e matrimonio*. Milano: Giuffrè Editore 2002, p.1209-1387.

TRABUCCHI, Alberto.

“Alimenti” (Dir. civ.). In: *Appendice Novissimo Digesto Italiano*. Vol. I. Torino: Utet, 1980.

Commento al articolo 148. In: CIAN, G. e TRABUCCHI, A. (a cura di). *Commentario breve al Codice Civile*. 5ª edizione. Milano: Cedam, 1997, p. 342-344.

VERCELLONE, Paolo. “I rapporti genitori-figlio. I doveri di entrambi”. In: ZATTI, P. (dir). *Trattato di Diritto di famiglia*. Vol. secondo. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 947-957.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. “La obligación de alimentos entre los miembros de la pareja estable”. *Revista de Derecho de Familia*. Octubre-diciembre 2009, n. 45, p. 51-66.

VETTORI, Giuseppe: “Il dovere coniugale di contribuzione. In: BONILINI, G. e CATTANEO, G. (dir). *Il Diritto di famiglia*. T. II. Seconda edizione. Torino: Giuffrè Editore, 2007, p. 1- 21.

VICENZI AMATO, Diana.

Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale. Milano: Giuffrè Editore, 1973.

“I rapporti patrimoniali”. In: RESCIGNO, P. (a cura di). *Commentario sul divorzio*. Milano: 1980, p. 309-398.

“Gli alimenti”. In: RESCIGNO, P. (dir.). *Trattato di Diritto privato*. T. terzo. Torino: Utet, 1982, p. 805-883.

VILLA, Gianroberto. “Potestà dei genitori e rapporti con i figli”. In: BONILINI, G. e CATTANEO, G. (dir); BONILINI, G. (continuato). *Il Diritto di famiglia*. T. III. Seconda edizione. Torino: Utet, 2007, p. 301-362.

VILLANI, R: “Commento a los arts. 143 a 313 ”. In: CIAN, G. e TRABUCCHI, A. (dir). *Commentario breve al Codice Civile*. Ottava edizione. Padova: 2007, p. 253-458.

VIOLA, Carmen Antonia: *L’assegno divorzile*. Torino: Giappichelli, 2004.

VITALI, Enrico: “Nullità ed annullabilità”. In: BONILINI, G. e CATTANEO, G. (dir.); BONILINI (continuato da). *Diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*. Seconda edizione. Torino: Utet, 2007, p. 383-453.

ZURITA MARTÍN, Isabel. “Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-filiales”. En: GAVIDIA SÁNCHEZ, V. (coord.). *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 261-334.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO. CONCEPTO Y SUPUESTOS.....	4
I- LA CATEGORÍA DE LAS OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO	4
II- OBJETIVOS Y MÉTODO	6
III- OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO Y CONSTITUCIÓN	7
IV- SUPUESTOS LEGALES EXCLUIDOS DE LA CATEGORÍA DE OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO	12
1. El deber de contribución	12
2. La indemnización a cargo del cónyuge al que le sea imputable la nulidad del matrimonio del ordenamiento italiano.....	15
3. El derecho de alimentos del concursado y el derecho de alimentos en la liquidación de la sociedad de gananciales	16
4. El deber de alimentar a la viuda encinta con cargo a los bienes hereditarios.....	18
5. Las pensiones a cargo de la herencia establecidas en el ordenamiento italiano a favor del cónyuge separado, del cónyuge divorciado y de los hijos no reconocibles.....	19
CAPÍTULO II- LOS ALIMENTOS	23
I- INTRODUCCIÓN.....	23
II- PRECEDENTES Y NORMATIVA ACTUAL	24
III- OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS Y CONSTITUCIÓN.....	30
1. La obligación de alimentos y la asistencia pública	30
2. Los principios constitucionales.....	34
IV- CONCEPTO Y CUANTÍA DE LOS ALIMENTOS. LOS CRITERIOS LEGALES DE DETERMINACIÓN.....	36
V- LA NATURALEZA PATRIMONIAL DEL DERECHO DE ALIMENTOS.....	40
VI- LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN ALIMENTICIA.....	42
1. Los alimentos entre cónyuges.....	42
2. La obligación de alimentos de los descendientes	57
3. La obligación de alimentos de los padres y ascendientes.....	59
4. El deber de alimentos entre afines. El deber conyugal de cuidado y atención de ascendientes, descendientes y personas dependientes del art. 68 del Código civil español 68	
5. La obligación de alimentos entre hermanos.....	71
6. Concurso de obligados y concurso de titulares.....	72
VII- LOS PRESUPUESTOS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA	75
1. El estado de necesidad del alimentista	76

2.	La capacidad económica del obligado.....	79
VIII-	EL FUNDAMENTO DE LOS ALIMENTOS	80
IX-	EL NACIMIENTO DEL DERECHO DE ALIMENTOS	85
X-	LA INDISPONIBILIDAD DEL CRÉDITO ALIMENTICIO. ALCANCE Y SIGNIFICADO.....	88
XI-	LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO DE ALIMENTOS.....	91
XII-	EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA.....	92
XIII-	LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE ALIMENTOS.....	97
XIV-	LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ALIMENTOS A OTRAS OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO	104
CAPÍTULO III:	EL DERECHO DE MANTENIMIENTO.....	107
I-	INTRODUCCIÓN	107
II-	SUPUESTOS.....	108
III-	EL DEBER DE MANTENIMIENTO DE LOS PADRES	109
1-	El deber de mantenimiento de los padres como exigencia constitucional	109
2-	El cumplimiento del mandato constitucional por el legislador ordinario.....	110
3-	El fundamento y la finalidad del deber de mantenimiento	111
4-	Los sujetos.....	113
5-	Alcance y contenido del deber de mantenimiento	120
6-	Modalidades de mantenimiento. Mantenimiento directo y mantenimiento indirecto.	123
7-	Los presupuestos del deber de mantenimiento. Particular referencia a la situación de insuficiencia económica de los obligados	134
8-	Nacimiento y extinción del deber de mantenimiento. La suspensión del deber de mantenimiento.....	136
9-	El llamado deber de mantenimiento de los hijos mayores de edad.....	139
IV-	EL DEBER DE MANTENIMIENTO ENTRE CÓNYUGES.....	149
1.	El deber de asistencia conyugal durante la convivencia matrimonial	149
2.	El deber de asistencia conyugal y la ausencia de convivencia matrimonial. Separación judicial y separación de hecho	150
V-	DERECHO DE MANTENIMIENTO Y NULIDAD DEL MATRIMONIO	154
VI-	EL DERECHO DE MANTENIMIENTO DE LOS PARIENTES QUE TRABAJAN EN LA EMPRESA FAMILIAR.....	155
VII-	CONCLUSIONES SOBRE EL DERECHO DE MANTENIMIENTO	160
CAPÍTULO IV-	LA PENSIÓN POST-MATRIMONIAL.....	165
I-	ACLARACIÓN PREVIA.....	165
II-	EL DIVORCIO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO Y EN EL ESPAÑOL.....	166

III-	LOS EFECTOS PATRIMONIALES DEL DIVORCIO. PANORAMA GENERAL	172
IV-	ASSEGNO DE DIVORCIO Y PENSIÓN COMPENSATORIA. PRECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL.....	175
V-	EL PRESUPUESTO DE LA PENSIÓN	179
VI-	LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN DE LA PENSIÓN. LA POSIBILIDAD DE REVISIÓN .	187
VII-	MODALIDADES DE PENSIÓN.....	193
VIII-	EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN	197
IX-	LA NATURALEZA DE LA PENSIÓN. LA DISPONIBILIDAD DE LA PENSIÓN. PENSIÓN POST-MATRIMONIAL Y PRESCRIPCIÓN	201
1-	La naturaleza de la pensión.....	201
2-	La disponibilidad de la pensión	204
3-	Pensión post-matrimonial y prescripción	207
X-	FUNDAMENTO, FINALIDAD Y FUNCIÓN DE LA PENSIÓN POST-MATRIMONIAL	209
CAPÍTULO V. OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO ENTRE CONVIVIENTES DE HECHO.		
SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL		
I-	INTRODUCCIÓN	213
II-	DERECHO ESTATAL	213
1.	La aplicación analógica a parejas de hecho de obligaciones matrimoniales y el art. 1090 Cc.....	213
2.	Pensión compensatoria y parejas de hecho.....	219
III-	LEGISLACIÓN AUTONÓMICA	237
1.	Obligaciones de mantenimiento durante la convivencia.....	237
2.	Deberes de mantenimiento en caso de cese de la convivencia	240
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y PROPUESTAS SOBRE ALIMENTOS, DERECHO DE MANTENIMIENTO Y PENSIÓN COMPENSATORIA EN DERECHO ESPAÑOL		
I-	LA IMPOSIBILIDAD DE ELABORAR UNA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO	244
II-	PROPUESTAS EN MATERIA DE ALIMENTOS.....	246
III-	PROPUESTAS EN MATERIA DE MANTENIMIENTO.....	258
IV-	PROPUESTAS SOBRE PENSIÓN POST-MATRIMONIAL	263
V-	OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO Y CONVIVENCIA EXTRAMATRIMONIAL.....	274
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO		277
ÍNDICE.....		292