

LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS Y LAS POLÍTICAS DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS MAYORES Y DEPENDIENTES

M^a ISABEL MONDÉJAR PEÑA*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SATISFACCIÓN PÚBLICA DE LAS NECESIDADES TRADICIONALMENTE CUBIERTAS POR MEDIO DE LA SOLIDARIDAD FAMILIAR. 1. España como Estado social en la Constitución de 1978. 2. Incidencia de la existencia del derecho de alimentos en la obtención de prestaciones sociales dirigidas a cubrir las necesidades básicas del alimentista: carácter principal o subsidiario de los alimentos entre parientes. 3. Subsidiariedad de la prestación alimenticia frente a las diversas prestaciones públicas. III. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS ENTRE LOS DESCENDIENTES Y ASCENDIENTES. 1. Concepto. 2. Nacimiento de la obligación del pago de alimentos. 3. Fundamento. 4. Características. 5. Legitimados para pedir alimentos: tutores, guardadores de hecho y acogedores como obligados a procurar alimentos. 6. Concurrencia de una pluralidad de alimentantes y alimentistas. 7. Circunstancias excluyentes del derecho de alimentos. 8. Cuantía. 9. El pago de una pensión en dinero como modo de satisfacer los alimentos. La modificación de la pensión de alimentos. 10. Facultad de optar por la satisfacción *in natura* de los alimentos. 11. Realización de los servicios de asistencia de forma personal en el domicilio del alimentista y su posible internamiento residencial. 12. El alcance de la autonomía de la voluntad en las situaciones de dependencia: la autotutela y las instrucciones previas. 13. Posibilidades de actuación frente al incumplimiento del deber de prestar alimentos. a. Exigencia del cumplimiento forzoso. b. Revocación de las donaciones por causa de ingratitud. c. La no prestación de alimentos como posible causa de desheredación. d. El pago de los alimentos por un tercero: La satisfacción pública de las necesidades ante el incumplimiento del obligado a prestar alimentos. 14. Extinción de la obligación de prestar alimentos. IV. CONCLUSIONES.

* Profesora Ayudante de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, cuando una situación de necesidad era padecida por un miembro de la familia, se consideraba que por la propia naturaleza de las cosas correspondía a ésta dar solución a los problemas que dicha situación originaba. En la actualidad, determinadas circunstancias obligan a la sociedad a plantearse si es oportuno seguir dando una satisfacción casi exclusivamente privada a muchas de estas necesidades o, por el contrario, debe entenderse que la situación de dependencia personal y/o económica constituye un nuevo riesgo social que debe ser cubierto por medio de recursos públicos con independencia de que existan personas obligadas a prestar alimentos¹. Muchos autores han llamado la atención acerca de la obligación legal de alimentos² y los numerosos problemas que esta institución tradicional tiene que afrontar en los momentos actuales, no sólo por la situación demográfica actual y probablemente futura, y porque el modelo de familia española está siendo objeto de profundos cambios, sino también por la incidencia del estatuto jurídico constitucional establecido fundamentalmente en los artículos 41, 49 y 50 CE³.

¹ Las políticas sociales de la Unión europea inciden necesariamente en el ámbito de la protección a las personas de la tercera edad; aparte de la Carta Comunitaria de Derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, en la que se incluye el derecho a las pensiones de jubilación correspondientes, y del Título XI del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957 (versión consolidada tras la modificación del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, y de Niza, de 26 de febrero de 2001), que aborda la acción comunitaria en relación con las políticas sociales, son de interés la Recomendación del Consejo de 24 de junio de 1992, sobre criterios comunes relativos a los recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social (92/ 441/ CEE) y la Recomendación del Consejo de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social (92/ 442/ CEE).

En el año 2004, la comisión ha publicado el Informe sobre la protección social de la Europa de los 25, en el que se indica que la UE sigue enfrentándose a la perspectiva de una población que envejece con una gran rapidez, que la reforma de los regímenes de pensiones ha sido una de las cuestiones importantes de la UE y que casi todos los Estados miembros de la UE de los 15 ofrecen a todos los residentes legales alguna forma de renta mínima garantizada, completada con distintas prestaciones y subsidios en metálico o con servicios.

² Cuestión que presenta un gran interés, no sólo por su actualidad al existir un amplio debate social por los trabajos preparatorios de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, sino también porque se trata de un espacio digno de atención por los operadores jurídicos, pues la fragilidad de las personas mayores y de los dependientes, constituye un excelente caldo de cultivo para que sus derechos resulten vulnerados. Aunque la dependencia está presente en todas las edades de la vida, la proporción de personas dependientes aumenta con la edad, pues dos de cada tres personas con discapacidad para la vida diaria tienen más de 65 años.

Recientes estudios han declarado que por término medio, los varones pasan 2,6 años de su vida en situación de dependencia y las mujeres 5.2 años. Estas personas son atendidas casi siempre dentro del núcleo familiar y en especial por las mujeres, pues el 83 por ciento de los cuidadores son mujeres, con una edad media de 52 años, que no trabajan fuera del hogar.

³ Nada o poco tiene que ver el papel que las entidades públicas desempeñaron en épocas pasadas con la función asistencial que han asumido en la actualidad las distintas administraciones (Estado, Comunidades Autónomas y Ayuntamientos), al objeto de dar contenido material a la consagración de España como un Estado Social.

Como el Estado tiene hoy asumida la función de poner remedio a las situaciones de necesidad de todos los ciudadanos a través de la Seguridad Social o de la Asistencia pública, en la medida en que remedia estas situaciones, disminuyen los supuestos que desencadenan la deuda alimenticia entre parientes. A pesar de ello, la obligación de alimentos sigue teniendo gran importancia práctica, porque las prestaciones oficiales ni alcanzan a todos los ciudadanos en todas sus necesidades, ni las cubren inmediatamente⁴.

Ante las deficiencias de la cobertura pública, muchas familias siguen obligadas al cuidado de sus mayores y dependientes. Es una realidad fácilmente constatable que en muchas ocasiones los descendientes deben ayudar a sus ascendientes cuando ellos, por sí mismos, por razón de edad, enfermedad, u otras vicisitudes de la vida, no son autosuficientes personal y/o económicamente. A veces determinadas personas, aunque no necesitan recursos materiales, sí precisan ayuda personal de otro sujeto para desenvolverse y realizar las actividades básicas de la vida en sus múltiples manifestaciones⁵.

De todas las posibles relaciones jurídico-alimenticias, este trabajo se va a centrar en el examen de las que surgen entre ascendientes y descendientes, cuando son los primeros los destinatarios de la prestación de alimentos⁶.

Se analizará si ante la situación demográfica actual⁷ y las profundas transformaciones de la familia⁸ debe persistir esta obligación alimenticia, o si al menos, debería

Un examen sobre la evolución del papel del ente público frente a la necesidad puede verse en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, 1ª ed., La Ley, 2002, pp. 89 y ss.

⁴ En este sentido vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*. Sección de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense. Madrid, 1989, p.627.

⁵ Recientemente, el R. D. 504/2007, de 20 de abril, ha aprobado el baremo de valoración de la situación de dependencia, en orden a la capacidad para realizar las tareas básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión.

⁶ La obligación de los hijos de prestar alimentos a los padres, se encuentra enraizada en el deber de respeto que aquéllos deben a éstos *ex* artículo 155 CC, aunque son los artículos 142 y ss. CC donde se encuentra su regulación normativa.

⁷ El análisis de la situación demográfica actual y futura, no sólo de los beneficiarios de las ayudas sino también de los obligados a prestarlas, debe condicionar el conjunto de respuestas que se den a la cuestión planteada, al objeto de evitar que dicha obligación alimenticia pueda llegar a constituir una carga insostenible.

Junto al descenso de la natalidad y el envejecimiento de la población, otro factor demográfico importante que está originando un cambio preocupante en la estructura de la sociedad del futuro resulta de lo que se ha denominado el «envejecimiento del envejecimiento», pues la longevidad de los mayores hace que haya cada vez más mayores de 65 años y que este grupo de población alcance edades más altas, lo que necesariamente implicará que cada vez haya más mayores cuidando de otros mayores.

Según el *Libro Blanco sobre la atención a las personas en situación de dependencia en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 27, en las últimas décadas la población mayor española ha experimentado un crecimiento muy considerable. El número de personas mayores de 65 años se ha duplicado en los últimos treinta años del siglo XX, pasando de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 por ciento de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 por ciento de la población total), previéndose que en el año 2026 las personas mayores de 65 años representen el 21,6 por ciento del total de la población. Vemos, pues, como el fenómeno del envejecimiento va a continuar en los próximos años en los que la población mayor seguirá incrementándose de manera notable, a la vez que disminuirá la proporción de personas en edades jóvenes.

La mayor longevidad de nuestra sociedad sin duda demanda un marco jurídico que contribuya a mejorar el bienestar y calidad de vida de las personas mayores (obligados y beneficiarios de la obligación de alimentos) y a la dignificación del envejecimiento.

⁸ Se han destacado los siguientes cambios en la actual realidad familiar:

ser sometida a profundas reformas a la luz de la nueva realidad político-social, pues como destaca GARCÍA RUBIO⁹, tal y como aparece pergeñada en el Código Civil, parece haber sido inmune al paso del tiempo, ante la levedad cuantitativa y cualitativa de las reformas operadas sobre dichos preceptos¹⁰. En sus líneas de inspiración generales y en sus peculiares caracteres reguladores, el Código civil sigue reflejando la imagen de la familia tradicional, compuesta por una cadena de generaciones, con estructura hasta cierto punto jerárquica y en la que la solidaridad entre sus miembros constituye el cimiento del grupo.

Las transformaciones familiares están dando lugar a que necesariamente los mayores deban realizar un claro «ajuste de expectativas»¹¹ y a que la sociedad, ante el devenir de los acontecimientos, se concencie de la necesidad de políticas adecuadas para la atención de estas situaciones sociales.

Existen graves problemas para que la ayuda intergeneracional satisfaga todas las necesidades que aparecen. La incorporación de las mujeres al mundo laboral¹² ha provocado una crisis en los sistemas de apoyo informal¹³ que estas mujeres prestaban a los miembros de la familia en situación de dependencia. Es una realidad social inne-

-
- La desaparición de la familia extensa, que proporcionaba asistencia y proveía de recursos a todos sus miembros por núcleos familiares más reducidos.
 - La quiebra del perfil de institución permanente de la familia, que se traduce en un incremento del número de separaciones, divorcios y nuevos matrimonios.
 - La creciente movilidad geográfica de los distintos miembros de la familia, que debilita las posibilidades de hacer efectiva la solidaridad familiar.
 - La permanencia de los hijos en la casa familiar hasta edades que llegan a superar los 30 años, puesto que su etapa de formación se extiende cada vez más en el tiempo, lo que puede generar la convivencia en un mismo domicilio de tres o más generaciones.
 - Y, sobre todo, los cambios profundos en la posición social de las mujeres, su incorporación al mundo laboral y, por derivación, en su rol dentro de la familia.

⁹ GARCÍA RUBIO, M^o P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, p. 17.

¹⁰ La Ley 11/1981, de 13 de mayo (B.O.E. del 19 de mayo), dio una nueva redacción a los artículos 142, 143, 144, 146 y 148 y la L.O. 1/1.996, del 15 de enero (B.O.E. del 17 de enero), de Protección Jurídica del Menor redactó el tercer párrafo del artículo 148 CC.

¹¹ Los hijos ya no deben ser considerados como el báculo seguro de la vejez de los padres, como declara el Libro Blanco, p. 177: «Cuando las personas que hoy han sobrepasado los 65 años de edad formaron su propia familia, la tradición dictaba el uso de que los mayores serían cuidados por sus hijos como «ley natural». Esa certidumbre social originaba que cada nacimiento de un hijo y, sobre todo, de una hija, viniera acompañado, entre otros sentimientos, por una especie de garantía o de seguro de atención en los años de ancianidad».

¹² La Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE núm. 266 del sábado 6 de noviembre de 1999) ya declaraba que la incorporación de la mujer al trabajo había motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hacía necesario configurar un sistema que contemplara las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permitiera un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

¹³ Personalmente considero que la denominación «apoyo informal» no es una expresión demasiado afortunada, pues ningún apoyo es más formal que el prestado en la familia a las situaciones de falta de autonomía.

gable que las mujeres han sido las que se han ocupado de cuidar a los necesitados de la familia e incluso, paradójicamente, han atendido a personas respecto de las que no se encontraban obligadas¹⁴.

Un claro reflejo legal de los cambios experimentados en los roles familiares es la nueva redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 de julio al artículo 68 del Código Civil, según el cual: *«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»*.

Todas estas circunstancias determinan que un correcto análisis de la cuestión exija examinar la forma en que dicho deber jurídico familiar se coordina con las políticas públicas de protección a los mayores y dependientes¹⁵ y si las necesidades que la obligación alimenticia pretende cubrir deben ser satisfechas exclusivamente por el Estado, sujeto pasivo de un deber jurídico general de procurar que todos sus ciudadanos estén provistos de los medios económicos suficientes para atender a estas necesidades básicas, liberando a la familia de esta obligación alimenticia, o si por el

¹⁴ Según el Libro Blanco, p. 185, el perfil típico de quienes cuidan a las personas mayores en España puede sintetizarse en la fórmula de «genero femenino, número singular»: el 83% del total de cuidadoras/es eran mujeres, y de ellas informaron no recibir ayuda de nadie para la realización de este trabajo el 61,5%. Este desigual reparto de tareas de cuidados dentro del seno familiar, por más que resulte sorpresivo, se ha agudizado con el paso del tiempo, pues en 2004 ha subido un punto el porcentaje de mujeres (84%) que son cuidadoras principales.

En torno al nivel de estudios y a la situación laboral de las/os cuidadoras según los datos proporcionados por el Libro Blanco, p. 187 el 65,6% del conjunto de cuidadores y cuidadoras principales mostraba en 1994 un nivel de enseñanza muy bajo (sin estudios o primarios), y aunque ese porcentaje es algo menor en 2004 (el 60%), continuaba siendo predominante el bajo nivel de estudios.

En 1994, el 76% del total de personas cuidadoras no tenían actividad laboral retribuida (eran amas de casa el 50%, jubiladas/os el 15% y parados/as el 9,7 %).

En 2004, baja ligeramente al 73%, quienes no tienen actividad laboral retribuida, se produce un decremento de las amas de casa y un incremento de las personas jubiladas con respecto a 1994.

Del 22% de la muestra que desarrollaba un trabajo remunerado en 1994, compatibilizando esta actividad con los cuidados, se ha producido un discreto incremento, pasando al 26% en 2004.

La ayuda que requieren las personas mayores se la prestan sobre todo sus hijas; según el Libro Blanco en 1994 era el 52% de los cuidadores y en el 2004 este porcentaje se ha incrementado hasta el 57,2 %. Centrándonos en los datos proporcionados en el 2004 el esposo/a o compañero/a 16,8%, la nuera o el yerno el 10,1%, nieta/o 5,5 %, sobrino/a 3%, hermana/o 3%.

En torno a los datos sobre la relación de convivencia según datos del Libro Blanco p. 192 el 48,4% viven permanentemente en casa del cuidador

¹⁵ GARCÍA RUBIO, M^a P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, p. 18, llama la atención sobre los problemas que esta institución tiene que afrontar en la actualidad. Particularmente, destaca la influencia que sobre la misma ejercen la cambiante realidad sociológica y, sobre todo, los nuevos planteamientos constitucionales derivados de los artículos 49, 50 y 51 de la Ley fundamental. Ambos aspectos, cuestionan a su juicio profundamente el papel de la obligación de recíproca asistencia entre los miembros del grupo familiar y obligan a plantearse la nada sencilla tarea de dilucidar las relaciones entre esta obligación jurídico-privada que se mantiene con sus tintes más clásicos en el Código Civil, y la obligación pública que compete a las instituciones sociales de protección.

contrario, la aportación de la familia debe seguir teniendo un carácter principal frente a las prestaciones públicas¹⁶.

II. SATISFACCIÓN PÚBLICA DE LAS NECESIDADES TRADICIONALMENTE CUBIERTAS POR MEDIO DE LA SOLIDARIDAD FAMILIAR

1. España como Estado Social: en la Constitución de 1978

La Constitución española, marco jurídico-social de derechos y deberes para todos los ciudadanos, establece un sistema de garantías para hacer efectivo lo dispuesto en el artículo 10: «*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley, a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*».

La Constitución de 1978 supuso el comienzo de una nueva política social, al configurar un nuevo modelo de Estado: el Estado Social. A juicio de ARAGÓN REYES, este modelo conlleva la asunción por el Estado de nuevas tareas, que no vienen a sustituir a las antiguas (seguridad, orden público, defensa, etc.), sino a complementarlas. Estas nuevas tareas son las relativas a procurar una mayor igualdad social y, con ello, a proteger a los sectores sociales menos favorecidos. El Estado Social, en suma, como afirma el citado autor, no significa un modo específico de «ser» del Estado, sino una manera de «actuar» por parte del poder público para el cumplimiento de determinados fines tendentes a la reducción de la desigualdad social¹⁷.

El Capítulo III del Título I de la Constitución, bajo la rúbrica «De los principios rectores de la política social y económica» (en particular, los artículos 39, 41, 43.2, 49 y 50), da contenido a lo que significa que nos encontremos en un Estado Social, al

¹⁶ Como declara MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 88, «En la coexistencia entre deber familiar y deber estatal, en el reencuentro entre deudores civiles y deudores públicos, surge de inmediato una interesante cuestión: la armonización y coordinación entre ambos niveles (público y privado) en su tarea común de procurar la asistencia de quien carece de medios. En la actualidad, el necesitado puede encontrar remedio a su estado a través de la solidaridad familiar y de la solidaridad social. Ambos tipos de solidaridad tienen fundamentos y finalidades diferentes pero en la realidad se interfieren pues los dos tienden a establecer soluciones para una misma situación: el estado de necesidad. La compatibilidad de ambas obligaciones, la complementariedad o la subsidiariedad de una u otra, e incluso la posibilidad o la conveniencia de que las públicas sustituyan a las familiares son algunos de los aspectos más interesantes que se plantean al tratar de conciliar el papel de la familia y el de los poderes públicos en su condición de deudores frente al necesitado».

En semejante sentido *vid.* también PUIG FERRIOL y ROCA Y TRÍAS, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, Vol. II. (Dret de la persona i dret de familia), 5ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 212.

¹⁷ ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp.124-127.

vincular directamente a los poderes públicos, para que adopten las medidas pertinentes para lograr su plena efectividad. Ahora bien, su existencia no significa que el individuo tenga derecho frente al Estado a que éste le cubra las necesidades a que se refieren; hasta que no se produce el pertinente desarrollo legislativo, no se originará ningún derecho subjetivo a favor de los necesitados de conformidad con el artículo 53.2 CE¹⁸, y su existencia dependerá de los recursos económicos con los que cuenten las arcas públicas¹⁹.

Pese a que el artículo 41 de la Constitución disponga que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, lo cierto es que la ubicación sistemática de este precepto determina que sólo sea creador de expectativas de derecho que deberán ser concretadas por el legislador mediante su desarrollo legislativo.

Aunque el modelo de seguridad social que organiza este artículo lo es sobre la base de la universalidad: esto es, todo ciudadano que se encuentre en situación de necesidad tiene derecho a algún tipo de ayuda. Sin embargo, el desarrollo legislativo de este precepto no ha llegado todavía ahí, pues si se observa algunas normas de la Ley General de la Seguridad Social se puede comprobar que sus prestaciones no tienen un carácter universal, al quedar fuera de su ámbito de protección determinados grupos de personas y de situaciones.

Las Administraciones públicas deben responder a las necesidades de los ciudadanos necesitados mediante la adscripción de recursos, el mantenimiento, inspección y control de los mismos, mediante el apoyo a los cuidadores informales, y el fomento de la ayuda a las familias y el voluntariado. Si se quiere aligerar a las familias de las obligaciones derivadas del parentesco, es preciso que se destinen fondos públicos para su cobertura²⁰ y se estudien adecuadamente las necesidades de los distintos grupos de población más necesitados²¹.

¹⁸ Es su desarrollo legislativo el que determina el alcance real del derecho y no los tribunales, ni siquiera el Constitucional. En este sentido *vid.* RIBOT IGUALADA, J., *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 31-32.

¹⁹ Así el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los principios y fines de la Seguridad Social, dispone que el sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad, y que será el Estado, por medio de la Seguridad Social, el que garantizará a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta Ley en el artículo 38.

²⁰ Uno de los proyectos legislativos más esperados por la sociedad ha sido la citada Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Con ella, el Gobierno pretende dar respuesta a las necesidades de más de 1,6 millones de españoles que no pueden valerse por sí mismos (ancianos y discapacitados graves) que requieren de algún tipo de ayuda para sus actividades cotidianas

²¹ Para conseguir dar un correcto cumplimiento de estos fines el Real Decreto 2171/1994, de 4 de noviembre, parcialmente modificado por el Real Decreto 428/1999, de 12 de marzo, creó y reguló el Consejo Estatal de las

La distribución de los recursos debe estar basada en los siguientes principios:

- El principio de solidaridad, con preferencia de las personas y grupos sociales más necesitados.
- El de corresponsabilidad de la familia, mediante la implicación de la misma en la cobertura de las necesidades, teniendo en cuenta que la necesaria incorporación al mercado laboral de todos sus miembros dificulta la atención de los mayores²².
- El principio de aseguramiento de la permanencia de las personas mayores en su medio familiar y social, evitando situaciones de desarraigo.

En 1978 los elementos fundamentales del modelo del Estado del bienestar de los ciudadanos se encontraban fundamentalmente en la protección Sanitaria y de la Seguridad Social, y en este sentido centrandolo la cuestión en los mayores, disponía el artículo 50 CE: *«Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio»*.

El mandato de protección a la tercera edad que impone este artículo 50 a los poderes públicos, se canaliza en una doble acción: primera, la garantía de suficiencia económica; segunda, las prestaciones sociales derivadas de los problemas sectoriales específicos de las personas que integran el colectivo de la tercera edad.

Personas Mayores, con el fin de institucionalizar la colaboración y participación del movimiento asociativo de las personas mayores en la definición, aplicación y seguimiento de las políticas de atención, inserción social y calidad de vida para este sector de población, en el ámbito de las competencias atribuidas a la Administración General del Estado.

La experiencia acumulada en los últimos años ha puesto de manifiesto la necesidad de actualizar determinados aspectos de la estructura y composición del Consejo para agilizar su funcionamiento, mejorar la eficacia de sus actuaciones y reforzar su representatividad; para ello, el Real Decreto 117/2005, de 4 de febrero, por el que se regula este Consejo Estatal de las Personas Mayores, integra en dicho órgano, además de a un representante de los diferentes consejos autonómicos de las personas mayores u órganos equivalentes, a las organizaciones de ámbito territorial estatal y no estatal, de forma diferenciada, con el fin de que en el Consejo Estatal estén representadas las distintas percepciones de la problemática de las personas mayores.

²² La Ley 39/2006, reconoce la importancia de la familia como pilar básico para las personas mayores en situaciones de dependencia, aunque solo excepcionalmente atribuye una prestación económica por cuidados familiares (art. 18). A través de medidas de soporte socio-sanitarias se trata de compensar la dedicación familiar intensiva y evitar situaciones extremas de cansancio familiar. Al respecto, el apartado 4 del art. 18 de la Ley 39/2006 dispone que el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso.

La suficiencia económica se asienta en la garantía de las «pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas», lo que supone su articulación en torno a los regímenes de la Seguridad Social²³. El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece un doble régimen de pensiones: las pensiones de jubilación en su modalidad contributiva²⁴ (artículos 160 a 166) y las pensiones de jubilación no contributivas²⁵ (artículos 167 a 170)²⁶.

Vinculados a las personas incluidas en el régimen de la Seguridad Social, la Ley General de la Seguridad Social articula una serie de servicios sociales de la tercera edad, en el marco de la misma Seguridad Social y prestados por lo tanto por la Admi-

²³ A este respecto, el artículo 147.1.17ª CE establece la competencia del Estado en la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas, por lo que la normativa fundamental en torno al sistema de pensiones será la emanada del Estado.

El punto de partida normativo es la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido (TRLGSS) aprobado por Decreto 2065/ 1974, de 30 de mayo, y el Real Decreto ley 36/1978, de 16 de noviembre; ambas normas han sido parcialmente derogadas por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que será el punto de referencia actual, aunque hay que precisar que ha sido modificado en varias ocasiones por normas posteriores.

²⁴ Las pensiones de jubilación contributivas se definen en torno a un criterio profesional, de manera que tienen derecho a ellas los trabajadores jubilados pertenecientes a alguno de los grupos profesionales expresados en el artículo 7 de la Ley. Dentro de ellas se diferencian distintos regímenes de pensiones en función de la ordenación profesional que establece la Ley al respecto (trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia, funcionarios públicos, etc.), que determina cuantías diferenciadas de las pensiones basadas en el cálculo inicial de las prestaciones aportadas por el trabajador jubilado a lo largo de su vida profesional.

²⁵ Las pensiones de jubilación no contributivas están también integradas en el sistema de la Seguridad Social. Los artículos 144 a 149 de la Ley General de la Seguridad Social, la Ley 26/ 1990, de 20 de diciembre y el Real Decreto 357/ 1991, de 15 de marzo, que desarrolla la Ley anterior en materia de pensiones no contributivas, establecen este tipo de pensiones para las personas mayores de 65 años que carezcan de renta o ingresos suficientes, es decir cuando éstos sean inferiores a la cuantía de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social que se determinen en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

²⁶ Inciden en la regulación de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con la determinación de la cuantía de las pensiones, la Ley 24/ 1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social, que modifica la Ley de 1994 tanto en relación con las pensiones cuanto en la acción protectora de la Seguridad Social, y el Real Decreto 1647/ 1997, de 31 de octubre, que desarrolla la Ley anterior respecto de los periodos mínimos de cotización y de la base reguladora de la pensión.

La actualización periódica de las pensiones, tanto las contributivas como las no contributivas, que impone el artículo 50 de la Constitución la articula el Gobierno sobre su actualización anual, lo que hace sobre la base del Índice de Precios de Consumo (IPC), normándose dicha actualización por medio de los correspondientes Reales Decretos de Revalorización de pensiones (Real Decreto 1611/2005, de 30 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2006).

En relación con el régimen de actualización de las pensiones, el Tribunal Constitucional también ha negado su consideración como derecho adquirido sobre la base de que el elemento fundamental que determina el sistema de pensiones es su consideración de «adecuada», en la medida en que cubran las situaciones de necesidad, sin que se pueda deducir del artículo 50 CE la obligación constitucional de mantener todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista, ni que todas y cada una de las ya causadas tengan que incrementar un incremento anual, siempre que puedan considerarse suficientes (STC 134/ 1987, de 21 de julio; igualmente la STC 100/ 1990, de 30 de mayo).

nistración estatal²⁷. Esta acción social estatal se complementa con la desarrollada por las Comunidades Autónomas que hayan asumido las competencias del artículo 148.1.20^a de la Constitución y con las que corresponden, en el ámbito de su autonomía, a las Corporaciones locales.

Aparte de las pensiones no contributivas, las prestaciones asistenciales públicas, y muy en especial la cobertura sanitaria, se extienden a las personas de la tercera edad sin recursos y en estado de necesidad, siendo éstas unas prestaciones generales, es decir, no vinculadas a la condición laboral del anciano, cuyo supuesto habilitante es la situación de necesidad y la carencia de recursos materiales y sociales; en este sentido se pronuncian tanto la Ley General de la Seguridad Social de 1994 como la Ley 14/ 1986, de 25 de abril, General de la Sanidad y el Real Decreto 1088/ 1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de las asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

Como las prestaciones de la Seguridad Social no bastan para cubrir todas las situaciones de necesidad y muchas quedan excluidas de su ámbito de protección, en estos ámbitos la Asistencia Social asume una importante función. Como destaca MARTÍNEZ RODRÍGUEZ²⁸, la Asistencia Social ha de entenderse como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas para los no protegidos por el sistema de Seguridad Social. Se trata de un mecanismo externo a la Seguridad Social, no integrado en la misma, cuyo sostenimiento se produce «al margen de toda obligación contributiva o plena colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios». Constituye (como afirmaba la STS 146/86 de 25 de noviembre, FJ 2^o) una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ellas. Tienen un carácter subsidiario desde el momento que sólo operan en aquellas situaciones de necesidad no protegidas en modo alguno o de forma insuficiente por la Seguridad Social. Estas prestaciones pueden tener un carácter económico y van dirigidas a paliar situaciones de urgencia o extrema necesidad.

En la satisfacción de estas necesidades básicas también deben ser destacados los auxilios a favor de ancianos y enfermos pobres y las prestaciones creadas por las CCAA en el marco de políticas contra la pobreza y la exclusión social. Las dis-

²⁷ Junto a los organismos específicos de gestión existentes en las Administraciones autonómicas y locales, el organismo de gestión estatal básico es el IMSERSO, creado por el Real Decreto ley 36/ 1978, de 16 de noviembre como entidad gestora de la Seguridad Social a nivel nacional con la finalidad de dirigir su acción a las personas mayores, personas con discapacidad y solicitantes de asilo.

El IMSERSO se configura como una entidad gestora de la Seguridad Social adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con entidad de Derecho público y cuyos fines básicos son la gestión de las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación, así como la de los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de Seguridad Social para las personas mayores y personas con discapacidad.

²⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 116

tintas Comunidades han ido elaborando una serie de medias legales encaminadas a paliar las situaciones de necesidad, a través fundamentalmente de las «rentas mínimas de inserción» o «ingresos o mínimo de inserción social» conocido como salarios sociales, y que consisten, básicamente, en la concesión de una renta de subsistencia a personas en situación de necesidad²⁹. Resulta destacable que la concesión de estas ayudas se encuentra en clara conexión con la obligación alimenticia, pues dado su carácter subsidiario normalmente se requiere para su concesión que el beneficiario carezca de medios para subsistir y no tenga parientes con posibilidad de prestarle alimentos.

Nos encontramos con una normativa confluyente en relación con la pluralidad de servicios sociales dependientes de las tres Administraciones, lo que origina la imposibilidad de analizar de una manera exhaustiva en un trabajo de estas características las ayudas sociales percibidas por los mayores y demás dependientes, pues el complemento autonómico³⁰ y municipal de la acción de asistencia social ha dado lugar, por supuesto, a un cuantioso acervo normativo. Para concluir destacar el surgimiento de un nuevo derecho subetivo de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia creado por la Ley 39/2006 que implicará la asignación de recursos públicos para su efectividad

2. Incidencia de la existencia del derecho de alimentos en la obtención de prestaciones sociales dirigidas a cubrir las necesidades básicas del alimentista: carácter principal o subsidiario de los alimentos entre parientes

Las prestaciones de la Seguridad Social –contributivas y no contributivas– y las demás ayudas públicas, sin duda tienen una importante repercusión en la obligación familiar alimenticia, al disminuir considerablemente el estado de necesidad y reducir el número de acreedores alimentarios. Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto, dichas prestaciones públicas no han provocado en la práctica la desaparición de la institución alimenticia, destinada en la actualidad a hacer frente a todas aquellas

²⁹ Las Comunidades Autónomas gestoras de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, Prestaciones derivadas de la Ley de Integración Social de los Minusválidos y Pensiones Asistenciales, vienen ejerciendo conjuntamente con la referida gestión, las competencias de asistencia social que les atribuye el artículo 148.1.20 de la Constitución Española, competencias que inciden en gran medida en los mismos colectivos de personas mayores y personas con discapacidad beneficiarios de las prestaciones de naturaleza no contributiva.

³⁰ Con objeto de sufragar las necesidades básicas de las personas mayores que carezcan de los recursos necesarios, la diversas CCAA podrán establecer prestaciones económicas, distintas y compatibles con las del sistema de la Seguridad Social y con las que pueda otorgar la Administración del Estado y otras Administraciones Públicas. Para el reconocimiento del derecho a la percepción de alguna de las ayudas, se tendrá en cuenta normalmente: el grado de autonomía para la realización de las actividades de la vida diaria, la situación personal, familiar y social, las rentas o ingresos de la persona mayor y las de los obligados a prestarle alimentos.

situaciones de necesidad no protegidas socialmente, por lo que resulta necesario examinar la incidencia que la existencia de un deudor de alimentos puede tener a la hora de obtener determinadas prestaciones sociales, aunque, en principio, parece que la Administración no se debería exonerar de su deber de satisfacer las necesidades vitales de los ciudadanos por el mero hecho de que éstos tengan parientes obligados a prestarles alimentos, pues a veces dichos parientes carecen de recursos suficientes para su satisfacción y las propias³¹.

Lógicamente, en un trabajo de estas características no es posible entrar en profundidad a analizar la incidencia de la existencia de familiares obligados a prestar alimentos para la obtención de todas y cada una de las prestaciones públicas existentes, por lo cual, me limitaré a realizar una panorámica general que permita apreciar en líneas generales el estado de la cuestión.

La concurrencia entre la obligación civil de alimentos que pesa sobre determinados parientes y las prestaciones públicas dirigidas a satisfacer esas mismas necesidades se puede producir en los siguientes supuestos:

1.- *En el nivel asistencial de la Seguridad Social*³² es destacable el tratamiento que se da a las prestaciones no contributivas, en particular la pensión de invalidez y de jubilación en su modalidad no contributiva.

Como ya se ha apuntado, la incorporación a la Seguridad Social de un nivel no contributivo básico y obligatorio, para proteger a todos los españoles que se encuentren en situación de necesidad, no ha significado la universalización de las prestaciones, ya que éstas son limitadas y están sometidas a ciertos requisitos. Así, de acuerdo con los artículos 144 y ss. del TRLGSS tendrán derecho a la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, las personas que cumplan los siguientes requisitos:

³¹ La STS Sala 3^a de 4 de diciembre de 1992 rec. 10184/1990. Pte: Escusol Barra, Eladio (EDJ 1992, 12035) nos puede servir para ilustrar este tema. En esta sentencia, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla-León contra la sentencia que reconoció el derecho de la recurrente en 1^a instancia a que le fuera concedida la ayuda por ancianidad que le había sido denegada por la CCAA. Considera el Tribunal que la existencia de un hermano que le prestaba su ayuda de manera insuficiente no bastaba para denegar dicha ayuda, pues la obligación civil del alimentista no libera a la Administración del deber de protección que le incumbe por razón de la subsistencia de las personas necesitadas.

³² Su régimen jurídico está constituido fundamentalmente por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, (BOE de 29.06.1994), Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas y el Real Decreto 118/1988, de 30 de enero por el que se modifica el Real Decreto 357/1991, en cuanto a comprobación de los requisitos para el derecho a pensiones no contributivas del Sistema de la Seguridad Social.

Estas normas han regulado el establecimiento de un nivel no contributivo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, como desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 CE, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, y, por tanto, dictada al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.

- Ser mayor de dieciocho y menor de sesenta y cinco años de edad.
- Residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión.
- Estar afectadas por una minusvalía o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65%.
- Carecer de rentas o ingresos suficientes. Aunque el solicitante carezca de rentas o ingresos propios, en los términos señalados en el párrafo anterior, si convive con otras personas en una misma unidad económica, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes cuando la suma de los de todos los integrantes de aquélla sea inferior al límite de acumulación de recursos obtenido conforme a lo establecido en los apartados siguientes del precepto.

También dispone el artículo 167 TRLGSS que tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, las personas que, habiendo cumplido sesenta y cinco años de edad, carezcan de rentas o ingresos en cuantía superior a los límites establecidos en el artículo 144, residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación³³.

Entre los requisitos exigidos por la ley para acceder a las prestaciones no contributivas, ninguno se refiere expresamente a la ausencia de deudores de alimentos. No obstante, al analizar los requisitos previstos para su concesión resulta cuestionable si tal requisito no ha sido impuesto indirectamente por el legislador, al tener en cuenta las rentas o ingresos de los familiares con los que el posible beneficiario convive en una misma unidad económica. Cabe observar que se toman en consideración los recursos personales del beneficiario y los de la unidad económica en la que convive, impidiendo, si se rebasa el máximo de ingresos impuesto legalmente, acceder a estas prestaciones no contributivas a pesar de que la situación económica personal pueda, en principio, hacerle merecedor de aquéllas. Aunque esta normativa nos podría llevar a pensar que el legislador parte de la existencia de una obligación legal de los parientes del solicitante y que, en consecuencia, se debería excluir de la pensión a la perso-

³³ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, 114, y RIBOT IGUALADA, J., *op. cit.*, p. 35, nota 47, pues como apuntan estos autores las contingencias protegidas por las prestaciones no contributivas se limitan a determinadas situaciones de necesidad y no cubren frente a todas.

Precisamente todas estas limitaciones determinaron, como apunta MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, que la Ley de 1990 no tuviera tantos efectos en el papel de aliviar las obligaciones familiares como en un principio podría suponerse, a pesar no obstante del gran papel que representó este nuevo nivel contributivo en la satisfacción de ciertas necesidades.

na que tiene familiares obligados a darle alimento, resulta más acertada la opinión de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ³⁴, para quien esta interpretación no es la correcta, pues el texto legal no alude a la inexistencia de una obligación alimenticia como presupuesto para que nazca el derecho a la prestación y, además, exige la convivencia entre el necesitado y el pariente que menciona. Así, puede ocurrir que el necesitado tenga algún pariente obligado a procurarle alimentos y, a pesar de ello, esté en condiciones de reclamar la prestación pública porque se trata de un pariente que no forma parte de esa unidad económica por faltar el requisito de la convivencia. Incluso puede ocurrir, como sostiene RIBOT IGUALADA³⁵, que los parientes con los que convive sólo sean obligados subsidiariamente por ser parientes en grado posterior y, a pesar de ello, se computan sus rentas y no las de los obligados con carácter principal, precisamente porque estos últimos no viven con el solicitante, aunque desde luego estén obligados a prestarle alimentos.

2.- *En el nivel de prestaciones contributivas*, éstas se ocupan de otorgar rentas que sustituyen a los ingresos profesionales en los supuestos tipificados en que tiene lugar la pérdida de éstos. Su importe se determina por criterios objetivos sin tener en cuenta la situación de necesidad real del beneficiario y sin que el derecho a obtener estas prestaciones tenga ninguna conexión con la existencia de parientes con derecho a prestar alimentos³⁶.

3.- *En las prestaciones asistenciales de los servicios sociales (ayuda a domicilio, residencias, comedores sociales, etc.)*³⁷, la normativa autonómica de servicios sociales ofrece distintas respuestas en el caso de que el pariente dependiente que no disponga de recursos utilice alguna prestación de servicios sociales (atención domiciliaria, centros de día, residencias, etc.). La tendencia normativa generalizada al copago³⁸, en distinto porcentaje en función de la situación económica del beneficiario, exige a los familiares la contribución al pago del servicio que atiende al paciente dependiente, si éste no dispone de recursos³⁹.

³⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 139.

³⁵ RIBOT IGUALADA, J., *Alimentos...*, p. 53.

³⁶ Sólo dependerá de que el sujeto haya desarrollado o esté desarrollando algún tipo de actividad profesional y haber contribuido económicamente al sistema durante el tiempo y en la cuantía debidos mediante el cumplimiento de los periodos preceptivos de cotización.

³⁷ Como destaca MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 112, nota 174, este nivel forma parte del régimen de la Seguridad Social, por lo que a pesar de su calificativo de «asistencial», no debe confundirse con las prestaciones de la Asistencia Social, que constituyen un instrumento de protección distinto y al margen de la Seguridad Social.

³⁸ Tendencia que ha tenido una manifestación reciente en la Ley 39/2006, al declarar en su Exposición de Motivos que los beneficiarios contribuirán económicamente a la financiación de los servicios de forma progresiva en función de su capacidad económica.

³⁹ La Ley 3/2003 de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia, cambiando el criterio anterior (Decreto 45/1996), establece la participación de «las personas obligadas a prestarle asistencia» (artículo 9.2).

En otros casos se opta por el llamado reconocimiento de deuda cuando el beneficiario de los servicios carece de rentas pero tiene patrimonio, que opera cuando los usuarios, directamente o a través de sus familiares, no abonon íntegramente el precio público, en cuyo caso, deberán suscribir un documento de reconocimiento de deuda por la diferencia entre lo abonado y el precio establecido, que se hará efectivo en el momento en que se dejen de prestar los servicios.

Como puede intuirse fácilmente, la cuestión más delicada es delimitar hasta qué punto debe contribuir la familia a mejorar la situación del ascendiente necesitado y en qué medida los poderes públicos deben prestar esa ayuda, cuando la pensión, contributiva o no contributiva, no alcance la cuantía suficiente para satisfacer las necesidades de aquellos que ya no pueden autofinanciarse.

En torno a la participación de los usuarios en el coste de los servicios, a modo de ejemplo citaremos la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la cual dispone que a los efectos establecidos en el artículo 30 de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, serán computadas tanto las rentas y bienes de la persona mayor como los de aquellos obligados a prestarle alimentos, sin perjuicio de que las personas que carezcan de recursos suficientes para abonar su importe tengan derecho a la exención o bonificación del pago del coste de los servicios que reciban. También prevé que los usuarios vendrán obligados a declarar la situación patrimonial en los casos de ingreso en centros o servicios del sistema público.

4.- *Los salarios de inserción social.* La instauración en España de un sistema de renta mínima de inserción fue bastante atípica, porque se llevó a cabo por los poderes públicos regionales con la oposición del Gobierno central, el cual declinó durante mucho tiempo la intervención en ese espacio de la protección social. Gracias a un original modelo constitucional de distribución de competencias se permitió, con base en la asunción de la Asistencia Social como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, regular las rentas de inserción en cada ámbito territorial respectivo.

No obstante la diversidad normativa, la prestación de renta mínima de inserción presenta unos rasgos comunes, que no dejan de ser los propios de este modo de protección social pública, en particular el carácter subsidiario o de cierre del conjunto de subsistemas de protección social, tanto legales (de Seguridad Social, contributivos o

Otras legislaciones autonómicas de servicios sociales, como la riojana (Ley 1/2002) o la madrileña (Ley 11/2003), no contemplan expresamente las aportaciones de los familiares obligados.

Otro sistema es el previsto como veremos en los artículos 261 y 269 del Código de Familia de Cataluña, aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio, que disponen el derecho de repetición de la Entidad pública o privada que preste alimentos si la persona obligada no lo hace. De conformidad con estos dos preceptos las prestaciones públicas tienen un carácter claramente subsidiario. Si no se satisfacen por la vía familiar lo serán de manera pública pero con un derecho de reembolso.

no contributivos, de desempleo, etc.), como convencionales (alimentos entre parientes, etc.). En otras palabras, se trata de una prestación económica condicionada a la inexistencia de personas obligadas civilmente a prestar alimentos, y a la inexistencia de derecho a prestaciones de la Seguridad Social o de otro régimen público sustitutivo equivalente y su carácter complementario respecto de los recursos económicos de que disponga el beneficiario, que limita la concesión sólo hasta el importe al que alcance la diferencia entre los recursos económicos disponibles (cualquiera que sea su origen y naturaleza) y la cuantía que corresponda de la prestación de renta mínima (de ahí que se trate de una prestación diferencial)⁴⁰.

Al tratarse de una prestación subsidiaria con respecto a cualquier otra fuente de ingresos, varias Comunidades obligan al beneficiario a recurrir previamente a cualquier posible alternativa. Así, diversas Comunidades hacen incompatible la incorporación al programa con la existencia de parientes obligados a prestarles alimentos. En otras, se establece la posibilidad de eximir de este requisito a aquellos solicitantes respecto de los cuales se prevea que la obligación de alimentos no podrá hacerse efectiva por circunstancias tales como malos tratos, relaciones familiares deterioradas o inexistentes, de las que se tenga constancia en el expediente. Pese al carácter subsidiario respecto de otras prestaciones sociales, algunas Comunidades prevén la concesión provisional de la renta mínima y exigen, en tal caso, que el interesado haga valer su derecho a alimentos en los supuestos de nulidad, separación o divorcio. Así ocurre, por ejemplo, en Andalucía, Aragón, y Baleares. En Cataluña se indica que la administración podrá subrogarse en las acciones que le correspondan al titular de la renta mínima o a cualquier otro miembro de la unidad familiar contra aquellas personas que tengan la obligación legal de facilitarle alimentos. Por último, cinco Comunidades exigen el ejercicio de cuantos derechos tuviere la persona o unidad familiar: Aragón, Asturias, Castilla-La Mancha, Madrid y Navarra⁴¹.

⁴⁰ En éste sentido se manifiesta recientemente la Ley de la Comunidad Autónoma de Asturias 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico al declarar que el salario social básico es una prestación económica diferencial, complementaria y subsidiaria de cualquier otro tipo de recursos, derechos, rendimientos de bienes y prestaciones sociales económicas previstas en la legislación vigente, que pudieran corresponder al titular o a cualquiera de los miembros de su unidad económica de convivencia independiente, y que deberán ser reclamados y hacerse valer íntegramente con carácter previo a la solicitud. Dentro de los requisitos de las personas y unidades económicas de convivencia independiente beneficiarias del salario social básico se encuentra, según el artículo 9.d de esta ley, haber solicitado previamente de las personas y de los organismos correspondientes, las pensiones y prestaciones vigentes a las que cualquier miembro de la unidad económica de convivencia independiente tuviera derecho, incluidas las acciones legales derivadas del impago de derechos de alimentos.

⁴¹ Decreto 24/2001, de 20 de abril, por el que se regulan las prestaciones de inserción social de la Consejería de Salud y Servicios Sociales de la Rioja dispone que el solicitante deberá, artículo 6 e) Haber ejercitado o estar ejercitando las acciones pertinentes para el cobro de cualesquiera derechos o créditos que eventualmente pudiera corresponderle en virtud de título legal o convencional.

En el Decreto 147/2002, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de la Renta Mínima de Inserción de la Comunidad de Madrid, el carácter subsidiario y complementario se encuentra recogido en los artículos 4 y

En ocasiones el incumplimiento de los deberes legales de alimentos es valorado para incrementar las posibilidades de acceso a la ayuda, lo cual, a juicio de la doctrina, sería lógico si hubiera un deber de reembolso, pues de otra forma la asistencia pública acaba produciendo incentivos perversos en la conducta de los familiares.

5. En relación con la carencia de recursos económicos dispone en artículo 9.3: «Se entenderá demostrada la suficiencia de recursos económicos cuando, de las actuaciones practicadas en el expediente, pueda desprenderse que existen personas legalmente obligadas y con posibilidad real de prestar alimentos al solicitante de la renta mínima de inserción y a los miembros de su unidad de convivencia». No existirá carencia de recursos económicos según el artículo 9.4 si la persona solicitante que legalmente tiene derecho a percibir una pensión alimenticia de su cónyuge o de otros parientes obligados, no la recibe y no ha interpuesto reclamación judicial, con excepción de aquellos casos en los que se den situaciones de malos tratos o las relaciones familiares se encuentren deterioradas o inexistentes. Los malos tratos se justificarán mediante la correspondiente denuncia actualizada, o mediante informe social cuando se constate la existencia de peligro para la integridad física de la persona denunciante o para alguno de los miembros de su unidad de convivencia. No obstante, según el apartado 3 del artículo 9, que a efectos del presente Decreto no tienen obligación de prestar alimentos los parientes que, en atención a las circunstancias socioeconómicas concurrentes, no puedan atender las necesidades del alimentista sin desatender sus propias necesidades o las de los familiares a su cargo. Las expresadas circunstancias constarán claramente adveradas en el expediente. A juicio del órgano de resolución, se resolverá positivamente para aquellos solicitantes de los que se prevea que la obligación civil de alimentos no pueda hacerse efectiva por existencia de malos tratos, relaciones familiares deterioradas o inexistentes, siempre que exista constancia de todo ello en el expediente.

También el Decreto Foral 120/1999, de 19 de abril, por el que se regula la Renta Básica de la Comunidad Foral de Navarra prevé dentro en el artículo 5 (dentro de los requisitos de acceso a la prestación de Renta Básica) que el interesado no deberá tener parientes con obligación legal de darle alimentos, excepto en el caso de que el solicitante no reciba dichos alimentos o auxilio económico, por incumplimiento de la resolución judicial que oportunamente se hubiera dictado.

El Decreto 13/1998, de 5 de febrero, por el que se regulan las ayudas económicas básicas Consejería de Empleo y Asuntos Sociales de Canarias en su artículo 4, al regular la situación económica del solicitante exige que éste no tenga parientes con obligación legal de darle alimentos, excepto en el caso de que el solicitante no reciba dichos alimentos o auxilio económico, por incumplimiento de la resolución judicial que oportunamente se hubiera dictado.

Dentro de los requisitos previstos en la Ley 9/1991, de 9 de octubre, de Medidas Básicas para la Inserción Social para ser beneficiarias de la renta de integración social de Galicia, en las condiciones previstas en la presente Ley, aquellas personas que reúnan los citados requisitos, entre los que se encuentran que no existan personas legalmente obligadas y con posibilidad real de prestarles alimentos de acuerdo con la legislación civil. A juicio del órgano de resolución, se podrán eximir de este requisito aquellos solicitantes de los que se prevea que la obligación de alimentos no se pueda hacer efectiva por malos tratos, relaciones familiares deterioradas o inexistentes, de las cuales exista constancia en el expediente. No obstante, se considera que no tienen la obligación de prestar alimentos los parientes que, en atención a las circunstancias socioeconómicas concurrentes, no pueden hacer frente o atender las necesidades básicas de la unidad familiar solicitante sin desatender las propias necesidades o las de los familiares a su cargo. Las circunstancias constarán claramente en el informe social correspondiente.

El Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula la creación del Programa de Solidaridad de los andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad, recoge dentro de las obligaciones de los beneficiarios (artículo 11) el solicitar las prestaciones, contributivas o no contributivas, así como reclamar los derechos que por cualquier título pudiera corresponderles a fin de incrementar sus recursos económicos, ejerciendo las acciones pertinentes para hacerlos efectivos.

3. Subsidiariedad de la prestación alimenticia frente a las diversas prestaciones públicas

Cabe cuestionar si la obligación legal de alimentos –obligación civil de derecho privado– presupone la existencia de un sistema paralelo de subsidios o ayudas administrativas, que permitiría al deudor de alimentos exonerarse remitiendo al acreedor al sistema público de servicios sociales, por pretender que su obligación tiene una naturaleza subsidiaria, pudiendo oponerse, en consecuencia, a la pretensión del pago de los alimentos.

A mi juicio, la respuesta a la cuestión anterior ha de ser negativa. Que los poderes públicos tengan una serie de obligaciones de cara a los ciudadanos no significa que no se mantenga la obligación de alimentos, pues las relaciones entre ambos tipos de obligados no es de exclusión; precisamente por ello el propio artículo 50 CE declara la obligación de las Administraciones con independencia de las obligaciones familiares. Es decir, estas obligaciones de la familia subsisten cualesquiera que sean los compromisos (que por vía constitucional y legal que la desarrolla) adquieran los poderes y administraciones públicas.

Así pues, la existencia de este precepto genera la duda de si la obligación civil de alimentos debe considerarse subsidiaria respecto de la política asistencial de carácter público, o mejor dicho, complementaria de la asistencia pública, como parece indicar el artículo 50 CE, pues ello implicará en última instancia que donde no pueda llegar la acción protectora del Estado, la familia deberá dar una respuesta.

Para poder descubrir la prioridad y la consecuente subsidiariedad que se da a la solidaridad social o la familiar es preciso analizar los requisitos que legalmente se exigen para tener derecho a uno u otro tipo de prestación. En relación con el derecho de alimentos, lo verdaderamente decisivo es la situación de necesidad del titular, sea cual fuera la causa de la misma. La ley no condiciona directamente los alimentos a la inexistencia de una prestación pública, pero sí lo hace de forma indirecta al exigir, como presupuesto para su nacimiento, una situación de necesidad que probablemente no sufra el que ya es beneficiario de dicha prestación. Respecto de los criterios legales de concesión de las prestaciones públicas, la clave está en examinar cada concreta prestación y comprobar si se tiene en cuenta la existencia de posibles deudores de alimentos para determinar la existencia de un derecho a recibir una prestación social. En aquellos supuestos en los que, para el otorgamiento de la prestación, se exija expresamente la falta de deudores alimentarios, esa prestación será subsidiaria de la familia, pues sólo se tiene derecho a aquélla en defecto de ésta⁴².

⁴² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 138.

Entre las prestaciones públicas y familiares surge un orden de prelación en el que la aportación familiar es subsidiaria de algunas prestaciones públicas cuando éstas se materializan en las prestaciones de la Seguridad Social, siendo principal, cuando dicha aportación pública tiene lugar mediante asignaciones de tipo asistencial.

En todos los supuestos en que la prestación depende de la inexistencia de parientes con posibilidad de prestar alimentos, la jurisprudencia ha venido indicando que esa posibilidad ha de ser real, pues no basta con que existan los parientes enumerados en el artículo 143 CC, sino que es preciso que éstos posean capacidad económica suficiente para hacer frente a la deuda alimenticia⁴³.

A mi juicio, no cabe abogar por la desaparición de la obligación alimenticia por diversas razones:

- En primer lugar, por la insuficiencia de las prestaciones públicas (pues el Estado no puede por sí solo hacer frente a todas las necesidades de sus miembros), que aunque rebajan el estado de necesidad no lo suprimen totalmente.
- En segundo término, porque el sistema de prestaciones públicas deja fuera a ciertas personas.
- Por último, porque su cuantía no siempre satisface en su totalidad las necesidades del beneficiario⁴⁴.

Una vez que hemos concluido que la obligación legal de alimentos entre parientes no es una institución en vías de extinción pues los servicios sociales, como cuarto pilar del Estado de bienestar, no acaban con todas las necesidades sociales, a continuación procederemos al examen de algunos aspectos de su régimen jurídico.

⁴³ Vid. al respecto la STS de 23 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1268), la STSJ de Murcia de 18 de septiembre de 1989 (La Ley 1990-1, p. 325) y la STSJ de Cantabria de 10 de marzo de 1997 (ArS 1997, 1104).

El TS en su sentencia de la Sala 4ª de 12 de marzo de 1997 (RJ 1997, 3389) ha entendido acreditado que la persona obligada a prestar alimentos puede efectivamente prestarlos cuando sus ingresos sean superiores al salario mínimo interprofesional y, además, le permitan prestar alimentos en cuantía, a su vez, igual o superior a ese salario mínimo.

⁴⁴ En nuestro país este tema fue planteado por GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Familia, alimentos civiles y Seguridad Social» (Lección de apertura del curso académico 1965-66), *Cuadernos (XI) de la Escuela Social de Valencia*, Valencia, 1965, en el cual examinó el papel que desempeñaba la familia en orden a garantizar el bienestar de sus miembros, con el auge en esos momentos del sistema de Seguridad Social.

III. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS ENTRE LOS DESCENDIENTES Y ASCENDIENTES

1. Concepto

La obligación de alimentos, de gran raigambre histórica⁴⁵, ha sido definida por PEÑA BERNALDO DE QUIROS⁴⁶, como la obligación que nace *ex lege* entre cónyuges o entre determinados parientes en caso de necesidad de uno de ellos, por la cual el otro debe proporcionarle todo lo que es indispensable para la vida.

Como declara MARTÍNEZ RODRÍGUEZ⁴⁷, el grupo familiar más o menos amplio dependiendo de la obligación, se presenta como el espacio que garantiza la subsistencia del individuo, tanto en la primera etapa de su vida, como posteriormente, cuando las vicisitudes de la misma le impidan hacerle frente con sus propios medios. Por ello, es en el seno de la familia donde la ley impone auténticas relaciones obligatorias alimenticias que vinculan a sus miembros, en su calidad de tal y al margen de su voluntad.

Desde la perspectiva del obligado a prestarlos, se ha definido la deuda alimenticia como la que afecta a una persona –llamada alimentante– que resulta obligada a prestar a otra –llamada alimentista– lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir⁴⁸.

El Código Civil regula en el Título VI del Libro I la institución «De los alimentos entre parientes» en los artículos 142 y ss.⁴⁹. También ciertas CCAA que tienen atribuida competencia en la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, al amparo del artículo 149.1.8 de la CE y de sus respectivos Estatutos de Autonomía han regulado el derecho de alimentos (*v. gr.*, Cataluña, mediante la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia).

⁴⁵ Un estudio sobre precedentes históricos puede verse en MARTÍNEZ GIJÓN, J., «Alimentos a favor de los ascendientes en el Derecho medieval de Navarra», *Anuario de, Derecho Español*, 1980, pp. 207-222; «Alimentos a favor de los ascendientes en el derecho de Castilla y León», *Historia. Instituciones. Documentos*, 1981, (8): 171-194; «Alimentos a favor de los ascendientes en el derecho histórico aragonés», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1984, 54, pp. 295-322.

También puede consultarse al respecto a PADIAL ALBÁS, A., *La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 69-76.

⁴⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*. Sección de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 626.

⁴⁷ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002, p. 44.

⁴⁸ STS de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1169).

⁴⁹ Sólo habrá obligación civil de alimentos en los casos legalmente determinados. En otros supuestos, por sus circunstancias, puede que exista una obligación natural o deber moral pero no una obligación jurídica. Este es el caso, por ejemplo, de que concurra alguno de los supuestos previstos en el artículo 111 CC, o se haya producido una situación de necesidad años después de la adopción.

La prestación de alimentos entre parientes tiene como presupuestos básicos:

- 1.- *La existencia de una relación de parentesco que motive su prestación.*
- 2.- *Una situación de necesidad por parte del alimentista*⁵⁰.
- 3.- *Una situación económica de posibilidad en el alimentante.*

Centrándonos en el segundo de los citados requisitos, cabe afirmar que la obligación de alimentos surge cuando la persona no puede autofinanciarse⁵¹, no puede satisfacer por sí mismo las necesidades más perentorias de la vida⁵², ni mediante el gasto de sus bienes patrimoniales⁵³, ni mediante las rentas de su trabajo. Es posible que el padre o ascendiente, con posibilidad física de trabajar, no lo haga por no encontrar un puesto de trabajo adecuado a su profesión, oficio o carrera. A juicio de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL⁵⁴, se trataría de una cuestión de hecho, apreciable en cada caso, pero no hay duda que tendrá derecho a ser alimentado, quien pudiendo y queriendo trabajar no encuentra un empleo adecuado a su oficio, profesión o carrera⁵⁵.

El Código Civil, como ya hemos puesto de manifiesto, no determina ni cuestiona si esta necesidad de subsistencia tiene que cubrirse en primer lugar con ayudas públicas, o si por el contrario, el sistema de previsión público es subsidiario del civil. Tampoco se cuestiona si la posterior prestación de un sistema de ayudas públicas supone sin más la cesación de la obligación civil. Sin embargo, parece razonable entender que el necesitado deba acudir a la Entidad Pública correspondiente para que sus necesidades sean cubiertas por los recursos públicos.

⁵⁰ El estado de necesidad de los ascendientes es exigido sin excepción por las fuentes que hablan de padres, no prestándose cuando el alimentista tiene medios con los que atender su subsistencia.

⁵¹ La reclamación de alimentos requiere que el que los pretende haya agotado otras vías posibles para aumentar sus ingresos y no tener que acudir a la reclamación de alimentos a los hijos. Dentro de estas posibilidades de actuación, como reconoce la AP Valencia, sec. 7ª, S 26 de noviembre de 1999, nº 1011/1999, rec. 262/1999. Pte: Beneyto García-Robledo, José Francisco (EDJ 1999/43556), se encuentra la interposición de una modificación de medidas para reducir la cantidad fijada en la separación como pensión compensatoria para la esposa o solicitar un aumento de la pensión que cobra, al habérsele reconocido la incapacidad absoluta para el trabajo.

⁵² No es infrecuente la existencia, por un lado, de viudas con muy escasa pensión que ven como los gananciales, a partir de la muerte de su consorte, pertenecen en parte a sus hijos y se encuentran con dificultades para disponer de bienes, incluso para irse a una residencia, y por otro, hijos que esperan recibirlo «casi todo», al menos los 2/3 sin dar nada a cambio.

⁵³ Un examen sobre la relevancia del patrimonio del alimentista en la situación de necesidad que origina la obligación de prestar alimentos puede verse en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, pp. 234-237.

⁵⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., «El derecho y el deber de alimentos de las personas mayores», *Actualidad Civil*, 2001, p.1449.

⁵⁵ Afirma la STS de 5 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5367) que «es preciso que el ejercicio de la profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz, según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva».

Como manifiesta LINACERO DE LA FUENTE⁵⁶, ambos tipos de solidaridad (social y familiar) tienen fundamentos distintos y aunque en principio la obligación de alimentos entre parientes tendrá carácter subsidiario respecto de la asistencia pública, en la realidad la asistencia privada familiar actuará cuando las instituciones sociales de protección no atiendan las situaciones de necesidad de los ciudadanos, o dicha atención sea insuficiente. Ahora bien, ello no significa que el beneficiario pueda renunciar a su derecho frente a la seguridad social o a su ejercicio para ponerse en situación de necesidad. En definitiva, el pariente sólo estará obligado a prestar alimentos si la prestación pública, una vez reclamada y percibida, es insuficiente para la satisfacción de las necesidades del acreedor de los mismos.

Para el Código Civil la obligación de alimentos se extingue cuando el alimentista haya mejorado de fortuna, de suerte que no le sea precisa aquella prestación para subsistir (artículo 152.3 CC). También se extingue cuando la persistencia de la situación de necesidad obedezca a una causa imputable a la conducta del alimentista, sin importar tampoco si de hecho continúa o no la situación de necesidad, o si ésta es cubierta por otra instancia.

2. Nacimiento de la obligación del pago de alimentos

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. El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades (artículo 148 CC).

Uno de los grandes problemas en relación con la obligación de alimentos que la experiencia demuestra, es que, a pesar de que exista una situación de necesidad, los ascendientes, en raras ocasiones, demandan a sus descendientes⁵⁷, lo que está planteando graves problemas sobre todo por la redacción del citado artículo 148 CC. Estos problemas se materializan en la desprotección jurídica en que se encuentra el tercero, sujeto privado o entidad pública, que tras cubrir esas necesidades vitales pretende recuperarlo de los directamente obligados a satisfacerlas. En esta misma situación se

⁵⁶ LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica de personas con discapacidad, menores desfavorecidos y personas mayores*, Universidad Complutense Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, p. 219.

⁵⁷ Las razones pueden ser de lo más variado: vergüenza por haber llegado a la situación de necesidad, espíritu de sacrificio más allá de lo legalmente exigible, falta de amor de su descendencia, etc.

encuentra el obligado a prestarlos que lo hace ante la pasividad de los otros obligados⁵⁸.

Como hemos apuntado, el crédito de alimentos carece de eficacia retroactiva. Aunque se deban civilmente desde que existe la necesidad, sólo se abonarán desde que se reclaman judicialmente. Si los alimentos no son reclamados, no se pagarán al alimentista por más derecho que tenga a ellos; por eso el Código Civil dice expresamente que, si bien el derecho a los alimentos se tiene desde que se necesitaren, «no se abonarán sino desde la fecha de interposición de la demanda».

En torno al significado de este precepto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS considera que son posibles dos interpretaciones:

Primera interpretación: Hasta la reclamación (y la sentencia) el necesitado no tiene propiamente un derecho de alimentos sino una especie de derecho potestativo de ejercicio judicial. Sólo desde la sentencia se tiene derecho al abono de los alimentos, en los términos en que se haya decidido judicialmente y con efectos retroactivos únicamente desde la fecha de interposición de la demanda (y no desde la fecha en que surgió la necesidad). Por ello, según esta teoría, si un tercero presta los alimentos necesarios no podría hablarse de pago de deuda ajena porque la deuda todavía no ha surgido.

Segunda interpretación: La deuda es actual y exigible desde que surge la necesidad y aun antes de la reclamación judicial. Según esta interpretación, lo que dependería de la reclamación judicial sería únicamente la concreción de la prestación (cuantía, modo de pago), y en el solo caso de que el obligado a satisfacer los alimentos hubiere optado, conforme al artículo 149 CC, por satisfacerlos «pagando la pensión que se fije». Antes de la fijación judicial de las pensiones, la deuda es actual y exigible, pero únicamente como deber (inconcreto) de prestar socorro. Así pues, el derecho a percibir pensiones alimenticias concretas, sólo surge desde la reclamación judicial y en los términos que disponga la sentencia⁵⁹.

A juicio de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, la segunda interpretación es la más conforme con la *ratio* de la obligación alimenticia, pues la primera coloca injustamente en situación ventajosa al que, ante la necesidad del alimentista, se limita a esperar a ser demandado. Conforme a la segunda interpretación, el deber es exigible –deber de socorro– desde que surge la necesidad y el que no atiende inmediatamente

⁵⁸ No resulta extraño que en una familia uno o varios de los hermanos satisfagan las necesidades de sus progenitores, sin colaboración de otros obligados. ¿Qué se puede hacer ante el incumplimiento y la resistencia del beneficiario, en plena sanidad de juicio, a demandar a su descendencia?

⁵⁹ En España, defienden esta interpretación BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *Comentarios*, Edersa, III-2ª (artículos 142-153), 2ª ed., 1982, y DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios*, Tecnos, II (artículos 142-148), 1984.

a la necesidad –esperando la reclamación judicial– infringe la obligación que la ley le impone. El incumplimiento de la obligación de alimentos dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios y es causa de sanciones especiales: civiles e incluso, a veces, penales. Además, estima que, en caso de anticipo por una Entidad pública, procede el reembolso en los términos señalados en el artículo 1894.3 CC.

En cuanto a la fecha de retroacción de la prestación alimenticia, la realidad impone en determinados casos que la reclamación judicial se demore por la conveniencia de agotar la vía amistosa en la resolución de este tipo de conflictos, de especial sensibilidad habida cuenta de los intereses en juego. En este sentido, resulta aceptable el artículo 262 del Código de Familia de Cataluña (que ha introducido, respecto a la regulación del Código Civil, una importante novedad, fruto del análisis de la experiencia de las relaciones sociales aludidas), que permite retrotraer los efectos del devengo de la deuda alimenticia a la primera fecha de la reclamación extrajudicial.

3. Fundamento

El deber de prestar alimentos a ciertos parientes en caso de necesidad no es sólo un deber ético⁶⁰, sino que constituye una verdadera obligación jurídica⁶¹ que encuen-

⁶⁰ Este alto contenido ético de la obligación de alimentos es lo que tal vez lleve a la AP Málaga, sec. 5^a, en su sentencia de 9 de junio de 2005, n° 559/2005, rec.145/2005. Pte: Torrecillas Cabrera, Antonio (EDJ 2005/168684) a emitir un juicio de reproche frente al obligado a prestar alimentos al declarar: «La Sala no puede sino sorprenderse de la contumacia con la que el recurrente pretende dejar de cumplir con una obligación legal, nacida de las relaciones de familia, y que su madre cumplió durante la menor edad del Sr. José Ramón y hasta que el mismo consiguiera su independencia económica, sin lugar a dudas, con mayor esfuerzo de lo que a él le va a suponer la pensión mensual fijada de 99,88 €, no solamente con un esfuerzo económico para alimentarlo y vestirlo, como una buena madre de familia (aunque el Código Civil tan sólo utilice ésta expresión en término masculino), sino además con una dedicación a él, que por lo que se trasluce, ha ido en tan solo una dirección, en la que el único beneficiario ha sido el propio recurrente. En definitiva durante la menor edad del recurrente, la Sra. Almudena asumió sin plantearse si era o no una obligación legal la de sostener a sus hijos, entre los que se encontraba el recurrente, mientras que una vez llegada su tercera edad y ante la necesidad de complementar su pensión por la insuficiencia de medios con los que ser medianamente atendida, esa solidaridad y asistencia familiar no ha funcionado correctamente en la dirección contraria, teniendo que llegarse al juzgado, con vergüenza de la demandante pero con la necesidad, para hacer cumplir la previsión legal de que en caso de necesidad de cualquier de los ascendientes, sean los descendientes los que han de contribuir al sostenimiento de los mismos, en proporción a las necesidades de aquéllos y a las posibilidades de éstos».

También la AP Asturias, sec. 7^a, en su sentencia de 22 de enero de 2001, n° 25/2001, Rec. 438/2000. Pte: Alvarez Llana, Berta (EDJ 2001/6741), atendiendo a las circunstancias del caso, declara que la obligación de los demandados de prestar alimentos a su madre, se impone tanto como obligación legal como moral, en atención al carácter necesario, y en cierto modo urgente, dadas las expectativas de vida por su avanzada edad y enfermedades de la alimentada.

⁶¹ Obligación que justifica en la SAP Cantabria, sec. 1^a, de 9 de junio de 2000, n° 297/2000, rec.688/1999. Pte: Helguera Martínez, Marcial (EDJ 2000/51028), que no se resuelva un contrato de arrendamiento por la convivencia en el piso alquilado de la hija de la arrendataria y el marido de ésta, al ser la arrendataria una persona

tra su fundamento en la solidaridad familiar, cuando uno de los familiares se encuentra en estado de necesidad y otros familiares (cónyuges, parientes en línea recta y hermanos) tienen medios económicos y/o personales para atender a la subsistencia del alimentista⁶².

Aunque desde siempre el fundamento de los alimentos ha sido objeto de preocupación y discusión doctrinal⁶³, en la actualidad adquiere una especial relevancia, al contar con un nuevo factor que cuestiona la propia existencia de la obligación y la conveniencia de su mantenimiento. Dicho factor no es otro que la creciente asunción por parte de los poderes públicos de la tarea de asegurar la subsistencia de los ciudadanos⁶⁴, lo que está llevando incluso a que se cuestione la constitucionalidad de esta obligación, si bien RIBOT IGUALADA, después de estudiar con gran profundidad el fundamento de la obligación de alimentos, llega a la conclusión de que, efectivamente, esa imposición dentro del ámbito familiar está justificada y la norma que obliga a los parientes es plenamente constitucional⁶⁵.

En relación con la obligación existente en los hijos de prestar alimentos a sus ascendientes, se ha alegado que dicha obligación tiene un fundamento eminentemente natural: la obligación paterna de criar y alimentar a los hijos, deviene en obligación recíproca de alimentos entre ascendientes y descendientes como consecuencia del vínculo existente entre ellos, debiendo ser los hijos quienes se ocupen y auxilien a sus padres cuando éstos los necesiten, sobre todo si carecen de cónyuge y las prestaciones y ayudas públicas no son suficientes⁶⁶.

Son muchos los intereses (a saber, privados, públicos y familiares) que confluyen en esta institución. Se ha apuntado que en el fondo de toda relación obligatoria

muy mayor y que precisa las atenciones de su hija y, por efecto reflejo, de su yerno. La audiencia estima que no se ha producido ni subarriendo, ni cesión, sino una convivencia necesaria con la inquilina obligada, entendemos, por los deberes filiales.

⁶² Vid. las SSTs de 21 de marzo de 1958 (RJ 1958, 1089) y 9 de octubre de 1981 (RJ 1981, 3593) en las que se señala cómo el órgano jurisdiccional ha de calcular la prestación debida apreciando los factores de necesidad y posibilidad «cuidando de no dejar desatendidas las exigencias impuestas por la solidaridad humana que el legislador tutela». Más recientemente las SSTs de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1169) y la de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2562), nº 184/2001, rec. 46/1996. Pte. : Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, declaran: «Ante todo hay que decir que la obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución Española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia».

⁶³ Reiteradamente la doctrina se ha cuestionando qué justifica este deber del grupo familiar de paliar o erradicar la pobreza, y por qué el legislador no le impuso a toda la colectividad al no existir un fundamento incontestable de por qué determinados parientes deben atender a la cobertura de ciertas necesidades, cuestionándose incluso la constitucionalidad de estos preceptos.

⁶⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 66.

⁶⁵ RIBOT IGUALADA, J., «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», *ADC*, 1998, pp. 1105-1177. A favor de la opinión de este autor *vid.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, pp. 84 y ss.

⁶⁶ Basta pensar en las exiguas pensiones de viudedad que cobran algunas viudas, a todas luces insuficientes para cubrir las necesidades básicas de las beneficiarias de estas prestaciones.

alimenticia subyace la necesidad de proteger el derecho individual a una vida digna de quien, en esa relación y por su especial situación, le toca la posición de acreedor, esto es, la conservación y el desarrollo de la vida se presenta como el fin último de la obligación, y también su verdadera razón. Lo que se persigue con la obligación alimenticia es proteger a cada uno de los miembros del grupo familiar, en su calidad de persona.

Desde una perspectiva jurídico-pública, se ha declarado por la doctrina que la institución alimenticia no sólo tutela el interés estrictamente individual de la vida del necesitado, sino también el interés de la sociedad por la vida de sus ciudadanos. Sin embargo, el hecho de que mediante prestaciones familiares privadas se eliminen, a favor de un interés público, situaciones de necesidad de los individuos, no implica que sea éste el verdadero fundamento de la obligación alimenticia pues, como explica el profesor ALONSO PÉREZ, «no puede confundirse la *utilitas* general que cumple la prestación alimenticia –eliminar necesitados del agregado social– con la *ratio* última de la misma, que está en la indigencia sentida por la persona y su consiguiente derecho primordial a conservar la existencia»⁶⁷.

Aunque también se ha apuntado el interés familiar como fundamento de esta institución⁶⁸, cada vez resulta más evidente que el interés familiar nunca responde a la protección de algo distinto de los intereses de cada uno de sus miembros que justifique la existencia misma de la institución⁶⁹.

4. Características

La obligación de alimentos que la ley impone entre algunos parientes se configura jurídicamente, al presentar una normativa específica, como una obligación autónoma con entidad propia e independiente del resto de obligaciones⁷⁰.

⁶⁷ ALONSO PÉREZ, M., «Los alimentos debidos a la viuda encinta», *RGLJ*, 1969, pp. 391. En semejante sentido *vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Familia, alimentos civiles y Seguridad Social» (Lección de apertura del curso académico 1965-66), *Cuadernos (XI) de la Escuela Social de Valencia*, Valencia, 1965.

⁶⁸ Tal vez la finalidad dominante en la época en que surgió el Código Civil fue tutelar la unidad del patrimonio familiar, lo cual originaba no sólo el efecto *post mortem* de que los bienes no salieran del ámbito de la familia, sino el efecto en vida, de que se imponga al titular de un patrimonio familiar ocuparse de aquel de los suyos que carezca de disponibilidad económica.

⁶⁹ Al respecto *vid.* ROCA TRÍAS, E., «Familia, familias y derecho de la familia», *ADC*, n.º 43, 1990, especialmente las pp. 1067 a 1072, en las que la autora proclama la no autonomía del grupo familiar frente a los intereses de sus miembros.

⁷⁰ En este sentido se manifiesta la STS de 2 de marzo de 1967 (RJ 1967, 1239) al reconocer expresamente que «la institución de alimentos entre parientes presenta caracteres propios que implican cierta autonomía e independencia, tanto en el terreno sustantivo como en el procesal...».

Las características fundamentales del derecho de alimentos son las siguientes⁷¹:

- a) El derecho de alimentos nace desde que se necesitan para la subsistencia del que tenga derecho a percibirlos.
- b) En un derecho personalísimo fundado en el parentesco y, por tanto, sólo puede reclamarse por y frente a la persona que ostenta este parentesco⁷².
- c) No es un derecho de tipo contributivo, al no requerir que haya existido una especie de contribución previa, aunque normalmente el ascendiente, al menos durante la minoría de edad del descendiente, habrá contribuido a la satisfacción de sus necesidades.
- d) Tiene un carácter recíproco; por ello, cuando el acreedor haya incumplido gravemente sus obligaciones ante el deudor, el juez podrá descargar al deudor de la totalidad o parte de la deuda alimenticia.
- e) Es un derecho irrenunciable, pues no se puede renunciar al derecho en sí. En consecuencia, la renuncia que se haga será nula. No obstante, sí son renunciables las pensiones alimenticias devengadas.
- f) Es un derecho intransmisible a un tercero.
- g) Es un derecho que no prescribe; no se extingue por el transcurso del tiempo. Se puede reclamar siempre que exista la necesidad, aunque sí prescribe la reclamación de las prestaciones o pensiones a los cinco años *ex* artículo 1973 CC.
- h) El derecho de alimentos no puede compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero, a tenor del artículo 151 CC, podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas.
- i) No existe la obligación de rembolsar los alimentos percibidos en el futuro, aunque el receptor mejore de fortuna.

⁷¹ En semejante sentido dispone el artículo 270 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña en relación con las características del derecho:

1. El derecho de los alimentos es irrenunciable, intransmisible e inembargable, y no puede ser compensado con el crédito, que, en su caso, el obligado a prestarlo pueda tener respecto al alimentista.

2. El alimentista puede compensar, renunciar y transigir las pensiones atrasadas posteriores a la fecha de su reclamación judicial o extrajudicial, así como transmitir, por cualquier título, el derecho a su reclamación, todo ello sin perjuicio del derecho de repetición establecido en el artículo 269.1.

⁷² Menos restrictivo a la hora de legitimar la reclamación de alimentos, dispone el artículo 261 del Código de Familia de Cataluña: «Tiene derecho a reclamar alimentos sólo la persona que los necesita o, en su caso, su representante legal y la entidad pública o privada que la acoga».

5. Legitimados para pedir alimentos: tutores, guardadores de hecho y acogedores como obligados a procurar alimentos

Debido a que el derecho de alimentos se ha configurado como derecho personalísimo, en principio, sólo el titular del derecho podrán exigirlos del pariente obligado.

Sucede en numerosas ocasiones que el interesado no quiere solicitar alimentos, es decir, renuncia a su derecho a reclamarlos⁷³, lo que determina que aunque el Código Civil otorga un importante medio para dar satisfacción a sus necesidades, en la práctica, son escasísimos los supuestos en que se produce esa reclamación judicial⁷⁴. En estos casos, se plantean graves problemas de abandono de los dependientes y de reembolso cuando los organismos públicos o los terceros para salvaguardar el derecho a una vida digna, prestan dichos alimentos.

Las causas de esa falta de reclamación son muy variadas; la doctrina apunta a que, por un lado, las situaciones de necesidad han disminuido como consecuencia de la protección social y, de otro, del entendimiento de que su prestación constituye un deber moral y no jurídico⁷⁵.

También puede acaecer que el deudor de alimentos no se encuentre en condiciones para su solicitud, en cuyo caso, el ordenamiento jurídico ofrece un elenco de instituciones creadas para garantizar la mejor protección del discapacitado. Si media una incapacitación será el tutor nombrado el legitimado para realizar la reclamación⁷⁶, pero de no ser así, lo procedente será instar la incapacitación⁷⁷.

⁷³ Renuncia que será posible siempre que la misma, de conformidad con el artículo 6.2 CC, no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros.

⁷⁴ Si echamos un vistazo a los repertorios de jurisprudencia, podemos darnos cuenta que no existen casos de reclamaciones alimenticias de ascendientes a sus descendientes, lo cual puede significar dos cosas: o bien que las familias españolas cumplen escrupulosamente sus obligaciones con los mayores (tal vez no mediante el pago de una pensión, sino manteniendo al necesitado en la propia vivienda), y por ello éstos no precisan acudir a los tribunales, o bien que nuestros mayores se resignan a una situación de miseria cuando sus ingresos no les llegan para llevar una vida «digna».

⁷⁵ En este sentido *vid.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 131.

Como se declara en el Libro Blanco, pp. 198-199 se mantiene todavía muy arraigada en España la certidumbre de que cuidar de las personas mayores es una obligación moral. Lo afirma con rotundidad la inmensa mayoría de las personas que son cuidadoras principales (el 90%). No obstante, un grupo importante de ese segmento de población lo matiza con el reconocimiento de que no les queda otro remedio que hacerlo (51%). Además el 88,5% afirma, por otra parte, que las personas a las que cuidan deberían tener acceso a servicios públicos de atención en el domicilio y a Centros de Día.

⁷⁶ No cabe alegar el carácter personalísimo del derecho de alimentos para negarle su legitimación activa, posible aplicación por analogía de la doctrina de la STC 311/2000, de 18 de diciembre de 2000 que declaró la posibilidad de que el tutor pueda demandar la separación en interés del incapaz.

⁷⁷ Están legitimados para instar la incapacitación a tenor de lo dispuesto en el artículo 757 de la LEC además del presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los

La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento. El tutor o curador deberán ejercer las funciones propias del cargo, y en especial, las previstas en la sentencia⁷⁸. Por disposición legal surge una obligación de procurar alimentos al tutelado de acuerdo con el artículo 269 CC; no obstante, como declara MARTÍNEZ RODRIGUEZ⁷⁹, no constituye una auténtica obligación de alimentos, al menos tal y como hasta aquí la hemos entendido, puesto que, conforme a la literalidad del texto, el tutor, por el solo hecho de serlo, no asume la condición de deudor alimenticio, sino que ha de procurar alimentos a su pupilo, pudiendo y debiendo exigirlos a las personas o instituciones obligadas a ello.

Es posible que la persona incapacitada, necesitada de alimentos sea sometida a una tutela *ex lege*, institución introducida tras la modificación del artículo 239 CC por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria (LPPD), en los términos en los que ya aparecía en el artículo 172 CC para los menores, solventando la polémica sobre la aplicación o no de dicha figura a los incapaces mayores de edad.

Con la entrada en vigor de la LPPD, y con anterioridad en algunas Comunidades Autónomas, se pasa a conceder protección institucional a los mayores que, como ocurre con bastante frecuencia por desgracia, pueden hallarse en una situación de falta de la atención y asistencia por parte de aquellas personas que deberían atenderles, lo que les conduce a situaciones de verdadero desamparo, así como en aquellos casos en los que ningún familiar cercano quiera hacerse cargo de los mismos o no

ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado. Además, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

A juicio de DE COUTO GÁLVEZ, R. M^a., *Los problemas legales más frecuentes sobre la tutela, asistencia y protección de personas mayores (procedimientos de incapacitación, internamiento, protección de la persona y del patrimonio*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999, p. 18, constituye un derecho-función de ejercicio necesario, que la ley confiere a su titular en beneficio de otro. En esta legitimación asignada por ley pesa más el aspecto de «deber» que el de «derecho» ya que es de ejercicio obligatorio. Nos encontramos con un derecho de naturaleza especial, atribuyendo su ejercicio en beneficio de otro sujeto, y por este motivo la inactividad ocasionaría un perjuicio. Incluso apunta en la p. 20 que en el caso de inactividad, tendrán que cubrir la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por el sujeto tutelado.

⁷⁸ A través de la incapacitación se limita la capacidad para actuar en el tráfico jurídico, atribuyéndose a un tercero la potestad de ocuparse de gestionar los intereses del incapacitado y, en su caso, incluso de su persona.

⁷⁹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 51.

existan éstas personas, o que, por sus circunstancias personales o las del propio discapacitado, no puedan asistirlos.

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 239 CC «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo»⁸⁰. La consecuencia inmediata que se va a producir, tal y como dispone el artículo 239 CC, es la constitución de una verdadera tutela sobre el incapaz en los términos regulados en el Código Civil, cuya titularidad corresponderá a la autoridad administrativa competente. En este caso, la Entidad Pública podrá ejercitar la acción de reclamación de los alimentos de los civilmente obligados a prestarlos, mediante la reclamación de las cantidades pertinentes.

El análisis de los supuestos en los que puede constituirse la tutela de un incapaz a favor de una Entidad Pública permite concluir que el ámbito subjetivo del artículo 239 CC (es decir, los sujetos a los que puede afectar aquella medida de protección), se refiere exclusivamente a los incapacitados judicialmente. Por tanto, quedarían excluidos del ámbito de aplicación de estos preceptos los sujetos presuntamente incapaces pero no incapacitados, quienes en el supuesto de hallarse en una situación de desamparo, mientras se sustancie el procedimiento para determinar aquélla, quedarán protegidos si así lo estima el Juez por las medidas previstas para los menores en el artículo 158 CC, al que se remite el artículo 216 CC, junto con las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 762 LEC.

Es sumamente frecuente que, a pesar de existir una causa que incapacitación, ésta no se lleve a cabo⁸¹. Muchos hijos se preguntan ¿cómo voy a demandar a mi padre de incapacidad?. Además, como señala SANTOS MORÓN⁸², aunque la incapacitación debería ser concebida, exclusivamente, como un mecanismo de protección de los discapacitados psíquicos, lo cierto es que en la realidad cotidiana existe una cierta tendencia a concebir la incapacitación como un estigma, como un instrumento

⁸⁰ De acuerdo con el texto de la norma «Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material»

⁸¹ En cuyo caso, a juicio de la doctrina, los obligados a instar la declaración de incapacitación tendrán que cubrir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos por el sujeto tutelado.

⁸² SANTOS MORÓN, M^a J., «La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del Derecho Civil», *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, S.L., p. 167. Declara esta autora en la nota 2: «En la realidad práctica, al menos en España, se constata que los familiares de personas que padecen trastornos mentales manifiestan bastante reticencia a solicitar su incapacitación. Tanto en las esferas doctrinales como profesionales se reconoce actualmente que son más numerosos los supuestos de discapacitados y enfermos mentales no incapacitados que los de aquellos que se encuentran incapacitados. Situación que se agrava en los casos de enfermos mentales, sobre todo, cuando se trata de enfermedades seniles como el Alzheimer».

que, en lugar de proteger al individuo al que se refiere, ocasiona su marginación social.

Por ello, la protección del mayor en la mayoría de las acoasiones se lleva a cabo a través de, la figura del *guardador de hecho*, persona que desempeña una función tutelar respecto del patrimonio e incluso la persona⁸³ sin que haya sido designado por el juez para ejercer estas funciones. Los actos realizados en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad (artículo 304 CC). Además, aunque en algunas ocasiones deba responder de su actuación, también podrá pedir la indemnización por los daños y perjuicios sufridos cuando no sean motivados por su culpa. No obstante, de conformidad con el artículo 303 CC, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. En principio, parece que su legitimación para reclamar los alimentos será relativa al carecer de su representación legal, aunque sin duda si podrá, en interés del necesitado, hacer la oportuna reclamación extrajudicial.

Aunque el artículo 239 CC guarda silencio al respecto, por analogía con la tutela *ex lege* de menores, el cuidado de los mayores podrá realizarse mediante *el acogimiento familiar* regulado por el Código civil (artículos 173 y 173 bis) Las amplias ventajas y posibilidades que ofrece el instituto plantea la conveniencia de que éste alcance a otros núcleos de población especialmente vulnerables, como son los mayores dependientes y/o discapacitados, cuanto más con la introducción de la tutela ministerio *legis* prevista para incapacitados en situación de desamparo (artículo 239.3), respecto a los que sería razonable adoptar una medida de protección del tipo del acogimiento familiar retribuido.

En general, el contrato de acogimiento de personas mayores en ámbitos familiares no propios, con carácter remunerado, ha sido objeto, bien de una regulación sustantiva –a través de las Leyes catalanas 22/2000, de 29 de diciembre y 11/2001, de 13 de julio, y la Ley de la Comunidad Autónoma de Navarra, Ley 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores–, bien de la puesta en práctica de diferentes programas mediante los que se establecen regímenes de ayuda e incentivos económicos. Al margen de su consideración como servicio social de atención especializada de libre elección, cuyo régimen jurídico se encuentra sometido a las normas administrativas⁸⁴.

⁸³ El guardador de hecho puede llegar a ejercer de cuidador informal y ocuparse de su alimentación, tratamientos médicos, cuidados higiénicos y, desde luego, en la medida posible, de la recuperación de la capacidad.

⁸⁴ En relación con estos acogimientos *vid.* HERAS HERNÁNDEZ, M^a M, «El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)», *Revista de Derecho Privado*, Número 7-8/2004 (Julio de 2004).

Cuando existe el acogimiento tampoco cabe entender que exista una auténtica obligación de alimentos en la que el acogedor sea deudor de la prestación alimenticia, pues no es su patrimonio el que, en último término, soportará los gastos, sin perjuicio de las obligaciones que en virtud del contrato de acogimiento hayan sido asumidas.

Como el acogedor no se constituye en representante legal del acogido, tampoco estará legitimado para reclamar judicialmente los alimentos.

Tras el examen de las diferentes instituciones protectoras cabe concluir que sólo el alimentista o su representante legal están legitimados para la reclamación de los alimentos.

6. Concurrencia de una pluralidad de alimentantes y alimentistas

Siendo varios los posibles obligados a prestar alimentos, dispone el artículo 144 CC que la reclamación se hará por el orden siguiente: a) Al cónyuge. b) A los descendientes de grado más próximo. c) A los ascendientes, también de grado más próximo. d) A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos. Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos.

Los ascendientes carentes de cónyuge pueden reclamar a sus descendientes sin ningún tipo de limitación en cuanto al grado de descendencia, es decir, lo mismo puede ser a los hijos, que a los nietos o a los biznietos. Pero no indistintamente; esto es, de haber varias personas obligadas al pago, el orden de reclamación se hará a los descendientes de grado más próximo, de modo que si hay hijos y hay nietos se debe de reclamar primero a los hijos⁸⁵.

En el Código Civil español, a diferencia de los códigos francés e italiano, no se ha establecido la obligación de que los yernos y las nueras deban alimentos a su suegro y suegra, ni que esta obligación cese cuando el cónyuge que produjo la afinidad y los hijos nacidos de su unión con el otro, hayan fallecido⁸⁶.

En principio, todos los parientes, en el orden previsto en el Código Civil, que tengan posibilidad de prestarlos se encuentran obligados, sin que el Código Civil

⁸⁵ Vid. al respecto MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 354.

⁸⁶ Vid. artículos 206 del Code, redacción dada por la Ley de 9 de agosto de 1919 y los artículos 433 y 434 del Código Civil Italiano.

Esa previsión parece ajustada a las normas hereditarias. De esta forma, si hay hijos de su descendiente fallecido, éstos deberán ocupar la posición del padre, y si no los hubiera y hubiera mediado alguna donación a favor del yerno o nuera podrá, en caso de ingratitud, ejercitar la revocación del artículo 648 CC, además del derecho de recobro previsto en el artículo 812 CC.

haya recogido ninguna causa de exclusión, a diferencia de lo previsto en el artículo 266 del Código de Familia de Cataluña, según el cual, quedan exentas de prestar alimentos entre parientes las personas que tienen reconocida la condición de discapacitadas, salvo en caso de que previsiblemente sus posibilidades excedan sus necesidades futuras, teniendo presente el grado de discapacidad que tienen.

Si fueran varios descendientes los obligados a prestar alimentos no estarán obligados solidariamente al pago de la pensión de alimentos, sino que ésta se repartirá entre todos los obligados en proporción a sus medios económicos⁸⁷. La obligación de prestar alimentos está configurada como mancomunada y divisible a tenor del artículo 145 del Código Civil⁸⁸. Este carácter no solidario se ve reforzado con el contenido del párrafo 2º del artículo 145, del que se deduce que sólo en casos de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a uno solo de los deudores a que preste provisionalmente los alimentos, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda.

En consecuencia, de ordinario será necesario demandar conjuntamente a todos y cada uno de los alimentantes obligados y cada uno de ellos pagará la parte proporcional que le corresponda⁸⁹; aunque puede parecer que no será obligatorio demandar al obligado que notoria y justificadamente no se encuentre en situación de contribuir, supuesto en que la deuda se concentrará en los demás, no teniendo los obligados derecho de repetición, éste modo de operar sólo está previsto en el artículo 145 CC para el caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales⁹⁰.

⁸⁷ En semejante sentido *vid.* el artículo 264 del Código de familia de Cataluña.

⁸⁸ Como destaca MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 194, el carácter divisible de las obligaciones se hace patente en multitud de ocasiones, tanto cuando el cumplimiento se hace mediante el pago de la pensión, como cuando la prestación se hace *in natura* cuidando en la propia casa al necesitado de alimentos. También el TS destacó este carácter en la sentencia de 12 de abril de 1994 (RJ 1994, 2789).

LÓPEZ-DOBLAS, J., *Personas mayores viviendo solas. La autonomía como valor en alza*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Primera edición, 2005, estima que la rotación por tiempos entre diferentes domicilios de familiares causa una aversión generalizada, alegándose el trato más de objeto que de ser humano que reciben quienes se encuentran en esta situación.

⁸⁹ Sólo siendo todos codemandados puede determinarse dentro del juicio los medios de fortuna de cada uno de ellos, a efectos del reparto proporcional que señala el artículo 145.1 CC, pues como declara la STS de 5 de noviembre de 1996 (EDJ 1996, 7798), fijar la deuda de uno supone fijar simultáneamente el porcentaje de la deuda del otro, lo cual exige traer a todos los deudores conjuntamente al proceso como partes demandadas. En este sentido *vid.* la S. AP Asturias, sec. 7ª, de 22 de enero de 2001, nº 25/2001, rec. 438/2000. Pte: Alvarez Llana, Berta (EDJ 2001/6741).

⁹⁰ Por interesantes razones de economía procesal dispone el artículo 263 del Código de Familia de Cataluña que si los recursos y las posibilidades de las personas primeramente obligadas no resultan suficientes para la prestación de alimentos, en la medida en que corresponda, en la misma reclamación pueden solicitarse alimentos a las personas obligadas en grado posterior.

El alimentista podrá dirigirse contra cualquiera de los comprendidos en el artículo 144 CC, pero para alterar el orden en la reclamación deberá de justificar en el juicio que los llamados antes que el demandado carecen de medios para alimentarle, debiendo desestimarse la demanda si se prueba lo contrario⁹¹.

Si varios alimentistas reclaman alimentos de un mismo obligado en el orden establecido los ascendientes no quedan muy bien parados, pues la preferencia se otorga en primer lugar a los hijos sujetos a patria potestad, después al cónyuge, al resto de los descendientes, a los ascendientes y en último lugar a los hermanos (artículos 145 y 144 CC)⁹².

En conclusión: el ascendiente con necesidades alimenticias sólo podrá dirigirse contra sus descendientes después de que haya sido descartado el cónyuge por falta de medios, y sólo podrá demandar alimentos a sus ascendientes, cuando la reclamación frente a sus descendientes resultara infructuosa⁹³.

7. Circunstancias excluyentes del derecho de alimentos

Distintas de las causas de extinción de la pensión son las diversas circunstancias que excluyen el derecho de alimentos, entre las que cabe destacar:

⁹¹ En este sentido *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario al artículo 144 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993.

Vid. también en este sentido la STS de 13 de abril de 1991 (RJ 1991, 2685). En este caso, el recurrente en casación, que reclamaba la prestación de alimentos, no dirigió su acción contra la esposa, de la que se hallaba divorciado, ni contra ninguno de sus hijos, por carecer éstos, a su entender, de ingresos suficientes, y sí la postuló contra su propia madre y contra su hermano, como personas que, dentro del ámbito del parentesco legítimo, contaban con medios económicos bastantes, y en consecuencia, eran los obligados a satisfacer la deuda peticionada. La Sala, al desestimar su recurso, declaró que como no se impone efectivamente a los acreedores alimentarios la sujeción estricta a la numeración que el artículo contiene, la reclamación la pueden promover contra cualquiera de las personas que menciona la referida norma, pero ello implica y exige, para que la demanda pueda prosperar, que se justifique, debida y satisfactoriamente, que los llamados con preferencia a cumplir la prestación -cónyuge e hijos- carecen de medios adecuados para atenderla.

⁹² Resulta destacable que en algunos sistemas su situación también se ha visto postergada al establecerse los deberes alimenticios entre convivientes (artículos 8 y 26 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja y el artículo 13 de la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas).

⁹³ PADIAL ALBÁS, A., *op. cit.*, p. 138, critica el orden de reclamación de alimentos, a pesar de que el criterio seguido por el Código civil es también el adoptado por el Codice civile, y por el BGB, por estimar que hubiese sido más consecuente seguir primando el parentesco en línea recta, ya que, la obligación entre ascendiente y descendiente debería constar en el primer apartado del artículo 144 del Código civil, no sólo por encontrarse más acorde con los precedentes jurídicos del mismo, sino, en atención a la relevancia jurídica en materia de alimentos del vínculo paterno-filial.

También critica esta autora que el alimentista deba dirigirse, al hacer la reclamación, a los descendiente de grado más próximo cuando existen otros descendientes de grado desigual, dado que, si bien la obligación de alimentos se atribuye sólo a los más cercanos, éste no es el criterio que inspira la sucesión abintestato, en la que son llamados todos los que no tienen mediador entre ellos.

- a) Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación. Para decidir si concurre la causa de inexistencia de la obligación alimenticia, debe estarse a la totalidad del catálogo de causas de desheredación previsto en los artículos 852 a 855 CC, y no sólo a las que se tipifican respecto del parentesco del alimentista y alimentante, como resulta de la modificación del texto legal antes citado; efectivamente, el texto anterior se refería a «cuando el alimentista hubiere cometido alguna falta por la cual legalmente le pueda desheredar el obligado a satisfacer los alimentos»; ahora, de modo más amplio y genérico, el artículo 152-4º CC excluye el deber de alimentos «cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación», sin limitación alguna, referida al ámbito estricto de las causas de desheredación que pudieran hacerse efectivas entre acreedor y deudor, entre alimentista y alimentante⁹⁴.
- b) Si bien es causa de exclusión del derecho de alimentos que el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de que aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa, no lo es sin embargo cuando el alimentista es ascendiente del obligado a dar alimentos. En tal caso, parece que el deber de respeto o de jerarquía aconseja que no pueda invocarse que la necesidad le sea reprochable.
- c) El progenitor, por naturaleza, respecto del hijo o de sus descendientes, en el supuesto previsto en el artículo 111 CC (que priva del derecho a alimentos al progenitor que haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme, y también cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición). El progenitor no sólo pierde el derecho a reclamar alimentos respecto del hijo, sino también respecto de los descendientes de éste⁹⁵.
- d) Cuando el progenitor o el adoptante haya sido privado de la patria potestad, por las causas contempladas en el artículo 170 CC. El padre que ha perdido la patria potestad continúa obligado a prestar alimentos al hijo, pero carece de facultad para reclamarlos.

⁹⁴ Vid. al respecto la SAP Pontevedra, sec. 1ª, de 28 de diciembre de 1999, nº 717/1999, rec. 2258/1999. Pte.: Picatoste Bobillo, Julio César (EDJ 1999/55519).

⁹⁵ El problema radica en determinar si la exclusión de alimentos alcanza exclusivamente al progenitor o también a ascendientes ulteriores. En opinión de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, Mª. A., «El derecho y el deber de alimentos de las personas mayores», *Actualidad Civil*, 2001, p.1449, el único excluido sería el padre.

8. Cuantía

En la redacción primitiva del Código Civil⁹⁶ se entendía por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, *según la posición social de la familia*. Al modificarse el artículo 142 en 1981, se suprimió la expresión subrayada por su sabor clasista. En la actualidad, la cuantía de la prestación de alimentos viene determinada por dos parámetros: la necesidad del alimentista y las posibilidades del alimentante. Por su propia naturaleza tienen un contenido variable, sin que existan derechos adquiridos y sin la eficacia de cosa juzgada (artículo 147). Si son varios los obligados, para su reparto habrá que tener en cuenta el caudal y medios de todos y cada uno de ellos en la forma señalada, en general, por el artículo 146 del Código Civil.

Como puede comprenderse fácilmente, el alcance económico de los alimentos está en función de múltiples circunstancias, como son el estado de salud y gastos que tiene que soportar el alimentista que no sean superfluos o de lujo (para su manutención, vestido o vivienda); la disposición de la familia para su satisfacción *in natura* (esto es, en el propio domicilio del obligado, o a través de prestaciones personales de sus miembros en el domicilio del necesitado) o de las prestaciones públicas de las que puede ser destinatario⁹⁷.

A diferencia de las necesidades de los niños, la vejez es compleja y heterogénea. Este sector de población tan numeroso presenta diversidad de necesidades que requieren respuestas igualmente diversificadas y de diferente cuantía⁹⁸, sin que deba estimarse que consista en la participación en las ganancias o el capital del obligado, aunque la entidad de estos se tendrán en cuenta para calcular su contenido. Por ello, en ocasiones, aunque se aprecie posibilidades económicas en los obligados a pasar alimentos, los jueces no los acuerdan⁹⁹.

⁹⁶ Las Partidas (título 19 de la 4^o partida), establecen que si el asunto se convierte en litigioso, el juez habrá de considerar la condición del alimentado, antes de decretar la cuantía de los alimentos. Hay que tener en cuenta la condición personal del que debe recibir alimentos, valorada tanto en función de su rango social como de su estado físico. Según la glosa de GREGORIO LÓPEZ «debe recibir» a Partidas, 4, 19, 2 el militar, el doctor, el campesino, el viejo o el joven necesitan prestaciones alimenticias distintas.

⁹⁷ SAP Barcelona, sec. 12^a, de 20 de mayo de 2003, n^o 409/2003, rec. 114/2003. Pte.: López-Carrasco Morales, Antonio (EDJ 2003/207223).

⁹⁸ Por ello, existe un variado elenco de prestaciones sociales: rehabilitación, reeducación, residencias, centros de la tercera edad, termalismo, servicios de atención integral domiciliaria, hospitales de día geriátricos, programas de teleasistencia, sistemas de telealarma domiciliaria, medidas de acondicionamiento de las viviendas a las circunstancias de las personas mayores, etc.

⁹⁹ SAP Asturias, sec. 7^a, de 22 de enero de 2001, n^o 25/2001, rec.438/2000. Pte: Alvarez Llana, Berta (EDJ 2001/6741).

9. El pago de una pensión en dinero como modo de satisfacción de los alimentos. La modificación de la pensión de alimentos

Para el Código Civil la prestación de alimentos consiste en que el alimentante pague al alimentista una pensión monetaria que le permita subvenir a las necesidades que se pretenden cubrir con los alimentos. Sin embargo, el propio Código otorga al obligado a prestarlos una doble opción: o pagar la pensión que se fije o bien «recibir y mantener al alimentista en su propia casa».

La regla general es que estas pensiones deben pagarse mensualmente y además con carácter anticipado, es decir, se debe de pagar por adelantado la pensión del mes siguiente aunque, por supuesto, dentro de esta regla caben moderaciones judiciales, de acuerdo con las circunstancias tanto del alimentista o necesitado y del obligado a darlos.

De la dicción de los artículos 146 y 147 CC, se infiere que la deuda alimenticia es una deuda de valor¹⁰⁰ que se deberá ir actualizando periódicamente, normalmente en función del IPC, a fin de que los perceptores de la misma mantengan su poder adquisitivo y puedan obviar los inconvenientes de la desvalorización monetaria y del aumento del coste de la vida¹⁰¹. Sin embargo, no debe olvidarse el criterio de proporcionalidad que exige atender a las necesidades del alimentista y a la importancia del caudal del alimentante. Compaginando ambas exigencias, la actualización de la pensión por medio del IPC será adecuado siempre que el aumento en su caso, no exceda de la proporción en que se hayan incrementado los ingresos del obligado¹⁰².

¹⁰⁰ A diferencia artículo 97 CC, el legislador en sede de alimentos no ha establecido que la resolución que fije el importe de la pensión debe establecer igualmente las bases de su actualización, para evitar las consecuencias negativas que la devaluación de la moneda puede tener en esta «deuda de valor», si bien la justificación de dicha actualización permite su aplicación analógica a la materia objeto de nuestro estudio.

Un examen de la deuda alimenticia como deuda de valor puede verse en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.* pp. 203-210.

Otra cosa ocurre en el artículo 267 del Código de Familia de Cataluña, el cual tras establecer que la cuantía de los alimentos se determinará en proporción a las necesidades del alimentista y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a su prestación, prevé que al ser determinados, las partes, de mutuo acuerdo, o la autoridad judicial pueden establecer las bases de su actualización anual de acuerdo con las variaciones del Índice de Precios al Consumo o similar, sin perjuicio de que se establezcan otras bases complementarias de actualización.

¹⁰¹ El sistema más apropiado y corriente para la actualización es el del automatismo que resulta de la aplicación de unos baremos multiplicadores proporcionados oficialmente en relación con el aumento del costo de la vida, como el que se refiere al índice general de los precios al consumo suministrado por el Instituto Nacional de Estadística.

¹⁰² Sobre el efecto de las alteraciones monetarias en la cuantía de la prestación *vid.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, pp. 493-501.

Fijada la pensión alimenticia no existe un precepto análogo al artículo 99 CC que permita que en cualquier momento pueda convenirse su sustitución por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. No obstante, el deudor y el acreedor de los alimentos también pueden acordar la forma de satisfacerlos que esté más de acuerdo con sus necesidades, para lo cual pueden utilizar cualquier otra institución contemplada en nuestro ordenamiento¹⁰³.

Respecto de la sustitución del pago de la pensión por la entrega de un capital (en bienes o en dinero) o por la constitución de una renta vitalicia, como en este acto concurre una gran dosis de aleatoriedad, resulta extraño que el descendiente adopte este acuerdo, ya que los efectos de la entrega quedarían definitivos aunque la pensión pudiera haberse extinguido al día siguiente (por ejemplo, por haber fallecido el pensionista).

Uno de los caracteres de la prestación objeto de la obligación de alimentos es la variabilidad. Los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista¹⁰⁴ y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos (artículo 147 CC)¹⁰⁵.

Fijada la pensión, ésta puede verse afectada por una serie de circunstancias que exijan o aconsejen su modificación o incluso su extinción, ya que ésta no tiene una duración vitalicia ni un contenido inmutable. Por ello, tanto el alimentista como las personas obligadas a prestar alimentos, podrán solicitar su aumento o reducción. Si la autoridad judicial, dadas las circunstancias del caso y por razones de equidad, modera la obligación de alimentos en relación a una o más personas obligadas, esto dará lugar a un incremento proporcional de las obligaciones de las restantes¹⁰⁶.

¹⁰³ Solo resultaría ineficaz cualquier acuerdo sobre alimentos del cual se derivara una prestación insuficiente o inadecuada para satisfacer la necesidad del alimentista, al igual que aquel que intentara excluir la observancia de los preceptos legales. Por el contrario, será admisible cualquier pacto, que, a pesar de afectar al cumplimiento de la obligación, se adecue a las necesidades del acreedor y recursos del deudor. En cualquier caso, las partes podrán acudir al Juez para que revise dicho acuerdo, para evitar que se vulneren las previsiones legales.

¹⁰⁴ Por desgracia, como bien saben las familias que han padecido una situación de dependencia y enfermedad de alguno de sus miembros, solventar las distintas necesidades supone invertir grandes sumas de tiempo y dinero para su satisfacción.

¹⁰⁵ En cuanto al significado del término fortuna, debe atribuírsele el significado de hacienda, capital o riqueza, incluidas las rentas del trabajo personal pues la fortuna que pueda tener en un momento determinado un descendiente, dependerá de los ingresos por rendimientos del trabajo personal, por los rendimientos del capital mobiliario e inmobiliario y del patrimonio en su conjunto, pero de ellos habrá de deducir los gastos o necesidades que impongan las circunstancias personales, familiares o patrimoniales del mismo.

¹⁰⁶ Al respecto *vid.* artículo 267 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña.

La posible modificación de la pensión descansa sobre un presupuesto inicial cual es el cambio sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de su reconocimiento, cambio que debe resultar imprevisible y ajeno a la voluntad unilateral de quien pretende beneficiarse de la nueva medida que propugna. El reconocimiento judicial de dicho cambio podrá llevar aparejado no sólo el aumento sino también la reducción cuantitativa del derecho expresado en términos económicos, e incluso su definitiva extinción.

La posibilidad de instar la modificación se justifica en la intención de que el conjunto de prestaciones se adecuen a lo largo de su vigencia al posible cambio de circunstancias, concurrentes tanto en el obligado al pago como en el receptor, equilibrio de prestaciones de imposible salvaguarda en el momento del establecimiento de la pensión alimenticia, en cuanto dependientes de acontecimientos ulteriores.

Dentro de las causas que pueden dar lugar a modificación de la pensión, podría mencionarse el cambio de las necesidades del alimentista. Estas pueden cambiar por un incremento de ingresos derivados del capital mobiliario o inmobiliario, percepción de pensiones, etc. En principio, los bienes productores de los ingresos que motivan la solicitud de reducción de la pensión, deben haber sido adquiridos con posterioridad al establecimiento de ésta, pues si ya se encontraban en el patrimonio del beneficiario de la pensión, sus posibles rendimientos ya fueron tenidos en consideración al tiempo de fijarla. Las causas de la adquisición de los bienes productores de los ingresos pueden ser de lo más variado: azar, donaciones, herencias, inversión del ahorro, etc.

Para que prospere la modificación de la pensión alimenticia es preciso que se inste a través del oportuno juicio de alimentos¹⁰⁷ y concurren los siguientes requisitos:

- a) *Que los hechos justificativos de la demanda se hayan producido con posterioridad al momento en que se fijó la pensión.*

Puede suceder que, tras pedir los alimentos por carecer de una pensión de la Seguridad Social, con posterioridad ésta le sea concedida al beneficiario de los mismos. Esta nueva pensión puede dar lugar a la extinción o simple reducción de los alimentos, pues, como es sabido, determinadas pensiones que concede la Seguridad

¹⁰⁷ En torno al procedimiento a seguir para que tenga lugar la modificación de la pensión, sobrevenidas nuevas circunstancias, como declara la AP Málaga, sec. 6ª, en la sentencia de 21 de noviembre de 2002, nº 561/2002, rec. 73/2002. Pte.: Alcalá Navarro, Antonio (EDJ 2002/67270), tal variación precisa para que dé lugar a la extinción de la pensión o a la revisión de su cuantía, un nuevo juicio de alimentos por el mismo trámite que el que dio lugar su adopción, sin que la voluntad unilateral del obligado, aunque justificada, baste para alterar la pensión.

Social (las no contributivas por poner un ejemplo o las de viudedad) no se caracterizan precisamente por la esplendidez y por esta causa la necesidad, aunque paliada, puede subsistir.

También puede suceder que reclamada una pensión a un hijo con una posición económica desahogada, con posterioridad el salario de su hijo baje o pase a la situación de desempleo por una mala racha. Este caso también provocará la reducción de la pensión de alimentos por otra más baja y más acorde a las nuevas posibilidades del hijo o descendiente (si no lo es de extinción de la propia pensión).

b) Que la alteración tenga un carácter sustancial y permanente.

Aunque expresamente no lo indique el Código Civil, parece lógico que debemos entender que los hechos justificativos de la demanda han de revestir suficiente entidad para que, de mantenerse lo antes acordado, se derive de ellos un perjuicio para alguno de los interesados en relación con la situación existente al establecer la pensión. Esta exigencia evitará que los alimentos fijados constituyan un semillero de pleitos, provocándose continuos cambios al hilo de las particulares vicisitudes de la vida del alimentista y del alimentante.

c) Que la alteración sustancial y permanente quede debidamente acreditada.

La carga de la prueba recaerá sobre la persona que inste la modificación. Para acreditar esta circunstancia, el demandante de la modificación deberá probar no sólo las circunstancias existentes al tiempo de la solicitud de dicha modificación, sino también las situaciones que motivaron la fijación de la pensión. La prueba debe venir referida a ambos momentos, pues lógicamente si se pide, *v. gr.*, una modificación de la pensión por un descenso de los ingresos en el deudor, deberá acreditarse los que obtenía al tiempo de decretarse la pensión y los que percibe en el momento de la solicitud, pues de otro modo no podrá valorarse si existe o no un cambio de circunstancias que justifiquen la modificación. El actor deberá aportar pruebas directas y precisas de dicha disminución, lo cual podrá tener lugar mediante las declaraciones del IRPF correspondientes a los años que transcurren desde el establecimiento de la pensión hasta el momento en que se solicita su modificación, así como las correspondientes al impuesto de Patrimonio, en su caso. También, si la actividad desarrollada por el deudor de la pensión está sujeta a este impuesto, cabrá aportar las declaraciones trimestrales o anuales correspondientes al IVA. Igualmente podrán aportarse otras pruebas de las que se deduzca que la marcha de su actividad profesional o empresarial no genera los ingresos de otras épocas.

El actor debe probar que esa reducción de ingresos tiene visos de tener un carácter permanente no coyuntural, es decir, que el cambio de fortuna capaz de originar la modificación de la pensión ha de ser no ocasional o previsto para un lapso de tiempo más o menos largo. El problema de esa afirmación estaría en determinar por cuánto tiempo ha de permanecer alterada la fortuna del obligado para que pueda considerarse permanente dicha alteración y como podría determinarse este carácter a priori. Ante la imposibilidad de sentar criterios que definitivamente resuelvan la cuestión, deberá ser el Juez quien valore en cada caso concreto si las alteraciones de fortuna que le sirven de causa, aunque previstas para un periodo de tiempo corto o permanente, tienen la suficiente entidad como para decretar la modificación e incluso la extinción de la pensión.

Dentro del concepto de alteraciones sustanciales, puede tener perfecta cabida la asunción por el deudor de nuevas cargas familiares (por ejemplo, por contraer matrimonio o tener nuevos hijos), hechos que, imprevisibles en el momento de fijación del montante inicial de la pensión alimenticia, puede conllevar a una disminución considerable en su fortuna, ya que es obligado reconocer el derecho de los descendientes de formar o incrementar su familia, lo cual no significa que en tal caso se liberen automáticamente de las obligaciones contraídas con sus ascendientes necesitados. El hecho de que se originen nuevos lazos familiares, no puede hacer que los anteriores se releguen al olvido, puesto que estas obligaciones deben respetarse, de acuerdo con la legislación vigente aunque permitirán la reducción e incluso la extinción cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta tal punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia respecto de la que está preferentemente obligado.

d) Que las causas impeditivas del pago de los alimentos no deriven de circunstancias exclusivamente dependientes de la voluntad del deudor de los mismos.

Deberá denegarse la modificación cuando la circunstancia sobrevenida que se alega se haya originado por causas que dependían exclusivamente de la voluntad del obligado al pago de los alimentos, pues una disminución de ingresos provocada por la propia persona no puede repercutir en terceros ajenos a esa decisión personal¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Por ejemplo, cuando la disminución patrimonial tiene su origen en la reducción de ingresos del obligado que proviene de haberse despedido voluntariamente del trabajo, o de haber pedido una excedencia, o de un incremento de gastos meramente voluntarios. Con este requisito se trata de evitar que quede a merced de la voluntad del obligado el cumplimiento de los alimentos.

El cambio de fortuna puede tener lugar por actos meramente voluntarios del deudor de la pensión. Como la subsistencia y cuantía de ésta no puede depender de su exclusiva voluntad, corresponderá al tribunal al que se solicite la modificación de la medida decidir si esos nuevos gastos son susceptibles de generar una modificación de la pensión.

10. La facultad de optar por la satisfacción *in natura* de los alimentos

Tradicionalmente la prestación de alimentos, en la mayoría de los casos voluntariamente cumplida y sin conciencia de juridicidad, no fue concebida como la prestación de una suma periódica de dinero, sino como una prestación en especie de mantenimiento en la propia vivienda. Los hijos solían cumplir esta función como el resultado de un deber moral, sin cuestionarse si los padres ancianos estaban en condiciones de que en su propia vivienda tuviera lugar un sistema social de ayuda domiciliaria.

En contraposición a su único antecedente legal –el artículo 78 de la Ley de matrimonio civil de 1870¹⁰⁸– y a diferencia del Code¹⁰⁹ (que ordena una forma normal de prestar los alimentos mediante el pago de una cantidad en metálico y, una forma excepcional o subsidiaria, consistente en posibilitar al alimentante mantener en su casa al alimentista cuando no pueda pagar la pensión económica prevista), dispone el artículo 149 CC: *«El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad»*¹¹⁰.

Así, se considera que no se puede abandonar voluntariamente las diferentes fuentes de ingresos con que se cuente (empleos, fundamentalmente) y alegar después alteración sustancial de su fortuna para intentar disminuir la contribución económica a los alimentos debidos, so pena de fraude de ley, abuso del derecho o quebrantamiento de los principios de la buena fe.

¹⁰⁹ Que preveía: «El alimentista tendrá que vivir en compañía del que debiera satisfacer los alimentos, en el caso de que éste justifique no poder cumplir de otro modo su obligación por la escasez de su fortuna».

¹¹⁰ Artículo 210: «Si la persona que debe proporcionar alimentos justifica que no puede pagar la pensión alimenticia (Ley n.º 93-22 de 8 de enero de 1993 artículo 48 III, artículo 64 Diario Oficial de 9 de enero de 1993 en vigor el 1 de febrero de 1994) el juge aux affaires familiales podrá, con conocimiento de causa, ordenar que reciba en su casa, que alimente y mantenga a quien deba los alimentos».

El artículo 443 del Código Civil Italiano dispone, respecto del Modo di somministrazione degli alimenti: «Chi deve somministrare gli alimenti ha la scelta di adempiere questa obbligazione o mediante un assegno alimentare corrisposto in periodi anticipati (2948), o accogliendo e mantenendo nella propria casa colui che vi ha diritto.

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

In caso di urgente necessità, l'autorità giudiziaria può altresì porre temporaneamente l'obbligazione degli alimenti a carico di uno solo tra quelli che vi sono obbligati, salvo il regresso verso gli altri».

¹¹¹ Fue 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 la que introdujo en el artículo 149 CC una modificación en esta opción, al declarar que esta elección del obligado no será posible cuando contradiga el régimen de guarda fijado en una sentencia. Ahora bien, nada impide que análogicamente se pueda emplear en el caso de una persona mayor que reclame los alimentos si ha habido una previa resolución judicial que ordene el alejamiento de los descendientes respecto de su ascendiente, por ejemplo, en caso de malos tratos (por desgracia cada vez más frecuentes); en tal supuesto, el descendiente alimentante pierde también el derecho de elección y debe de pagar la pensión.

La satisfacción de los alimentos en el propio domicilio ofrece la utilidad de hacer la obligación menos gravosa económicamente para el deudor¹¹², pero en muchas ocasiones esta forma de prestación puede generar múltiples problemas en la convivencia que no son deseables, ni para el acogedor ni para el acogido¹¹³.

Con esta opción se compromete directamente la vida del acreedor, su vida privada, su libertad de residencia, su derecho a tomar las decisiones más elementales de la vida. Por ello, el Código de Familia de Cataluña, con buen criterio, dispone en el artículo 268.2: «*El deudor o deudora de alimentos puede optar por satisfacer los alimentos acogiendo y manteniendo en su casa a la persona que tiene derecho a recibirlos, salvo que ésta se oponga por una causa razonable o cuando la convivencia sea inviable...*».

A la hora de dilucidar qué se entiende por causa razonable, resulta oportuno traer a colación recientes investigaciones sociológicas que toman en consideración la realidad actual de la sociedad española. Son destacables las conclusiones obtenidas por LÓPEZ-DOBLAS¹¹⁴, según el cual, existe una heterogeneidad de motivos y circunstancias que justifican el rechazo de la convivencia en estos casos: el deseo de vida independiente de los mayores, el cambio de mentalidad así como la mejora de su posición económica y de sus condiciones de salud. También hay que reconocer la existencia de un fuerte componente voluntario, pues al mayor le gusta seguir en casa, integrado en el contexto social de siempre y, si se tiene suerte, gozando de la cercanía de los familiares. Vivir solas permite a las personas mayores un amplio grado de libertad, de independencia y de autonomía, cosa que suele agrandar sobremedida. Además, apunta este autor que la incorporación de las jóvenes al mercado laboral constituye otro factor decisivo, puesto que las hijas trabajen significa una mayor probabilidad de lejanía y su ausencia diurna del hogar a donde quizás muchas personas quisieran mudarse pero no lo hacen temiendo largas horas de soledad en un entorno que no es el propio. También influye la falta de espacio en las viviendas familiares, el sentimiento de los mayores de que mudándose pasarían a convertirse en un estorbo para ellos, así como su deseo de no quebrar el bienestar relacional por culpa de la convivencia. Son motivos todos ellos que nos informan de que la vida en solitario sea lo aconsejado por las circunstancias y que, en ocasiones, esa vida en el domicilio familiar sólo se encuentra justificada por motivaciones económicas, pues si al mayor se le diera la oportunidad de mantenerse independiente optaría por dicha opción.

¹¹² Dicha concepción era la predominante en el pensar de la doctrina del XIX, llegando a afirmar GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo I, 3ª ed., Madrid, 1871, p. 599, que *los alimentos que viviendo en familia se prestan casi sin sentir, serían una carga insostenible si hubieran de pagarse en metálico ó de otro modo viviendo cada individuo por separado*. En este sentido también se ha manifestado el TS en sentencia de 24 de junio de 1946 (RJ 1946, 718).

¹¹³ Precisamente este necesario ajuste entre dos o más personas en caracteres, costumbres y aficiones, cuando no se consigne genera la posibilidad de resolver el contrato vitalicio como reconocen las SSTs de 1 de julio de 2003 (RJ 2003, 4321) y 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 653).

¹¹⁴ LÓPEZ-DOBLAS, J., *Personas mayores viviendo solas. La autonomía como valor en alza*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Primera edición, 2005.

A pesar de la importancia del derecho a la libertad en la elección de residencia, resulta dudoso que los ascendientes mayores, si no quieren arriesgarse a perder su derecho de alimentos¹¹⁵, puedan negarse a esta convivencia y pedir el pago de una pensión para poder vivir en su propio domicilio o en una residencia¹¹⁶.

La prestación de los alimentos en el domicilio cuando el alimentista se encuentra en una situación de dependencia y el cuidador es una persona no profesionalizada, que le ayuda en la realización de las actividades básicas de la vida cotidiana, está planteado una situación socialmente no demasiado deseable y se está considerando preciso diseñar mecanismos de protección de los cuidadores¹¹⁷, pues cuando el obligado a prestar alimentos opta por satisfacer los alimentos en su propio domicilio se generan unas importantes consecuencias para los asistentes de las personas que se encuentran en una situación de dependencia¹¹⁸.

Por ello, cabe pensar si no hubiera resultado oportuno que el legislador aprovechara para introducir la aplicación de la guarda asistencial como mecanismo de protección

¹¹⁵ SAP Madrid, sec. 13^a, de 17 de junio de 2005, n^o 402/2005, rec. 228/2004. Pte.: Zarco Olivo, José Luis (EDJ 193626): «siendo cierto que el primero de los preceptos citados contempla la posibilidad de que se satisfagan los alimentos pagando la pensión de que se trate o recibiendo y manteniendo en su casa al que tiene derecho a ellos, no lo es menos que es el obligado a prestarlos, en este caso la actora, quien ha de optar por una u otra posibilidad a tenor de dicho precepto». (EDJ 2005/193626).

En la SAP Barcelona, sec. 18^a, de 8 de abril de 1999, rec. 901/1998. Pte: Bachs Estany, José María (EDJ 1999/52978), se analiza si la prestación alimenticia se puede satisfacer en especie acogiendo el demandado a su madre en casa –en los términos del artículo 9.2 Ley catalana 10/1996 de 29 julio, de Alimentos entre Parientes–, y cuál debe ser la cuantía adecuada. Considera la Sala que dado que ha quedado acreditada la existencia de una situación de enfrentamiento entre las dos partes que hace inviable la convivencia, el demandado no puede hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 9.2 ya que la opción que tiene según este artículo de satisfacer los alimentos acogiendo y manteniendo en su casa a su madre, se limita por el hecho de que ésta se oponga por imposibilidad legal o porque entre las dos partes se haga inviable la convivencia. Ante esta situación de enfrentamiento, concluye la Sala que debe fijarse una pensión sobre la base de la necesidad de la actora –totalmente acreditada– de atención sanitaria y médica y retrotrayendo el pago a la fecha de interposición de la demanda.

Por el contrario, según otras sentencias, el obligado a prestar alimentos no lo está a prestarlos en su propia casa aunque ésta sea la forma requerida por el demandante de los alimentos [*vid.* al respecto la SAP Sevilla, sec. 5^a, de 29 de septiembre de 1999, rec. 4040/1999. Pte: García Casas, Julio (EDJ 1999/50114) y más recientemente la SAP Madrid, sec. 13^a, S 17 de junio de-2005, n^o 402/2005, rec. 228/2004. Pte: Zarco Olivo, José Luis (EDJ 2005/193626)].

¹¹⁶ A favor de esta posibilidad cuando la situación económica del deudor de los alimentos lo permita, cabría alegar que aunque el fundamento básico de la obligación de alimentos es preservar la vida humana, cada vez más se considera que dicho derecho lo que debe de tratar de proporcionar es una vida digna en la que pueda tener lugar el libre desarrollo de la personalidad. El derecho a la vida no ha de entenderse en un sentido tan limitado que se encuentre reducido a un mero derecho a la supervivencia, sino que debe comprender la consecución de una existencia digna con derecho a reconocer el libre desarrollo de la personalidad.

¹¹⁷ BARCELÓN COBEDO S. y QUINTERO LIMA, M^a G., «Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Asuntos Sociales*, núm. 60, 2006, p. 28, consideran que existe un colectivo de personas digno de tutela, como es el de los cuidadores informales.

¹¹⁸ Puestas de manifiesto por el Libro Blanco en las pp. 197-19, al declarar que el hecho de cuidar comporta tres tipos de consecuencias:

de los mayores necesitados, en idénticos supuestos a los que se recoge en el artículo 172.2 CC para los menores, pues la práctica evidencia que en muchos supuestos las personas que tienen a su cargo personas discapacitadas, pueden encontrarse en situaciones que impidan o dificulten gravemente la asistencia de aquéllas¹¹⁹. Sin duda alguna, el paralelismo existente entre menores y algunos mayores en situación de dependencia, aconseja un tratamiento unitario a través de instituciones de protección análogas, que recojan en cada caso las particularidades de cada una de ellas. A diferencia del supuesto de tutela automática, no será necesario que nos encontremos ante un incapacitado judicialmente, sino que será una medida aplicable a cualquier discapacitado cuya vida diaria requiera de la asistencia de otra persona y que ésta no pueda en un momento determinado atenderle¹²⁰.

-
- Laborales: No puede plantearse trabajar el 26% de la muestra; ha tenido que abandonar el trabajo el 11,5%, mientras que se han visto obligados/as a reducir su jornada el 12,4%.
 - Sobre su propia salud: las personas cuidadoras se encuentran a menudo cansadas en un 51,2 % de los casos, el 32,1% se sienten deprimidas y el 28,7% piensa que las tareas que realizan están deteriorando su salud.
 - Sobre la vida afectiva y relacional: el 64,1% declara que se han visto obligadas/os a reducir su tiempo de ocio, y dice no poder ir de vacaciones el 48,4% de la muestra.

En el Libro Blanco se ha preguntado a las personas que cuidan a dependientes lo siguiente: «Si cuando Ud. sea muy mayor y necesitase que otra persona le cuidara permanentemente ¿dónde le gustaría recibir los cuidados?» En su propia casa el 70.6 %, en una residencia pública el 9,8%, en casa de una hija el 4,8%, en una residencia privada el 2.7%, en casa de un hijo 0,8%, en casa de la persona que le cuida 0,8%.

¹¹⁷⁹ Cuando el incumplimiento sea voluntario e injustificado y el mayor se encontrara incapacitado, es decir, cuando el tutor deje de cumplir voluntariamente sus obligaciones sin ninguna causa que lo justifique, hasta que se produzca un nuevo nombramiento se le designará al incapacitado un defensor judicial tal y como dispone el artículo 299 CC en relación con el artículo 247 CC.

¹²⁰ La Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos –órgano institucional dependiente de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, que fue creado por la Ley 4/1995, de 21 de marzo– podría asumir estas funciones en la Comunidad de Madrid, ya que su objetivo es la protección y defensa de las personas con capacidad limitada. Según el artículo 4, son fines de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos:

- a) El ejercicio inexcusable de la tutela y curatela de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente, residentes en la Comunidad de Madrid, en los términos fijados por el Código Civil, cuando así lo determine la autoridad judicial competente.
- b) La asunción, en su caso, de la Defensa Judicial de los residentes en la Comunidad de Madrid sobre los que se haya iniciado un proceso de incapacitación, así como el ejercicio de cuantas funciones determine la autoridad judicial en medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situación de desamparo.
- c) El fomento y realización de acciones encaminadas a la integración y normalización de los tutelados por la Agencia, facilitando recursos sociales, la atención personal del incapacitado, su cuidado, rehabilitación o recuperación y el afecto necesario.
- d) La administración de los bienes del tutelado, actuando en su beneficio, bajo los principios de prudencia, conservación y mejora de aquéllos, con arreglo a las previsiones contenidas en el Código Civil al respecto.
- e) Información, orientación, asesoramiento y asistencia a padres, familiares y otros tutores.

También *vid.* al respecto el Decreto 4/2001 de 16 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se autoriza la Creación de la Fundación Tutelar Aragonesa de Adultos y el Decreto 52/1996, de 9 de abril por el que se crea la comisión tutelar de adultos de Extremadura.

Si son varios los alimentistas los que optan por satisfacer los alimentos en su propio domicilio se plantea qué solución tendría esta problemática. La doctrina parece acorde en señalar que no parece adecuado el establecimiento de un turno de rotación obligatorio para el alimentista¹²¹. Si los distintos obligados no se ponen de acuerdo tal vez la solución más oportuna sería la prevista por el nuevo Código de Familia de Cataluña al disponer en el artículo 268.2: «Si hay varias personas obligadas y hay más de una que quiere acoger en su casa a la persona acreedora, el Juez o Jueza decide después de oír al alimentista y a los distintos obligados. Si la persona con derecho a recibir alimentos tiene plena capacidad de obrar y más de una persona quiere acogerlo en su casa, se tiene en cuenta preferentemente la voluntad de aquélla».

11. Realización de los servicios de asistencia de forma personal en el domicilio del alimentista y el internamiento residencial del alimentista

En ocasiones, cuando existe la obligación legal y moral de prestar alimentos, en atención a las dificultades económicas y a las diferencias familiares, se permite a los alimentantes la alternativa de elegir entre contribuir económicamente para contratar aquellos servicios o, realizar los servicios personalmente en el domicilio del alimentista. No es obstáculo el derecho de opción que se recoge en el artículo 149 CC, pues como reiterada jurisprudencia reconoce, el mismo no puede ser tan absoluto que impida apreciar casos en que sea aconsejable admitir el cuidado personal en el propio domicilio del alimentista. Ello es debido a que el derecho de opción se inspira de un lado, en facilitar y hacer menos gravosa la carga impuesta al alimentante y, de otro, en el beneficio y conveniencia del beneficiario de los alimentos, que es precisamente lo que se intenta conseguir con la alternativa impuesta a los actores¹²⁰. En muchas ocasiones estos cuidados familiares coexisten con los servicios de atención domiciliaria (SAD)¹²².

¹²¹ A juicio de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, *Comentarios...* p. 49, ese turno no parece aconsejable y, por tanto, debe ser descartado. En el mismo sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios...», cit., p. 537; y LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* IV, p. 63. Según MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. *op. cit.* 536, la anterior opinión es perfectamente lógica si se tienen en cuenta los perjuicios que una situación semejante puede acarrear para el alimentista.

¹²² En este sentido, *vid.* SAP Burgos, sec. 3^a, de 25 de enero de 1999, nº 39/1999, rec. 457/1998. Pte.: Villimar San Salvador, M^a Esther (EDJ 1999/2107).

¹²³ Bajo el calificativo de servicios de ayuda a domicilio o también conocidos como Servicios de Atención Domiciliaria (SAD), se engloba a todo un conjunto de recursos dirigidos a prestar apoyo y cuidados en su domicilio a las personas cuando, por cualquier circunstancia, dejan de ser autónomos para llevar a cabo las actividades básicas de la vida diaria. La asistencia en casa permite la prolongación de la permanencia del mayor en su hogar, en su entorno.

Los servicios básicos prestados bajo este concepto son aquellos vinculados a la atención personal y continuada de la persona mayor. Se distinguen generalmente tres ámbitos de actuación:

La redacción del artículo 149 CC no permite negar la existencia de otras modalidades de prestación distintas a las allí contempladas, siempre y cuando las partes estén de acuerdo en ello, utilizándose con relativa frecuencia, sin que quepa *a priori* cuestionar su eficacia (piénsese, por ejemplo, en el desembolso mensual que puede hacer un hijo para pagar la residencia en la que está internado su ascendiente).

Como ya se ha apuntado, nuestros mayores fueron educados para que cuando llegasen a viejos vivieran con los suyos, por lo que muchas veces les resulta difícil adaptarse a la institucionalización en un centro residencial¹²⁴. Sin embargo, hoy en día esta alternativa no siempre ha de verse como un fracaso familiar o una circunstancia negativa, y, cuando el nivel de cuidados necesarios en las fases avanzadas de la enfermedad no pueda ser soportado por la familia, la atención profesional en una residencia puede llegar a ser la mejor opción. Actualmente muchas residencias pueden proporcionar cuidados especializados con terapia cognitiva y ocupacional y servicio de rehabilitación que destierra el antiguo concepto de asilo con todas las connotaciones negativas que llevaba implícito¹²⁵.

Como garantía de sus derechos ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro, sin que conste fehacientemente su consentimiento¹²⁶. En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal consentimiento, se reque-

-
- a) Servicios de atención personal (higiene y cuidado de la persona, ayuda físico-motriz, movilizaciones, preparación de comidas, control de la medicación, acompañamiento...).
 - b) Servicios de atención al hogar (mantenimiento del entorno de la persona, compras, cuidado de la ropa, detección de situaciones de riesgo en la vivienda...).
 - c) Servicios de integración en el entorno (desplazamientos fuera del domicilio, actividades para el mantenimiento de las facultades cognitivas, facilitar la relación con la familia y amigos...)

La mayoría de empresas y entidades prestadoras de servicios de atención domiciliaria ofrecen adicionalmente otros servicios tales como: teleasistencia, adaptaciones en la vivienda, orientación y suministro de ayudas técnicas, comidas a domicilio, lavandería a domicilio, servicio médico y de enfermería a domicilio, fisioterapia a domicilio, logopedia a domicilio, psicología a domicilio, podología a domicilio, etc.

Esta relación, que no resulta ni mucho menos un listado cerrado, constituye una ayuda básica para que junto con la ayuda de la familia o el entorno más inmediato las personas mayores puedan vivir con independencia y envejecer en su casa.

¹²⁴ Por ello, en muchas ocasiones, lo que proporcionará una adecuada protección será el acogimiento familiar, situación que trata de proporcionar a los mayores que no pueden continuar residiendo en su domicilio una alternativa de alojamiento y convivencia en un hogar de familias con las que no les une ningún tipo de parentesco, para favorecer su mantenimiento e integración en el medio comunitario. Las familias que acogen, por su parte, recibirán las correspondientes ayudas económicas.

¹²⁵ SALMERÓN ALVAREZ, M., y ALONSO VIGIL, P., «Factores asociados a la institucionalización de pacientes con demencia y sobrecarga del cuidador», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Asuntos Sociales*, núm. 60, 2006, pp. 141.

¹²⁶ El derecho a pasar los últimos días, meses o años de la vida en un lugar o en otro, debe ser sin duda considerado como un derecho constitucional, que puede verse violentado por decisiones del entorno de la persona mayor. Pensemos, por ejemplo, en los llamados «abuelos a meses», o en aquellos supuestos en que tiene lugar un internamiento forzoso en una residencia, situaciones que pueden ocasionar un gran malestar psicológico y alteraciones importantes en el modo de vida que cada uno tiene derecho a elegir mientras le sea posible.

rirá autorización judicial para el ingreso. Además, los responsables de centros residenciales que advirtieren en una persona mayor ingresada la concurrencia sobrevenida de circunstancias determinantes de su incapacitación deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, pues ninguna persona mayor podrá ser obligada contra su voluntad a permanecer en un centro residencial, salvo en los supuestos en que medie resolución judicial. Los servicios de inspección deberán velar por el cumplimiento de estas garantías, debiendo solicitar del interesado que ratifique la voluntariedad de su estancia, mediante entrevista personal mantenida sin la presencia de familiares ni de representantes del centro.

11. El alcance de la autonomía de la voluntad en las situaciones de dependencia: la autotutela y las instrucciones previas

Existe una indudable tendencia a la operatividad de la autonomía de la voluntad en estas situaciones de necesidad. La reforma del artículo 223 CC¹²⁷ ha supuesto el reconocimiento de un nuevo negocio jurídico unilateral del Derecho de Familia en virtud del cual toda persona con capacidad de obrar suficiente y en previsión de su futura incapacidad pueda, en documento público (concretamente en escritura pública y, en su caso, en testamento) adoptar las disposiciones que estime pertinentes en relación tanto con su persona como con su patrimonio.

De esta forma se está reconociendo al sujeto la facultad de organizar su tutela o la institución de guarda que corresponda en caso de ser incapacitado, no sólo en lo referente a la designación del integrante del órgano tutelar sino en todo lo relativo a su funcionamiento, siempre y cuando estas disposiciones sean compatibles con las normas del Código Civil aplicables, así como con el contenido de la sentencia de incapacitación.

Otra manifestación de la eficacia de la autonomía de la voluntad son las instrucciones previas que la persona necesitada puede ordenar de conformidad con el artículo 11 de la L. 41/2002, de 14 de noviembre (básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). A través de ellas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documen-

¹²⁷ Reforma operada a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19-11-2003, pp. 40852-40863).

to puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Para asegurar la observancia de estas instrucciones previas, en la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

13. Posibilidades de actuación frente al incumplimiento del deber de prestar alimentos

Si el obligado a prestar alimentos no cumple su obligación, el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor de los mismos los siguientes posibilidades de actuación:

a. Exigencia del cumplimiento forzoso

En atención a la naturaleza de la obligación, cuando se trata de la ejecución de una condena a la prestación de alimentos, la LEC prevé en el artículo 608 la no aplicación de las limitaciones para el embargo de sueldos, salarios, pensiones y otras retribuciones que aparecen expresamente descritas en el artículo 607 de la LEC, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos. En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada.

Por otra parte, es posible, como reconoce la SAP Guipúzcoa, sec. 2ª, A en la Sentencia de 14 de junio de 2005, nº 2069/2005, rec. 2311/2004. Pte.: Loyola Iriondo, Ane Maite (EDJ 2005/140311), la adopción de medidas cautelares como el embargo preventivo de los saldos de las cuentas bancarias de los demandados para el pago de la prestación alimenticia que debe abonarse a la madre de las partes en virtud de una sentencia anterior, si los demandados no han cumplido con esa obligación a pesar del tiempo transcurrido desde que se dictó esa sentencia, dándose los requisitos de apariencia de buen derecho, «periculum in mora» y urgencia de las medidas.

Además, resulta destacable que a semejanza de la Ley Concursal, en la que tienen la consideración de créditos contra la masa (art. 84) en el Proyecto de Ley 121/000098 sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares se les atribuye en el artículo 1924 una preferencia general para el cobro.

b. Revocación de las donaciones por causa de ingratitud

Dentro de las causas que permiten que el donante revoque la donación por causa de ingratitud *ex* artículo 648 CC se encuentra el hecho de que el donatario niegue indebidamente los alimentos al donante.

Si el ascendiente necesitado de alimentos fue en el pasado donante de bienes a su descendencia, y ésta incumple la obligación de alimentos, a pesar del principio de intangibilidad de las donaciones podrá proceder a instar la revocación de la liberalidad, y de esta manera poder sufragarse sus necesidades¹²⁸. Esta posibilidad, dado su carácter sancionador, siempre ha de aplicarse con carácter restrictivo¹²⁹, por lo cual las causas de ingratitud que determinan ese efecto jurídico son exclusivamente las fijadas por la Ley. No toda ingratitud del favorecido con el desplazamiento patrimonial hacia su benefactor ha de jugar para revocar tal acto jurídico. Situaciones en principio de desafecto paterno-filial, por carecer de relación con el donante, la falta de comunicación y cuidado familiar, si bien pueden catalogarse como una conducta ética y socialmente reprochable, no constituyen por sí causa legal que justifique la revocación prevista en el artículo 648.3 CC.

Aunque el Código Civil no dedica ningún precepto a regular esta supuesta obligación de alimentos del donatario¹³⁰ —a diferencia por ejemplo de lo dispuesto en el Código Civil Italiano¹³¹— a juicio de algunos autores sin duda existe¹³², puesto que, de no cumplirla, esto es, si le niega indebidamente los alimentos, el donante podrá revocar la donación (artículo 648.3 CC), al constituir una causa de ingratitud. Otros autores, por el contrario, consideran que dicho precepto no encierra una obligación de alimentos a cargo del donatario, sino que simplemente posibilita la revocación de la

¹²⁸ El incumplimiento por los cesenarios de la obligación de alimentos pactados en un contrato de vitalicio también justifica su resolución, al respecto puede verse, entre otras, la reciente STS de 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 653)

¹²⁹ La revocación de la donación por ingratitud tiene un claro componente sancionatorio, por lo que sólo puede aplicarse cuando ha existido una clara e inequívoca actuación atentatoria frente al deber de gratitud y sostenimiento derivado de la donación.

¹³⁰ Según DE LOS MOZOS, J. L., *La donación en el Código Civil a través de la jurisprudencia*, Dykinson, 2000, p. 323, dicha norma carece de precedentes en nuestro Derecho histórico y penetra en el texto del Código, a través del Anteproyecto de 1882-1888 (artículo 647) por influencia del Derecho comparado.

La doctrina admite que el donatario, con independencia de que venga obligado a prestar alimentos por otras razones (vínculo familiar, disposición del testador, obligación contraída contractualmente), se halla obligado a ello como consecuencia de la donación, aunque en ocasiones se ha considerado por la doctrina que no existe la misma obligación en los dos casos, pues en el supuesto del artículo 648 no se trata de una verdadera obligación, sino que constituye una carga. En tal sentido *vid.* STS de 28 de julio de 1998 (RJ 1998, 6449).

¹³¹ Artículo 437: «Obbligo del donatario Il donatario è tenuto, con precedenza su ogni altro obbligato, a prestare gli alimenti al donante, a meno che si tratti di donazione fatta in riguardo di un matrimonio o di una donazione remuneratoria».

donación cuando el donatario, obligado conforme al artículo 143 del CC, deniega indebidamente los alimentos al donante necesitado¹³³.

En torno a qué alimentos motivan la revocación, según la SAP de la Coruña (Secc. 6ª), de 8 de octubre de 2002 (JUR 2003, 52572), estos son, aparte de los que pudieran haberse impuesto específicamente en la donación o los que derivan de las disposiciones sobre la institución alimenticia, los derivados de deberes morales de gratitud hacia el donante, como se deduce de la doctrina y la jurisprudencia (STS 29 de noviembre de 1969 y 28 de julio de 1997). Lo que origina, como reconoce la SAP Valencia, sec. 9ª, de 26 de febrero de 2002, nº 141/2002, rec. 598/2001. Pte.: Caruana Font de Mora, Gonzalo (EDJ 2002, 15829), que en ocasiones el descendiente tenga una doble fuente obligacional de prestar alimentos: una legalmente impuesta por el inmediato parentesco que une a los litigantes y otra por la donación inmobiliaria recibida de su ascendiente.

En relación con los efectos de esta revocación, dispone el artículo 649 CC que revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad. Las posteriores serán nulas. En tal caso, el donante podrá exigir del donatario el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar de los terceros, o la cantidad en que hubiesen sido hipotecados, debiendo atenderse al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes. El donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda (artículos 650 y 651)¹³⁴.

La acción concedida al donante por causa de ingratitud que no podrá renunciarse anticipadamente, prescribe en el término de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción (artículo 652).

No se transmitirá esta acción a los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado¹³⁵. Tampoco se podrá ejercitar contra el heredero del donatario, a no ser que a la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda (artículo 653).

¹³² Vid., al respecto, FUENMAYOR CHAPIN, «La deuda alimenticia del donatario», *Revista de Derecho Privado*, 1942, y sus argumentos históricos, de derecho comparado y de sistematización que expone para sustentar su opinión.

¹³³ Justifica MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.* p. 53, el que en ningún momento tal precepto –ni ningún otro del Código– impone una obligación de alimentos al donatario (pues, desde luego, tal obligación no puede presumirse) ni tampoco concede al donante la posibilidad de exigir dichos alimentos. Además considera esta autora que si el legislador hubiera querido establecer la obligación del donatario, sin duda lo habría hecho en algún precepto como lo hizo el legislador italiano en el artículo 437 del Codice Civile, conforme al cual el donatario está obligado a prestar alimentos al donante con preferencia a cualquier otro obligado, salvo que la donación fuera remuneratoria o por razón de matrimonio.

¹³⁴ Un examen sobre los efectos de la revocación por ingratitud puede verse en DE LOS MOZOS, J. L., «La revocación de donaciones por ingratitud del donatario», *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Universidad de Jaén, 2000, pp. 1302-1304.

¹³⁵ La STS de 29 de noviembre de 1969, nº 649/1969. Pte: Rodríguez-Solano y Espín, Federico declara en

Si el donatario concurre con personas obligadas legalmente o por pacto a prestar alimentos, algunos autores consideran que éstas quedarán obligadas antes que aquél, al ser la obligación de alimentos nacida de la donación de carácter subsidiario, también por la mayor fuerza que tiene el vínculo legal sobre el nacido de la donación. A juicio de DÍAZ ALABART, existe una razón práctica para ello: el que precisa alimentos los necesita con urgencia y la vía de reclamárselos al donatario es indirecta, más lenta que la de pedirlos al que por ley o pacto tiene esa obligación¹³⁶. Sin embargo, cabe plantear si resulta ajustado a derecho que el ascendiente donante pueda exigir un pago proporcional de los alimentos a alguno de sus descendientes tras haber hecho una cuantiosa donación a otro de ellos. A mi juicio, la prestación de los alimentos corresponde hacerla en primer lugar al donatario ingrato, pues la obligación de alimentos tiene carácter subsidiario; es el último recurso al que se acude sólo después de haber agotado cualesquiera otras fuentes para cubrir la necesidad del alimentista.

Si varios fueran los donatarios que pudieran verse afectados por la revocación por ingratitud cabría sostener que lo lógico sería otorgar la posibilidad de revocar las donaciones de todos los ingratos.

c. La no prestación de alimentos como posible causa de desheredación

Además de la posibilidad de revocar las donaciones efectuadas por el alimentista, la no prestación de alimentos puede constituir una causa de desheredación¹³⁷. Para que tenga lugar la desheredación es preciso que concurren tres requisitos:

el Fundamento de Derecho Segundo: «Que aun cuando por lo general la acción derivada del artículo 648 CC presenta un carácter eminentemente personal, según se reconoció en la máxima jurídica «Actionem...ita personalem esse volumus ut vindicationis tantum habeat effectum nec tributatur heredi» (Ley 7, título LVI, libro III, Código) en la Ley X, título IV de la partida V, y, en nuestra antigua jurisprudencia (sentencia de 16 de diciembre de 1867), no por ello debe olvidarse que su finalidad se dirige a dotar al donante de un medio coactivo y psicológico para obligar al donatario al cumplimiento de los deberes morales que el «ius gratitudinis» le impone y que presenta las características de una verdadera sanción penal de tipo económico, cuyos efectos pudieran verse frustrados cuando su titular se viera impedido para utilizarla por causas ajenas a su voluntad, razón por la cual nuestro Código Civil, que sustenta aquel restringido criterio en sus artículos 647, 648 y 652, al exigir que la revocación se obtenga a instancia del donante, lo suaviza, en cambio, cuando redacta el 653 en el sentido de que dicha acción no se transmitirá a los herederos del mismo «si éste pudiendo no la hubiere ejercitado con lo que atempera el éxito o la ineficacia de la transmisión a la posibilidad de su ejercicio por parte del primitivamente legitimado, circunstancia que, al igual que los actos expresivos de la voluntad más o menos decidida de revocar tal acto de liberalidad, constituyen cuestiones de hecho encomendadas a la libre apreciación de los Tribunales de instancia...».

¹³⁶ DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 648», *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1645.

¹³⁷ La sentencia del TS, 1^a, de 20 febrero 1981 (RJ 1981, 534) aclara el estricto significado actual de la

- a) La existencia de una situación de necesidad de alimentos por parte del causante¹³⁸.
- b) La petición de dichos alimentos formulada de forma judicial o extrajudicial.
- c) La negativa sin motivo legítimo de la persona a la que se reclaman alimentos de suministrar los mismos.

Como reconoce la STS de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7930), la jurisprudencia que interpreta el artículo 853 del CC, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley, y en los que pese a una ruptura física y afectiva de absoluta cesación de relación entre padres e hijos, aquéllos hayan tenido sus necesidades económicas y sanitarias cubiertas¹³⁹.

Para que la desheredación produzca sus efectos, basta con que la negativa se pruebe por cualquier medio con arreglo al artículo 850, no siendo preciso que se haya quedado el ascendiente sin alimentos si otra persona se los hubiere prestado; ni se excluye como causa de desheredación, en caso de haberse decretado judicialmente la

desheredación, al decir que «ésta tiene lugar en términos generales cuando por disposición testamentaria se priva a un heredero forzoso del derecho a la legítima que el artículo 806 CC le reconoce, por alguna de las causas que taxativamente la ley señala».

¹³⁸ Por faltar esta situación de necesidad al recibir una pensión de unos 600 euros mensuales y una asistencia médica cubierta por la Seguridad Social, la SAP de León (Sección 2ª), de 13 de abril de 2005 (JUR 2005, 106351) considera que resulta improcedente la desheredación efectuada.

En este sentido, *vid.* SAP Valencia, sec. 6ª, de 8 de marzo de 2001, nº 180/2001, rec. 918/2000. Pte.: Ortega Llorca, Vicente (EDJ 2001/8475). La Sala estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revoca en parte la sentencia de instancia, estima parcialmente la demanda, declara que no concurre en la demandante la causa de desheredación aducida por su madre en el testamento, y declara el derecho de la actora a la legítima estricta de la herencia de su madre, toda vez que ha quedado acreditado que la madre no carece de bienes (pues es propietaria de dos viviendas y cobra unas pequeñas pensiones) y por tanto tiene medios para satisfacer personalmente sus propias necesidades económicas. En consecuencia, la hija tiene motivos suficientes para negar alimentos a su madre, ya que al no tener necesidad, no concurre en causa de desheredación.

¹³⁹ Este carácter restrictivo determina que la SAP de Barcelona (Sección 16ª), de 18 de noviembre de 1999 (AC 1999, 8280) declare que el incumplimiento que genera la desheredación ha de concretarse al específico deber de alimentos tal como viene configurado en la ley. La jurisprudencia es plenamente coincidente con estos criterios. Así, la STS de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7930), estima que no concurre la causa de desheredación aun cuando los hijos no convivieron con el padre, no mantuvieron relación con él, le privaron de su presencia en vida para confortarle de sus dolencias mortales, y ni siquiera acudieron a su entierro.

También la STS de 26 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2394), llega a la misma conclusión por no apreciarse ese estado de abandono al que se ha hecho referencia, al no haberse demostrado la existencia de unas necesidades perentorias insatisfechas.

En semejante sentido, la STS de 28 de junio de 1999 (RJ 1993, 4792) declara que «La falta de relación afectiva y de comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por la hija en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al ámbito de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica y que, en definitiva, sólo están sometidas al Tribunal de la conciencia». En igual sentido manifiesta la SAP de Cáceres (Sección 1ª), de 23 de julio de 2004 (AC 2004/999) que «aunque la demandante no prestara los cuidados naturales a su madre ni asistiera a ésta durante su enfermedad, ello, no puede constituir causa de

obligación de prestar alimentos, porque ésta se cumpla después, si consta la anterior negativa¹⁴⁰. Pero lo que sí resulta indispensable es que exista una negativa, siquiera tácita, por parte del obligado u obligados, a prestar los alimentos que sea posterior y a consecuencia de una petición de ayuda por parte del necesitado.

d. El pago de los alimentos por un tercero. La satisfacción pública de las necesidades ante el incumplimiento por el obligado a prestar alimentos

No suele ser algo extraordinario que, ante la falta de cumplimiento de la obligación de alimentos por parte del descendiente, otro pariente, un tercero o una entidad pública se haga cargo de la satisfacción de las necesidades del acreedor de los mismos. Sin embargo, como apunta GARCÍA RUBIO¹⁴¹, el legislador de 1881 hizo una escasa referencia al aludir al derecho de reintegro de los anticipos hechos por una entidad pública u otra persona frente a los parientes obligados a prestar alimentos en el artículo 148.3 CC, pues dicho precepto no resolvió de modo siquiera medianamente satisfactorio un tema que, por su complejidad, bien merecía un pausado estudio.

Cuando la carencia de los más indispensables medios de vida pone en peligro la propia subsistencia de la persona, es posible que la Administración intervenga de manera urgente si los parientes obligados no han hecho frente a esta situación. Como el obligado es el pariente, la intervención de la institución pública no debe eximir al alimentante de su obligación, por lo que, lo adelantado por ella no debe considerarse

desheredación. Tampoco puede constituir dicha causa la escasa relación materno-filial desde la enfermedad de la madre, porque dicha situación de desafecto o desencuentro familiar no justifica la voluntad del testador de privar a su hija de su legítima».

¹⁴⁰ En este sentido se manifiesta la SAP de Murcia de 11 de junio de 1999 (AC 1999, 7153). En esta sentencia se enjuicia la situación que se produce cuando en el año 1992 el padre de los litigantes sale de su internamiento hospitalario a consecuencia de la grave enfermedad que padecía (cáncer), planteándose en una reunión entre todos los hermanos cómo y en qué forma y lugar se prestaría al mismo la debida atención, reunión que finalizó sin acuerdo, dando lugar a que lo llevara a su domicilio la demandada, donde permaneció hasta su fallecimiento, impidiendo a partir de entonces a sus hermanos, incluso después del óbito, la entrada en su domicilio. Esta situación llevó al causante a disponer una desheredación de sus restantes hijos.

También al respecto puede consultarse la SAP de Baleares de 27 de febrero de 2002 (JUR 2002, 126454). En ella se considera procedente la desheredación efectuada cuando tras la caída de la madre rompiéndose los dos brazos y quedando totalmente desvalida, se negó el actor a hacerse cargo de su asistencia, teniendo que recibir el primer auxilio de manos de la Policía Local y después cuidados de su otro hijo.

¹⁴¹ GARCÍA RUBIO, M^a P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, p. 18.

¹⁴² Requisito que, a juicio de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 555, resulta inexplicable y carente de una causa lógica que lo justifique. Esta autora se declara incapaz de entender su finalidad, ni siquiera de intuir los motivos que tuvo el legislador para incluirlo, pero lo cierto es que aparece expresamente en el texto de la ley y como tal no puede ser ignorado a la hora de aplicar el precepto. A su juicio, carece totalmente de fundamento que el mero conocimiento de la intervención del tercero sea causa suficiente para eximirle de toda obligación. Además,

más que un anticipo de la prestación debida. Lo adecuado será entender que la Administración podrá recuperar los anticipos prestados del verdaderamente obligado.

El Código Civil no da una respuesta clara a cómo la entidad pública, como tercero ajeno a la relación alimenticia, puede recuperar el importe de los alimentos prestados en forma de prestaciones o servicios sociales. Como preceptos directamente relacionados con esta problemática son destacables los artículos 1894 y 148 del CC. El primero de ellos dispone: «Cuando sin conocimiento del obligado a prestar alimentos los diese un extraño¹⁴², éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos». El artículo 148.3 CC, por su parte, faculta al juez para ordenar medidas dirigidas a garantizar a dicha entidad el reembolso de los anticipos realizados al disponer: «El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades»¹⁴³.

Surge la duda de cómo se podría organizar el reembolso de los obligados a prestarlos sobre todo cuando los alimentos no han sido reclamados ni decretados judicialmente, pues el derecho de alimentos se configura con carácter personalísimo. De tal carácter se puede deducir la intransmisibilidad del derecho y la imposibilidad de que lo ejercite un tercero que no sea representante legal del necesitado. Ahora bien, resulta más oportuno considerar que el derecho del tercero a reclamar los alimentos existe siempre que concurren los presupuestos para el nacimiento de la obligación, aunque el acreedor no los haya demandado judicialmente¹⁴⁴.

Ante los problemas que, para recuperar las cantidades abonadas, produce que la pretensión de alimentos deba ser ejercitada por el titular del derecho, o su representante legal y nadie le puede sustituir en esa acción de reclamación¹⁴⁵, el legislador cata-

considera que puede ser un recurso utilizado por el alimentante para eludir conscientemente su deber: se niega a pagar alimentos a su acreedor y espera que un tercero lo haga por él, a sabiendas de que, al conocer la situación, no tendrá obligación de restituir lo pagado por ese último.

¹⁴³ Este favorecedor del cobro de las pensiones robustece sin duda la posición del alimentista, al fomentar que los terceros sigan prestando una asistencia sabiendo que podrán recuperar lo pagado. En este sentido *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios al Código Civil», Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 536

¹⁴⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho...*, cit. p. 631 y DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios...», cit., p. 535. En contra de esta posición *vid.* MARTINEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 560-561 y EGEA FERNÁNDEZ, «La acción...», *op. cit.* p. 639 quien declara expresamente que, en su opinión, el artículo 1894.1 del CC, permite repetir únicamente respecto al pariente que previamente ha sido reclamado por la persona necesitada de alimentos.

¹⁴⁵ RIBOT IGUALADA, J., *Alimentos...*, p. 102, considera que la pretensión de alimentos debe ser ejercitada por el titular del derecho o su representante legal y nadie le puede sustituir en esa acción de reclamación.

En igual sentido declara MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 126, que el reembolso de la Entidad Pública está condicionado al hecho de que el beneficiario titular del derecho de alimentos los reclame a sus parientes obligados, pues éste es el único legitimado para dirigirse a ellos, siendo más que dudoso que la entidad pueda, por

lán ha optado por reforzar la posición de la Administración a la hora de reclamar contra los familiares obligados a prestar alimentos la totalidad o parte del importe de los gastos. La entrada en vigor de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia permite, con gran acierto, que la recuperación de lo adelantado por la entidad pública no dependa de la voluntad del usuario pues, cuando el interesado no los haya reclamado a quien corresponda, el artículo 261 legitima para reclamar directamente esos alimentos a la entidad pública o privada que acoja al alimentista. Posteriormente el artículo 269 de dicho cuerpo legal dispone que la entidad pública o privada o cualquier otra persona que preste alimentos, si la persona obligada no lo hace, puede repetir contra esta última o sus herederos o herederas las pensiones correspondientes al año en curso y al año anterior, con los intereses legales, y subrogarse de pleno derecho, hasta el importe total señalado, en los derechos que el alimentista tiene contra la persona obligada a su prestación, salvo que conste que se dieron desinteresadamente y sin ánimo de reclamarlos¹⁴⁶.

14. Extinción de la obligación de prestar alimentos

El derecho a los alimentos no se extingue nunca pero el derecho a la pensión de alimentos sí, cuando cesa la causa que lo motivó, es decir, la necesidad de alimentos.

También se extingue por las siguientes causas previstas por el artículo 152 CC¹⁴⁷:

- La muerte del alimentante. El fallecimiento del deudor origina la extinción automática de la pensión de alimentos, no estando obligados a continuar satis-

sí misma, reclamar un derecho ajeno de carácter personal. Lo mismo sucede en el Derecho Italiano, donde el carácter personal de la obligación alimenticia hace inadmisibles una demanda de alimentos formulada por la entidad pública en contra de los parientes alimentantes del beneficiario. Ninguna disposición legal prevé esta posibilidad; por ello, en ausencia de toda subrogación legal y teniendo en cuenta el carácter personal e intransmisible de crédito alimentario, no se admite la intervención directa de la administración en las relaciones familiares. Esto sin duda dará lugar a que la entidad pública se encuentre imposibilitada de recuperar, con cargo al deudor de los alimentos, buena parte de los fondos públicos empleados en prestaciones y servicios sociales

¹⁴⁶ Resulta destacable la discapacidad de criterios de las Audiencias al resolver esta problemática. Esta misma AP de Barcelona en las sentencias de 18 de mayo y 5 de julio de 2005 (JUR 2005, 178974 y 222902) aprecian falta de legitimación activa en el hijo para ejercitar la acción de los alimentos en favor de la madre y desestima la acción de repetición por los alimentos prestados en la parte que habrá correspondido a los hermanos. La AP Barcelona, sec. 12^a, sentencia de 8 de enero de 2002, rec. 570/2001. Pte.: Ortuño Muñoz, José Pascual (EDJ 2002/11094) estimó el recurso de apelación señalando que incurre la sentencia en incongruencia al haber apreciado de oficio la excepción de falta de legitimación activa, ya que el actor estaba plenamente legitimado para reclamar los alimentos en nombre de su madre, como guardador de hecho, primero, y como tutor después, cuando fue nombrado por sentencia, actuando también en su propio nombre al reclamar a su hermano los alimentos ya pagados por él. Sí existe obligación del demandado de contribuir a las necesidades de su madre –en la misma medida en que su hermano– ya que los ingresos de uno y otro son similares, señalando como fecha a la que ha de retrotraerse la prestación el mes siguiente a la primera reclamación extrajudicial –artículo 262 Código de Familia–.

faciéndola los herederos en quienes no recaiga, por derecho propio, la obligación de seguir pagando los alimentos¹⁴⁸.

- Por la cesación del vínculo jurídico que originaba los alimentos, por ejemplo, por la impugnación de la filiación por naturaleza o de la adopción.
- La muerte del alimentista.
- Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta tal punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia¹⁴⁹.
- 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.
- En cuanto a la incidencia del transcurso del tiempo como causa de extinción de la pensión alimenticia, si el ascendiente necesitado no está en condiciones de autofinanciarse no será posible la fijación de un plazo, como en ocasiones se hace a los hijos mayores de edad para fomentar que superen su situación de necesidad. No obstante, en ocasiones, el transcurso del tiempo puede dar lugar también a la extinción de la pensión si se acredita que no ha existido intención, por parte del ascendiente beneficiario, de superar la causa que motivo su otorgamiento, por ejemplo cuando la necesidad derive de una situación de desempleo.
- En relación con el derecho del viudo/a que ha contraído nuevas nupcias a ser alimentado por los hijos del primer matrimonio, parece que sólo si el cónyuge no estuviera en disposición de satisfacer dichas necesidades se verían obligados los hijos a prestarlos.
- Resulta discutible si los descendientes pueden instar la extinción de su obligación de pago de los alimentos si el alimentista mantiene una relación de pareja semejante al matrimonio, con una cohabitación permanente y estable que, en la práctica, venga a generar una convivencia «more uxorio»¹⁵⁰. La extinción se

¹⁴⁷ Un examen sobre las causas de extinción puede verse en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.* pp. 523 y ss.

¹⁴⁸ En otros sistemas jurídicos la nuera y el yerno pueden quedar obligados a pagarlos bajo ciertas circunstancias.

¹⁴⁹ Si se solicita la supresión de la pensión, por esta causa, el juzgado deberá efectuar una labor de examen de los datos que fundamentalmente definieron la situación de necesidad inmediatamente antes de su establecimiento y en el momento en que se solicita la extinción. La prueba de la desaparición de tal situación incumbe a la parte que postula la extinción del derecho.

¹⁵⁰ En torno a qué debe entenderse por vida marital, existe una doctrina jurisprudencial muy consolidada, según la cual, debe entenderse como la situación de convivencia que «tiene un carácter similar al conyugal, esto es, de unión regular con comunicación personal y de intereses, en cuanto grupo, comunes». De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 101, párrafo 1.º, en relación con lo establecido en los artículos 67 y 68, todos ellos

justificaría en tratar de evitar el fraude de quienes no se quieren casar para seguir percibiendo la pensión¹⁵¹.

IV. CONCLUSIONES

- Aunque los servicios sociales constituyen el cuarto pilar del llamado estado del bienestar, no hay duda que la familia debe continuar siendo la célula básica de la sociedad, pues la solidaridad de sus miembros no puede en modo alguno ser sustituida por la solidaridad social.
- Las obligaciones públicas deben coexistir con las obligaciones familiares; ambas son compatibles teniendo las primeras la función de aligerar la carga que para la familia puede significar la existencia de un dependiente económica y/o personalmente.
- Como ya apuntaba el Libro Blanco, nos encontramos ante una realidad paradójica, porque, con los datos en la mano, está creciendo de manera exponencial la demanda de cuidados, debido al incremento de las personas mayores de ochenta años, al tiempo que disminuye la posibilidad real de atender dentro del contexto familiar, debido a la caída de la fecundidad (menos hijas e hijos por personas mayor) y por la progresiva incorporación de las mujeres al mundo del trabajo.
- La institución alimenticia debe ser revisada teniendo en cuenta la realidad sociológica y demográfica actual.
- La integración de la mujer en el mercado laboral irá disminuyendo la intensidad de la carga de trabajo que hoy asumen y, aunque poco a poco se irá reduciendo la resistencia del grupo familiar masculino a compartir estas tareas, necesariamente debe incrementarse la búsqueda de apoyos a través de los servicios sociales o mediante la delegación de cuidados en empleados de hogar. Situación que debe ser asumida por nuestros mayores.

del Código Civil, se deduce que la «vida marital» a la que alude aquel artículo, «supone una situación similar a la vida matrimonial normal, es decir, la existencia de una comunidad de vida entre un hombre y una mujer» o «una comunidad de vida análoga al matrimonio», lo que viene a significar, en definitiva, que deben entenderse comprendidas en la causa de extinción de la pensión estudiada las llamadas «uniones de hecho», en aquellos supuestos que aparezcan o puedan aparecer asimiladas a las matrimoniales (S. de 12 de febrero de 1996 de la AP de Castellón [EDE 1996\3042]).

¹⁵¹ Esa convivencia marital ya no se refiere exclusivamente a una unión heterosexual. En tal sentido, la doctrina considera que la homosexualidad no debe ser fuente de discriminación jurídica, pero tampoco de privilegio; y esto último ocurriría si sólo extinguiese el derecho a la pensión la convivencia heterosexual y no la homosexual. Por tanto, la norma ha de comprender y aplicarse a ambos casos

- Incentivar el cuidado familiar mediante la concesión de ayudas públicas que, de alguna manera, compensen los trabajos realizados por el cuidador no profesional en el entorno familiar va a requerir una buena dosis de reflexión, para conseguir un resultado de protección equilibrado donde se eviten situaciones injustas para todos los afectados por una situación de necesidad.
- La mayor parte de los ascendientes necesitados de alimentos no los reclaman, por lo cual nos encontramos con una situación difícilmente cuantificable. Sólo la interrelación de los profesionales sanitarios, trabajadores sociales, juristas, etc., permitirá que sean detectadas las situaciones de necesidad a las que dar una adecuada solución.
- Esperemos que el gran esfuerzo que para las arcas públicas va a suponer la ejecución de las previsiones contenidas en la Ley 36/2006, de 14 de diciembre, de como resultado una gran mejora en la situación de las personas que se encuentren en una situación de dependencia, y contribuya a paliar el gran peso que sufren algunas familias.
- Como corolario me permitiré afirmar que el mayor placer que la riqueza y la capacidad de ayuda puede proporcionar a la persona como individuo, y como miembro de una sociedad consiste en la posibilidad de auxiliar a los más necesitados, dentro de los cuales, sin duda, se encuentran algunos de nuestros mayores.