

I. Jurisprudencia comentada

Elevación de la cuantía de una pensión alimenticia establecida en pacto (*Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1976*)

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Supuesto de hecho*.—III. *Considerandos de la sentencia*.—IV. *Estructuración en forma obligacional de ciertos deberes: patrimonialización de los mismos*.—V. *El pacto alimenticio*.—VI. *El principio nominalista y la obligación alimenticia*.—VII. *La analogía*.—VIII. *«Ratio legis» y «ratio decidendi»*.—IX. *Los alimentos convencionales y el artículo 147 del Código civil*.

I. *Introducción*

La sentencia, encaminada a resolver un problema de fácil intuición, se presenta con el mejor carácter de justa y de contenido obvio. No es la primera vez que el Tribunal Supremo llega a un resultado parecido. La propia sentencia recoge otras, como la de 2 de octubre de 1970, en la que se eleva la cuantía de los alimentos, al establecerlos definitivamente, respecto de los provisionales, o como las de 5 de diciembre de 1911, 15 de diciembre de 1942 y 11 de abril de 1946, que aplican a casos concretos el criterio del párrafo 2 del artículo 142, que establece como medida de la función alimenticia el rango y posición familiar.

Esta, de 14 de febrero de 1976, contiene, sin embargo, un desarrollo amplio de esta cuestión, que aparece especialmente condicionada por el dudoso, pero incómodo, origen convencional de la obligación alimenticia.

Es por su extensión, por las implicaciones que contiene, por la aplicación—con referencia a los nuevos artículos del título preliminar del Código civil—y por su cierto carácter definitivo—intento de sentar doctrina—por lo que esta sentencia merece alguna atención.

De modo especial se pretende, con el análisis de esta sentencia, poner de manifiesto cómo el criterio general de que las normas se interpretaran para su aplicación, «atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad» (art. 3, núm. 1, del Código civil), adquiere una relevancia específica y una fuerza propia en aquellos institutos civiles—como el alimenticio—

en los que el ordenamiento, además de dotarlos de un régimen, explicita la función que han de cumplir. En tales casos, el empleo de otros recursos para lograr la adecuación de la norma a la función parece innecesario. Basta el designio legal presente en dichas normas.

II. *Supuesto de hecho*

El 2 de marzo de 1950 los contendientes contrajeron matrimonio canónico. Del mismo nació una hija. El 21 de diciembre de 1961, el Tribunal Eclesiástico correspondiente dictó resolución en virtud de la cual declaraba la separación conyugal perpetua por adulterio del esposo, al que declaraba culpable. Mediante escritura de 22 de mayo de 1962, los esposos pusieron fin a la sociedad legal de gananciales, pactaron la separación de bienes y establecieron una pensión alimenticia a favor de la esposa y a cargo del cónyuge culpable.

El 13 de febrero de 1963, el Juzado de Primera Instancia dictó auto dando eficacia civil a la resolución canónica de 21 de diciembre de 1961 y, entre otros extremos, estableció: 1) Que quedaba conferida a doña María D. F. la patria potestad sobre la hija del matrimonio. 2) Aprobaba las operaciones que los cónyuges han llevado a cabo en orden a la separación de los bienes de la sociedad conyugal. 3) Declaraba que el cónyuge inocente conserva el derecho de alimentos a cargo del culpable, y que éste los pierde a cargo del inocente.

El 15 de marzo de 1973, doña María D. F. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia encaminada a la variación del *quantum* de la obligación alimenticia (8.000 ptas.), a fin de mantener la proporcionalidad pactada hace más de diez años. El 24 de enero de 1974, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando que la pensión alimenticia debería ser aumentada en otras 8.600 pesetas. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial dictó sentencia con fecha de 21 de julio de 1974, confirmando la apelada en todas sus partes.

Don Vicente T. P. interpuso recurso de casación por infracción de ley. Alegó, en primer lugar, que la cuantía de la pensión fue fijada por los mismos cónyuges interesados, de común acuerdo, en escritura pública de liquidación de la sociedad conyugal, aprobada posteriormente por el Juzgado en ejecución de sentencia canónica de separación. Y siendo aplicable, por designio del artículo 153 del Código civil, a los alimentos pactados el criterio de la proporcionalidad del artículo 147, a ambos afecta en la misma proporción el aumento del coste de vida. En segundo lugar, la sentencia recurrida no reconoce al certificado de matrimonio de la hija de la actora—ocurrido el 11 de marzo de 1974, fecha en la que se emancipa, deja la casa materna y cesa como carga para la actora—la eficacia que la ley le confiere, incurriendo así en error de hecho en la apreciación de la prueba.

III. *Considerandos de la sentencia*

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

Considerando que no puede dar lugar a la casación el error de derecho en la apreciación de la prueba, que se denuncia en el segundo motivo del recurso: 1.º Porque al ampararse conjuntamente en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692, contraviene lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.720 e incurre en la causa de inadmisión cuarta del 1.729 del mismo Cuerpo legal, que lo es de desestimación en esta fase decisoria del procedimiento, según, entre otras, se indicó en las sentencias de esta Sala de 6 de abril de 1961 y 29 de noviembre de 1962. 2.º Porque el artículo 147 del Código civil, cuya infracción se estima cometida en el motivo, no

contiene norma alguna sobre valoración de prueba, como es preciso para el éxito de estos vicios *in judicando*—sentencias de 14 de diciembre de 1972 y 8 de abril de 1974—. 3.º Porque, en todo caso, el Tribunal *a quo* no ha desconocido la eficacia en juicio del testimonio del auto de 13 de febrero de 1963, procedente del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia, ni de la certificación del Registro Civil relativa al matrimonio de la hija de los litigantes, celebrado el 11 de marzo de 1974, sino que apreció dichos documentos, en conjunción con los demás medios de prueba enumerados en el artículo 1.215 del Código mencionado, en uso de las facultades que, a tal efecto, le están conferidas por nuestro Ordenamiento jurídico.

Considerando que la devaluación del poder adquisitivo de la moneda, como consecuencia de la inflación del coste de la vida, sobrevenida desde el año 1962 al 1973, no puede menos de ser incluida entre las causas que deben tenerse en cuenta por los Tribunales para producir la elevación de las pensiones, a que se refiere el artículo 147 del Código civil, porque al indicarse en éste que tal hecho dependerá del «aumento que sufran las necesidades del alimentista», no es posible interpretar la frase entrecomillada en un sentido literal y estricto, sino también en relación con sus antecedentes históricos y legislativos y realidad del tiempo en que el precepto ha de ser aplicado, con atención especial a su espíritu y finalidad, según expresamente se hace constar en el artículo 3.º, número 1, de dicho Cuerpo legal, tal como quedó redactado por Decreto de 31 de mayo de 1974, al desarrollar la base segunda, número 1, de la Ley de 17 de marzo de 1973, y siendo ello así es evidente que al consistir la deuda alimenticia en lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica de la persona que deba percibirla, en atención al rango y posición de la familia—artículo 142, párrafo 1.º, y sentencias de 5 de diciembre de 1911, 15 de diciembre de 1942 y 11 de abril de 1946—, la *ratio legis* del artículo 147 no se cumpliría de no actualizarse el *quantum* de la pensión en armonía con la erosión que el dinero hubiera sufrido, puesto que de otra forma se obligaría al alimentista a disminuir, reducir o dejar de atender alguna de ellas, rebajando su condición social, sobre todo cuando la materia objeto de este estudio no debe ser interpretada restrictamente—sentencia de 2 de diciembre de 1970.

Considerando que a la misma conclusión se llega si se tienen presentes las medidas que tanto el legislador como la jurisprudencia de esta Sala han ido arbitrando para evitar las consecuencias que la depreciación de la moneda pueda ocasionar al acreedor en determinados negocios jurídicos de tracto sucesivo o ejecución diferida, cuyas prestaciones se realicen espaciadamente y distanciándose cada vez más del momento de su iniciación, porque si para corregir semejante resultado y lograr que por el transcurso del tiempo no se mermen los derechos de dicho señor, al extremo de que puedan convertirse en simbólicos o ilusorios, se han promulgado disposiciones como las referentes a los salarios mínimos en los convenios laborales, cuya cuantía se modificó sensiblemente desde la Orden de 13 de marzo de 1962 al 29 de marzo de 1973; como las relacionadas con la subida del trigo, producida desde el Decreto de 5 de julio de 1962 al 30 de noviembre de 1973, a efectos de fijar la renta de los Arrendamientos Rústicos, conforme a lo prevenido en los artículos 3 de la Ley de 23 de julio de 1942 y 7, número 1.º, del Reglamento de 29 de abril de 1959, y como las relativas al incremento de la merced arrendaticia urbana, consignadas en los Decretos de 6 de septiembre de 1961 y 23 de abril de 1972, e incluso con la admisión de los pactos de estabilización en esta clase de locaciones—sentencias de 28 de noviembre de 1957, 30 de abril de 1964, 17 de diciembre de 1966, 11 de octubre de 1968 y 21 de diciembre de 1970—y la de la cláusula *rebus sic stantibus* en cierto tipo de estipulaciones—sentencias

de 14 de marzo de 1952, 17 de mayo de 1957, 23 de noviembre de 1962 y 15 de marzo de 1972—; ninguna razón existe para no aplicar el mismo criterio cuando de la pensión alimenticia se trate, puesto que a ello abonan tanto el principio de interpretación analógica, admitido por el número 1 del artículo 4 del vigente Código civil, como el axioma: *ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*—sentencias de 14 de mayo de 1952 y 2 de febrero de 1976—, y como, en el presente caso, el cuarto razonamiento jurídico de la sentencia de primer grado, aceptado por la Audiencia, declara probado que el índice del coste de la vida, señalado por el Instituto Nacional de Estadística, subió del 16 en 1962, fecha en que se concertó la prestación de alimentos, a que el proceso se contrae, al de 141,5 en 1973, al incoarse el litigio, es obvio que semejante evento comporta una alteración de las circunstancias, que el artículo 147 del Código civil contempla, y que debe tomarse en cuenta para la decisión del problema debatido; que, además, en lo que atañe a la fijación de su cuantía y al análisis de las particularidades condicionadoras del equilibrio que deben concurrir para la aplicación de los artículos 146 y 147 del Código citado, por no haber sido impugnadas en el recurso a través de la vía formal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, no podrían dar lugar al éxito del mismo, por tratarse de materia encomendada a la libre apreciación de los Tribunales de instancia, según, entre otras, indicaron las sentencias de 28 de junio de 1951, 28 de junio de 1968, 2 de diciembre de 1970 y 9 de junio de 1971.

Considerando que las razones anteriormente expuestas no se desvirtúan por lo consignado en el artículo 153 del Código civil y la circunstancia de que se pactara la pensión alimenticia, objeto del pleito, por escritura suscrita por los litigantes en 22 de mayo de 1962, aprobada por auto del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia de 13 de febrero de 1963; porque ni tal convenio se pactó voluntariamente por parte del demandado, sino en virtud de la obligación que le imponían los artículos 56 y 143, número 1, del mencionado Cuerpo legal, respecto a su consorte, aun en el supuesto de separación del matrimonio, cuando el alimentista hubiera sido declarado inocente—artículo 73, número 5, del Código civil, según Ley de 2 de mayo de 1975—, como ha sucedido en el presente caso, ni, en último término, se ha justificado por el recurrente que aquel instrumento notarial contenga cláusula alguna contraria a lo prevenido en el artículo 147 ni, de contenerla, podrá dicho señor hacerla valer ante los Tribunales, porque aunque sobre esta materia puedan establecerse los pactos que se estimen convenientes sobre tal derecho y su cuantía (artículo 153), carecen los mismos de eficacia cuando se concierten entre las personas reseñadas en el 143, en lo que afecta a la esencia del mismo, proporcionalidad señalada en los 146 y 147 y renuncia y transmisibilidad (art. 151), dado que, de otra forma, quedaría destruido el objeto de la ley y se infringiría la doctrina del artículo 1.255, prohibitivo de concertar estipulaciones contrarias a las leyes, que se tendrán por no puestas, conforme a lo dispuesto en el artículo 6, número 3; por todo lo cual debe desestimarse el primer motivo del recurso, y con él, éste en su totalidad.

IV. Estructuración en forma obligacional de ciertos deberes: patrimonialización de los mismos

Una conducta coercitivamente exigible es para la técnica del derecho una obligación. Y ello aunque dicha conducta consista en una mera abstención. La amplitud de contenido que el artículo 1.088 del Código civil da al término obligación permite que en él se alojen fenómenos sociales realmente diversos. Y existiendo obligaciones legales es claro que éste es un instrumento técnico del que puede valerse el ordenamiento para

imponer una conducta exigida por cualquier razón de justicia. Así, al asumir e imponer jurídicamente el ordenamiento determinados deberes o establecer consecuencias a fenómenos no delimitados previamente surge como prestación una obligación. La misma solidaridad familiar o parental jurídicamente articulada queda expresada en términos de obligación.

Si a esto añadimos el potencial y subsidiario carácter pecuniario de cualquier conducta evaluada jurídicamente, por razones de exigibilidad forzosa, cuya última apelación es patrimonial (art. 1.911 del Código civil), tenemos una paulatina homogeneización del fenómeno obligacional y un paulatino alejamiento de las diversas causas que hicieron nacer dichas obligaciones.

Por otro lado, la facilidad de cumplimiento que supone el dinero como medio de pago y la natural capacidad de liquidación, por traducción en numerario de una conducta genérica, que el mismo presenta hace que en la práctica nos encontremos con la obligación legal de alimentos entre parientes como una deuda pecuniaria. Es decir, con la estructuración en forma obligacional, hasta sus últimas consecuencias, de un deber de tipo familiar jurídicamente sancionado.

V. *El pacto alimenticio*

La prestación alimenticia, tipificada como obligación legal en los artículos 143 y siguientes del Código civil, puede ser objeto de convenio. Posibilidad que ha de ser contemplada fuera del ámbito de la atipicidad (artículo 1.255), ya que se trata de una posibilidad legalmente reconocida (art. 153) (1). Es decir, lo que entre parientes surge en determinadas circunstancias por imperativo legal, puede surgir entre extraños por convenio o incluso entre parientes al margen de aquellas circunstancias que la hacen nacer legalmente. Socialmente, la prestación alimenticia cumple una función muy amplia. Muchas veces está presente como parte de un negocio de mayor envergadura—pacto sucesorio—y otras implícitamente asumida en figuras jurídicas distantes sistemáticamente de los artículos 143 y siguientes—derechos sucesorios del cónyuge viudo.

Este pacto alimenticio puede presentarse, en primer lugar, como figura autónoma. Como tal parece contemplarlo el artículo 153, como convenio típico del cual surge para una de las partes la obligación de prestar alimentos en favor de la otra que asume la posición técnica de acreedor. Esta autonomía es difícil que se presente con toda su pureza, porque en la vida social una situación de poder correlativa a otra de sumisión raramente aparece fuera de un contexto que lo explique. Por ello, lo normal es que dicho convenio se inserte en un negocio más amplio (2) (pacto sucesorio), en el que cumpla la función técnica de contraprestación, o sea, consecuencia de una conducta previa de una de las partes (traspaso de propiedad de un inmueble a favor del obligado), surgiendo entonces la figura típica del contrato de renta vitalicia, que se aleja de la obligación alimenticia por su carácter aleatorio. Pero en cualquier caso no hay razón que impida una hipotética configuración consensual de la obligación aludida.

En segundo lugar, cabe que el pacto alimenticio se presente con carácter solutorio. Pienso que éste es el caso de la renta vitalicia establecida en conmutación del usufructo viudal. No se trata de una renta vitalicia típica (art. 1.802 del Código civil) porque no hay transmisión por parte del favorecido; únicamente «se transforma lo que recibe simplemente operándose en esta transformación el efecto jurídico de una subrogación

(1) Vid. DORAL, J. A.: «Pactos en materia de alimentos», *Anuario de Derecho Civil*, 1971, páginas 313 y ss.

(2) DORAL, J. A.: *Ob. cit.*, pág. 422.

legal» (3). Y la función de esta pensión, con la que se liquida la concurrencia usufructuaria del cónyuge viudo, es evidentemente el mantenimiento del mismo a tenor del nivel que tuvo en el matrimonio, con lo que desaparece el posible carácter aleatorio de la renta vitalicia. Establecida de mutuo acuerdo, entre herederos y cónyuge supérstite, esta fórmula de liquidación, el pacto en este caso tiene un claro matiz solutorio de cumplimiento, y no tiene propiamente naturaleza contractual (4).

Cabe, en tercer lugar, que las partes mediante un pacto alimenticio configuren el cumplimiento de un deber preexistente. La obligación de mutua ayuda y socorro que establece el artículo 56 con carácter recíproco para ambos cónyuges, normalmente se difumina y diluye en la armonía matrimonial. Surge, por el contrario, claramente diferenciado y con carácter unilateral cuando el artículo 143 del Código civil, una vez producida la crisis matrimonial, lo establece a cargo del cónyuge culpable y a favor del inocente una vez ha mediado sentencia canónica de separación, y si en el acto, en jurisdicción civil, de ejecución de la misma, las partes establecen un pacto alimenticio, es claro que este pacto es posterior al deber que con carácter genérico establece el artículo 56 y preparación de las consecuencias que para la ejecutoria de separación establece el artículo 73, número 5, en relación con el artículo 143, 1. En este caso, el pacto ni hace nacer una obligación nueva ni supone cumplimiento extensivo de un derecho. Únicamente ofrece al órgano jurisdiccional cierta base acordada para modular una relación personal vitalicia (art. 52) en su vertiente económico-asistencial. Así lo parece entender la sentencia de 14 de febrero de 1976 cuando establece que «tal convenio no se pactó voluntariamente...», sino en virtud de la obligación que le imponían los artículos 56 y 143, número 1, del mencionado Cuerpo legal» (Código civil). Y negando carácter contractual al convenio alimenticio por razón de origen (obligación preexistente y subsistente de alimentos), cabe negárselo también en lo que se refiere a la cuantía, porque ésta, aunque fijada convencionalmente (5), queda involucrada en la función que por designio legal ha de cumplir.

VI. *El principio nominalista y la obligación alimenticia*

Sea cual sea la dificultad de encontrar apoyo positivo al principio nominalista (6), parece obvio que por el mismo se rige el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Es éste el dato, a nivel de experiencias jurídicas, del que se parte para estudiar remedios que mitiguen las injusticias que puedan derivarse de su posible rigorismo. La razón parece obvia. En principio, el empleo del dinero como medio de pago es un empleo nominal. Se trata de un principio sobrentendido. Posiblemente por esto el Código civil no lo proclama y obvia de esta forma la dificultad de interpretar una declaración legal en ese sentido. Porque de este carácter sobrentendido se deriva su carácter de principio, no norma, dispositivo. Es decir, como principio rector, de tipo natural, del tráfico jurídico éste rige si no se establece expresamente lo contrario. La mejor forma de que esto resulte pacífico es no establecerlo positivamente. Aunque técnicamente aquellos elementos o principios vertebradores de la vida negocial, consolidados a través de una práctica inveterada, pueden ser incorporados en forma de norma dispositiva al ordenamiento jurídico, semejante pro-

(3) MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: «Conmutación del usufructo viudal común (análisis del artículo 839 del Código civil)», *Rev. Derecho Notarial*, 1957, pág. 213.

(4) VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I, Madrid, 1974, pág. 298.

(5) Sobre alimentos en la separación convencional, *vid.* DORAL, *ob. cit.*, pág. 378, y jurisprudencia allí citada.

(6) *Vid.* HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 348 y ss.; Díez-PICAZO, LUIS: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1970, págs. 455 y ss.

ceder aplicado al pago de deudas pecuniarias hubiese supuesto una dificultad más a la hora de delimitar el carácter de principio de orden público del mismo y la admisibilidad de las cláusulas de estabilización. Pienso—sin embargo—que tal vez podía hablarse de un principio general de carácter dispositivo. Principio que vertebraría la convivencia, regulando el tráfico, y que, sin embargo, tiene carácter dispositivo. En definitiva, ésta es la realidad que proclama la función económica del dinero, que determina con absoluta claridad el empleo, en principio, nominal del mismo, pero que admite, dentro de los límites del artículo 1.255, derogaciones convencionales.

Con estas consideraciones de fondo conviene ahora recoger una afirmación, en su cuarto considerando, de la sentencia de 14 de febrero de 1976: «Ni, en último término, se ha justificado por el recurrente que aquel instrumento notarial contenga cláusula alguna contraria a lo prevenido en el artículo 147.» Apoyándose la revisión de la cuantía de la pensión en este precepto, parece que esa hipotética cláusula tendría como finalidad impedir dicha revisión. En definitiva, mantener el pago de la pensión dentro del criterio nominalista. Tanto se pactó como pensión, tanto se pagará en cualquier caso. Es por ello por lo que cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Puede pactarse expresamente que una obligación pecuniaria se regirá por el principio nominalista? No se trata tanto de plantear un problema de licitud como de necesidad. Que dicha cláusula es admisible, dentro de los límites que el artículo 1.255 señala a la autonomía privada, parece claro. El problema resulta de la difícil inteligibilidad del establecimiento expreso de un modo de proceder sobrentendido. Normalmente, la eficacia de la cláusula negocial, además de establecer la específica reglamentación de intereses, va, en todo caso, dirigida a excepcionar una norma dispositiva. Talante muy propio de la esfera estrictamente privada objeto del derecho civil, donde, en principio, toda norma positiva se entiende «salvo pacto en contrario». Ocurre que en este caso la hipótesis es precisamente la inversa. Se establece—siempre en hipótesis—la concurrencia normativa de un principio dispositivo de carácter obvio. Tan obvio que ni siquiera el Código civil en su tarea previsora necesita establecerlo. El uso del dinero es nominal y como tal, sin matizaciones, lo asume en su específica función el ordenamiento.

Sigue la sentencia: «Ni de contenerla podría dicho señor hacerla valer ante los Tribunales, porque, aunque sobre esta materia puedan establecerse los pactos que se estimen convenientes sobre tal derecho y su cuantía (art. 153), carecen los mismos de eficacia cuando se concierten entre las personas señaladas en el artículo 143, en lo que afecta a la herencia del mismo, proporcionalidad señalada en los artículos 146 y 147 y renuncia y transmisibilidad (art. 151), dado que, de otra forma, quedaría destruido el objeto de la ley y se infringiría la doctrina del artículo 1.255, prohibitiva de concertar estipulaciones contrarias a las leyes, que se tendrían por no puestas, conforme a lo dispuesto en el artículo 6, número 3.»

Pactar expresamente el pago nominal, en general parece lícito, pero innecesario, y por eso inexplicable. En el caso concreto de la pensión alimenticia, además, resulta ilícito: fuera del ámbito reconocido a la autonomía privada (art. 1.255), contrario a los artículos 146 y 147, y expuesto a las conveniencias que establece el artículo 6, número 3.

Podemos concluir: si la pensión alimenticia establecida en dinero para que quede sujeta al principio nominalista precisa pacto expreso, y este pacto es contrario a la regulación que de la misma hace el Código civil, quiérese decir que éste la contempla como una deuda de valor. Para HERNÁNDEZ GIL esto es claro: «La fijación de lo debido con referencia a las necesidades y en función del aumento o disminución de aquéllas y de la

fortuna del obligado introduce en la deuda una variabilidad característica de la deuda de valor» (7).

Esta variabilidad característica de la deuda alimenticia tiene claras manifestaciones en dos momentos, que conviene diferenciar y resaltar: fijación y devengo.

La fijación de la cuantía de la pensión alimenticia depende de una serie de factores y medidas que deben apreciar los Tribunales en el momento de establecerla.

En primer lugar, hay que señalar el binomio posibilidad-necesidad como condicionamientos fácticos de la deuda alimenticia, es decir, como circunstancias que dan lugar tanto al nacimiento de la misma como a su extensión. La posibilidad económica del obligado se pondera tanto en el momento de determinar su persona—estableciendo el artículo 144 una prelación en orden a su reclamación, que tomando como base el parentesco lleva implícita la previsión de que no sea el más próximo el obligado por insuficiencia patrimonial—, como al considerarla causa de extinción de la misma (art. 152, núm. 2), como al ser recogida en el artículo 146 como índice de la cuantía de la pensión alimenticia.

La necesidad del acreedor es tenida en cuenta por los Tribunales como circunstancia que hace nacer el derecho a reclamarlos. Ciertamente es que en el matrimonio la deuda alimenticia no es sino transformación en relación patrimonial específica de un deber genérico y recíprocamente establecido. La obligación alimenticia es una carga matrimonial para el cónyuge culpable que tiene su origen no en una necesidad fáctica, sino en una necesidad institucionalmente tipificada, al no desaparecer el *status* matrimonial, que siempre coloca en situación de nueva y peculiar indigencia a los que lo contraen. Igualmente, la cesación del estado de necesidad conlleva la cesación de la obligación alimenticia (art. 152, núm. 3), e igualmente es índice al cual atenderse al determinar su cuantía.

Junto a estos factores que actúan como condicionamientos fácticos de la deuda alimenticia, tenemos las medidas que ponderan el alcance de la misma y hacia las cuales debe apuntar como finalidad a cumplir. En los supuestos de los cuatro primeros números del artículo 143, la medida es la posición social de la familia; en los otros, la mera subsistencia.

Al lado del juego de estos factores y medidas de la fijación de la cuantía de la deuda hay que poner de relieve la norma rectora del devengo de los mismos. Es decir, conviene distinguir nacimiento y fijación de la cuantía de la deuda alimenticia de la vida de esta misma, que no terminará sino con la cesación de la necesidad, si bien entre cónyuges es pensable que continúe subsistente la relación matrimonial, o de la posibilidad de darla. Pues bien, por lo que a sus vicisitudes se refiere, conviene recordar con el artículo 147 que los «alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que debiera de satisfacerlos». De nuevo entrará en juego el prudente arbitrio judicial; no quedará condicionado por la posible y frecuente circunstancia de que inicialmente la pensión se fijare en una cantidad de dinero. El dinero en este caso cumple su habitual función de medio de pago, y la expresión numérica de la cuantía en dinero no es sino una forma de liquidación, que no transforma una deuda de valor en una deuda pecuniaria, pues en ella lo debido no es una cantidad cifrada de dinero como tal, sino la satisfacción de una necesidad que implica un valor económico debido; eso sí, evaluable y transformable en dinero.

(7) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 203.

VII. *La analogía*

En el tercer considerando de la sentencia de 14 de febrero de 1976 se hace una alusión directa a la analogía—con referencia a su reciente positivación en el título preliminar del Código civil (art. 4, núm. 1)—y al axioma *ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio iuris esse debet*, recogido por las sentencias de 14 de mayo de 1952 y 2 de febrero de 1976.

Como argumento a mayor abundamiento no repugna. Es decir, mostrar, como lo hace la sentencia, que el Derecho—más o menos intervenido por el poder público—se preocupa de la actualización de pagos cifrados en una cantidad de dinero para llegar a resultados justos, como el que se persigue en esta sentencia, parece correcto.

Sin pretender un análisis exhaustivo acerca de la analogía en la aplicación del Derecho ni del axioma citado y la necesidad de acudir a ellos para llegar al resultado que se llega, sí parece conveniente hacer algunas precisiones.

Concretamente, dos. Primera, parece claro que sea cual sea la naturaleza de la analogía, ésta es un remedio subsidiario aplicable a falta de norma específica que contemple el caso controvertido. O, lo que es lo mismo, la analogía es incompatible con una norma que cubra lo que la extensión analógica pudiera cubrir. En segundo lugar, parece preciso para que sea correcto acudir a semejante recurso cierta semejanza entre el supuesto contemplado por la norma que se va a aplicar—o el principio de Derecho que se va a recurrir—y el caso vacío de solución normativa. En este epígrafe nos ocuparemos del segundo punto, dejando el primero para una consideración ulterior.

La semejanza de supuesto que exige la aplicación de la analogía supone, a mi entender, íntimamente unidos y recíprocamente influidos el juego configurador de dos factores. En primer lugar, cierta semejanza fáctica que proclama igual petición de justicia y, en segundo lugar, cierta identidad de razón en la dación de justicia que proporciona la norma que analógicamente se va a aplicar. Supuesto y *ratio* guardan cierta relación, que es la analógicamente trasladable.

Cuando, como en el caso que nos ocupa, más que aplicar un criterio—concreción remota de un principio de justicia—a un supuesto no normado, se trata de teñir de justicia—implicada ésta directamente—una situación que la reclama, la analogía vendría a cumplir la finalidad de allanar las dificultades de tipo técnico que dificultan la solución justa. Es decir, un contrato es un contrato y ha de cumplirse en sus propios términos, así resulte gravoso para una de las partes, y una pensión de 8.000 pesetas da derecho a exigir 8.000 pesetas en la forma de devengo establecida. Pero la solución justa choca con el juego normal de la técnica jurídica. Arbitrando un remedio para obtener la solución justa, superando la técnica contractual en un caso, ¿es pensable aplicar el mismo remedio o el mismo principio a otro supuesto que, en definitiva, aspira a la misma solución y encuentra—por lo menos, aparentemente—una dificultad de tipo técnico, como en el primero?

La aplicación de la analogía nos plantea así, en el caso que examinamos, más un problema de necesidad que de posibilidad. El principio aplicado va a ser el mismo, la necesidad de justicia sentida la misma; pero la dificultad de tipo técnico que se trata de superar probablemente es distinta y hace innecesario el recurso a la analogía.

Esta distinta dificultad técnica de encontrar explicación al fallo que se intuye justo supondrá una diversidad en el remedio arbitrado para cada caso. Siendo la dificultad abordada distinta, cada remedio—aun aspirando a igual solución y aplicando igual principio (conmutatividad del tráfico)—tendrá un carácter diverso. De ello se sigue que la extensión analógica

plantea como cuestión previa el análisis de la dificultad abordada en cada caso.

La aplicación a contratos de tracto sucesivo de la cláusula *rebus sic stantibus* de elaboración jurisprudencial conlleva de un modo implícito el reconocimiento de la impermeabilidad de la técnica contractual frente a posibles requerimientos de justicia que la vida económica y social plantea. Sobre esta consideración, con cautela y con carácter excepcional, se aplica caso a caso un remedio externo a la estructura contractual. En definitiva, no se trata de una solución que brote de la propia institución contractual, como parece surgir la solución de la revisión de la pensión alimenticia (8). En este último caso, el resultado se produce con fluidez y como una consecuencia de la naturaleza específica de la institución alimenticia.

Las cláusulas de estabilización, en sí mismas consideradas, no son sino previsiones de índole contractual. El que tanto jurisprudencial como legalmente se reconozca su licitud supone el reconocimiento de que tutelan privadamente un principio de justicia, que en sí mismo es trasladable como universal consideración de justicia a cualquier situación contractual. Junto al carácter contractual, este remedio presenta frente a la revisión de la pensión alimenticia, la peculiaridad de enfrentarse a los rigores del principio nominalista propio del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Como anteriormente vimos, la deuda alimenticia, por el contrario, es una deuda de valor.

El Derecho laboral y el Derecho arrendaticio—uno definitivamente alejado de la órbita privada, el otro poderosamente influido por consideraciones de índole social—son ejemplos de total o parcial sustracción de la autonomía privada de determinadas relaciones en consideración a sus importantes implicaciones económicas. Frente al carácter definitivamente autónomo del Derecho laboral y al carácter excepcional del Derecho arrendaticio, la institución alimenticia con carácter de Derecho normal, obrando según su propia índole legalmente establecida en el Código civil, obtiene esa actualización de la pensión y esa adecuación a las nuevas necesidades a cubrir por variación de las circunstancias sociales.

Comprobamos así cómo la aproximación al fenómeno de la actualización de una pensión alimenticia, que supone obtener una revisión o modificación del contenido económico de una relación—ya sea por vía legal, jurisprudencial o convencional—, se convierte en poderoso contraste al percibir que mientras en los supuestos de los que se extrae el principio de justicia para aplicarlo por analogía, la revisión se produce por vía de corrección del nominalismo y por medio de recursos heterogéneos y externos a las instituciones afectadas, en la pensión alimenticia, la variación de la cuantía se produce por su solo carácter de deuda de valor. Con ello, la necesidad de recurrir a la analogía no presenta mayor interés que el de añadir un argumento a mayor abundamiento. El hecho de que la variación se produzca por medio de sentencia no supone aplicación de doctrina jurisprudencial, sino necesidad por parte de la actora de recurrir—con carácter normal—a un juicio declarativo.

VIII. «Ratio legis» y «ratio decidendi»

Al comienzo del epígrafe anterior señalábamos la necesidad de hacer dos precisiones en orden a la aplicación analógica de un principio recogido en remedios técnicos arbitrados para paliar los inconvenientes del

(8) La sentencia de 23 de noviembre de 1962 rechaza la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a una renta vitalicia en conmutación de un usufructo viudal. En cambio, da lugar a la revisión apoyándose en otros argumentos, fundamentalmente en la función económica de la cuota legítima del cónyuge.

progresivo encarecimiento de la vida. Allí únicamente nos ocupamos del segundo: de la semejanza de supuesto, que si bien se verificaba al concurrir una misma petición de justicia, se diluía al ser diversa la dificultad técnica que debiera superarse en unos casos y en otros. Dejamos para un momento ulterior la primera de aquellas precisiones. La que consistía en señalar el carácter subsidiario que como recurso tiene la aplicación analógica de las normas. Lo que equivale a decir que únicamente tiene sentido cuando no hay norma aplicable. Y del estudio de la segunda cuestión —la semejanza de supuestos— hemos concluido precisamente lo contrario. La revisión de la pensión alimenticia no presenta las dificultades propias de lo contractual o de lo estrictamente pecuniario porque se trata de una deuda de valor. Carácter, éste de la obligación, contenido institucionalmente en la descripción legal de la pensión alimenticia, y en una norma expresa dentro de la misma—artículo 147—, que impone la actualización de la pensión según el «aumento de las necesidades del alimentista». Es decir, la aplicación analógica no es posible porque no hay vacío legal: el problema, la hipótesis conflictiva, el caso está previsto tanto por el sentido de la regulación global de la relación como por un precepto expreso que así lo establece.

«La *ratio legis* del artículo 147 no se cumpliría de no actualizarse el *quantum* de la pensión.» Esta parece ser la fibra decisoria de la sentencia de 14 de febrero de 1976. Frente a ella cualquier otro argumento tiene carácter incidental, aproximativo, periférico. En este sentido, la invocación del artículo 3, número 1, en cuanto facilita una interpretación finalista del precepto y facilita el camino para una adecuación de la pensión—según su sentido institucional—a su función económica y social parece correcto y necesario. Es este precepto del nuevo título preliminar del Código civil el que parece tener carácter decisivo, frente al carácter coyuntural de la invocación de la analogía, recogida también en el artículo 4, número 1, del mismo título preliminar.

El carácter abierto y dinámico de la interpretación finalista, frente al carácter cerrado y técnico—y por ello embarazoso—de la extensión analógica, aconseja, cuando el sentido de la norma es claro, recurrir preferente y exclusivamente a él, sin emprender el esfuerzo que siempre supone la aplicación por analogía, que por su propia índole debe quedar relegada a un papel subsidiario.

IX. Los alimentos convencionales y el artículo 147 del Código civil

Para terminar cabe preguntarse cuál es la situación en que se encuentra una obligación alimenticia convencionalmente establecida en orden a la posible necesidad de actualización económica por desfase con las nuevas circunstancias posiblemente cambiantes. Como señalábamos al principio, de modo convencional, es difícil que la relación alimenticia aparezca con carácter específico y autónomo. Normalmente formará parte de un convenio más amplio, dentro del cual, como parte típica de un todo negocial complejo, cumplirá la función técnica de prestación o contraprestación articulada con otra u otros. En esos casos, junto al carácter contractual, será el propio sentido del negocio en cuestión el que desplaza el sentido institucional de la obligación legal típica.

Y en el caso de presentarse con carácter propio y autónomo conviene tener en cuenta lo siguiente. El convenio no da razón sólo de su origen —convencional frente a legal—, sino del supuesto fáctico básico—conveniencia de las partes frente a necesidad que engendra un deber—. De esta forma, la *ratio legis* de los preceptos del Código civil pierde fuerza informativa de la relación alimenticia.

Esta última apreciación y el carácter específicamente dirigido de la regulación legal—atención a una indigencia que afecta al grupo familiar—nos plantea la relación entre el pacto alimenticio y la regulación legal de la deuda alimenticia. Es decir, cuál es, para la relación alimenticia convencional, el Derecho supletorio aplicable. El título VI del libro I no parece tener carácter dispositivo, sino imperativo: no trata tanto de suplir lo no especificado en un negocio como introducir—técnicamente articulado—un deber, posiblemente no satisfecho, abandonado al terreno de la autonomía privada (9). Por otro lado, como pacto, siempre le será aplicable el régimen general de las obligaciones y de los contratos.

Así las cosas, ¿es aplicable el artículo 147 al pacto alimenticio? El artículo 153 indica que el régimen legal de la deuda alimenticia es aplicable a los pactos alimenticios en defecto de «lo pactado». Teóricamente, el artículo 147 es perfectamente aplicable a la relación convencional. Sin embargo, es de tener en cuenta: primero, difícilmente la cuantía y su régimen no estarán dentro de «lo pactado»; segundo, el criterio del artículo 147 es un criterio especial más conformador que supletivo, y en tercer lugar, existe una muy estrecha relación entre esta cuestión (cuantía y art. 147) y su origen convencional o legal, porque así como el carácter legal da a la relación una impronta específica, el origen convencional condiciona esta cuestión, pues introduce el inevitable «a riesgo y ventura» propio de lo contractual. Por todo ello, y teniendo en cuenta la aplicación restrictiva que impone el propio artículo 147—únicamente aplicable a las personas enumeradas en los cuatro primeros números del artículo 143—, creo que la norma del artículo 147 no es aplicable a la relación alimenticia convencional.

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI
Profesor adjunto de Derecho civil

(9) Sobre autonomía privada y alimentos y régimen supletorio aplicable, *vid.* DORAL, *ob. cit.*, páginas 401 y ss. y 346 y ss.