

PACTOS DE ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES: NATURALEZA JURÍDICA Y DESISTIMIENTO UNILATERAL

*MAINTENANCE AGREEMENTS BETWEEN SPOUSES: LEGAL NATURE AND
UNILATERAL WITHDRAWAL*

CRISTINA BERENGUER ALBALADEJO
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad de Alicante
c.berenguer@ua.es

RESUMEN: En este trabajo se analizarán dos cuestiones recientemente tratadas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 5099), sobre los pactos alimenticios realizados entre cónyuges. En concreto, se analizará, por un lado, la naturaleza jurídica de tales pactos, y por otro lado y en función de la misma, se estudiará la posibilidad de extinguir el derecho de alimentos pactado voluntariamente por el desistimiento unilateral del obligado a prestarlos. Partiendo de la resolución citada se pretende, como objetivo principal, esclarecer los criterios seguidos por los tribunales en éste y otros casos conexos, aportando consideraciones críticas sobre su actuación y proponiendo soluciones alternativas.

PALABRAS CLAVE: alimentos, convenio regulador, obligación legal de alimentos entre parientes, contrato de alimentos, desistimiento unilateral.

ABSTRACT: This paper focuses on two questions analysed by the recent sentence from the Spanish Supreme Court, November 20th 2017 (RJ 2017, 5099), related with the maintenance agreements between spouses. In particular, we will analyse, on the one hand, their legal nature, and on the other hand, the possibility of their termination by unilateral withdrawal. Following this resolution, we will pretend, as a main objective, to clarify the criteria followed by the courts in this case and other related cases, providing critical considerations on their actions and proposing alternative solutions.

KEY WORDS: maintenance, regulatory agreement, legal maintenance obligation between relatives, maintenance contract, unilateral withdrawal.

FECHA DE ENTREGA: 04/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES.- II. COMPATIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES LEGALES Y CONVENCIONALES DE ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES.- 1. Pactos celebrados constante el matrimonio.- 2. Pactos celebrados cuando concurre crisis matrimonial.- III. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES DEL PACTO CONTENIDO EN LA CLÁUSULA CUARTA DEL CONVENIO REGULADOR.- IV. POSIBILIDAD DE DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LOS PACTOS DE ALIMENTOS.

I. PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES

La resolución judicial de la que parte este trabajo trae causa de un litigio anterior entre las mismas partes que fue resuelto por Tribunal Supremo mediante sentencia de 4 noviembre 2011¹. El interés de esta última no es en absoluto desdeñable desde el momento en que sienta jurisprudencia sobre la compatibilidad del divorcio con el mantenimiento de los pactos de alimentos entre cónyuges incluidos en convenio regulador y en un procedimiento de separación previo, cuestión sobre la que existía doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales.

Previamente al análisis de las cuestiones controvertidas, es necesaria una exposición de los hechos que originaron los dos procedimientos judiciales y de los fundamentos de derecho que serán comentados en estas páginas:

D. Gonzalo y Dña. Estibaliz contrajeron matrimonio en 1981. La relación finalizó en 2002 y se interpuso demanda de separación. El 27 de junio de 2003 se dicta sentencia de separación aprobando el convenio regulador en el que figuraba la cláusula de la que trae causa tanto este litigio como el resuelto por la sentencia de 20 de noviembre de 2017. Su tenor literal era el siguiente:

«Cuarta. De las prestaciones que el esposo debe satisfacer a favor de la esposa para el levantamiento de las cargas familiares y asignación de pensión alimenticia al menor. 4.1) Alimentos a favor de la esposa. La esposa a partir de la focalización del presente convenio será contratada por D. Carlos Ramón, en los negocios que éste desarrolle en concepto de colaboradora-asociada, con una percepción mensual equivalente a SEIS MIL EUROS (6 000€) de salario o contraprestación neta, en el establecimiento denominado [...]. Si por cualquier causa el esposo cambiara de explotación o de negocio, la obligación de mantenimiento del contrato de la esposa en calidad de colaboradora-asociada quedará subsistente, si bien podrá celebrarse sobre la nueva explotación de la que aquél fuera titular. Si el esposo incumpliera esta obligación o se produjera, a instancia de éste la resolución o cancelación antes mencionada, cualquiera que fuere la causa para ello, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales, desde este mismo momento el esposo queda obligado a satisfacer una cantidad equivalente de SEIS MIL EUROS (6 000€) en concepto de alimentos a favor de la esposa, garantizando a ésta, en todo momento, una

¹ STS 4 noviembre 2011 (RJ 2012, 1248).

prestación mensual equivalente. En todo caso la contratación de la esposa y su derecho al percibo de la cantidad establecida como prestación alimenticia, se configura como personal e intransferible, como derecho inherente a la persona de la esposa, sin que ésta pueda cederlo a tercero».

Un año después de la sentencia de separación, la esposa interpone demanda de divorcio solicitando la disolución del matrimonio y la ratificación de las medidas definitivas aprobadas. El esposo contesta a la demanda y pide la exclusión de la cláusula transcrita en lo relativo a los alimentos acordados a su esposa. Alegaba que tras el divorcio quedaba extinguida la obligación de alimentos, ya que, desaparecido el vínculo conyugal, la prestación a favor de la esposa debía cobijarse en todo caso como pensión compensatoria, pensión que en el convenio se excluyó expresamente porque no había desequilibrio dada la adjudicación de bienes que se hacía a la esposa.

El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella estimó la demanda de divorcio y confirmó todas las medidas acordadas y aprobadas por la sentencia de separación. Para desestimar la pretensión del marido esgrimió que, si bien sobre la base art. 143 Cc no existe obligación para los no cónyuges de prestarse alimentos, esto es posible en virtud de la autonomía de la voluntad.

Recurrido dicho pronunciamiento por el esposo ante la Audiencia Provincial de Málaga, se estimó el recurso y se excluyó la aplicación de la citada cláusula. Como principal argumento se sostuvo que, una vez disuelto el matrimonio, desaparece el parentesco que da lugar al derecho a obtener alimentos ex art. 143 CC, de modo que cualquier prestación de un cónyuge a favor del otro «debe necesariamente cobijarse bajo el ropaje jurídico de la pensión compensatoria [...]», pensión que en este caso se había excluido expresamente porque el desequilibrio se compensaba de otra forma; entiende el Tribunal que, excluida la pensión compensatoria, «se pactó una auténtica pensión alimenticia, pensión que no puede mantenerse en fase de divorcio “no ya por alteración sustancial de circunstancias, sino porque desaparece el presupuesto esencial que da derecho” a los alimentos, cual es el vínculo conyugal que se disuelve mediante el divorcio».

La esposa recurre ante el Tribunal Supremo solicitando que se pronuncie en unificación de doctrina sobre la aplicación de los arts. 153, 1255, 90 y 91 Cc, teniendo en cuenta que existe jurisprudencia menor contradictoria. Queda así justificado el interés casacional del recurso.

El TS estima el recurso, casando y anulando la sentencia recurrida y reponiendo la dictada en primera instancia. Además, por lo que ahora interesa, dicta la siguiente doctrina jurisprudencial: «el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos». Por tanto, el Supremo considera, a diferencia de la AP, que el presupuesto esencial que da derecho a los alimentos en

este caso no es el vínculo conyugal, sino el contractual voluntariamente asumido por las partes.

Posteriormente a la notificación de la sentencia, D. Gonzalo envía requerimiento notarial a su ex mujer solicitando la revocación formal del «contrato de alimentos» contenido en la cláusula 4.1 del convenio regulador, invocando el criterio jurisprudencial que permite a cualquiera de las partes dar por terminados los contratos indefinidos mediante su denuncia o revocación unilateral.

Dos años después de dicho requerimiento, en 2014, interpone demanda contra Dña. Estibaliz solicitando la resolución del referido contrato, que además califica de gratuito e indefinido. Trata de conseguir, de nuevo, la inaplicación del pacto con el fin de no pagar a la ex esposa la prestación pactada, pero alega una causa de impugnación distinta a la planteada y desestimada en el primer procedimiento. Los argumentos en los que se basa son, en resumen, los siguientes: por un lado, que se trata de un contrato del art. 153 Cc en el que no existía contraprestación por parte de la alimentista, sino que derivaba de la mera liberalidad del alimentante y carecía de fecha fija de finalización; por otro lado, que las relaciones económicas entre las partes estaban totalmente liquidadas y no mediaba ya la causa de liberalidad del actor alimentante; por último, y subsidiariamente, que concurrían las causas de extinción de la pensión de alimentos recogidas en el art. 152.2º y 3º Cc, esto es, reducción de la fortuna del obligado hasta el punto de no poder atender sus propias necesidades y las de su familia (debida a la liquidación de la sociedad de gananciales y de la mayor parte de sociedades comunes con la ex mujer), y posibilidad de la alimentista de ejercer una profesión, oficio o industria, así como mejora de su fortuna de forma significativa con las sumas resultantes de las citadas liquidaciones.

En primera instancia se desestima la demanda por considerar que las partes suscribieron un contrato de alimentos del art. 153 Cc, producto de la autonomía de la voluntad del art. 1255 Cc, que reconocía un derecho personalísimo, permanente, indefinido y vitalicio, al que no le resultaban de aplicación las causas de extinción del art. 152 CC.

Interpuesto recurso de apelación por D. Gonzalo, la Audiencia lo desestima con apoyo en la Sentencia de 4 noviembre 2011 que puso fin al divorcio de los litigantes, por las siguientes razones: a) porque entiende que se trata de un pacto de alimentos voluntarios donde, si las partes hubieran querido, habrían fijado un límite temporal a la prestación. Puesto que no lo hicieron, considera que la obligación pactada tenía «una firme voluntad de permanencia en el tiempo»; b) porque entiende que, a pesar de que las medidas fijadas en convenio pueden modificarse cuando se alteren las circunstancias, no concurren en el caso los presupuestos para aplicar la cláusula «rebus sic stantibus»; c) porque, según señala, el contrato celebrado no puede equipararse al arrendamiento ni a los contratos de duración indefinida como el de obra, sociedad, mandato, comodato o depósito, en los que se admite la resolución unilateral como excepción al art. 1256 Cc (siempre que sea de buena fe y se ejercite de forma no abusiva), ya que en este caso el marido quedó vinculado a pagar la pensión en caso de incumplimiento de la obligación preestablecida de contratación,

o en caso de resolución de la contratación laboral y aun para el caso de que la esposa incumpliere sus obligaciones laborales; d) porque a los alimentos contractuales sólo se le aplican las normas de los alimentos entre parientes en defecto de pacto, y además, en este caso, ni siquiera se dan las causas de extinción del art. 152.2º y 3º alegadas por el recurrente.

D. Gonzalo recurre en casación por infracción del art.152 Cc en relación con los arts. 1255 Cc y 1583 Cc. Sostiene que procede la denuncia unilateral del contrato ejercida de buena fe, de acuerdo con la doctrina de la Sala que lo admite para los contratos de duración indeterminada, más si se trata de contratos gratuitos, lo que según la propia doctrina jurisprudencial no contraviene el art. 1256 Cc. Defiende que la obligación que asumió a través del pacto suscrito era de duración indeterminada y no vitalicia.

El TS desestima el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia básicamente por tres motivos que analizaremos después: primero, porque la sentencia recurrida no infringe el art. 152 CC sobre extinción de los alimentos entre parientes, ya que, salvo pacto en contrario, dicho precepto no se aplica a los alimentos que nacen de un contrato; segundo, porque la sentencia recurrida no infringe la autonomía privada sino que respeta el acuerdo alcanzado por las partes en el año 2003; tercero, porque cuando la sentencia recurrida considera que la obligación del ex marido no se ha extinguido por su revocación extrajudicial, y que tampoco procede la declaración judicial de extinción por ese motivo, no contradice la doctrina jurisprudencial que reconoce la facultad de desistir en los contratos en que no se ha acordado una duración predeterminada, porque tal doctrina no resulta de aplicación a este caso.

Llegados a este punto, debemos concretar las cuestiones que por su relevancia jurídica serán objeto de tratamiento en este trabajo:

-Compatibilidad de las obligaciones legales y convencionales de alimentos entre cónyuges.

-Naturaleza jurídica y caracteres del pacto contenido en la cláusula cuarta del convenio regulador.

-Posibilidad de desistimiento unilateral en los pactos de alimentos.

II. COMPATIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES LEGALES Y CONVENCIONALES DE ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES

La primera cuestión que hay que aclarar es la de si es posible celebrar un pacto de alimentos (típico o atípico) entre personas que están legalmente obligadas a prestárselos. Teniendo en cuenta el caso objeto de estudio, nos centraremos concretamente en si los cónyuges pueden llevar a cabo este tipo de pactos, diferenciando, además, dos situaciones: por un lado, aquéllas en que los pactos que

celebran los cónyuges se realizan mientras dura el matrimonio; y por otro lado, aquéllas en que se celebran cuando se encuentran en situación de crisis matrimonial.

1. Pactos celebrados constante el matrimonio

En virtud del art. 1323 Cc, los cónyuges pueden «transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contrato». Por tanto, este precepto ampara la libertad de contratación entre ellos. Sin embargo, a pesar de su tenor literal, hay un tipo de contrato que si se celebra entre los cónyuges sería, a nuestro juicio, susceptible de anulación. Se trata de aquellos contratos en virtud de los cuales uno de ellos se obliga a proporcionar alimentos y asistencia al otro a cambio de una contraprestación, contratos que, desde el año 2003, han sido tipificados en nuestro ordenamiento jurídico y calificados como «contratos de alimentos» (arts. 1791 y siguientes del Código civil).

Sobre los deberes conyugales, la doctrina entiende que la ayuda y socorro mutuos que recíprocamente se deben los cónyuges *ex* arts. 67 y 68 Cc engloba la atención de cualesquiera necesidades económicas y personales de cualquier índole, comprendiendo de forma particular la obligación alimenticia². Con los contratos de alimentos, tal y como los configura el legislador, se pretende cubrir esos mismos conceptos. Por tanto, puesto que ambas obligaciones, la surgida del matrimonio y la surgida del pacto alimenticio tienen, en principio, un contenido casi idéntico –y decimos «casi» porque por la vía contractual las partes gozan de libertad para pactar lo que deseen en cuanto a la extensión de la prestación alimenticia–, no tendría sentido que los cónyuges celebrasen un contrato de alimentos puesto que ya estarían obligados por ley a prestarse la asistencia y cuidados típicos del mismo y tendrían cubiertas sus necesidades por esta vía (no olvidemos, que la razón o causa contractual en los contratos de alimentos es, precisamente, la de cubrir necesidades materiales y/o morales del alimentista).

La coincidencia de contenido entre la obligación de ayuda y socorro mutuo de los cónyuges y la prestación del alimentante en un contrato de alimentos, ha sido declarada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 enero 2001³, donde mantiene que, precisamente porque cumplen la misma función, no pueden darse ambas obligaciones al mismo tiempo. Por ello, «suspende temporalmente» la aplicación del contrato de alimentos mientras está vigente la obligación de los arts. 67 y 68 Cc, esto es, mientras dura el matrimonio, reservando la posibilidad del renacimiento de la obligación convencional en los casos de crisis matrimonial.

También ha negado la validez de un contrato de alimentos celebrado entre cónyuges la jurisprudencia italiana. En concreto, esta cuestión fue resuelta por el Tribunal de Cagliari en su sentencia de 9 abril 1993. El tribunal se basa en el art. 143 del *Codice* para declarar la nulidad del contrato por falta de causa. En dicho precepto se

² Por todos, LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, vol. VI, 2008, p. 61.

³ STS 18 enero 2001 (RJ 2001, 1319).

establece que del matrimonio surge la obligación recíproca de los cónyuges de proporcionarse asistencia material y moral. Por esta razón, considera que «el contrato a través del cual el marido cede a la mujer la nuda propiedad de un bien inmueble a cambio de asistencia, atención médica, etc, que ésta ya venía prestando y había prometido para el futuro, es nulo por falta de causa en cuanto que las prestaciones ya ejecutadas y prometidas como contraprestación de la cesión del bien, gravaban a la cesionaria por ley en virtud de su cualidad de cónyuge, siendo obligaciones nacidas del matrimonio». Cuando el juez, después de valorar las prestaciones, considera que no existe al menos una tendencial equivalencia entre ellas, se inclina por la ausencia de alea (esencial en estos negocios) y por tanto de causa.

Por tanto, se puede concluir que cuando uno de los cónyuges se obliga por contrato a lo mismo que ya debe por imperativo legal en virtud del matrimonio, no se estaría obligando a ninguna contraprestación distinta a la que ya pesa sobre él *ex arts. 67 y 68 Cc*; y si no hay verdadera contraprestación, dos consecuencias podrían derivarse: o bien que el contrato se declarase nulo por falta de causa y/o de objeto; o bien que se mantuviese la validez de la atribución gratuita como donación, si quedase probado el *animus donandi*.

En nuestra opinión, el único supuesto en que el contrato de alimentos celebrado por los cónyuges podría ser válido sería que se celebrase sometido a condición suspensiva. Su formulación podría ser la siguiente: «por el presente contrato de alimentos A transfiere a B la propiedad del bien X a cambio de que B se obligue a prestar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a A hasta su fallecimiento. Dicho contrato desplegará su eficacia sólo en el supuesto de que las partes se vean inmersas en uno de los supuestos de crisis matrimonial contemplados en nuestro ordenamiento».

Ahora bien, si el pacto de alimentos celebrado entre los cónyuges tuviera un objeto o una causa distinta al descrito (por ej. la mera liberalidad del alimentante), podría ser válido en virtud del art. 1323 Cc.

2. Pactos celebrados cuando concurre crisis matrimonial

Cuestión distinta sería que los cónyuges estuvieran incurso en una situación de crisis matrimonial. En estos casos, surgirían varias opciones para reclamar alimentos:

Primera, reclamar los alimentos *ex lege* de los arts. 142 y siguientes del Cc, siempre y cuando se diesen los presupuestos exigidos para el surgimiento de la obligación: a saber, necesidad y posibilidad económica de alimentista y alimentante respectivamente. Además, hay que precisar que los cónyuges que tendrían derecho a reclamarse recíprocamente alimentos en virtud del art. 143 Cc serían únicamente los separados judicialmente o de hecho fehacientemente, ya que, por un lado, los que no están inmersos en crisis matrimonial están obligados legalmente a prestarse ayuda y socorro mutuo *ex arts. 67 y 68 Cc*, y por otro lado, los divorciados no gozan de

este derecho al haber perdido la condición de cónyuges con la disolución del vínculo. Tal como señala COBACHO GÓMEZ, «los cónyuges no pueden ser titulares de la obligación alimenticia mientras están unidos y conviven en comunidad de mesa y habitación. Durante la situación normal del matrimonio no surge una específica obligación de alimentos entre los cónyuges, ya que éstos no se deben legalmente puesto que se deben un mutuo auxilio como efecto personal del matrimonio»⁴.

Segunda, para el caso de que los cónyuges no quieran o no puedan solicitar los alimentos de los arts. 142 y siguientes, podrían pactar alimentos voluntarios en convenio regulador o fuera de él. Respecto a esta opción se pronuncia el TS en su sentencia de 4 de noviembre 2011 (anteriormente comentada), donde sienta la siguiente doctrina en relación, por un lado, a la posibilidad de incluir pactos de alimentos voluntarios en los convenios reguladores de separación y divorcio, y por otro lado, como cuestión íntimamente conectada con ésta, a si los pactos que se incluyen en los convenios de separación mantendrían su eficacia a pesar del divorcio si nada se pactó sobre su continuidad. La Sala se pronuncia en unificación de doctrina estableciendo que: «el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos».

Se afirma la autonomía de la voluntad de los cónyuges para llevar a cabo pactos alimenticios tanto en convenio regulador, como fuera de él -en capitulaciones matrimoniales o documentos complementarios-. Dicha autonomía conyugal para incluir en el convenio regulador acuerdos distintos al mínimo legal fijado por el art. 90 Cc, ya se reconoció en la STS 22 abril 1997⁵, que «puso de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: “en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.c.”».

El pacto alcanzado en este caso, dice el Tribunal, «tendrá las características del art. 153 CC, es decir, se tratará de alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el Art. 1791 CC, o gratuitos, como ocurre en este caso. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría porque los contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges».

Se reconoce, además, que el divorcio no puede ser causa de cese de la obligación alimenticia en tanto en cuanto la obligación de alimentos no tiene su fundamento en

⁴ COBACHO GÓMEZ, J.A.: *La deuda alimenticia*, Madrid, 1990, p. 57.

⁵ STS 24 abril 1997 (RJ 1997, 3251).

los arts. 142 y siguientes, sino en el pacto plenamente válido alcanzado por las partes en virtud de su autonomía de la voluntad. Teniendo en cuenta que en dicho acuerdo no se determinó la forma o causa de cesación del derecho voluntariamente establecido (ni se limitó su eficacia al periodo de separación legal de los cónyuges), el divorcio no extinguiría una obligación asumida por contrato.

Sentada esta importante premisa (contraria a la desacertada postura de la sentencia recurrida donde se afirmaba que «en fase de divorcio no puede mantenerse lo pactado [...] porque desaparece el presupuesto esencial que da derecho a los alimentos, cual es el vínculo conyugal que se disuelve mediante el divorcio»), quedaría por resolver cuál sería la duración de la obligación de alimentos voluntarios cuando la misma no se pacta en el contrato, o cuando hay controversia entre las partes acerca de lo pactado. Esta cuestión la trataremos en los siguientes apartados, después de analizar la calificación jurídica del pacto celebrado por D. Gonzalo y Dña. Estibaliz.

III. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES DEL PACTO CONTENIDO EN LA CLÁUSULA CUARTA DEL CONVENIO REGULADOR

Particular interés tiene la calificación del pacto contenido en la polémica cláusula del convenio regulador anteriormente transcrita, ya que a lo largo de las diversas instancias de los procedimientos judiciales, ni siquiera queda claro su carácter oneroso o gratuito, e incluso en algún momento del *iter* procedimental se pone en duda su carácter alimenticio. Esta cuestión será clave a la hora de determinar su régimen jurídico.

Especial y prioritaria atención merece la determinación del carácter alimenticio o no de la obligación asumida por D. Gonzalo que, recordemos, consistía en abonar 6000 euros mensuales a la esposa. Todos los tribunales que enjuician el asunto lo dan por sentado, a excepción del JPI nº3 de Marbella. En este sentido, en la sentencia de divorcio dictada por dicho juzgado se mantiene, acertadamente a nuestro juicio, que «es discutible que la suma de 6000 € mensuales del marido a favor de la esposa tenga la consideración de pensión alimenticia, porque se trataba de un salario o contraprestación por los servicios profesionales de su cónyuge».

Por su parte, el TS afirma que «[l]a sentencia recurrida califica correctamente el acuerdo entre los cónyuges como un pacto que contenía “una verdadera prestación alimenticia”, lo que aparece confirmado por la conducta posterior de las partes»; no obstante, inmediatamente después señala que «de acuerdo con las cláusulas del propio convenio, la prestación de alimentos pactada en realidad viene a constituir una forma de compensar a la esposa, que era propietaria del 50% del negocio en el que el marido decía contratar sus servicios, de modo que en caso de incumplimiento del contrato o de cesación en la actividad por cualquier causa, se establecían estos llamados «alimentos» (las comillas son de la propia sentencia), que en realidad no constituyeron una consecuencia de la crisis matrimonial, sino de las relaciones económicas, no claramente explicadas, que mantenían los cónyuges» (vid., FD 4º de

la sentencia de 4 noviembre 2011). De aquí puede deducirse que, más que en función de la propia naturaleza del pacto, el carácter alimenticio lo otorgan las partes al incluirlo en convenio regulador y bajo el título «De las prestaciones que el esposo debe satisfacer a favor de la esposa para el levantamiento de las cargas familiares y asignación de pensión alimenticia al menor. 4.1) Alimentos a favor de la esposa».

La determinación del carácter alimenticio de la obligación es una cuestión más compleja de lo que parece. Así las cosas nos preguntamos, ¿se trata de una prestación alimenticia la obligación de abonar una renta de 6000 euros mensuales? (no olvidemos que el pago de esta cantidad pactada como «alimentos» era subsidiario del salario que correspondía a la esposa por su contratación, ya que nacía en el caso de que el esposo incumpliera la obligación de contratarla o resolviera o cancelara el contrato por cualquier causa, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales).

Para contestar esta pregunta debemos tener en cuenta el propio concepto de «deuda o prestación alimenticia». Con carácter general, se puede definir la deuda alimenticia como aquella a través de la cual las partes pretenden proporcionar y recibir respectivamente, en calidad de alimentos, los medios de asistencia precisos para remediar una necesidad; o también como «la relación jurídica que une a dos partes en virtud de la cual una de ellas debe prestarle a la otra lo necesario para su subsistencia»⁶. Es decir, las prestaciones de alimentos deben ir siempre encaminadas a proporcionar medios de vida o subsistencia a una persona, ya sea de tipo material o económico, ya sea de tipo personal o afectivo. Esa debe ser su finalidad. Por tanto, es el fin que se pretende para lograr un resultado lo que permite subsumir un supuesto en la categoría de deuda alimenticia, y no el carácter alimenticio de los medios que se destinan para conseguir esa finalidad⁷.

En el caso concreto, se podría defender que se trata de una prestación alimenticia desde el momento en que la intención o finalidad de las partes al pactarla es que dicha cuantía se destine al levantamiento de las cargas familiares y a proporcionarle medios de vida a la esposa con los que satisfacer sus necesidades. Ahora bien, el hecho de que en este caso se haya pactado el pago de una pensión pecuniaria fija y no variable en función de las necesidades de la alimentista, conlleva la exclusión de un elemento intrínseco a toda deuda alimenticia, cual es su variabilidad en función de las necesidades del beneficiario.

Nos planteamos si esta exclusión sería suficiente para negarle carácter alimenticio a la obligación. Tal como mantiene un sector doctrinal, no debe negarse carácter alimenticio a una prestación cuando las partes fijan una cuantía inmodificable, pues su origen puede estar basado igualmente en la existencia de un estado de necesidad en la persona⁸. Si bien nos adherimos a esta opinión, creemos que en estos casos no

⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid, 2002, p. 33.

⁷ *Vid.*, en este sentido DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Pactos en materia de alimentos”, *ADC*, t. XXIV, fasc. II, abril-junio, Madrid, 1971, pp. 344 y 385.

⁸ NÚÑEZ ZORRILLA, M^a.C.: “Comentario a los artículos 1791 a 1797 del Código civil sobre el

estaríamos ante una obligación alimenticia *stricto sensu*, sino más bien ante una deuda alimenticia atípica o *sui generis*.

La calificación de la prestación de D. Gonzalo como «deuda alimenticia» tendría relevancia, ya no tanto para considerar como personalísimo e intransmisible el correlativo crédito, ya que las partes se encargan de dejar pactado este extremo (aunque no hubiera hecho falta), sino más bien para resolver el meollo del litigio planteado, esto es, la duración de la misma. Respecto a esta cuestión, si se considera que es una obligación de alimentos convencional se aplicarían en defecto de pacto las normas del contrato de alimentos (como explicaremos después), entre ellas, el art. 1794 Cc. Este precepto señala que «la obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero», esto es, recoge como causa de extinción de la obligación, el fallecimiento del alimentista. De aquí podría inferirse que D. Gonzalo quedaba obligado a abonar los 6000 euros mensuales hasta el fallecimiento de su ex esposa. Otra cosa es que no consideremos necesario acudir al régimen legal supletorio porque de los términos del pacto se podía deducir la duración del contrato. A nuestro modo de ver, expresiones contenidas en la cláusula transcrita como la de «garantizando a ésta, en todo momento, una prestación equivalente», o el hecho de calificar el crédito como «derecho inherente a la persona de la esposa», servirían para defender la duración vitalicia de la obligación sin necesidad de acudir al art. 1794 Cc. Y ésta parece ser también la postura del TS como más tarde expondremos.

Pues bien, asumiendo, no sin vacilaciones, el carácter alimenticio de la obligación de D. Gonzalo, nos detendremos ahora en el carácter oneroso o gratuito de la misma. Tal como se recoge en la sentencia de 4 de noviembre de 2011, los pactos alimenticios voluntariamente incluidos en los convenios reguladores y cuyo fundamento jurídico el TS sitúa en el art. 153 Cc, podrán ser onerosos –en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el art. 1791 Cc (y siguientes, aunque la sentencia no los mencione), o gratuitos –nada se dice sobre su régimen jurídico cuando son gratuitos- (FD 3º).

Por nuestra parte, descartamos el carácter gratuito del pacto conyugal, extremo discutido por los litigantes y sobre el que el TS no muestra una postura clara en su primera sentencia, aunque sí en la segunda. En la de 4 de noviembre declara el carácter gratuito del pacto (penúltimo párrafo del FD 3º), e inmediatamente después (segundo párrafo FD 4º) afirma que «la prestación de alimentos pactada en realidad viene a constituir una forma de compensar a la esposa, que era propietaria del 50% del negocio en el que el marido decía contratar sus servicios, de modo que en caso de incumplimiento del contrato o de cesación en la actividad por cualquier causa, se establecían estos llamados “alimentos”, que en realidad no constituyeron una consecuencia de la crisis matrimonial, sino de las relaciones económicas, no claramente explicadas, que mantenían los cónyuges», manifestación de la que, a nuestro modo de ver, se desprende la ausencia de gratuidad de la obligación de D. Gonzalo.

contrato de alimentos vitalicio”, *RGLJ*, año 152, núm. 3, 2005, p. 438.

Más claramente se pronuncia sobre la onerosidad del pacto en su sentencia de 20 noviembre 2017⁹. Al final del FD 5º mantiene que, «[e]n el caso litigioso, dentro de la amplia libertad de acuerdos que permite nuestro ordenamiento, las partes incluyeron en el convenio regulador una obligación de pago de una renta mensual a cargo del marido y a favor de la mujer que era consecuencia de las relaciones económicas que mediaban entre ellos. La causa del contrato no era por tanto la mera liberalidad, la generosidad del esposo, ni respondía a un acto desinteresado. En consecuencia, no es un contrato gratuito ni procede una interpretación a favor de la menor transmisión de derechos, contra lo que sostiene el recurrente con invocación de los arts. 1274 y 1289 CC».

Llegados a este punto, debemos determinar cuál sería el régimen jurídico aplicable al pacto en virtud del cual una persona asume a título oneroso a favor de otra una obligación de alimentos consistente en el pago de una cantidad de dinero periódica. Dos posibilidades podrían darse: si la causa del contrato fuese la mera liberalidad del obligado, supuesto que en este caso hemos descartado, el contrato podría calificarse bien de donación (si quedase probado el *animus donandi*), en cuyo caso se aplicarían las normas de la misma en defecto de pacto, o de contrato gratuito atípico (ex art. 1255 Cc), único caso en el que a nuestro juicio podrían aplicarse supletoriamente los arts. 142 y siguientes por remisión del art. 153 Cc, siempre y cuando fuesen compatibles con la propia esencia del contrato y con los pactos de las partes); por el contrario, cuando la causa fuese onerosa, como aquí sucede, y teniendo en cuenta que el objeto contractual es una prestación de alimentos, el régimen jurídico aplicable en defecto de pacto sería el previsto en los arts. 1791 y siguientes para los contratos de alimentos, y no el que se desprende del art. 153 Cc.

Hasta hace relativamente poco tiempo, el art. 153 Cc era el único precepto que hacía referencia a los alimentos surgidos del pacto y los sometía a lo establecido en los arts. 142 y siguientes. Por tanto, la regulación para ambas deudas alimenticias, la legal y la convencional, venía a ser la misma, si bien respetando el pacto de las partes. No obstante, las importantes diferencias existentes entre ambas figuras – fundamento, caracteres, etc.–, llevaron a gran parte de nuestra doctrina a poner de relieve la dificultad de la aplicación supletoria de las normas de los alimentos entre parientes a los alimentos convencionales, señalado que tal aplicación subsidiaria debía entenderse muy limitada¹⁰.

Desde la promulgación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y la incorporación al Código civil del contrato de alimentos, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una normativa específica aplicable a los casos en que una persona se obliga voluntariamente y con carácter oneroso a prestar alimentos a otra. Por ello, se sostiene que la aplicación

⁹ STS 20 noviembre 2017 (RJ 5099, 2017).

¹⁰ Por todos, DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Pactos...”, cit., p. 318, considera que esta aplicación subsidiaria es inexacta por excesivamente generalizadora y porque sus consecuencias prácticas son desajustadas, entrando las obligaciones convencionales de alimentos en el ámbito de la autonomía negocial quedando sujetas a las normas generales de las obligaciones contractuales.

supletoria del art. 153 Cc a los pactos de alimentos ha sido tácitamente derogada y reemplazada por la regulación específica contenida en los arts. 1791 a 1797 Cc, preferentemente aplicable cuando nada se estipula en el contrato¹¹. Por tanto, en la actualidad, la regulación contenida en los arts. 1791 y siguientes del Cc es la que debe aplicarse supletoriamente a toda deuda onerosa de alimentos voluntarios.

El limitado alcance de la remisión legal que contiene el art. 153 Cc lo declara el propio TS en el FD 4º de la sentencia objeto de este trabajo, donde parece entender que al polémico pacto alcanzado por los cónyuges se le aplican los arts. 1791 y ss (y no los art. 142 y ss). También en la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil en 2017, mencionada en la sentencia, se establece el carácter supletorio del régimen del contrato de alimentos a cualquier otra obligación de alimentos de origen convencional y asumida con carácter oneroso, salvo pacto específico en contra y sin perjuicio de lo dispuesto en la ley para el caso que se trate (art. 5152-9).

Ahora bien, el hecho de mantener la aplicación de tales normas al pacto conyugal celebrado en este caso, no significa que lo consideremos un contrato de alimentos, por lo menos tal y como lo configura nuestro legislador en los preceptos mencionados. Entre otras razones, porque el objeto de estos contratos consiste en una «asistencia de todo tipo» que suele concretarse, por un lado, en prestaciones económicas –obligaciones de dar-, y por otro, en atenciones personales –obligaciones de hacer-. Además, la variabilidad o adaptabilidad de la prestación a las necesidades del beneficiario es un elemento esencial que configura estos contratos y los separa de otros como los de renta vitalicia¹².

Teniendo en cuenta lo anterior, no creemos que cuando el objeto de la prestación consista exclusivamente en la simple entrega de una cantidad de dinero fija y periódica, como ocurre en el caso concreto, estemos ante un contrato de alimentos. Esta forma de proporcionar los alimentos haría que el contrato perdiese uno de los rasgos que le otorga su verdadera originalidad, esto es, su función asistencial. En esta misma línea se pronuncia firmemente el TSJ gallego en su resolución de 30 enero 2008¹³, donde considera que es indudable que la asistencia integral que conlleva la prestación mixta de dar y hacer que caracteriza este contrato, poco tiene que ver con la obligación de pagar una renta periódica fija –en concreto, 463,38 euros-. Igualmente, el TS ha destacado la importancia de la vertiente personal del contrato desde sus primeras sentencias¹⁴.

No obstante, esta postura no es unánime, pues hay quien defiende que aun en estos casos el contrato seguiría calificándose como de alimentos, porque la asistencia seguiría constituyendo un aspecto esencial del contrato que lo diferenciaría de la

¹¹ PADIAL ALBAS, A.: “La regulación del contrato de alimentos en el Código civil”, *RDP*, núm. 88, 2004, p. 613.

¹² Sobre el tema puede verse en profundidad, BERENGUER ALBALADEJO, C.: *El contrato de alimentos*, Madrid, 2012, donde se realiza un estudio pormenorizado de la figura.

¹³ STSJ Galicia, 30 enero 2008 (RJ 2009, 3131).

¹⁴ *Vid.*, por ejemplo, la STS 7 abril 1960 (RJ 1960, 1673).

renta vitalicia¹⁵; y hay quien considera que en estos supuestos se trataría más bien de un contrato de renta vitalicia de los arts. 1802 y siguientes¹⁶. Respecto a esta última calificación, la tendencia más actual parece ser la de subsumir bajo el régimen del contrato de alimentos los casos en que la prestación periódica pactada en un contrato de renta vitalicia consista en el pago de una pensión onerosa de alimentos (así lo recoge el art. 5154-1 de la Propuesta de Código civil del año 2017, anteriormente mencionada). Por tanto, aunque se calificaría el contrato como de renta vitalicia, la regulación del mismo sería la de los arts. 1791 y siguientes.

Llegados a este punto, y sin perjuicio de la calificación que finalmente merezca el controvertido pacto –contrato típico o atípico de alimentos, o en su caso, de renta vitalicia- (cuestión que no se resuelve en la sentencia), la consecuencia sería la misma: aplicación del régimen jurídico recogido en los arts. 1791 y ss. Es por ello que a la hora de decidir si el actor gozaba de la facultad de extinguir unilateralmente la obligación, se hace preciso analizar si al amparo de esta regulación cabe el desistimiento unilateral (análisis que lleva a cabo sucintamente el TS en esta sentencia, a pesar de no calificar el contrato como de alimentos -al menos expresamente-).

IV. POSIBILIDAD DE DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LOS PACTOS DE ALIMENTOS

La cuestión principal que se plantea en la sentencia de 20 de noviembre de 2017, es la de si procede admitir el desistimiento unilateral como causa de extinción de la obligación de alimentos asumida por contrato.

No existe en nuestro ordenamiento una regulación general que profile los contornos del desistimiento unilateral, sino que su normativa es dispersa y fragmentaria. Incluso la terminología empleada por la doctrina, la jurisprudencia y hasta el propio legislador para referirse a esta institución jurídica, es heterogénea y genera dificultades a la hora de identificar los supuestos en los que se admite¹⁷.

En la medida en que el desistimiento consiste en extinguir, o lo que es lo mismo, poner fin a una relación contractual por voluntad de una de las partes, se configura como una excepción al principio de obligatoriedad e irrevocabilidad de los contratos (arts. 1091, 1258 y 1256 Cc). Por ello, sólo puede admitirse cuando la ley o el contrato lo prevén expresamente: en el primer caso, estaremos ante un derecho

¹⁵ MARTÍNEZ HENS, H.: “El contrato de alimentos en el Código Civil: reflexión en torno a su sustantividad”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ Y J.M. GONZÁLEZ PORRAS, vol. 2, 2004, nota 35, o MARTÍNEZ ORTEGA, J.C.: *El contrato de alimentos. Formularios y Recopilación de Jurisprudencia*, Madrid, 2007, p. 32.

¹⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, p. 133.

¹⁷ Un tratamiento pormenorizado de las diferencias entre el desistimiento y otros conceptos diversos como la denuncia, la disolución, la renuncia, la rescisión, la resolución y la revocación, puede verse en RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pp. 64-118.

potestativo de origen legal, y en el segundo, ante un derecho de desistimiento convencional.

Anteriormente a la tipificación del contrato de alimentos, tanto la doctrina como la jurisprudencia admitían, ex art. 1255 Cc, que las partes pactasen la facultad de desistir y los efectos de la misma como posible solución a las desavenencias que no pudieran calificarse como incumplimientos en sentido estricto, sobre todo, en los supuestos de falta de entendimiento o simple incompatibilidad de caracteres entre las partes. La duda se planteaba en defecto de pacto.

Éste es precisamente el problema que surge en el caso analizado en este trabajo, que las partes no pactan la posibilidad de desistir. Tampoco se prevé esta posibilidad en los arts. 1791 y ss reguladores del contrato de alimentos, laguna que a nuestro juicio debería solventarse teniendo en cuenta, por un lado, que la regulación gallega del contrato sí contempla esta posibilidad, y por otro lado, que también se ha recogido expresamente en la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil (arts. 5152-4 y 5152-6), si bien en este último caso no se trata de un desistimiento *ex lege*, sino convencional, que puede ejercitar aquél a quien se reconoce dicha facultad en el contrato. A nuestro modo de ver, la previsión de la Propuesta no aporta demasiado a la situación actual. Es más, en base a la misma podría llegar a concluirse erróneamente que si no se pacta el desistimiento expresamente a favor de cualquiera de las partes, el mismo no cabría.

Tres opiniones se han defendido respecto a la admisión del desistimiento unilateral en los contratos de alimentos: aquélla que sólo lo admite si las partes lo han previsto en el contrato¹⁸; aquélla que lo admite, aun en defecto de pacto, por considerarlo una facultad inherente a este tipo de contratos por sus especiales características¹⁹; y aquélla que considera que, en defecto de pacto al respecto, sólo se admite en los casos en que la ejecución de la prestación alimenticia se lleve a cabo en régimen de convivencia²⁰.

Las dos primeras posturas son las que también se han venido manteniendo en la doctrina respecto al desistimiento unilateral con carácter general. La tercera, propia del contrato de alimentos, es la que sigue el TS en la sentencia objeto de comentario.

Es importante destacar que tradicionalmente se ha venido defendiendo la posibilidad de generalizar la aplicación del desistimiento a supuestos en los que no existe previsión legal o contractual al respecto. Así, un sector doctrinal encabezado por Díez-PICAZO admitía la posibilidad de desistir libremente en estos casos, pero siempre y cuando la relación obligatoria reuniera los siguientes requisitos: primero, que se tratase de una obligación duradera o de tracto sucesivo; segundo, que se

¹⁸ Por todos, OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.: “El contrato de vitalicio y su regulación en la Ley 41/2003 (y en las Normas Forales)”, en *Jornadas sobre la nueva Ley de protección patrimonial de discapacitados: Valencia, 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004*, coord. por M.A. RUEDA PÉREZ, 2005, pp. 108-109.

¹⁹ Por todos, CHILLÓN PEÑALVER, S.: *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Madrid, 2000, p. 269.

²⁰ Por todos, RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: “La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato de vitalicio”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 3, 1988, p. 750.

tratase de relaciones que no tuviesen previsto un plazo de duración temporal, de manera que, de acuerdo con la ley y con el negocio jurídico su duración hubiese de ser indefinida; y tercero, que se tratase de relaciones obligatorias en las que existiese un *intuitu personae*, de manera que fundadas en la confianza que las partes recíprocamente se merecen, cuando tal confianza se frustrase, apareciese como justa la posibilidad de poner fin a la relación²¹.

Atendiendo a esta teoría, muchos han sido los autores que han visto en el contrato de alimentos las características mencionadas y han estimado que tanto el alimentista como el alimentante pueden desistir aunque ni la ley ni el contrato prevean esta facultad. A esta postura se suman también algunos pronunciamientos de las Audiencias²². Sin embargo, a nuestro parecer, no está tan clara la inclusión del contrato de alimentos entre las relaciones obligatorias a las que se refiere DÍEZ-PICAZO. Si bien no cabe duda de que se trata de un contrato de ejecución continuada y que se basa esencialmente en la confianza que las partes recíprocamente depositan la una en la otra, la cuestión de la duración indefinida es discutible puesto que estos contratos tienen previsto un plazo de duración temporal determinado, que normalmente coincide con el de la vida del alimentista (precisamente ésta es la cuestión que se discute en la sentencia objeto de este trabajo, ya que el esposo alega que se trata de un contrato de duración indeterminada, pero el Supremo entiende que la duración quedó determinada porque se trataba de una obligación vitalicia y por tanto ejecutable hasta el fallecimiento de la alimentista, evento que necesariamente se ha de producir aunque se ignore cuándo). No obstante, si se interpretara que la prestación de alimentos es de duración indeterminada, aunque esté limitada en el tiempo, se podría incluir el contrato entre los que DÍEZ-PICAZO considera susceptibles de ser libremente desistidos.

La última de las posturas a la que nos hemos referido antes, es aquella que considera que el desistimiento debe admitirse al menos en los casos en que exista convivencia, aunque no haya previsión contractual. Tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales han venido admitiendo el desistimiento cuando los alimentos se prestaban «en régimen de convivencia» entre alimentista y alimentante²³. Y ésta parece ser también la postura que mantiene el Tribunal Supremo en el caso litigioso. Según señala, «[e]n ausencia de previsión legal y de pacto que la otorgue, debe negarse la facultad unilateral de extinguir la obligación

²¹ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 2008, p. 1087. ESPIAU ESPIAU, S.: “La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial”, *Ar. C.*, 1998-I, pp. 118-120, explica que la concurrencia de estos presupuestos posibilita el desistimiento, pero además es necesario que su ejercicio se ajuste a una serie de requisitos establecidos por el TS: debe tratarse de una facultad recíproca para ambos contratantes, y su ejercicio debe ajustarse a la buena fe y a la equidad. En cuanto a si debe concurrir justa causa, la corriente jurisprudencial mayoritaria se inclina por la negativa.

²² Entre otras, SAP Valladolid, 28 junio 1996 (AC 1996, 1500) o SAP La Rioja, 31 julio 1997 (LA LEY 11333, 1997).

²³ *Vid.*, STS 2 julio 1992 (RJ 1992, 6502) y SSAP Córdoba, 29 marzo 1995 (AC 1995, 419) o La Rioja, 31 julio 1997 (LA LEY 11333, 1997).

[...] porque en la obligación de pagar periódicamente una renta no juega la especialidad de la prestación de alimentos en régimen de convivencia, que permitiría, en las condiciones apuntadas anteriormente, aun sin pacto expreso, reconocer la facultad de desistimiento» (FD 6º, ap. 3).

Por nuestra parte, no consideramos apropiado tal argumento para justificar la posibilidad o imposibilidad de desistir, de forma que si los contratantes conviven bajo el mismo techo pueda ejercitarse esta facultad, estando prohibido su ejercicio en caso contrario. A nuestro modo de ver, la concesión de la facultad de desistir estaría igualmente justificada en los casos en que los alimentos no se prestasen en régimen de convivencia porque la relación seguiría implicando cuidados y asistencia de índole personal a favor del alimentista y, por tanto, el contrato seguiría basándose en la relación de confianza *inter partes*.

Caso distinto es el que acontece en la sentencia comentada, donde, además de no haber convivencia, la prestación del alimentante (D. Gonzalo) consiste simplemente en el pago de una cantidad de dinero fija, sin que se dé relación alguna entre las partes más que la de índole estrictamente patrimonial. Como afirma un sector de la doctrina, en estos supuestos la posibilidad de desistir perdería parte de su fundamento puesto que el *intuitu personae* quedaría diluido, aunque seguiría subsistiendo el carácter duradero de la relación²⁴. Por otro lado, respecto a los contratos de renta vitalicia, la doctrina considera que permitir al deudor desligarse del contrato se opone al carácter oneroso y aleatorio del mismo, y por tanto debe rechazarse su admisión implícita o tácita, aunque se admita el pacto expreso²⁵.

Para excluir en el caso concreto la posibilidad de desistir, el TS mantiene como segundo argumento el comentado por nosotros más arriba, esto es, que la obligación no carece de plazo de duración sino que el mismo se hace depender de un acontecimiento incierto del género *certus an, incertus quando* (la muerte de una persona). Sobre esto concluye: «Dado precisamente ese carácter subsidiario del salario, aunque se pudiera entender que la obligación se pactaba hasta la edad de jubilación de la esposa y no hasta su fallecimiento, es evidente que antes de ese momento la sola voluntad del obligado no permitiría extinguir la relación. No solo por tener plazo de duración sino porque en caso contrario quedaría en sus manos la subsistencia del pago de la cantidad mensual pactada, algo que el convenio quiso evitar al declarar que se “garantizaba” a la esposa la prestación mensual tanto si la contrataba, como si no lo hacía como si, después de contratarla ponía fin al contrato por cualquier causa».

Excluida la posibilidad de desistir unilateralmente, la única vía para que el obligado consiguiera modificar o extinguir su deuda alimenticia sería, tal como se apunta en la sentencia, el cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento del nacimiento de la obligación (extremo que en este caso fue descartado en apelación y el recurrente ya no plantea en casación).

²⁴ Por todos, CHILLÓN PEÑALVER, S.: *El contrato...*, cit., p. 270.

²⁵ En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La renta ...*, cit., pp. 153 y 190.

Sobre esta cuestión simplemente apuntaremos que, por lo que se refiere a los contratos típicos de alimentos, otorgarle al alimentante la posibilidad de desistir cuando las circunstancias iniciales hubiesen cambiado tanto con el tiempo que no estuviera dispuesto a asumirla, sería ofrecerle la posibilidad de eludir los riesgos que asumió cuando contrató, esto es, la aleatoriedad del contrato (que no olvidemos es esencial). Por ello, la única vía que le quedaría para librarse de su obligación sería acudir a la revisión judicial del contrato en virtud de la cláusula «*rebus sic stantibus*».

En relación a dicha cláusula la sentencia recurrida señala que, a pesar de que las medidas adoptadas en convenio regulador pueden ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, «no concurren en el caso los presupuestos para la aplicación de la cláusula “*rebus*” porque las posibles alteraciones que hayan podido experimentar las partes desde el divorcio obedecen al devenir de los negocios cuya titularidad ostentaban y al entramado de complejas relaciones económicas y diferentes interpretaciones que sobre las mismas mantienen, que han dado lugar a varios procedimientos judiciales entre ellos, fundamentalmente los dirigidos a la extinción de la copropiedad de las acciones y participaciones de diferentes sociedades». Por tanto, no considera que se den los presupuestos básicos para aplicar esta cláusula.

A modo de reflexión final y sin el detenimiento que merece la cuestión, apuntaremos que dada la actual interpretación de dicha cláusula mantenida por la Sala Primera del TS desde 2014 y tendente a su aplicación normalizada²⁶, llama la atención que la Audiencia Provincial le dedique tan poco tiempo en su sentencia de 2016. Quizá sea porque en los pactos alimenticios incluidos en convenio regulador, por ello de que son negocios jurídicos de Derecho de familia y tienden a satisfacer necesidades vitales, sea preferible mantener la postura tradicional y más restrictiva sobre su aplicación. Pero esto es sólo una mera conjetura de quien suscribe, ya que también podría obedecer, simplemente, a que la Audiencia considera que el desequilibrio prestacional se genera por la propia voluntad de las partes a la hora de regular y liquidar las complejas, y no claramente explicadas, relaciones económicas que mantienen, y no a una alteración sobrevenida de las circunstancias en el momento de cumplir las obligaciones en relación con las existentes al tiempo de la perfección del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La renta vitalicia*, Madrid, 1963.
- BERENGUER ALBALADEJO, C.: *El contrato de alimentos*, Madrid, 2012.
- CHILLÓN PEÑALVER, S.: *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Madrid, 2000.
- COBACHO GÓMEZ, J.A.: *La deuda alimenticia*, Madrid, 1990.

²⁶ Vid., SSTTS 30 junio 2014 (RJ 2014, 35260) y 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129).

- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 2008.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Pactos en materia de alimentos”, ADC, t. XXIV, fasc. II, abril-junio, Madrid, 1971.
- ESPIAU ESPIAU, S.: «La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial», *Ar. C.*, 1998-I.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, vol. VI, 2008.
- MARTÍNEZ HENS, H.: «El contrato de alimentos en el Código Civil: reflexión en torno a su sustantividad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ Y J.M. GONZÁLEZ PORRAS, vol. 2, 2004.
- MARTÍNEZ ORTEGA, J.C.: *El contrato de alimentos. Formularios y Recopilación de Jurisprudencia*, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid, 2002.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M^a.C.: “Comentario a los artículos 1791 a 1797 del Código civil sobre el contrato de alimentos vitalicio”, RGLJ, año 152, núm. 3, 2005.
- OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.: “El contrato de vitalicio y su regulación en la Ley 41/2003 (y en las Normas Forales)”, en *Jornadas sobre la nueva Ley de protección patrimonial de discapacitados: Valencia, 12,19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004*, coord. por M.A RUEDA PÉREZ, 2005.
- PADIAL ALBAS, A.: “La regulación del contrato de alimentos en el Código civil”, RDP, núm. 88, 2004.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: “La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato de vitalicio”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 3, 1988.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991.

