

ESTUDIOS

Alimentos y orden público (y II)

MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de Sevilla*

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de Huelva*

SUMARIO: V. Deudores de alimentos.–VI. Carácter cesible, renunciable o transaccional de los alimentos.–VII. Carácter prescriptible de la acción alimenticia.–VIII. Cuantía de los alimentos.–IX. Cesación de la obligación de alimentos.–X. Conclusiones.

V. DEUDORES DE ALIMENTOS

Existen diferentes criterios para determinar cuáles son los obligados a la prestación de alimentos. Cabe estimar, en primer término, que todos los posibles obligados han de concurrir al cumplimiento de la obligación, dividiéndose la carga entre ellos. Cabe admitir, en segundo lugar, la facultad del acreedor de dirigirse, a su libre elección, contra cualquiera de los posibles deudores. Es posible, finalmente, establecer un orden de prelación de los parientes contra los que pueda dirigirse el acreedor, atendiendo al grado de parentesco. Este último criterio es el seguido por el artículo 144 del Código Civil, que sólo admite la obligación de alimentos entre los parientes en línea recta, cualquiera que sea el grado de parentesco, y en la colateral sólo entre hermanos, de acuerdo con el siguiente orden de prelación: el cónyuge, los descendientes de grado más próximo, los ascendientes de grado más próximo, y los hermanos, y, entre ellos, en último lugar los uterinos o consanguíneos.

El Convenio de La Haya de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores establece en su artículo 5 que «no se aplica a las relaciones de orden alimenticio entre colaterales» y en su artículo primero que la ley aplicable a las obligaciones alimenticias determina «si, en qué medida y a quién puede el hijo reclamar alimentos». Posteriormente, el Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias dispone en su artículo 14 que todo Estado

contratante podrá reservarse el derecho de no aplicarlo a las obligaciones alimenticias entre colaterales, entre parientes por afinidad y entre esposos divorciados, separados o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo o anulado, en los casos que se señalan, conteniendo en el artículo 7 una norma de conflicto específica para el supuesto de relaciones alimenticias entre parientes por vía colateral o por afinidad. En el marco de nuestras relaciones bilaterales, el Convenio con Uruguay de 1987 indica en su artículo 5.c) que la ley aplicable al derecho alimentario regula «quiénes son las personas y Entidades obligadas a prestar las obligaciones alimentarias».

Se ha discutido si afecta o no al orden público la determinación de los deudores (p. ej., la obligación entre colaterales) y la admisión de una eventual jerarquía entre los mismos, de un cierto orden a seguir en los recursos de los acreedores. En el marco de la jurisprudencia francesa, una sentencia del tribunal de Grenoble de 20 de enero de 1966⁸⁸ consideró que el principio de la jerarquía de los deudores alimenticios no puede considerarse de orden público. Ciertamente, como señaló J. Déprez⁸⁹, la obligación de seguir un orden y quizás varios procesos contra los diferentes deudores antes de dirigirse al más próximo o el más solvente deparará al acreedor inconvenientes evidentes. Estima que la simplicidad, la comodidad del litigante, la economía de medios, son razones que podían inclinar al juez a admitir la demanda en nombre del orden público. Sin embargo, entiendo que el juez no está encargado de corregir las incomodidades resultantes de la ley personal, que existe un interés del deudor en no ser perseguido antes de que llegue su turno, que no hay razón *a priori* para favorecer al acreedor a expensas del deudor y que el seguimiento de un orden no impide la obtención de alimentos.

VI. CARÁCTER CESIBLE, RENUNCIABLE O TRANSACCIONAL DE LOS ALIMENTOS

En el Ordenamiento español, el artículo 151 del Código Civil señala, en su primer párrafo, que «no es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos», y que «tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos», y, en su segundo párrafo, que, sin embargo, «podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas». Así pues, el mencionado precepto, en los dos párrafos de que consta, distingue entre «el derecho a los alimentos», por un lado, y «las pensiones alimenticias atrasadas» y «el derecho a demandarlas», por otro, contraponiendo la irrenunciabilidad e intransmisibilidad, e imposibilidad de compensación del derecho a los alimentos, con la posibilidad de compensación y renuncia de las pensiones alimenticias atrasadas y de transmisión del derecho a demandarlas⁹⁰.

⁹⁰ Estiman L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 49, que el poder de disposición sólo se puede ejercitar sobre las pensiones atrasadas, que son las devengadas por haber llegado el tiempo de su pago y no haberse realizado, y ello porque, precisamente por el retraso, el legislador considera que ya no son vitales para el alimentista. Según J. L. Lacruz Berdejo, en J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de familia*, volumen primero, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 49, el derecho a las pensiones vencidas constituye un crédito ordinario, un crédito corriente y negociable, y que «cuando van a cobrarse ha pasado ya el tiempo en que hubieran debido producir su natural efecto alimentario: el alimentista ya ha vivido, y por tanto ya no hay, al respecto, cuestión de orden público. Ya no se trata de alimentos futuros».

⁹¹ Señalan L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, *ob. cit.*, pp. 49-50, que el calificativo de «alimentos futuros» corresponde a las pensiones todavía no exigibles o por venir.

Por otra parte, a tenor del artículo 1814 del Código Civil «no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros»⁹¹. A su vez, el artículo 6.2.º de dicho Cuerpo legal señala que «la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros». Así pues, el interés o el orden público y la ausencia de perjuicio a terceros constituyen límites a la exclusión voluntaria de la ley y a la renuncia de derechos.

Por lo que respecta a su posible carácter transaccional, el Convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956, al referirse a las funciones de la Institución Intermediaria, señala en su artículo 6.º.1 que ésta, actuando siempre dentro de las facultades que le haya conferido el demandante, tomará todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, «inclusive por transacción...». Dicho Convenio utiliza tres cauces para la obtención de los alimentos, la transacción, el inicio de una nueva acción alimenticia o la ejecución de una decisión extranjera.

Por otra parte, el Convenio de La Haya de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias dispone en su artículo 2 su aplicación «a las resoluciones y a las transacciones, cualquiera que fuere su denominación», y en su artículo 21 señala que «las transacciones ejecutorias en el Estado de origen se reconocerán y declararán ejecutorias en las mismas condiciones que las decisiones, en tanto en cuanto dichas condiciones les fueren aplicables». Recientemente, el Borrador del proyecto de Convenio de La Haya de 2005, en su artículo 15.1.º, relativo al ámbito de aplicación del capítulo sobre reconocimiento y ejecución, señala que las decisiones pronunciadas por una autoridad judicial o una autoridad administrativa en materia de obligaciones alimenticias comprenderán las transacciones o acuerdos celebrados ante u homologados por estas autoridades.

En el ámbito comunitario europeo, la Comisión de Derecho europeo de familia recomienda unos Principios relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados⁹², entre los cuales el principio 2:10, concerniente al acuerdo sobre la pensión de alimentos, señala en su epígrafe (1) que: «Los esposos pueden concluir un acuerdo sobre su derecho a pensión de alimentos tras el divorcio. El acuerdo puede referirse a la extensión y a las modalidades de ejercicio de tales derechos, a su duración y a su extinción así como suponer una renuncia a tales derechos».

En el marco de nuestras relaciones bilaterales, el Convenio con Uruguay de 1987 se ocupa también del reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos.

Desde una perspectiva de Derecho comparado, es de señalar que, en tanto que los diferentes países de la Unión Europea admiten la posibilidad de un acuerdo entre los esposos concerniente a los alimentos tras el divorcio⁹³, no todos admiten la validez

⁹² K. BOELE-WOELKI y otros, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, ob. cit., Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004.

⁹³ La mayoría de los países son muy liberales y admiten tal acuerdo en cualquier caso de divorcio (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Escocia, España, Finlandia, Grecia, Holanda, Hungría, Inglaterra y Gales, Irlanda, Noruega, Polonia, Portugal, República checa, Rusia y Suecia). Sin embargo, Francia sólo admite el carácter obligatorio del acuerdo en el caso de divorcio por mutuo consentimiento (art. 230 del CC francés), pudiendo ser tomado en consideración por los tribunales franceses en los demás casos, pero sin estar obligados a hacerlo. Algunos países son muy liberales y admiten un acuerdo que ha sido alcanzado por los esposos antes de la celebración del matrimonio, o durante el matrimonio, o durante los procedimientos de divorcio o incluso después del divorcio. Otros países, como Francia (jurisprudencia) estiman que los esposos no pueden acordar anticipadamente sobre su futuro

de un acuerdo en el que uno o ambos esposos renuncien a su futuro derecho a alimentos⁹⁴.

Se suscita la cuestión de la posible intervención del orden público respecto a los pactos entre esposos divorciados o separados o en proceso de serlo, que recaigan, entre otros extremos, sobre los derechos alimenticios de la mujer y de los hijos. Cabe hablar de una jurisprudencia favorable o contraria a la intervención del orden público, restrictiva o tolerante en cuanto a la validez de dichos pactos. En el contexto de una jurisprudencia liberal hacia los pactos válidamente concluidos en el extranjero al amparo de la ley competente, la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 30 de octubre de 1926⁹⁵ estimó que debía ser respetada la ley nacional que reconocía la validez del contrato por el cual dos esposos, simplemente separados de hecho, fijaban la cuantía de la pensión alimenticia a pagar por el uno al otro. Posteriormente, la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 1 de julio de 1959⁹⁶, en el caso *Patiño c. dame Patiño*, consideró que la renuncia anticipada por la señora Patiño a su derecho a pedir una pensión alimenticia y la cláusula penal prevista contra ella, en el caso de demanda de divorcio o de separación de cuerpos que ella plantease, eran incontestablemente nulas con relación al derecho interno francés, aunque pudieran ser declarados válidos en el plano del derecho internacional. Se hacía, pues, una distinción entre la validez de la transacción en el plano internacional y su nulidad con relación al derecho interno francés. En el mismo asunto, la sentencia de la *Cour de Cassation* (*Ch. civ.*) de 15 de mayo de 1963, *Patiño c. dame Patiño*, señaló que por sentencia de 7 de julio de 1954 había sido declarado válido y obligatorio en Francia, en aplicación de una ley extranjera, un convenio transaccional concluido entre los esposos Patiño, según el cual la mujer, en consideración a las prestaciones pecuniarias realizadas por el marido, renunciaba para el futuro a toda pensión alimenticia en la eventualidad de un divorcio o de una separación de cuerpos y que la sentencia recurrida, no obstante la excepción de cosa juzgada invocada por Patiño, había acordado a su mujer, con ocasión de la separación de cuerpos que había pronunciado, una pensión alimenticia, por el motivo erróneo e inoperante de que el pacto litigioso, válido «en el plano internacional», era nulo con relación al derecho francés. En la misma dirección, la sentencia de la *Cour de Cassation* (*Ch. civ.*) de 7 de noviembre de 1972⁹⁷, en el caso *Dame Todorovitch c. Kufner*, considera que un tribunal de apelación, habiendo justamente constatado que un pacto entre dos esposos, entonces en proceso de divorcio ante un tribunal alemán, encaminado al reparto entre ellos de la carga de la deuda alimenticia hacia su hijo menor, era válido según la ley alemana que lo regía y que no podía tener por consecuencia privar al menor de la po-

derecho de alimentos antes de los procedimientos de divorcio. Se señala que un acuerdo que los esposos alcanzan muchos años antes puede ser peligroso y que un esposo que renuncia a su futuro derecho a alimentos debería hacerlo sólo si es completamente informado de la situación financiera resultante del divorcio. *Vid.*, K. Boele-Woelki y otros, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, *ob. cit.*, esp. pp. 125 y ss.

⁹⁴ Varios países admiten la renuncia al derecho a alimentos pero establecen limitaciones y excepciones en cuanto al tipo de divorcio (p. ej., divorcio por mutuo consentimiento), en cuanto al momento de la renuncia (p. ej., después del divorcio o no antes del matrimonio) o en cuanto al carácter del acuerdo de renuncia (justo, razonable, no perjudicial para los hijos o para el esposo que renuncia).

⁹⁵ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1927, p. 301, nota J.-P. N.; *Clunet*, 1927, p. 690.

⁹⁶ *Clunet*, 1960, pp. 412 y ss., nota A. PONSARD; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 192 y ss., nota P. Bourel

⁹⁷ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1973, pp. 691 ss, nota G. WIEDERKEHR; *Clunet*, 1973, pp. 700 y ss., nota La Pradelle.

⁹⁸ *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, pp. 150-152.

⁹⁹ *Revue trimestrielle de droit familial*, 1990, pp. 37-40, con la nota de M. Fallon, pp. 40-41.

sibilidad de exigir de su padre el servicio de una pensión alimenticia, ha podido, fundándose en el efecto atenuado del orden público respecto de los derechos adquiridos en el extranjero y sin tener que atenerse a las necesidades y a los recursos de las partes, deducir de estas constataciones que nada se oponía a la ejecución en Francia de este pacto.

En el contexto de la jurisprudencia italiana, la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 23 de enero de 1997⁹⁸, en el caso *Dalla Valle c. Ministero dell'interno*, tras referirse a la indisponibilidad del derecho a alimentos del menor, considera que la renuncia a las actuaciones por parte del *Ministero italiano dell'interno*, como autoridad intermediaria, en un proceso de ejecución de sentencia en materia de alimentos (intervenido a continuación de un acuerdo transaccional entre cónyuges divorciados) no implica renuncia a la acción y no excluye el nuevo planteamiento de la demanda.

En el seno de la jurisprudencia belga, se ha considerado admisible la renuncia convencional a alimentos. Así, por ejemplo, la sentencia de la *Cour d'appel de Bruxelles*, de 9 de mayo de 1989, ha señalado que el hecho de que los esposos puedan transigir sobre la obligación de alimentos, después del divorcio, no conlleva la inoperatividad del orden público en materia alimenticia, «pues esta transacción presupone el principio mismo del derecho a los alimentos, derecho del cual no se dispone» por concernir «al orden de las familias y, por consiguiente, al orden público y social»⁹⁹.

Por lo que a la jurisprudencia alemana se refiere, resulta sumamente ilustrativa, en relación con la problemática relativa a la intervención del orden público internacional en materia de pactos alimenticios, la sentencia del *Oberlandesgericht de Zweibrücken* de 11 de noviembre de 1987, la cual negó a una mujer americana divorciada, que no se encontraba en una situación de absoluta necesidad económica, el derecho a percibir alimentos de su marido americano, y ello con base en la existencia de un acuerdo entre los cónyuges, pactado en el pasado en Alemania, por el que renunciaban recíprocamente a alimentos futuros¹⁰⁰.

En el marco de la jurisprudencia española, la STS de 29 de septiembre de 1956¹⁰¹, en el caso *Bosch Labrús c. Iturbe Díaz*, hacía referencia a una demanda de alimentos presentada por una mujer contra su marido, ambos mejicanos, ella española de origen, que, habiendo surgido desavenencias conyugales que condujeron a la disolución del matrimonio, pactaron un compromiso por el que, además de establecer unas cláusulas respecto de la educación del hijo y pago de pensiones a la mujer y al hijo, acordaron promover ante las autoridades judiciales mexicanas, la disolución del vínculo matrimonial fundada en mutuo consentimiento. En el trámite de conclusiones, la actora adujo que no había invocado para nada el convenio suscrito en Méjico porque, cualquiera que fuera la validez de dicha transacción en el Derecho mejicano, era nula para el Derecho español en conformidad con el artículo 1814 del Código Civil.

¹⁰⁰ *FamRZ*, 1988, vol. 35, núm. 6, pp. 623-625, Nr. 321.

¹⁰¹ *Col. Leg.*, vol. 51, núm. 552, pp. 424 y ss.

En la doctrina española¹⁰² se ha defendido «la aplicación en todo caso de preceptos del foro por razón de orden público, por ejemplo, en lo que afecta a la insusceptibilidad de cesión, renuncia o transacción sobre alimentos futuros».

VII. CARÁCTER PRESCRIPTIBLE DE LA ACCIÓN ALIMENTICIA

Mucho se ha discutido en torno al carácter prescriptible de la acción alimenticia y los plazos para su ejercicio; a la posible concesión de alimentos con efectos retroactivos desde el momento del nacimiento del hijo, y no sólo desde la presentación de la demanda; y a la prescripción liberatoria de los créditos periódicos.

En el ámbito de la Conferencia de La Haya, el Convenio de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores dispuso en su artículo primero que dicha ley rige «la cuestión de saber quién está autorizado para intentar la acción alimenticia y cuáles son los plazos para ello». Posteriormente, el Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias señala en su artículo 10.2.º que dicha ley determinará «quién está legitimado para ejercitar la acción alimenticia y en qué plazos». Recientemente, el Borrador de proyecto de Convenio de La Haya de 2005 señala en su artículo 15.1.º que una decisión puede comprender «la obligación de pagar los atrasos (arréragos) (los alimentos retroactivamente)». Es de señalar que el Comité de redacción consideró que los alimentos acordados para un período anterior a la demanda constituyen alimentos acordados retroactivamente y que los alimentos no pagados con posterioridad a la decisión constituyen atrasos (arréragos). A su vez, el artículo 27.3.º del citado Borrador establece que el plazo de prescripción relativo a la ejecución de los atrasos se determina por la ley del Estado de origen de la decisión o por la del Estado requerido, según cuál prevea el plazo más largo.

En el contexto comunitario europeo, la Propuesta de Reglamento de 15 de diciembre de 2005, en su artículo 17.1.º, letras *b*) y *d*), incluye en el ámbito de la ley aplicable a la obligación de alimentos, «la medida en que el acreedor puede solicitar alimentos retroactivamente» y «la prescripción y los plazos para ejercitar una acción».

Por su parte, en el contexto americano, la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989 establece en su artículo 70 que se regirán por el derecho aplicable a las mismas «los plazos» para hacer efectivo el crédito alimentario.

Asimismo, en el ámbito de nuestras relaciones bilaterales, el Convenio con Uruguay de 1987 dispone en su artículo 5.a) que la ley aplicable al derecho alimentario regula «los plazos y condiciones para hacerlo efectivo».

Las legislaciones nacionales difieren en cuanto al grado de amplitud o extensión de los plazos de prescripción establecidos para el ejercicio de las acciones de investigación de la filiación y de las acciones alimenticias. Ha sido frecuente el conflicto entre la legislación alemana (art. 1708 BGB), que atendía al plazo de 30 años, y la legislación francesa (art. 340 CC), que señalaba el plazo de 2 años. Supuesto típico

¹⁰² A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6.ª ed., Madrid, 1974, p. 314; E. PÉREZ VERA, «Art. 9.7º», *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 478.

ha sido el de una acción alimenticia presentada en nombre de un menor de nacionalidad alemana contra un presunto padre de nacionalidad francesa, sobre la base del artículo 1708 del BGB.

En el Derecho español, según el artículo 148, párrafo primero, del Código Civil «la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda». La formulación de dicho precepto parece responder al aforismo «*in praeteritum non vivitur*», que permite considerar el momento de la demanda como relevante a efectos del nacimiento de la obligación de dar alimentos, que no tendrá carácter retroactivo. Por otra parte, con arreglo al artículo 1966, por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones de pagar pensiones alimenticias. Señala J. Delgado Echeverría¹⁰³ que de la insusceptibilidad de renuncia deriva la imprescriptibilidad del derecho a percibir alimentos, por más tiempo que pase desde que pudo exigirlos, prescribiendo, en cambio, las concretas pretensiones a pensiones alimenticias ya vencidas. En opinión de L. Díez-Picazo y A. Gullón¹⁰⁴, el derecho a percibir alimentos no es prescriptible si la necesidad existe, porque el derecho subsiste mientras dure su razón de ser, pudiendo prescribir las pensiones alimenticias concretas devengadas y no cobradas. En nuestra jurisprudencia, la citada STS de 21 de diciembre de 1963 reconoció la misma pensión alimenticia concedida por la sentencia de Berlín, aunque, en aplicación del artículo 148 del Código Civil, desde la fecha de interposición de la demanda¹⁰⁵.

En la determinación de los plazos para el ejercicio de las acciones, en su mayor o menor extensión, pueden influir factores de distinta índole, como el temor a la desaparición de las pruebas, el deseo de favorecer al acreedor o la defensa de la estabilidad de la familia legítima tradicional.

Se ha planteado la cuestión de la posible intervención del orden público frente a una legislación extranjera más liberal, que establezca un plazo superior o muy amplio, así como frente a una legislación más severa, que establezca un plazo más breve.

En el marco de la jurisprudencia francesa, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 30 de noviembre de 1938¹⁰⁶, en el caso *Marchal*, a propósito de una demanda en pago de renta presentada en nombre de un menor alemán contra un ciudadano francés, en virtud del artículo 1708 del BGB, consideró que «no puede ser ejercida fuera del plazo impartido por el artículo 340 del Código Civil francés, el cual ha prescrito por motivos de orden público referidos al honor y a la paz («*repos*») de las familias».

Sin embargo, años más tarde, la ya citada sentencia de la *Cour de Cassation* de 10 de febrero de 1960¹⁰⁷, en el caso *Muller c. Dlle Rau et Office de la Jeunesse de Sarrelouis*, consideró que con justicia los jueces de fondo, interpretando la ley ex-

¹⁰³ J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Art. 151», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

¹⁰⁴ L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 56.

¹⁰⁵ Comentaba J. PUENTE EGIDO respecto a la citada STS de 21 de diciembre de 1963 que quizá, por la vía de la equivalencia de instituciones hasta sería posible pensar como solución progresiva, aunque nada probable entonces, que los tribunales encargados de la ejecución podrían interpretar que el plazo para hacer exigible la obligación de pago debería contarse desde la interposición de la demanda en Berlín, o mejor aún, desde la firmeza de la sentencia alemana de divorcio.

¹⁰⁶ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1939, pp. 283 y ss., nota H.B.

¹⁰⁷ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, pp. 341 y ss., nota Ph. Francescakis.

tranjera del menor, aplicable al litigio, señalaron que la demanda alimenticia presentada en Francia por la madre conforme a los artículos 1708 y siguientes del Código civil alemán, tiende únicamente al pago de alimentos, con exclusión del establecimiento de ningún vínculo de filiación y no es prescriptible más que a los 30 años, agregando que los jueces de fondo habían podido, sin contravenir el orden público internacional francés, admitir la demanda presentada después de la expiración del plazo de dos años establecido por el artículo 340 del Código civil francés. En la misma dirección se manifestó la sentencia de la *Cour de Cassation* de 10 de mayo de 1960¹⁰⁸, en el caso *Imbach*, a propósito de una demanda de pensión alimenticia de una madre alemana, en nombre de su hija menor, igualmente alemana, contra un padre francés. A su vez, la sentencia del *Trib. gr. inst.* de Draguignan de 6 de junio de 1968¹⁰⁹ afirmó que no atentan contra el orden público internacional francés las disposiciones de la ley alemana que excluyen todo plazo para actuar, con tal de que la acción haya sido presentada dentro de los 30 años siguientes al nacimiento del hijo.

En el marco de la jurisprudencia belga, la sentencia del tribunal civil de Charleroi de 5 de abril de 1968¹¹⁰, en el caso *Fr. y Fin. c. Deh.*, a propósito de una demanda de pensión alimenticia presentada por una alemana, en favor de su hijo, contra el presunto padre, de nacionalidad belga, consideró que la acción, imprescriptible en derecho alemán, podía ser ejercitada a pesar del plazo de prescripción previsto por el artículo 340.b) del Código civil belga, no siendo este plazo un elemento esencial del orden social.

Por lo que respecta a la jurisprudencia suiza, la sentencia del tribunal civil de Bâle-Ville de 4 de marzo de 1966¹¹¹, a propósito de una demanda de alimentos a favor de un menor domiciliado en Alemania, contra un demandado domiciliado en Suiza, estimó que el plazo de un año previsto por el artículo 308 del Código civil suizo no era una disposición fundamental del ordenamiento jurídico suizo y que la demanda de alimentos basada en el Convenio de La Haya de 1956 y presentada, en aplicación de la ley alemana, que no conocía la prescripción en esta materia, un año y medio después del nacimiento del menor, no podía ser rechazada, sobre la base de la incompatibilidad con el orden público suizo.

Como argumentos en favor de la intervención del orden público se han invocado los relativos a la gran importancia atribuida a los plazos de ejercicio de las acciones y la defensa del honor y la paz de las familias (sentencia de la *Cour de Cassation* de 30 de noviembre de 1938, en el caso *Marchal*). Las críticas doctrinales dirigidas al criterio sentado por la referida sentencia se agrupan en torno a tres: el carácter condenable del deseo de protección de los intereses del demandado francés, la inoportunidad de la referencia a los preceptos morales y, finalmente, la proyección íntegra del orden público interno al plano internacional¹¹².

En lo concerniente a la posible concesión de alimentos con efectos retroactivos desde el momento del nacimiento del hijo, y no sólo desde la presentación de la demanda,

¹⁰⁸ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 205 y ss., nota H. Batiffol; *Clunet*, 1961, pp. 126 y ss., nota A. Ponsard.

¹⁰⁹ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1969, p. 772.

¹¹⁰ *Clunet*, 1971, pp. 879-880.

¹¹¹ Informe de M. Pelichet sobre las obligaciones alimenticias hacia los adultos en derecho internacional privado, *Conférence de La Haye de Droit International Privé, Actes et documents de la Douzième session, ob. cit.*, p. 44.

¹¹² J.Y. Chevallier, *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé français*, Bibliothèque de droit privé, París, 1967, pp. 271-278.

la jurisprudencia francesa¹¹³ estimó que la regla «*Les dettes alimentaires ne s'arrangent pas*» puede considerarse de interés privado y que no es contraria al orden público francés la demanda de pensión con efectos desde el nacimiento del hijo. En esta dirección, las sentencias de la *Cour de Cassation* de 13 de octubre de 1992, en el caso *J. L. c. Office cantonal de la Jeunesse de Tübingen et Mme Ulrike G.*, de 12 de julio de 1994, en el caso *J.R. c. Ralf S.*, y de 18 de octubre de 1994, en el caso *G.R. c. Office municipal de la Jeunesse de Landau*,¹¹⁴ relativas a demandas de pensión alimenticia presentadas ante tribunales alemanes sobre la base de una constatación judicial de paternidad de los demandados, domiciliados en Francia, respecto de demandantes, domiciliados en Alemania, consideraron que, remontándose los efectos de la declaración judicial de la filiación al nacimiento del hijo, no era manifiestamente incompatible con el orden público francés la decisión condenando al pago de una pensión alimenticia desde la fecha del nacimiento, dictada conforme a la ley alemana aplicable, especialmente en lo concerniente a los métodos de fijación de la pensión alimenticia y a la prescripción.

En la jurisprudencia austriaca, la sentencia del *Oberster Gerichtshof* de 15 de noviembre de 1968¹¹⁵, relativa a una demanda de alimentos presentada por una súbdita de la RFA, a favor de su hijo, contra un ciudadano austriaco, consideró que la regla de la irretroactividad en cuanto a los alimentos debidos en el pasado, establecida en el derecho de la RFA pero no en el de Austria, no era uno de los principios intangibles del orden jurídico austriaco.

Por lo que respecta a la jurisprudencia italiana, la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 17 de abril de 1991¹¹⁶, en el caso *Perri c. Hogen*, consideró que no choca con el orden público una sentencia extranjera (alemana) que establezca el devengo de la obligación alimenticia a favor de un menor a partir de una fecha anterior a la de la demanda judicial de alimentos, concretamente desde la fecha del nacimiento del menor, bajo el presupuesto de que la necesidad del mismo se había iniciado desde tal fecha. En favor de la no intervención del orden público frente a una condena retroactiva a los alimentos, utiliza argumentos relativos a la necesidad de distinguir los supuestos de alimentos respecto de los mayores y de los menores de edad y al contenido puramente patrimonial de la obligación alimenticia.

Por lo que respecta a la prescripción liberatoria de los créditos periódicos, la jurisprudencia francesa ha estimado que la regla del artículo 2277 del Código civil francés (prescripción quinquenal de los créditos periódicos) no juega de pleno derecho, es susceptible de renuncia y no puede plantearse de oficio por el juez¹¹⁷. En este contexto, sin embargo, la sentencia del *trib. gr. inst.* de Draguignan de 6 de junio de 1968¹¹⁸

¹¹³ Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 6 de febrero de 1962, «*Institut allemand de tutelle c. Geoffroy*», *Clunet*, 1963, p. 452, nota B. Goldman; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 685, nota no firmada; *Cour d'appel* de Aix-en-Provence de 8 de mayo de 1962, «*Munzer c. dame Munzer*», *Clunet*, 1963, p. 460, nota J.-B. Sialelli; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, somm., p. 852; *Cour de Cassation (Civ.)* de 7 de enero de 1964, «*Munzer c. dame Munzer*», *Clunet*, 1964, p. 302, nota B. GOLDMAN; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 344, nota H. BATIFFOL; *Cour d'appel* de París de 16 de noviembre de 1967, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1969, p. 772; *trib. gr. inst. de Draguignan* de 6 de junio de 1968, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1969, p. 772.

¹¹⁴ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 68 y ss., nota B. Ancel.

¹¹⁵ *Österr. JurZ*, 1969, p. 268; *Clunet*, 1972, p. 655.

¹¹⁶ *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, pp. 369-376.

¹¹⁷ Sentencia de la *Cour d'appel* de Aix-en-Provence de 8 de mayo de 1962, «*Munzer c. dame Munzer*», *Clunet*, 1963, p. 460, nota J. B. SIALELLI; *Cour de Cassation (Ch. Civ.)* de 7 de enero de 1964, «*Munzer c. dame Munzer*», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 344, nota H. BATIFFOL; *Clunet*, 1964, p. 302, nota B. Goldman.

¹¹⁸ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1969, pp. 772 y ss.

estimó que, siendo de orden público la prescripción establecida por el mencionado artículo 2277 del Código civil francés, el demandante extranjero no podía reclamar una pensión alimenticia por el pasado más allá del período de cinco años precedente a su asignación.

En cuanto a la acción de reconocimiento de una sentencia extranjera de condena al pago de alimentos, la jurisprudencia italiana ha considerado que nace con la adquisición de fuerza de cosa juzgada de dicha sentencia y está sujeta al plazo de prescripción ordinaria de diez años previsto en el artículo 2946 del Código civil italiano¹¹⁹. Se argumenta que cuando se solicita el reconocimiento (*delibazione*) de una sentencia de condena, por efecto de su naturaleza, se pide no sólo el reconocimiento de la *res giudicata*, de una fuerza ya insita en la sentencia extranjera, sino también la atribución de eficacia ejecutiva, de la idoneidad para desplegar tal fuerza en el ordenamiento jurídico del foro. En particular, la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 16 de febrero de 1993¹²⁰, en el caso *Hählen c. Tringali*, estima que no debilita tal conclusión la imprescriptibilidad del derecho a alimentos, en cuanto tal imprescriptibilidad subsiste indudablemente para los alimentos a exigir en el futuro, no para aquellos que podrían haberse exigido en el pasado (*Nemo in praeteritum alitur*). Por su parte, la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 1 de julio de 1993¹²¹, en el caso *Amministrazione dell'Interno c. Polacco*, estima que la Autoridad intermediaria, haciendo valer el derecho de otro al reconocimiento de la sentencia extranjera, está sujeta al régimen de prescripción de tal acción, independientemente del momento en que tal Autoridad sea activada. Posteriormente, las sentencias de la *Corte di Cassazione* de 1 de octubre de 1996¹²², en el caso *Amministrazione dell'interno c. Tadiali*, y de 17 de diciembre de 1996, en el caso *Amministrazione dell'interno c. Piunno*¹²³, consideran que no está sujeta a prescripción la acción dirigida a la ejecución de una sentencia extranjera en materia de obligaciones alimentarias respecto a menores, en el sentido del Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958.

VIII. CUANTÍA DE LOS ALIMENTOS

La ley extranjera puede adoptar distintos contenidos, en cuanto a la admisión y cuantía de los alimentos, en relación con la ley del foro. Cabe, en primer término, que la ley extranjera no reconozca el derecho de alimentos en ningún caso o en el caso concreto de que se trate. Es posible, en segundo lugar, que la ley extranjera conceda un socorro ínfimo, una suma irrisoria, simbólica, una cantidad insuficiente. Puede, en tercer lugar, la ley extranjera conceder un tratamiento menos favorable que la ley del foro pero sustancial, significativo. En cuarto lugar, la ley extranjera puede conceder un tratamiento más favorable que la ley del foro. Por último, la ley extranjera puede

¹¹⁹ Sentencias de la *Corte di Cassazione* de 16 de febrero de 1993, en el caso *Hählen c. Tringali*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp.117-124; *Corte di Cassazione* de 1 de julio de 1993, en el caso *Amministrazione dell'Interno c. Polacco*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 571-575; *Corte di Cassazione* de 23 de octubre de 1993, en el caso *Hählen c. Tringali*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 628-631.

¹²⁰ *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 117-124.

¹²¹ *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 571-575.

¹²² *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, pp. 936-942.

¹²³ *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, pp. 136-140.

fijar una cuantía excesiva. Cabe contraponer los casos en que la ley extranjera concede alimentos en una cuantía inferior o superior a la ley del foro, por un lado, y los supuestos en que concede una cuantía mínima o una cuantía excesiva, por otro. En la primera disyuntiva (concesión de alimentos en una cuantía inferior o superior a la ley del foro) es posible una constatación objetiva, fáctica. En la segunda disyuntiva (concesión de alimentos en cuantía mínima o excesiva) es precisa una ponderación, una valoración por parte de la autoridad que conoce de la reclamación, una precisión de conceptos indeterminados, en la que interviene un factor de subjetividad, de discrecionalidad, de incertidumbre.

El Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, después de referirse al orden público en el primer párrafo de su artículo 11, en el segundo párrafo afirma que «no obstante, e incluso si la ley aplicable dispone otra cosa, en la determinación del montante de la prestación alimenticia deberán tenerse en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor». Esta cláusula material, aunque independiente de la de orden público (párrafo primero), está estrechamente vinculada con ella, integrando ambos párrafos un mismo precepto.

Como señala el Informe explicativo de Michel Verwilghen¹²⁴, este precepto constituye una importante novedad con relación al Convenio de 1956. Inspirada, al parecer, en el artículo 208 del Código de Napoleón, esta regla responde al deseo de proteger al acreedor de alimentos sin descuidar la situación en que puede encontrarse el deudor. La oportunidad de incluir en el Convenio una cláusula material fue discutida, teniendo en cuenta que la Conferencia se había abstenido en la práctica casi siempre de crear reglas uniformes de Derecho privado material, limitándose a la unificación de normas de conflicto. La reunión en un mismo precepto de dicha cláusula material y de la regla sobre la excepción de orden público, presentaba como ventajas, según señalaba el referido Informe, la de atenuar algo las reticencias de las delegaciones poco favorables a la inserción de la cláusula material y, sobre todo, la de frenar indirectamente el recurso abusivo a la noción de orden público. El artículo 11 no define la noción de «necesidades» del acreedor, ni la de «recursos» del deudor.

En el ámbito americano, la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989, en la línea del Convenio de La Haya sobre ley aplicable de 1973, dispone en su artículo 10 que «los alimentos deben ser proporcionales tanto a la necesidad del alimentatario, como a la capacidad económica del alimentante».

En el contexto comunitario europeo, la sentencia del TJCE (Tercera sala) de 6 de marzo de 1980, en el caso *L. de Cavel c. J. de Cavel* (Asunto 120/79)¹²⁵, asimiló la «prestación compensatoria» tras un divorcio prevista por el Derecho francés a una obligación alimentaria, al ser establecida en función de los recursos y necesidades recíprocas. A su vez, la sentencia del TJCE (Quinta sala) de 27 de febrero de 1997, en el caso *A. Van den Boogaard c. P. Laumen* (Asunto C-220/95)¹²⁶, considera que: «Si de la motivación de una resolución dictada en el marco de un proceso de divorcio resulta que la prestación que acuerda está destinada a garantizar la manutención de un cónyuge necesitado o si se toman en consideración las necesidades y los recursos

¹²⁴ *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Douzième session*, t. IV, *Obligations alimentaires*, pp. 457-459.

¹²⁵ *Rec.*, 1980 (I), pp. 217 y ss. *Vid.* A. Huet, Nota a la sentencia del TJCE de 6 de marzo de 1980, Asunto 120/79 (*De Cavel c. De Cavel*), *Clunet*, 1980, pp. 446 y ss.

¹²⁶ *Rec.*, 1997-2, pp. 1147 y ss.

de cada uno de los cónyuges para determinar su cuantía, la resolución se refiere a una obligación alimentaria...». Por su parte, la Comisión de Derecho europeo de la familia recomienda determinados Principios relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados¹²⁷, entre los cuales el Principio 2:3, concerniente a las condiciones de atribución de la pensión de alimentos, señala que: «La atribución de la pensión de alimentos requiere que el esposo acreedor no tenga suficientes recursos para satisfacer sus necesidades y el esposo deudor tenga la capacidad de satisfacer tales necesidades». La aplicación de dicho principio se desarrolla concretamente en el Principio 2:4, en el que se señala que, a efectos de la determinación de la pensión de alimentos, se tendrán especialmente en cuenta circunstancias que atañen a las capacidades laborales de los esposos, su edad y estado de salud; el cuidado de los niños; la división de tareas durante el matrimonio; la duración del matrimonio; el nivel de vida durante el matrimonio y todo nuevo matrimonio o pareja de hecho duradera. Posteriormente, el Libro Verde sobre obligaciones alimentarias¹²⁸, presentado por la Comisión, de 15 de abril de 2004, señala que la cuestión de las modalidades de fijación de las obligaciones alimentarias reviste un interés particular cuando el acreedor y el deudor residen en países cuyos niveles de vida son muy diferentes, pareciendo plantearse la dificultad más importante «en el caso en que el acreedor resida en un país con elevado nivel de vida, mientras que el deudor sólo percibe, en el país donde reside, un salario insuficiente para hacer frente al pago de las pensiones que le incumben». Por último, la Propuesta de Reglamento comunitario de 15 de diciembre de 2005 señala en su artículo 17.2.º que, «con independencia del contenido de la ley aplicable, deben tenerse en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor en la determinación del importe de la prestación alimentaria».

En el marco del DIPr comparado algunos sistemas incorporan cláusulas materiales, estableciendo que para la determinación de la cuantía de los alimentos se tendrán en cuenta las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor, aun cuando la ley aplicable disponga otra cosa. Así, la Ley alemana de 25 de julio de 1986 dispone en su artículo 18.7 que «para determinar la cuantía de los alimentos se tendrá en cuenta las necesidades del alimentista y la situación económica del obligado a prestarlos, aun cuando el Derecho aplicable determine otra cosa». A su vez, el Código de las personas y de la familia de Burkina Faso, de 16 de noviembre de 1989, establece en su artículo 1042, último párrafo, que «aun cuando la ley aplicable disponga de otro modo, deben ser tenidas en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor en la determinación de la cuantía de la prestación alimenticia». Asimismo, la Ley rumana núm. 105, de 22 de septiembre de 1992, estipula en su artículo 35, último párrafo, que «para la determinación de la extensión de la obligación de manutención será preciso tener en cuenta, aun cuando la ley extranjera disponga de otro modo, las posibilidades materiales del deudor y las necesidades efectivas del acreedor». Así pues, la exigencia de tener en cuenta las necesidades del alimentista y los recursos del alimentante, al determinar la cuantía de los alimentos, se impone, aun cuando la ley extranjera aplicable disponga otra cosa.

En el marco de la jurisprudencia francesa, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 20 de julio de 1936¹²⁹ consideró que la obligación alimenticia, «en cuanto que no

¹²⁷ K. BOELE-WOELKI y otros, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, ob. cit., pp. 159 y ss.

¹²⁸ Documento COM (2004) 254 final, de 15 de abril de 2004, p. 29.

¹²⁹ *Rev. dr. int. pr.*, 1937, pp. 694 y ss., nota H. Batiffol.

tiene más que un carácter provisional y se encuentra subordinada tanto a las necesidades del acreedor como a los recursos del deudor, es de orden público». Años más tarde, la mencionada sentencia de la *Cour de Cassation (Civ.)* de 17 de diciembre de 1958¹³⁰, en el famoso caso *Valentinis*, al distinguir entre principio y modalidades de atribución de la obligación alimenticia, reservaba, en opinión de J. Déprez¹³¹, a la ley extranjera las reglas de atribución de los alimentos, es decir su modo de cálculo, su cuantía y la cuestión de saber si deben ser proporcionados en especie o en natura. A su vez, la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 3 de diciembre de 1964¹³² considera que es de principio que la pensión alimenticia se aprecia en función de las necesidades del hijo y de las facultades respectivas del padre y de la madre, y que, en consecuencia, «es contraria al orden público francés la regla del artículo 1708 del Código civil alemán, que define la obligación de alimentos con relación a las necesidades del hijo que correspondan a la situación de la madre, sin tener en cuenta los recursos del padre». Así pues, la ley alemana prescribía tener en cuenta la situación social de la madre, pero no la del padre. Como señala A. Ponsard, si la sentencia apela al orden público, no es contra el hijo, sino para rechazar el modo de cálculo fijado por la ley alemana y adoptar otro, más favorable al demandante. El sistema alemán podía ser más duro para el padre que el sistema francés, en la medida en que la madre y los parientes maternos no estaban, en principio, obligados a participar en el mantenimiento del hijo, si era suficiente el padre para ello. Pero en el caso, como advierte el mencionado autor, la ventaja era para el padre, puesto que la pensión no tenía que ser proporcional a sus propios recursos, supuestamente importantes, sino sólo a la situación social de la madre. La sentencia de la *Cour de Cassation (Civ.)* de 19 de octubre de 1971¹³³, en el caso *Epoux Darmouni c. veuve El Haik*, consideró que la obligación alimenticia está sometida a la ley del vínculo de familia «bajo reserva del orden público francés, el cual puede intervenir para asegurar el mínimo de asistencia de la ley francesa». Tratándose de una madre tunecina, viuda de tunecino, que actuaba contra su hija y su yerno, y siendo, por consiguiente, aplicable a la obligación alimenticia la ley tunecina como ley del vínculo de familia, se consideró justo, en defecto del conocimiento inmediato de la misma y en razón de la ausencia de recursos de la demandante, sustituir a título provisional la ley extranjera por la ley francesa, condenando a los demandados a pagar una pensión a su madre en tanto se hubiera resuelto sobre el informe del experto relativo a las modalidades de la ley en principio aplicable y se hubieran investigado las necesidades y recursos de las partes. Por otro lado, la sentencia de la *Cour de Cassation (Civ.)* de 7 de noviembre de 1972¹³⁴, en el caso *Dame Todorovitch c. Kufner*, reconoció la eficacia en Francia de un pacto entre dos esposos domiciliados en Munich en proceso de divorcio ante un tribunal alemán, encaminado al reparto entre ellos de la carga de la deuda alimenticia hacia el hijo menor, sin tener en cuenta las necesidades y recursos de las partes, pacto que era válido según la ley alemana que lo regía y que «no podía tener por consecuencia privar al menor de la posibilidad de exigir de su padre el servicio de una pensión alimenticia», fundándose en el efecto atenuado del orden público respecto de los derechos adquiridos en el extranjero. Del mencionado análisis de la jurisprudencia

¹³⁰ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, pp. 692 y ss., nota Déprez; *Clunet*, 1959, pp. 824 y ss., obs. P. Chardenon.

¹³¹ J. DÉPREZ, nota en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, pp. 691 y ss.

¹³² *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965, pp. 697 y ss., nota A. Ponsard.

¹³³ *Clunet*, 1972, pp. 828 y ss., nota M. NISARD; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1973, pp. 70 y ss., nota Simon-Depitre.

¹³⁴ *Clunet*, 1973, pp. 700 y ss., nota G. DE LA PRADELLE; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1973, pp. 691 y ss., nota G.

francesa se desprende que el orden público debe intervenir para asegurar un mínimo de asistencia y atendiendo a las necesidades del acreedor y recursos del deudor.

Dentro de la jurisprudencia italiana, la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 27 de mayo de 1982¹³⁵, en el caso *Gamboz c. Rojc e Avvocato generale della Corte di Appello di Trieste*, a propósito de la eficacia de una sentencia pronunciada por el Tribunal de Lubiana (Yugoslavia) condenando a un ciudadano italiano residente en Italia al pago de alimentos a su hijo natural, de nacionalidad yugoslava, rechaza el motivo del recurso relativo a la cuantía de la prestación (mil dinares al mes), que, según el demandado, sería desproporcionada, teniendo en cuenta que un trabajador ganaba en Yugoslavia alrededor de 1900 dinares al mes. Dicha sentencia considera que el motivo no puede ser acogido, no sólo porque el recurrente hacía referencia al tenor de vida existente en Yugoslavia y no a sus condiciones económicas en Italia, sino sobre todo porque el Tribunal de apelación de Trieste había estimado adecuada la cuantía de la prestación establecida por el Tribunal de Lubiana.

Por lo que a la jurisprudencia alemana se refiere, es preciso poner de relieve que, con carácter general, los Tribunales de dicho país, en lugar de recurrir a la cláusula de orden público internacional, han llevado a cabo una ósmosis entre el Derecho material islámico y el alemán en los supuestos en los cuales los interesados han residido durante largo tiempo en Alemania; recordando dicho *modus operandi* a la controvertida técnica del análisis del Derecho internacional privado en dos escalones. Así, por ejemplo, la sentencia del *Amtsgericht* de *Solingen* de 2 de marzo de 1983, pese a haber considerado como ley rectora de las obligaciones alimenticias, reclamadas por una mujer repudiada a su marido (tanto de las anteriores como de las posteriores a la disolución del vínculo matrimonial), a la legislación egipcia (en tanto que ley nacional común de los cónyuges), ha colmado las lagunas del Derecho material egipcio aplicando las tablas, sobre fijación de la cuantía de tales pensiones alimenticias, elaboradas por el legislador alemán; haciendo especial hincapié en que ello aparece justificado, por un lado, por la falta de especificación de la ley egipcia por lo que al cálculo de la cuantía de las referidas pensiones alimenticias se refiere (que tan sólo obliga a la determinación de su montante conforme a la capacidad financiera del marido, siempre y cuando dicha cuantía cubra como mínimo las necesidades vitales de la mujer) y, por otro lado, por el hecho de haber residido en territorio alemán, desde largo tiempo atrás, tanto la mujer repudiada como su marido¹³⁶. En esta misma línea, aunque en relación con una demanda de modificación de la cuantía por alimentos fijada por una sentencia turca interpuesta por un hijo contra su padre (ambos de nacionalidad turca), cabe destacar la sentencia del *Amtsgericht* de *Düsseldorf* de 10 de noviembre de 1980, la cual tuvo muy en cuenta, a los efectos de la fijación de la cuantía por alimentos, las particulares circunstancias concurrentes en el caso concreto: progenitores divorciados residentes en Alemania, cuantía de los ingresos del padre y de la madre del demandante (los cuales desempeñan su trabajo en dicho país), acusadas diferencias en cuanto al nivel de vida en Alemania y en Turquía, así como las amplias estancias del hijo en territorio alemán (de aproximadamente tres meses al año)¹³⁷.

¹³⁵ *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1983, pp. 644-651.

¹³⁶ *IPrax*, 1984, vol. 4, núm. 2, pp. 102-103, Nr. 33, con la nota aprobatoria de E. Jayme.

¹³⁷ *N. J. W.*, 1981, vol. 34, pp. 1912-1913, Nr. 21.

En el Ordenamiento español, el artículo 146 del Código Civil, redactado por Ley 11/1981, de 13 de mayo, señala que «la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe». Esas necesidades las determina el artículo 142, párrafo primero, en lo «indispensable» para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, suprimiendo la reforma de 1981 la vinculación anteriormente establecida de los alimentos con la «posición social de la familia». A su vez, el artículo 147 admite la revisión de la cuantía por cambio de circunstancias, al señalar que los alimentos, en los casos referidos en el precepto anterior, «se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos». Y según el artículo 152 cesará la obligación de dar alimentos «cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia» (apartado 2.º) y «cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia» (apartado 3.º). Así pues, las necesidades del alimentista y los recursos del alimentante son elementos que inciden sobre la fijación de la cuantía de los alimentos, sobre su posible revisión (reducción o aumento) y sobre la cesación de la obligación de dar alimentos. Por otra parte, en el ámbito de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio (capítulo IX del título IV del Libro I del Código Civil), el artículo 93, redactado por Ley 30/1981, de 7 de julio, señala que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la acomodación de las prestaciones a las «circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento». A su vez, el artículo 97, cuya redacción ha sido modificada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, establece que el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación, en la determinación de cuyo importe, a falta de acuerdo entre los cónyuges, el juez tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, «el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge». Distinto criterio rige naturalmente, por tratarse de obligaciones contractuales, en el ámbito del contrato de alimentos (capítulo II del título XII del Libro IV)¹³⁸, al disponer el artículo 1793 que la extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, «no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe». En el ámbito procesal, el artículo 1609 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil disponía que el que se crea con derecho a pedir alimentos provisionales «ofrecerá acreditar el importe aproximado del caudal, rentas, sueldos o pensiones que disfrute el que deba dar los alimentos, y las necesidades del que haya de recibirlos».

En el marco de la jurisprudencia española, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró de 6 de diciembre de 1982¹³⁹, al señalar la cuantía de la contribución del marido, residente en Alemania, al levantamiento de las cargas del matrimonio que se disuelve, tuvo en cuenta su sueldo y el nivel de vida en ese país,

¹³⁸ Introducido en su actual redacción por el artículo 12 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

¹³⁹ *RJ de Cataluña, Jurispr.*, 1983, pp. 557-559.

notoriamente más caro que en España, lo que se reflejaba en el precio normal de una vivienda módica, considerando que el obligado a prestar alimentos debía atender primero a sus necesidades. A su vez, se establece como cláusula de estabilización, la variación del coste de la vida en España en forma automática, pudiéndose promediar con la variación del sueldo del obligado al pago en Alemania.

Por su parte, la SAT de Madrid de 20 de enero de 1989¹⁴⁰ abordó la cuestión relativa a la fijación de la cuantía de la pensión compensatoria a la mujer, por desequilibrio económico, como consecuencia de una separación, según trabajase el marido en el extranjero (en Nueva York) o en España, por la diferencia de remuneración en cada caso. Estimó que, para fijar el derecho de la esposa a gozar de una pensión compensatoria, había que tener en cuenta los ingresos obtenidos por el marido como funcionario contratado en la agregaduría laboral de la Embajada de España en Estados Unidos y la situación económica de la esposa. Entendió que la cuantía de la pensión había de determinarse por las circunstancias enumeradas en el artículo 97 del Código Civil, entre ellas los medios económicos de uno y otro cónyuge, «sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder al marido o la esposa para solicitar una reducción, supresión o aumento de la pensión por el cambio de las circunstancias de hecho...».

La ya citada SAP de Granada de 23 de abril de 2001¹⁴¹, relativa a una demanda de alimentos provisionales interpuesta por una mujer y su hija contra el marido, todos iraquíes, con residencia en España, considera que «para su concreción se debe estar, como señalan el artículo 11 del Convenio y el artículo 146 CC, al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe». Estima que la necesidad de los reclamantes está fuera de duda, teniendo en cuenta que tanto la madre como la hija carecen actualmente de trabajo y de medios económicos para subsistir. La verdadera oposición del demandado a prestar alimentos, aparte de alegar frente a su esposa la repudiación, era la falta de medios económicos propios. La sentencia, teniendo en cuenta la situación económica del demandado, considera que hay elementos suficientes para condenarle al pago mensual de los alimentos que solicita la esposa y la hija en la cantidad de 40.000 pesetas para cada una, «siendo una cantidad ponderada atendiendo a las necesidades más básicas que se tienen que cubrir con esta suma dineraria y no especialmente excesiva para el obligado a prestarla, teniendo en cuenta, por otra parte, que la ocultación de los datos económicos es imputable sólo al demandado». Es de señalar que el Código iraquí del Estatuto personal dispone en su artículo 39. 3.º que «si resulta evidente que el esposo ha actuado arbitrariamente al repudiar a su esposa, y que la esposa, a causa de esto sufre un perjuicio, entonces el tribunal dictaminará, a demanda de ella, su repudio con una compensación que estará en relación a la condición financiera de él y al grado de su arbitrariedad y fijará un total que no puede exceder de su manutención de dos años además de sus otros derechos establecidos».

Según la doctrina española, el orden público, que impone un mínimo significativo de asistencia, intervendrá frente a una ley extranjera que establezca una obligación alimenticia inferior¹⁴². Tampoco se aplicará una ley extranjera que imponga una obli-

¹⁴⁰ RGD, 1989, pp. 2231-2233; Vid., S. Alvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Civitas, Madrid, 1996, p. 217.

¹⁴¹ *Anuario Español de DIPr.*, 2003, pp. 943 y ss., nota M. Soto Moya.

¹⁴² M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho Civil Internacional*, Madrid, 1975, p.453; A. Miaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado*, 1987, p. 517; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, ob.cit., pp. 474-475.

gación alimenticia en una cuantía excesiva, desproporcionada, a la que no pueda hacer frente el deudor¹⁴³. En la consideración del carácter excesivo o insuficiente de la cuantía de la deuda alimenticia habrá que valorar el nivel de vida o renta de los distintos países (salarios, precios, seguridad social, impuestos...), lo que plantea dificultades cuando el alimentante y el alimentista residen en diferentes países, pues las necesidades del alimentista están en función del país de su residencia, en tanto que los recursos del alimentante han de valorarse atendiendo al país donde éste reside¹⁴⁴.

IX. CESACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Las causas de extinción de la obligación legal de alimentos aparecen reguladas en los artículos 150 y 152 del Código Civil. Según el primero de ambos, la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado. A su vez, el artículo 152 enumera cinco causas de cesación de la obligación de dar alimentos, que atañen a la muerte del alimentista, a la reducción de la fortuna del obligado a darlos, a la mejora de fortuna por el alimentista, a las causas de desheredación y a la mala conducta o falta de aplicación al trabajo del alimentista¹⁴⁵.

La cuestión relativa a la intervención del orden público respecto a las causas de cesación de la obligación de alimentos (cual acontece, p.ej., con las causas de desheredación¹⁴⁶) admite dos posibles hipótesis: la primera, concerniente a la intervención del orden público frente a una legislación extranjera que admita causas no previstas en la legislación española, y la segunda, referida a la intervención del orden público frente a una legislación que no admita causas expresamente establecidas en la legislación española. A estos efectos, hay que evaluar unos criterios que atañen al carácter restrictivo y a la interpretación restrictiva de las causas de cesación de la obligación de dar alimentos previstas en la legislación española (art. 152 CC), a la gravedad de dichas causas, así como al posible carácter chocante de las causas ad-

¹⁴³ A. Marín López, *Derecho Internacional Privado español*, II, 8ª ed., Granada, 1994, p. 230; J.C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p.473; A. Calvo Caravaca/J. Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 6ª ed., Comares, Granada, 2005, p. 215.

¹⁴⁴ P. DOMÍNGUEZ LOZANO, «Artículo 9, Apartado 7», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, t. I, vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1995, esp. pp. 343-344; *Id.*, «Alimentos» (epígrafe IV del capítulo VIII: «Filiación y alimentos»), en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6ª ed. revisada, Eurolex, Madrid, 1995, esp. pp. 379-380; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Las obligaciones alimenticias en el Derecho Internacional Privado español», *REDI*, 1985, pp. 67-108, esp. pp. 100-101; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, ob. cit., pp. 211 y ss. Acude este último autor al ejemplo de una reclamación efectuada por el cónyuge con residencia habitual en Düsseldorf contra el cónyuge con residencia habitual en España, en el que la competencia del estatuto alimenticio alemán no puede llegar hasta la asunción de los criterios de medida previstos en las *Düsseldorfer Tabellen*, que han de entenderse circunscritas a las circunstancias de común residencia de obligado y acreedor.

¹⁴⁵ Frente a la opinión dominante en la doctrina, estima P. BELTRÁN DE HEREDIA, «Art. 152», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. III, vol. 2, Edersa, 1978, que la única causa que extingue verdaderamente la obligación alimenticia es la muerte del alimentista y que las demás causas suponen más que una extinción, una subrogación en el sujeto pasivo (muerte del alimentante), o una suspensión de la obligación (reducción de fortuna del alimentante o mejora de fortuna del alimentista) o una sanción (causas de desheredación y mala conducta o falta de aplicación al trabajo).

¹⁴⁶ El artículo 152.4.º del CC señala que cesará la obligación de dar alimentos «cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación».

mitidas por la legislación extranjera con los principios constitucionales españoles, como el principio de igualdad, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo o religión (art. 14 CE). Así, el orden público podría tal vez intervenir frente a una legislación extranjera que admitiese causas de cesación de la obligación de alimentos no previstas o equivalentes a las previstas por la legislación española, especialmente si no son de gravedad semejante, y debería intervenir frente a una legislación extranjera que establezca causas relativas a la raza, religión o sexo de una persona. Podría quizás también intervenir frente a una legislación extranjera que no admitiese las causas previstas o semejantes a las previstas por la legislación española.

En el terreno de la jurisprudencia, la STS de 12 de julio de 1904¹⁴⁷, en el caso *Hertogs c. Hertogs*, rechazó, de conformidad con el Derecho español, una demanda de alimentos presentada por un hijo contra su padre, ambos de nacionalidad belga, residentes en España, invocando el carácter unilateral del antiguo artículo 9 del Código Civil y la falta de prueba de la jurisprudencia belga. El verdadero móvil de la decisión estaba en la consideración como de orden público de las causas de cesación de la obligación de prestación de alimentos contenidas en los números 4.º y 5.º del artículo 152 del Código Civil español, sin correspondencia en el Derecho belga (faltas de las que dan lugar a desheredación y mala conducta o falta de aplicación al trabajo).

En la doctrina española se ha defendido la aplicación en todo caso de preceptos del foro por razón de orden público en lo que afecta a las causas de cesación de la obligación de dar alimentos.

X. CONCLUSIONES

1. La intervención del orden público está prevista en los diferentes convenios internacionales concluidos en materia de obligaciones de alimentos, tanto por los diferentes Convenios de La Haya sobre ley aplicable y sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (de 24 de octubre de 1956, de 15 de abril de 1958 y los dos de 2 de octubre de 1973), como por la Convención Interamericana de Montevideo de 15 de julio de 1989 sobre obligaciones alimentarias y, en el ámbito de nuestras relaciones bilaterales, por el Convenio con la República Oriental de Uruguay de 4 de noviembre de 1987.

2. Ha sido objeto de controversias la intervención del orden público con relación a la determinación de los acreedores y deudores de alimentos; su carácter cesible, renunciabile o transaccional; el carácter prescriptible de la acción alimenticia; la cuantía de los alimentos y la cesación de la obligación de los mismos.

3. La ordenación jerárquica de las conexiones – ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos, ley nacional común y ley de la autoridad que conozca de la reclamación – efectuada por el Convenio de La Haya de 1973 (arts. 4, 5 y 6) y la intervención sucesiva de las mismas al servicio del objetivo de la prestación de alimentos, así como la inclusión de una cláusula material sobre la determinación del

¹⁴⁷ RGLJ, *Jur. Civ.*, t. 114, pp. 148 y ss.

montante de la prestación alimenticia en el artículo 11, párrafo segundo, son elementos que contribuyen a rebajar notablemente en la práctica la intervención del orden público.

4. El núcleo esencial del orden público internacional, en materia alimenticia, viene constituido por el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo o de religión. La flexibilización y especialización que caracterizan al actual orden público internacional, desprovisto de su tradicional automatismo y rigidez, convierten al referido expediente técnico en un eficaz instrumento al servicio de la protección de la mujer musulmana que se encuentra en una posición económica particularmente débil con respecto a su marido o ex-marido, como consecuencia, en última instancia, de pertenecer a una cultura anclada en el principio de la supremacía del varón sobre la mujer; en la medida en que permite a los órganos jurisdiccionales tener en cuenta los particulares intereses en presencia y circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto. De este modo, el orden público internacional únicamente interviene frente a la legislación islámica competente, en materia de alimentos entre cónyuges o ex-cónyuges, cuando su aplicación en el caso concreto vaya a producir un resultado incompatible con el principio de igualdad jurídica de los cónyuges ante la ley.