

# ALIMENTOS LEGALES DE LOS ABUELOS EN FAVOR DE LOS NIETOS, DESDE EL DERECHO ROMANO A LA ACTUALIDAD

**María José Azaustre Fernández**

Profesora Asociada de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo.

azaustremaria@uniovi.es

**RESUMEN:** Aunque el deber de alimentos entre ascendientes y descendientes es recíproco, el trabajo se ciñe al estudio de la obligación legal de alimentos a cargo de los abuelos, desde su origen en el Derecho romano, pasando por la recepción de esta figura en nuestro Derecho histórico, hasta llegar al régimen vigente y su aplicación jurisprudencial, estudiando los problemas que en su concreción práctica se han ido planteando en las diferentes etapas, como la determinación de los sujetos obligados, el carácter subsidiario de la prestación, y la extensión y alcance de este deber.

**PALABRAS CLAVE:** Abuelos. Deber de alimentos. *Negotiorum gestio*. Nietos.

*Alimentos legais dos avós a favor dos netos, do Direito Romano ao presente*

**RESUMO:** Ainda que o dever de alimentos entre ascendentes e descendentes é recíproco, o trabalho cinge-se ao estudo da obrigação legal de alimentos a cargo dos avôs, desde sua origem no Direito romano, passando pela recepção desta figura em nosso Direito histórico, até chegar ao regime vigente e seu aplicativo jurisprudencial, estudando os problemas que em sua concreção prática se foram propondo nas diferentes etapas, como a determinação dos sujeitos obrigados, o caráter subsidiário da prestação, e a extensão e alcance deste dever.

**PALAVRAS-CHAVE:** Avós. Dever de alimentos. *Negotiorum gestio*. Netos.

*Maintenance obligation arising from grandparents towards grandchildren, from Roman law to the present*

**ABSTRACT:** Even though the maintenance obligation between ancestors and descendants is mutual, this article focusses on the study of the legal duty arising from grandparents, from its origin in Roman law, through the reception of the figure in Spanish historical law, to the current regime, studying the practical problems raised in the different stages, such as the determination of the obligated subjects, the subsidiary character of the obligation and the extent and scope of this duty.

**KEYWORDS:** Grandparents. Maintenance obligation. *Negotiorum gestio*. Grandchildren.

## INTRODUCCIÓN

Los abuelos desempeñan un papel fundamental en la familia, especialmente en lo que se refiere al cuidado de los nietos, de la que muchas veces –con el peligro que toda generalización entraña– son soporte espiritual e incluso material, labor que muchas veces se incrementa tras una crisis matrimonial, y así, por ejemplo, son ellos los que muchas veces se encargan de recoger o entregar a sus nietos para dar cumplimiento al régimen de visitas. De forma lenta, el ordenamiento les va reconociendo algunos derechos, como el de comunicar y relacionarse con

sus nietos (artículos 90.B, 94 y 160.2 CC). Pero al margen del papel que tantas veces asumen de forma espontánea, desde el Derecho romano se les ha exigido prestar alimentos a sus nietos cuando los obligados principales no estén en situación de hacerlo. En las páginas que siguen se analizarán algunas de las cuestiones que históricamente han ido surgiendo a la hora de delimitar el alcance de este deber y de su ejercicio.

## 1. DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS OBLIGADOS

Hablar del deber de alimentos de los abuelos en Derecho romano requiere hacer una serie de distinciones: entre el periodo clásico y el justiniano, entre la familia legítima y la ilegítima, entre los abuelos paternos y los maternos, e, incluso, entre los nietos hijos de un hijo (nietos *ex filio*) e hijos de una hija y ello porque en la peculiar configuración de la familia agnaticia romana, los hijos (y demás descendientes por línea masculina) del hijo *in potestate* quedaban también bajo la patria potestad del abuelo (IJ. 1,9,3), no sucediendo lo mismo con los de la hija. Conviene indicar que todavía existen dudas a la hora de determinar algunos de los sujetos concretamente obligados y el orden exacto en que venían llamados a cumplir este deber de alimentos (ALBURQUERQUE, 2010, p. 208).

Comenzando con el periodo clásico, concretamente a partir de Antonino Pío y Marco Aurelio (siglo II d.C.), momento en el que comúnmente se sitúa el nacimiento de un auténtico deber jurídico de alimentos, al no poder hablarse, antes de esa fecha, más que de un deber social o moral<sup>1</sup>, parece fuera de discusión que el deber recíproco de alimentos existía entre el padre y los hijos legítimos, deber que se extendería a los abuelos y restantes ascendientes paternos<sup>2</sup>.

Más complicado es el papel de los abuelos maternos respecto a los nietos legítimos, al resultar debatido el deber alimenticio de la propia madre en el seno de la familia legítima para

---

<sup>1</sup> Por impedirlo la peculiar configuración de la familia romana, en la que los hijos ni tenían capacidad patrimonial ni podían demandar en juicio al *pater familias*, así como la amplitud de los poderes de este (*ius vitae necisque, ius exponendi, ius vendendi...*). Opina Mordechai Rabello (1979, p. 33) que tal amplitud de poderes respondería a un alto sentido de la responsabilidad por quien lo ejercitaba, calificando Séneca al *pater* de *quasi domesticus magistratus*. Para Perozzi (1928, p. 168) no podía estar jurídicamente obligado a alimentar quien podía matar. No obstante, se insiste en que, aún en época remota, las leyes regias, el control del colegio pontifical, las costumbres o la posibilidad de obtener una mala nota censoria limitarían el abuso en el ejercicio de tales facultades y que el *pater familias* prestase a los que estaban bajo su potestad lo necesario para vivir; en igual sentido, Biondi (1954, p. 291). Kaser (1938, p. 79) considera al deber de alimentos como llamativa excepción al *ius vitae necisque*, subrayando cómo en época imperial el poder del *paterfamilias* se había ido desvaneciendo, concediéndose facultades extraordinarias al *praefectus urbi* para mandar que los hijos presten el obsequio debido a sus padres (D. 1,16,9,3 - Ulp. l. I de off. Procons-; cfr. 154 *in fine* CC). Desde comienzos del Principado se van sentando las bases del deber de alimentos, aunque no puede afirmarse que la obligación fuera exigible en juicio: la *Lex Aelia Sentia* (4 d.C.) establece un deber recíproco de alimentos entre liberto y patrono; el Digesto contiene referencias a Labeón, jurista de comienzos del Principado, en los que defiende que el tutor destine fondos del pupilo para atender a la madre o hermana necesitada (D. 27,3,1,4, Ulp. l. XXXVI *ad Ed.*); hay escritores del siglo I (Séneca, Plutarco o Quintiliano) cuyas obras refieren el deber del hijo de alimentar al padre (DE FRANCESCO, 2001, p. 58 y ss.). Lo que no se puede afirmar es que ya a comienzos de la época clásica la obligación de alimentos fuera exigible en juicio. El procedimiento a través del cual se podrá hacer valer la pretensión de alimentos (a partir del siglo II d.C.) será el de la *extraordinaria cognitio*, desarrollada directamente ante el emperador o ante un funcionario en quien el Príncipe delegaba, generalmente el cónsul, aunque se desconoce si estos tenían competencia por una explícita atribución o conocían más bien por vía de hecho (GUTIÉRREZ BERLINCHES, 2004, p. 147).

<sup>2</sup> Se discute el fundamento del deber alimenticio en Derecho romano: para unos deriva de la patria potestad (LANFRANCHI, 1940, p. 19; ALBERTARIO, 1933, p. 252); para otros de la *pietas* en sentido romano (BONFANTE, 1963, p. 380; ARNDTS, 1879, p. 94); para otros en fin – y para todos en la época justiniana- de la equidad y el afecto de la sangre.

este período. Mientras que un sector, encabezado por Albertario, niega tal deber de la madre<sup>3</sup>, en base, sobre todo, al rescripto de Marco Aurelio por el que se le permite repetir del padre lo gastado para alimentar a la hija (excluyendo lo entregado por amor maternal: D. 25,3,5,14, Ulp. l. II *de off. cons.*; CJ. 2,19,11-) y a las interpolaciones en abundantes pasajes, numerosos estudios concluyen que, ya en el período clásico, la madre vendría obligada a alimentar a su descendencia legítima si el padre había muerto o era pobre<sup>4</sup>. Se insiste a este respecto en que el rescripto comentado por Albertario no excluía el deber alimenticio de la madre y en la reciprocidad que caracteriza a este derecho, por lo que, si existen supuestos en los que el hijo debe alimentar a la madre pobre (D. 27,3,1,4, Ulp. l. XXXVI *ad. ed.*), esta también debería hacer lo propio.

El deber de la madre suele calificarse de subsidiario respecto al del padre; pero resulta dudoso si, en el caso de que el padre haya muerto o sea indigente, tienen preferencia en la obligación la madre o los ascendientes paternos<sup>5</sup>. Lo que está claro es que, en relación a los hijos de la hija, el deber del abuelo materno sería subsidiario, correspondiendo en primer lugar al padre o al abuelo paterno, bajo cuya potestad quedaba, y así lo establece Marcelo en D. 25,3,8:

D. 25,3,8 (Mar., l. I ad. leg. Iul. et Pap.) Non quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent, ita et in feminis est: nam manifestum est id quod filia parit non avo, sed patri suo esse oneri, nisi pater aut non sit superstes aut egens est.

En el caso de la familia ilegítima, también en el período clásico, el deber recíproco de alimentos se da entre madre o ascendientes maternos e hijos ilegítimos, pues ni el padre ni, en consecuencia, los abuelos paternos tenían la obligación de alimentar a la prole ilegítima. De esta obligación del abuelo materno se ocupa específicamente el D. 25,3,5,5:

D. 25,3,5,5 (Ulp., l. II de off. cons.): Item divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur.

En época justiniana se amplía el círculo de sujetos obligados, pudiendo hablarse de un deber general recíproco entre ascendientes y descendientes, y así, en la familia ilegítima se afirma el deber de alimentos del padre, excepto en los casos de uniones nefandas, incestuosas o condenadas (Nov. 89,12,6)<sup>6</sup> aunque no está clara la extensión en este caso al abuelo paterno<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Seguido por Biondi (1954, p. 291), Roberti (1935, p. 26) y Kaser (1938, p. 79).

<sup>4</sup> Zoz (1970, p. 339) considera que si el abuelo materno debe proveer alimento en caso de necesidad del padre *ex D.* 25,3,8, con mayor motivo debería hacerlo la madre (POLO ARÉVALO 2011, p. 66 y ss.; ALBURQUERQUE, 2008).

<sup>5</sup> Para Glück, en el caso de padre *sui iuris* indigente, la madre rica, favorecida por el Derecho sucesorio y unida por vínculos de sangre más próximos, estaría obligada antes que los abuelos; en igual sentido Windscheid (1930, p. 840) y Arndts (1875), a partir de la 9. ed. En contra, afirman la precedencia del deber de los abuelos paternos respecto a la madre Pothier (1821, p. 327), Lavaggi (1958, p. 20), Sachers (1952, p. 427), Pólo Arévalo (2011, p. 67). Alburquerque (2008, p. 9) entiende el deber de la madre como subsidiario del del padre; Zoz (1970, p. 337) considera clara la subsidiariedad del deber de la madre respecto del padre (si provee alimentos lo hará como *negotiorum gestor*) pero dudosa respecto a los ascendientes paternos.

<sup>6</sup> Nov. 89,12,6: *Oportet enim per omnem viam subtilitatem simulque pietatem transire. Si quis igitur habens filios legitimos relinquat et naturales, ab intestato quidem nihil eis existere omnino volumus, pasci vero naturales a legitimis sancimus, ut decet eos secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam, quod videlicet apud nostras leges viri boni arbitrato dicitur. Hoc ipso custodiendo, vel si coniugem quidem habet, filios autem naturales et ex defuncta concubina sibi natos, <ut> et illi alantur ab eius successoribus. De nepotibus enim naturalibus quae iam a nobis specialiter etiam de ipsis disposita sunt obtineant.* Sobre la influencia de la patristica en el Derecho postclásico y justiniano en la materia, Roberti (1935, p. 25 y ss).

<sup>7</sup> Glück (1907, p. 267), entiende que el abuelo paterno debe alimentar al nieto ilegítimo si ha devenido heredero de este, y, considerando la cuestión controvertida en los demás supuestos, acaba por declarar exento de tal deber al abuelo paterno, pues el D. 25,3,5,5 es claro al mencionar únicamente como obligado al materno y a que ni siquiera

El deber alimenticio recíproco de ascendientes y descendientes queda patente en los siguientes fragmentos del Digesto:

D. 25,3,5,2 (Ulp. l. II de off. cons.) Utrum autem tantum patrem avumve patrum proavumve paterni avi patrem ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrobique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini: et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet.<sup>8</sup>

D. 25,3,5,3 (Ulp. l. II de off. cons.) Idem in liberis quoque exhibendis a parentibus dicendum est.

Efectivamente, ante la cuestión de si existe obligación de alimentar solo al padre y los ascendientes paternos, o si también a la madre y a los demás ascendientes por esta línea, señala Ulpiano que es preferible que el juez defienda ambas líneas, dado el fundamento de este deber alimentario (la *aequitas* o el afecto de la sangre, predicable respecto a todos los ascendientes), reservando a este la tarea de examinar detenidamente las pretensiones de cada una de las partes. Es importante esta mención al arbitrio judicial a la hora de ponderar esta obligación alimenticia, que, como veremos, sigue rigiendo en la actualidad. La disposición resulta aplicable en sentido inverso, es decir, respecto a los descendientes que hayan de ser alimentados por los ascendientes. No está resuelta la cuestión de si, en el caso de los abuelos, existe alguna preferencia entre las líneas, esto es, si los abuelos paternos preceden a los maternos o todos ellos están llamados al mismo tiempo<sup>9</sup>.

En ocasiones, la separación o divorcio trae aparejadas consecuencias desde el punto de vista del deber de alimentos de los abuelos. Así, en el Derecho romano se prevenía que, en los supuestos de disolución matrimonial, las mismas disposiciones establecidas para alimentar a la madre pobre o a los hijos indigentes, han de ser aplicadas también en relación a todos los ascendientes y *descendientes* de ambos sexos (Nov. 117,7 y Aut. *Ut liceat matri et aviae*, C.J. 5,24,1)<sup>10</sup>.

Finalmente, para concluir las referencias a los sujetos obligados en el Derecho romano, hay que señalar que el deber de alimentos tanto de padres como de los restantes ascendientes cesa por motivos graves, por ejemplo, haber sido denunciado por el hijo<sup>11</sup>.

En Derecho patrio, algún fuero municipal, como los de Aragón<sup>12</sup>, recoge excepcionalmente el deber alimenticio de los abuelos hacia sus nietos, pero por lo general, los fueros que contienen alguna prescripción en materia de alimentos, se refieren principalmente al deber

---

respecto a los hijos naturales, pese a la existencia de un limitadísimo derecho sucesorio, se imponía al abuelo paterno del hijo natural un deber de alimentar. En este punto Glück (1907, p. 69) resultaba especialmente expresivo: *Il padre, questo padre già contristato dal trascorso filiale, deve anche scontare con il sacrificio di una parte dei suoi beni quel fallo del figlio nel quale non ebbe la più lontana colpa?*. En contra, Voet (1778, p. 138), para quien el abuelo debía alimentar tanto al nieto natural del hijo legítimo como al nieto legítimo del hijo natural

<sup>8</sup> Se admite comúnmente que el fragmento está interpolado (LEVY; RABEL, 1929, p. 111-112)

<sup>9</sup> La cuestión es dudosa para Zoz (1970, p. 341), Orestano (1981, p. 483) y Albuquerque (2010, p. 208). Consideran que no hay que hacer distinción de líneas Bonfante (1963, p. 380) y Glück (1907, p. 266).

<sup>10</sup> El régimen aplicable a la custodia y alimentos de los hijos se establece aquí en función de la culpabilidad en el divorcio y de la riqueza de los cónyuges, frente al libre arbitrio judicial que regía desde Diocleciano y Maximiano (294 d.C) (LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, p. 249-340).

<sup>11</sup> D., 25, 3, 5, 11 (*Ulp., l. II de off. cons.*) Idem iudex aestimare debet, num habeat aliquid parens vel an pater quod merito filios suos nolit alere: Trebatio denique Marino rescriptum est merito patrem eum nolle alere, quod eum detulerat.

<sup>12</sup> En la versión de Vidal Mayor, 6,26, recogida por Martínez Gijón (1984, p. 296): “Et otrosi el padre et la madre et el auuelo et la auuela, si son ricos, deuen ser constreynnidos que gouiernen al fillo et a la filla, al nieto et a la nieta, si son mingoados, según del poderio et las tenenças que han”.

alimenticio del hijo respecto al padre (en raras ocasiones, también respecto a los abuelos)<sup>13</sup>. La recepción del Derecho romano se produce sobre todo en la Part. 4,19,4 (“Que razon escusa al padre o a la madre, que non crian sus fijos, qué eran tenudos de criar”)<sup>14</sup>, relativa al deber de los abuelos de alimentar a los nietos legítimos. Se trata de una obligación subsidiaria (ESCRICHE, 1874, p. 436) que surge cuando el padre y la madre<sup>15</sup>, por pobreza, se ven imposibilitados para proveer lo necesario para criar a los hijos:

Part. 4, 19, 4. Pobredad escusa á las vegadas a los omes, ue non fagan algunas cosas, que eran tenudos de fazer de derecho. E por ende, maguer diximos en la ley ante desta, que el que era en culpa por que se partio el casamiento, que ese era tenudo de dar al otro de lo suyo, con que criasse sus fijos que ouiesen de so vno, razón y ha porque non seria assi. Ca si aquel fuesse pobre, e el otro rico, estonce el que ha de que lo pueda fazer, deue dar de que se crien los fijos. E si el padre, o la madre, fuessen tan pobres, que ninguno dellos non ouiesse de que los criar; si el abuelo, o visabuelo de los moços, fueren ricos, qualquier dellos es tenudo de los criar, por esta razon: porque assi como el fijo es tenudo de proveer a su padre, o a su madre, si vinieren a pobreza; o a sus abuelos, e a sus abuelas, e a sus visabuelos, e a sus visabuelas, que suben por la liña derecha; otrosi es tenudo cada vno dellos, de criar a estos moços sobredichos, si les fuere menester, que descenden otrosí por ella.

La precedencia en el deber alimenticio de la madre respecto a los abuelos, cuando falta el padre o es indigente, se desprende claramente del tenor literal de la norma, circunstancia señalada con cautela por Gregorio López<sup>16</sup>. A continuación compara el Derecho romano y el patrio para el caso de que falten ambos progenitores: si el D. 25,3,8 parecía disponer –dice– que tan solo estaba obligado el abuelo paterno<sup>17</sup>, la ley de Partida parece imponer la obligación de todos los abuelos, aclarando que, “en Derecho patrio, a diferencia del romano, por el matrimonio sale el hijo de la patria potestad, y asi como ambos sucederían a la herencia del nieto, asi deberían también cargar con los alimentos del hijo”.

<sup>13</sup> Capítulo 6 del Fuero de Zamora: “Padre o madre, o avuelo o avuela que a pobridade venieren, e fillos o fillas ovieren, tómnennos elos fillos o las fillas, e lavennos e catennos e mundennos e viestannos e denles a comer e a beber commo a sos corpos, a segundo so poder, como non cayan mal. E se esto no quisieren fazer, vayan elos iuyzes a las casas de los fillos o de las fillas, e échenos fuera de las casas, e metan elos padres e las madres en elas. E coman e beuan e vestan e calcen, e los fillos o las fillas anden de fuera, ata que fagan assi como este libro manda”.

<sup>14</sup> En el Fuero Real encontramos solo una referencia al deber alimenticio de los hijos hacia los padres, y de estos hacia los hijos ilegítimos (FR. 3,8,3).

<sup>15</sup> Según la Part. 4,19,3 la madre debía proporcionar alimentos hasta los tres años (plazo relacionado con la lactancia) y el padre después. Así se venía estableciendo, con matices, en varios fueros municipales (GACTO FERNÁNDEZ, 1969, p. 132 y ss.) y en el FR., 3,8,3. Escribe Pérez y López (1792, p. 368), al respecto: “Los primeros alimentos debidos a los hijos por todo el tiempo de su infancia hasta que hayan llegado a una edad, en que habiendo adquirido mayores fuerzas, parezcan ya capaces de otros más recios, corresponden privativamente a las madres, como la naturaleza misma enseña, proveyéndolas abundantemente, por lo más regular de los medios y facultades necesarias para este efecto quasi desde el instante de sus partos. Después de aquella tierna y delicada edad, corresponde a los padres, y en defecto de éstos a las madres, la obligación de suministrar a sus hijos alimentos proporcionados a su calidad y facultades: beneficio que deben no sólo a los hijos legítimos, sino también a los ilegítimos o naturales, y del que sólo los incestuosos pueden quedar excluidos recayendo en los abuelos y demás ascendientes de la línea paterna y a falta de ellos en los de la materna, toda la obligación de los padres y de las madres, ó ya por muerte, ó ya por imposibilidad de éstos, a quienes verdaderamente suceden en sus derechos y obligaciones sobre los individuos de sus propias familias, y cesando desde luego la misma obligación así para con unos, como para con otros, quando los hijos comen contra ellos cualquiera especie de ingratitud, que justamente los haga merecer esta pena, o quando lleguen a adquirir medios y facultades suficientes para mantenerse por sí mismos, sin socorro ni auxilio alguno de sus padres”.

<sup>16</sup> López (1843), Glosa 4 a Part. 4,19,4 (en relación al Derecho romano) “Parece con todoque primeramente estarán á ello obligados los ascendientes por línea masculina, y en subsidio los ascendientes por línea femenina” – con apoyo en D. 25,3,8 – “de lo que se infiere, que no estará la madre a alimentar al hijo, como no falten el padre o sus ascendientes, o estos sean pobres [...] y respecto a la madre, quizás esta nuestra ley dispone lo contrario”.

<sup>17</sup> Aunque en D. 25,3,5,2 y 3 se establece la obligación alimenticia respecto a los abuelos y demás ascendientes de ambas líneas.

La ley siguiente (Part. 4,19,5) se ocupa de los alimentos de hijos habidos fuera del matrimonio. Respecto a los naturales, habidos de un concubinato notorio, existe el mismo deber de alimentos de ascendientes paternos y maternos que respecto a los legítimos, salvo que medie impedimento al matrimonio de los padres<sup>18</sup>. Para el resto de hijos no legítimos (adulterinos, incestuosos, o mánceres) el deber se circunscribe a los ascendientes maternos, en aplicación del principio *mater semper certa est*, quedando al arbitrio de los abuelos paternos contribuir a su crianza, como podrían hacerlo respecto de cualquier extraño<sup>19</sup>.

Una Pragmática de Carlos III de 23 de marzo de 1776 señala que subsiste la obligación de alimentos del abuelo cuando el nieto menor de 25 años contrae matrimonio sin su consentimiento o consejo, en los casos en que, por defecto de padre y de madre, tal consejo o consentimiento del abuelo sea preceptivo, aunque establece la pérdida de los derechos que en la herencia del abuelo pudieran corresponderle<sup>20</sup>.

Pasando al proceso codificador, llama la atención que el Proyecto de 1820 solo alude al deber de alimentos entre padres e hijos, de un lado y entre cónyuges de otro, igual que el Proyecto de 1836 (arts. 392.10 y 399.2) aunque aquí se introduce una institución novedosa: la de recibir alimentos de los bienes hereditarios<sup>21</sup>, pero entre las personas con derecho a percibir tales alimentos no se menciona a los nietos (art. 2.260).

A partir del artículo 69 del Proyecto de 1851 (que contiene ya una sección específica para los alimentos entre parientes) reaparece, también con carácter subsidiario, la obligación legal de alimentar a los descendientes a cargo de los ascendientes de ambas líneas más próximos en grado<sup>22</sup>, precepto reproducido en el art. 95 del Proyecto de Libro I de 1869. El deber cesa cuando la situación de necesidad provenga de su mala conducta o inaplicación (art. 72). Si el hijo es reconocido por el padre o la madre, tiene derecho a ser alimentado por estos, pero el

---

<sup>18</sup> Aclara Gacto Fernández (1969, p. 138) que los ascendientes paternos y maternos han de alimentar a los hijos legítimos y naturales, y que, según las costumbres de la época, no había motivo para postergar a unos hijos que eran considerados casi igualmente. La Ley 11 de Toro (Nov. R. 10,5,1) refiere las circunstancias que hacen que se tenga a un hijo ilegítimo por natural.

<sup>19</sup> Observa Gregorio López (1843), Glosa 30 a Part. 4,19,5, que la ley no menciona al padre, sino solo a los abuelos paternos como sujetos excluidos de la obligación de alimentar a hijos adulterinos, incestuosos, etc., luego estará obligado, debido a la influencia del Derecho canónico – X. 4,7,5, que, como dice Martínez Gijón (1982, p. 20), contempla solo a los padres, no a los ascendientes. Para Escriche (1874, p. 436), como la falta de certeza de la maternidad no es aplicable a todos los espurios, sino solo a los de mujeres que se prostituyen a muchos hombres, la exclusión de los abuelos paternos solo procederá frente a los mánceres o hijos de rameras, pero no frente a los adulterinos e incestuosos cuyos padres sean conocidos y ciertos: “¿Y sería justo, por otra parte, gravar enteramente con la carga de alimentos a la madre y sus ascendientes y dejar exonerado al padre y los suyos? ¿sería conforme a la equidad que de dos cómplices en un mismo delito sufriese el uno toda la pena y el otro quedase sin ninguna? ¿Merecerá más consideraciones a la justicia un seductor corrompido, que la joven incauta y débil a quien sedujo, y los padres de la víctima, serán de peor condición que los del que causó la deshonra a su familia?”

<sup>20</sup> Nov. R. 10,2,9,2 y 3 “Si llegase á celebrarse el matrimonio sin el referido consentimiento o consejo, por este mero hecho, así los que lo contraxeren, como los hijos y descendientes que provinieren del tal matrimonio, quedarán inhábiles, y privados de todos los efectos civiles, como son el derecho á pedir dote o legítimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres, que pudieran corresponderles por herencia de sus padres o abuelos, á cuyo respeto y obediencia faltaron contra lo dispuesto en esta pragmática; declarando como declaro por justa causa de su desheredacion la expresada contravencion o ingratitud, para que no puedan pedir en juicio, ni alegar de inoficioso o nulo el testamento de sus padres o ascendientes; quedando estos en libre arbitrio y facultad de disponer de dichos bienes á su voluntad, y sin mas obligacion que la de los precisos y correspondientes alimentos”. Los mismos efectos tiene la falta de consentimiento del padre.

<sup>21</sup> Para Lasso Gaité (1970, p. 148), equivalen a una legítima limitada.

<sup>22</sup> Artículo 69 del Proyecto de 1851: “A falta de padre y madre, los ascendientes de ambas líneas mas próximos en grado tienen obligación de alimentar á sus descendientes”. Informa García Goyena (1852, p. 84), que, aunque algunos autores propugnaron extender el deber de alimentos hacia el nieto natural cuyo padre es legítimo y al nieto legítimo cuyo padre fuera natural, el art. 779 prohíbe la existencia de efectos civiles entre el hijo natural y los parientes legítimos del padre o madre.

deber no alcanza en este caso a los abuelos, pues el reconocimiento es un acto personal que no puede producir obligaciones contra un tercero (art. 130) (GARCÍA GOYENA, 1852, p. 145).

Posteriormente, la Ley Provisional del Matrimonio Civil de 1870 señala como obligación derivada de la patria potestad, el deber de los cónyuges de criar, educar, según su fortuna, y *alimentar* a sus hijos y *demás descendientes, cuando éstos no tuvieran padres y otros ascendientes en grado más próximo*, o estos no pudieren cumplir las expresadas obligaciones (art. 63), cesando la obligación por mala conducta del descendiente o falta de aplicación al trabajo. Por último, el art. 122.1º párr. 2º del Proyecto de 1882 dispone, en relación a la familia legítima, que “El derecho a alimentos es recíproco entre padres e hijos, y se extiende a los demás ascendientes y descendientes según el orden de proximidad”.

El Código civil, en su redacción original de 1889, limitaba en su art. 143 el deber recíproco de alimentos, en toda su extensión, a los ascendientes y descendientes legítimos (143.2) a los legitimados por concesión real y sus descendientes legítimos (143.3) y a los hijos reconocidos, así como a los descendientes legítimos de estos (143.4). Si bien se señalaba un deber recíproco de prestarse los auxilios necesarios para la subsistencia entre padres e hijos ilegítimos en quienes no concurría la condición legal de naturales, sin embargo, no se hacía extensivo este deber a los abuelos y ulteriores ascendientes.

El art. 144 establece un orden de prelación para la reclamación de los alimentos, precisando que los ascendientes solo están llamados a prestarlos en defecto de cónyuge o descendientes<sup>23</sup>. Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima del alimentista. Si son varios los obligados, el reparto no se hace a partes iguales sino en proporción a su caudal respectivo (CUENA CASAS, 2013, p. 1470)<sup>24</sup>. En caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a prestarlos provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás la parte correspondiente.

Como punto final de este recorrido histórico, la Ley 11/1981, de 13 de mayo modifica el art. 143 CC señalando como sujetos obligados a alimentos a los cónyuges y a los *ascendientes* y descendientes, sin distinción por razón de filiación. Como particularidades de algunos derechos forales merece citarse la exención de la obligación para los parientes discapacitados en Derecho catalán, salvo que previsiblemente sus posibilidades excedan de sus necesidades futuras (art. 237-3 del CC de Cataluña) y la imposición al cónyuge usufructuario en los derechos aragonés y navarro de un deber de alimentos a los hijos y *descendientes* no comunes del cónyuge premuerto.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Sin embargo, el artículo 2.3 del RD. de 12 de diciembre de 1925, por el que se aprueba el Apéndice de Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, establecía un orden de prelación completamente distinto para dicho territorio foral: “Cuando el padre o la madre sobrevivientes no puedan cumplir, o mientras tanto no se haga efectiva la obligación de mantener a los hijos y también por fallecimiento de aquellos, estos serán recibidos y alimentados por el abuelo paterno, en su defecto, por el materno, en defecto de ambos, por la abuela paterna, y, si falta esta, por la materna. Al ascendiente que asuma tal obligación le serán entregados, si existen, bienes o productos del menor suficientes para costearlo”. La Compilación de Derecho civil foral de Aragón de 1967 no contiene ya ninguna previsión al respecto.

<sup>24</sup> Pese a que, según el 940 CC, si los ascendientes son de líneas distintas pero de igual grado, una mitad correspondería a los paternos y otra los maternos, la remisión a las normas de la sucesión legítima no puede llevar a vulnerar el principio de capacidad económica, por lo que todos los abuelos habrían de prestar alimentos en proporción a su caudal respectivo y no en lo que heredarían al alimentista.

<sup>25</sup> Art. 298 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas Código de Derecho Foral de Aragón y ley 259 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

Dos cuestiones afloran actualmente en la práctica a propósito del deber alimenticio de los abuelos: el de la demostración de la falta absoluta de medios económicos de los padres, dado el carácter subsidiario de su obligación respecto a la de estos y el de la existencia o no de litisconsorcio pasivo necesario en caso de pluralidad de obligados.

En relación al primer problema, las sentencias más antiguas suelen ser reacias a considerar probada la falta de recursos, remitiéndose a la valoración de la prueba efectuada en la instancia (STS de 7 de septiembre de 1860 -CL 252, 1861-; 10 de enero de 1906 -CL 13- y 27 de abril de 1911 -CL 42, 1912- en esta última se consideró que la declaración de pobreza obtenida por el padre demandante solo surtía efectos procesales y no sustantivos). En cambio, se concedieron alimentos a unos nietos cuyo padre, aun no incapacitado para el trabajo, no podía suministrar alimentos por no consentirle el servicio militar, aceptado por su libre voluntad, dedicarse a una ocupación lucrativa (SSTS de 30 de abril de 1923, CL 41 y 24 de noviembre de 1925, CL 158). Si el padre ostenta una capacidad económica mínima, pero suficiente para hacer frente a las necesidades del alimentista, no puede admitirse la existencia de acción contra los abuelos paternos (SAP Cádiz de 2 de mayo de 2002, JUR\2002\185944). Por último, del carácter subsidiario de la obligación de los abuelos se desprende que los padres no pueden alegar la ausencia de necesidad de una hija “porque le proporcionan alimentos los abuelos maternos” (SAP Madrid de 24 de febrero de 2015, JUR\2015\101553)<sup>26</sup>.

Es jurisprudencia reiterada la de que no es preciso haber demandado previamente a los obligados principales, esto es, los padres, “por el gravamen que representaría tener que sostener litigios sucesivos y eliminatorios para llegar a determinar el sujeto pasivo que, por sus recursos económicos, pudiera levantar y atender la carga alimentaria” además de requerirlo así “los apremios de la deuda alimenticia”. Ahora bien, aunque no se les demande, hay que demostrar que los llamados con preferencia no se encuentran en situación de contribuir. Así lo afirman, con carácter general, la STS de 13 de abril de 1991 (RJ 1991/2685) y STS de 5 de abril de 1902 (CL 95) y, específicamente para el caso de los abuelos las sentencias A.P. Asturias de 66/2003 de 31 enero (JUR\2003\134774), AP de Las Palmas 30/2003 de 6 de febrero (JUR\2013\164773) y AP de León de 12 de junio de 2002, (JUR\2002\211076)<sup>27</sup>.

Respecto al segundo de los problemas mencionados, el de pluralidad de sujetos obligados (abuelos paternos y maternos) se aprecia diferente criterio respecto al aplicado en las reclamaciones alimenticias contra los padres. Así, la STS 326/1994 de 12 de abril (RJ 1994\2789), sobre reclamación a un padre de alimentos para unas hijas mayores, indica que ha de demandarse a todos los obligados, por entender que la demanda dirigida exclusivamente contra uno de ellos, solo podría admitirse en los casos del 145.2, esto es, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, no concurrentes en el supuesto<sup>28</sup>. Ahora bien, la STS de 2 de diciembre de 1983 (RJ\1983\6816), en la que se reclamaban alimentos a los abuelos paternos, concluye que no se da una situación litisconsorcial que obligue a demandar a la abue-

---

<sup>26</sup> “Siendo así que la encomiable actitud de unos abuelos que, ante el incumplimiento de un padre de alimentar a su hija no dejan a su nieta desamparada prestándole la necesaria ayuda para sobrevivir, ni exonera al padre incumplidor de su obligación de prestar alimentos a su hija ni genera la obligación de los abuelos de prestar los alimentos a su nieta por delante de los padres de esta” (Fundamento jurídico 4º)

<sup>27</sup> La sentencia pese a no “desconocer el problema social que supone el incumplimiento de las sentencias de separación, por la vía del fraude de cambiar de trabajo evitando tener una nómina controlada” insiste en la falta de prueba de la falta de recursos del marido y de la propia actora.

<sup>28</sup> En este caso, la madre, farmacéutica de profesión, interponía demanda de alimentos en nombre de sus hijas mayores de edad para gastos de instrucción y educación, contra su padre. El Tribunal Supremo dice poder llegar a comprender la postura de la Audiencia que eludía el litisconsorcio pasivo necesario en razón de las dificultades y retrasos que entrañaba la admisión de tal excepción, pero recordando su misión unificadora de doctrina jurisprudencial, se niega a consagrar la tesis de que es viable, de forma indiscriminada, demandar a uno solo de los obligados a alimentos, cuando hay varios obligados en el mismo grado.

la materna, que ya estaba cumpliendo dicho deber de forma espontánea de acuerdo con sus posibilidades, diciéndose que tal llamada no sólo sería innecesaria, sino temeraria<sup>29</sup>.

Las sentencias de las Audiencias Provinciales no siguen un criterio unánime: para algunas no es necesario demandar conjuntamente a todos los obligados, no siendo oponible la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (S.A.P. de Girona de 2 noviembre 1994 AC\1994\2227 y S.A.P. de Ourense de 8 de octubre de 1996, AC\1996\1824); para otras, en cambio, solo cuando el actor acreditara que los padres son insolventes, podría acceder a la reclamación a los ascendientes en línea recta de segundo grado, es decir, a los abuelos, “en cuyo caso resultarían obligados de forma mancomunada tanto los abuelos paternos como los maternos, *resultando necesario demandar a todos ellos conjuntamente para establecer el porcentaje de participación de cada uno de los mismos según su posición económica*, so pena de incurrir en una falta de litisconsorcio pasivo necesario” (S.A.P. de Barcelona de 17 de noviembre de 1999, AC\1999\2293). Finalmente, para la S.A.P. de León de 12 de junio 2002 (JUR\2002\211076) deben acreditarse los medios económicos de los abuelos maternos a fin de ponderar los alimentos que corresponderían a la abuela paterna, aunque no llega a hablar de litisconsorcio.

## 2. POSIBILIDAD DE RECLAMACIÓN ULTERIOR DE LOS ALIMENTOS PRESTADOS

En el Derecho romano los alimentos prestados a un nieto, si se demostraba que no habían sido entregados *ratione pietatis*, podían ser reclamados posteriormente. Así resulta de D. 3,5,33 (Paul., l. 1, Quaest.), en el que los herederos de una abuela, administradora de los bienes del nieto, eran demandados por los herederos de éste mediante la acción de gestión de negocios ajenos, por entender que los alimentos habían sido dados por cariño, por lo que no existía obligación de devolverlos; para los herederos de la abuela, había que entender justamente lo contrario<sup>30</sup>. Considera Paulo que hay que estar a la intención con la que se hubieran prestado los alimentos en el caso concreto, especialmente si estos se habían puesto, como era el caso, en la cuenta de gastos. El pasaje está en consonancia con otros que permiten repetir los alimentos no entregados por oficio de piedad, como ocurre en relación a la madre en D. 25.3.5.14 (*Ulp. l. II de off. Cons.*) y CJ. 2,19,11:

**D. 3,5,33** (Paul., l. 1, Quaest.): Nesennius Apollinaris Iulio Paulo salutem. Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione: reputabant heredes aviae alimenta praestita nepoti. Respondebatur aviam iure pietatis de suo praestitisse: nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta essententiarum praeterea constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. Ex contrario dicebatur tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater probaretur: at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis cum aluisse. Tractatum est, numquid utroque patrimonio erogata videantur. Quaero quid tibi iustius videatur. Respondi: haec disceptatio in factum constituit: nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. Quid enim si etiam protestata est se filium ideo alere, ut aut ipsum aut tutores eius conveniret? Pone peregre patrem eius obisse et matrem, dum in patriam

<sup>29</sup> Cuena Casas (2013, p. 1473), aun sin dudar del acierto de la sentencia desde un punto de vista práctico, critica que al no llamar al procedimiento a uno de los alimentantes por estar cumpliendo voluntariamente, se impide la valoración de su capacidad económica. En igual sentido Martínez Rodríguez (2002, p. 202).

<sup>30</sup> Accursio gl. *ex contrario dicebatur* considera que los herederos de la abuela pueden argumentar que no se puede pedir lo que esta hubiere gastado en alimentar al nieto, al no ser fácil ver a una mujer donar, pues su género es avarísimo (CORPUS, 1966, p. 413)

revertitur, tam filium quam familiam eius exhibuisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem divus Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti facilius putabo aviam vel heredes eius audiendos, si reputare velint alimenta, maxime si etiam in ratione impensarum ea rettulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur.

En las Partidas quedaba al arbitrio de los abuelos paternos la contribución a la crianza de los nietos ilegítimos no naturales, “por que non mueran”, como podrían hacerlo respecto a cualquier extraño. En esta circunstancia, conforme a la Part. 4,20,3, los gastos se presumirían realizados *ratione pietatis* y no nacería derecho de repetición, salvo que al principio de la crianza se hubiera advertido la intención de cobrarse los gastos realizados<sup>31</sup>. Por otra parte, según la Part. 4,19,7 no se admite la restitución de los alimentos interinos, aunque en la sentencia definitiva se negasen (GARCÍA GOYENA, 1852, p. 82). La legislación alfonsí será posteriormente recogida en la Nov. R. 7,37,25 y 26<sup>32</sup>.

En la STS de 19 de enero de 1885 (CL 412) el Alto Tribunal consideró con derecho a devolución de lo abonado indebidamente en concepto de alimentos al abuelo que se ocupó de los gastos de su nieta menor, de los que su padre se había desentendido. Pone especial cuidado el relato de los hechos en destacar como el abuelo no había obrado *ratione pietatis*, sino “bajo el supuesto racional y justo de que sería indemnizado de una manera prudente y equitativa”.

Posteriormente surgió una jurisprudencia, precisamente en relación a devoluciones de alimentos reclamados por los abuelos, en las que se sentó la doctrina de que no puede darse efecto retroactivo a la sentencia de segunda instancia que disminuye la pensión alimenticia asignada en la primera, “de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida” (SS.TS. 30 de junio de 1885-CL 289-, 26 de octubre de 1897 -CL 119- y 18 de abril de 1913 -CL 31 de 1914-). Dicha jurisprudencia ha sido aplicada recientemente en la STS 202/2015, de 24 de abril (RJ 2015/1915) como argumento adicional para rechazar la demanda de devolución de alimentos tras la sentencia que reconocía la falta de paternidad biológica del demandante.

El actual 1894 CC recoge el régimen romano y de Partidas, si bien ahora la presunción es contraria a la entrega *ratione pietatis*:

“Cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos”.

Aunque no se han encontrado demandas recientes de devolución de alimentos por parte de los abuelos, cabría considerar la posibilidad de que los abuelos pidieran, con base a este precepto, una devolución de los alimentos prestados indebidamente a los nietos en el caso de que el padre o la madre se encontraran en situación de prestarlos. En teoría parece posible, no faltando autores partidarios de extender el concepto de “extraño” del artículo a todos los no

<sup>31</sup> López (1843) en la gl. 164 a Part. 5,12,35 indica que en caso de duda, no se presumirá haber ogrado por motivo de piedad, porque por punto general la donación no se presume. Por otro lado, señala Pérez y López (1792, p. 367) que la obligación de alimentos de la madre desde que el hijo cumple tres años es subsidiaria de la del padre, por lo que si presta alimentos podrá reclamarlos con posterioridad: “Como no corresponde a las madres, según se ha dicho, la obligación de dar alimentos a sus hijos después de aquella edad, mientras vivan y tengan facultades para suministrárselos sus padres; se infiere claramente, que si viviendo éstos y no pudiéndoselos dar, se los suministraren sin embargo las madres, podrán siempre que quieran reclamarlos, quedándolas por tanto, la acción negotiorum gestor para repetir las impensas causadas en los mismos alimentos, á no ser que se los hayan suministrado con ánimo e intención de donárselos”.

<sup>32</sup> Los terceros no obligados podían reclamarlos a los padres y a los mismos hijos en caso de insolvencia de aquellos, aunque se los hubiese dado por orden expresa de estos “pues entre los hijos y el tercero se forma un cuasi-contrato que impone a los primeros la obligación personal de satisfacer lo que le dio el segundo para su subsistencia” (ES-CRICHE, 1874, p. 437).

obligados a la prestación alimenticia (JIMÉNEZ MUÑOZ, 2006, p. 762; ANDRÉS SANTOS, 2010, p. 2037)<sup>33</sup>, incluyendo a sujetos enumerados en el 144 CC que presten alimentos existiendo obligados de rango superior (SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, p. 1417). También hay que tener en cuenta que se exige la falta de conocimiento del obligado, requisito con el que la doctrina se ha mostrado muy crítica<sup>34</sup>.

El art. 237-11 del CC catalán permite reclamar los alimentos prestados a la entidad pública o privada o *cualquier otra persona que preste alimentos* si el obligado no lo hace, siempre que conste que no se dieron desinteresadamente, prescindiendo además del requisito de la falta de conocimiento del obligado a prestarlos, pero limita la cuantía a las pensiones correspondientes al año en curso y al año anterior a este.

### 3. POSIBILIDAD DE CUMPLIR LA OBLIGACIÓN EN EL DOMICILIO DEL ALIMENTANTE

La prestación alimenticia en Roma podía consistir en la entrega de una suma de dinero o de una prestación en especie (D. 2,15,8,24, Ulp. l. V *de omn. trib.*)<sup>35</sup> que podía realizarse o no en el domicilio del obligado, según los casos. Señala Perozzi (1928, p. 170) que el magistrado era libre para establecer el tiempo, forma y modo de la alimentación, pudiendo ordenar la prestación de lo que denomina alimentos inmediatos o propios (los prestados *in natura*), o alimentos mediatos o impropios, cuando la prestación se fija en dinero<sup>36</sup>. En ocasiones, era la ley la que fijaba el lugar de cumplimiento de la prestación alimenticia, que no tenía por qué coincidir con el domicilio del alimentante; así la Nov. 117,7 ordena que cuando el divorcio fue por culpa del marido y la madre ha pasado a segundas nupcias, los hijos han de ser alimentados en poder de la madre *sufragando el padre los gastos*. El testador podía imponer como condición que los alimentistas convivieran con el alimentante o que vivieran en un determinado lugar, como un templo, o en el lugar donde el testador tuviera su sepulcro<sup>37</sup>, lo que en principio había de respetarse, pero se admitían excepciones en caso de crueldad inmoderada del heredero (D. 34,1,13, Paul, l. XIV *Resp.*) Se podía transigir sobre el lugar o forma de cumplimiento de la obligación, aunque tales transacciones requerían aprobación del pretor para evitar perjuicios a los alimentistas necesitados. Efectivamente, entre las justas causas para la validez de estas transacciones se incluyen la de “si el heredero tenía el domicilio en un punto y el alimentario en otro”, “si uno de ellos decide trasladar su domicilio”, o “si urge por algún motivo tener dinero en el acto” (D. 2,15,8,9, Ulp., l. V *de omn. trib.*).

<sup>33</sup> Contra, Núñez Lagos (1957, p. 517) entiende que nos encontraríamos ante un gestor familiar, al que se aplicarían las reglas de pago por otro del 1158 CC. Para Martínez Rodríguez (2002, p. 552) no se ha de presumir la liberalidad del tercero por tener estrechos vínculos con el necesitado, pues la norma no establece distinciones.

<sup>34</sup> Se trata de un requisito desconocido en el Derecho romano y el histórico (MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, 2002, p. 553 y ss). Núñez Lagos (1957, p. 513) cree que el 1894.1 no deroga el 1.158, que reconoce la acción por el enriquecimiento como supletoria de la de pago por otro. De otra forma se consagraría un enriquecimiento injusto en el *dominus* y una situación antisocial, al privar al gestor de toda acción solo porque el obligado conozca que sus parientes están siendo atendidos. Díez Picazo (1989, p. 570) destaca como este es justamente uno de los supuestos donde la doctrina admite una gestión *prohibente domino*.

<sup>35</sup> También los papiros egipcios revelan que la prestación podía ser en dinero o en especie (TAUBENSCHLAG, 1971, p. 507).

<sup>36</sup> En D. 27,2,1, pr. y 1 (Ulp., l. XXXIV ad ed.) se indica que muchas veces el pretor debe señalar dónde deben ser alimentados los hijos póstumos o los pupilos, pudiendo, en ocasiones, apartarse de la voluntad del padre. Otras veces la determinación correspondía al juez (CJ. 5,25,3).

<sup>37</sup> D. 34,1,18,5, Scaev. l. XX dig.

En el Derecho común se entiende que el alimentante tenía derecho a mantener al alimentista en su propia casa, salvo en supuestos en que la convivencia era imposible (PADIAL ALBAS, Barcelona, 1997; COBACHO LÓPEZ, 1990, p. 107). En el siglo XVI, Surdi (1594, p. 153 y ss.), en su *Tractatus de Alimentis*, aunque parte de que la voluntad del testador es ley, debiendo, por tanto, el alimentante cumplir la prestación en su casa si esta condición fue impuesta por el testador, señala varias causas por las que, no pudiendo el alimentista habitar en casa del heredero, puede pedir al juez la prestación *extra domo*, recayendo, eso sí, sobre el alimentista la carga de la prueba: odio o litigio pendiente entre las partes, sevicias, carácter pendenciero de la mujer del heredero, peligro de impudicia si es joven el alimentista o deseo de éste de habitar con su mujer e hijos, pues no debe separarse a los esposos o a los padres de los hijos. Se trata, en suma, de proteger al alimentista cuando el cumplimiento de la prestación en casa del alimentante pudiera resultar peligrosa o perjudicial. En cuanto al cambio de domicilio por decisión del heredero, si es hecha por simple voluntad, el alimentista puede pedir que se le presten los alimentos fuera de ésta; en caso de hacerse por necesidad del alimentante, por el contrario, no podrá formular tal petición.

En nuestro país, antes de la Ley del Matrimonio Civil se discutía si, en casos determinados, podría cumplirse fuera de casa del heredero la prestación de alimentos impuesta por el testador para ser realizada en el domicilio de este. La doctrina se mostraba favorable a tal posibilidad, destacando que la cohabitación no es esencial para la prestación de alimentos y el suplicio que puede suponer convivir con una persona enemiga (OTTO Y CRESPO, 1862, p. 186). Por otro lado, doctrina y jurisprudencia solían negar al padre el derecho a exigir a los que no estuvieran bajo su potestad que percibieran los alimentos en casa y compañía (MANRESA Y NAVARRO, 1956, p. 839).

Ya Escriche (1874, p. 442) planteaba las ventajas e inconvenientes de esta forma de cumplimiento de la obligación, pues, si, de un lado “no puede forzarse al alimentista a que se aloje y reciba su subsistencia en casa del deudor, porque tal vez se creará humillado con esta sujeción, o temerá no encontrar todos los miramientos debidos a su desgracia, o se expondrá a sufrir malos tratamientos”, de otro “si el deudor no puede pagar la pensión alimenticia, fuerza será entonces que el alimentista se acomode a vivir en su compañía, con tal que nada tenga que temer”.

El artículo 78 de la Ley Provisional del Matrimonio Civil de 1870 indicaba que el alimentista tendrá que vivir en compañía del que debiere satisfacer los alimentos, si este justificare no poder cumplir de otro modo su obligación por la escasez de su fortuna. Con la promulgación del Código civil se cambia el sentido del precepto, de carácter imperativo, sustituyéndolo por un derecho de opción en favor del alimentante, disponiendo el art. 149 CC que “el obligado a alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se le fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”<sup>38</sup>. No obstante, examinando el proceso codificador se encuentran antecedentes de esta disposición, si bien no llegaron a plasmarse en los respectivos proyectos<sup>39</sup>.

Los tribunales siempre entendieron que el derecho del 149 no tiene carácter absoluto e inflexible, subordinándolo a la doble condición de que el deudor tenga domicilio propio y de

---

<sup>38</sup> Scaevola (1942, p. 469) destacaba el silencio legislativo sobre el lugar de cumplimiento de la obligación cuando esta haya de efectuarse pagando una pensión, recogiendo la STS de 16 de enero de 1866 que señala que, en la duda, debe resolverse en contra del obligado a darlos. También destaca, refiriéndose al Derecho foral aragonés cómo el derecho de opción concedido al alimentante por el 149 CC para que pueda mantener en su casa al alimentista se convierte, en la legislación foral aragonesa, en un deber ineludible (CUENA CASAS, 2013, p. 1470).

<sup>39</sup> En los trabajos preparatorios del Proyecto de 1851 ya figuraba la opción de tener en casa al beneficiario o de pagar los alimentos, que no pasó al proyecto definitivo (LASSO GAITE, 1970, p. 175)

que no exista estorbo legal o moral para que el acreedor se traslade a ella y reciba allí los alimentos (MARÍN LÓPEZ, 2009, p. 623)<sup>40</sup>. Finalmente, la L.O. 1/1996, de 15 de enero, introdujo un segundo párrafo en el citado artículo, en el que, corroborando la jurisprudencia sobre el particular, pasa a primer término el interés primordial del menor. En consecuencia “esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concorra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”.

En el caso de los abuelos alimentantes, nuestros tribunales, al examinar el caso concreto, tienden a valorar si del conjunto de las circunstancias resulta que nada obsta al cumplimiento de la obligación en el domicilio de los abuelos, accediendo entonces a la petición y denegándola en caso contrario. La S.A.P. de Sevilla 6/2009 de 15 enero (JUR\2009\211785) acogió la petición subsidiaria de los abuelos paternos de prestar alimentos en su propia casa, a sus tres nietos, pues nada obstaba en este caso el ejercicio del derecho de opción, toda vez que el hijo mayor ya estaba recibiendo la pensión alimenticia en casa de los abuelos, encontrándose su casa tan solo a una distancia de doscientos metros. En cambio, la STS de 2 de diciembre de 1983 (RJ\1983\6816) entendió que, ante la colisión entre el derecho de opción del 149 y los obstáculos de orden moral como serían la dispersión de la familia al pasar unos hermanos al cuidado de los abuelos de un lado y los derechos-deberes que para la madre derivan de la patria potestad de tenerlos en su compañía para cumplir las funciones que el art. 154 CC le asigna, de otro, da primacía a estos últimos, máxime porque la edad de los alimentantes (septuagenaria y octogenaria), haría difícil el cumplimiento de la totalidad de los deberes que se comprendan en el amplio concepto de alimentos<sup>41</sup>. Coincide esta sentencia con la pronunciada casi un siglo atrás, el 25 de noviembre de 1899 (CL 85) según la cual no cabía el derecho de opción cuando, para prestar los alimentos el alimentante en su casa, tiene que hacer salir a sus nietos de la casa y poder de la madre, arrebatándole la patria potestad y privándole de atender a sus primeras y más urgentes necesidades.

#### 4. EXTENSIÓN Y CONTENIDO DEL DEBER

A la hora de determinar la procedencia de la prestación de alimentos a los nietos, hay que atender a la situación del alimentante, y en la fijación del monto de esta pensión, tanto si es uno como si son varios los obligados, el juez actuará ponderando las circunstancias de cada caso, según norma de actuación que encontrábamos ya en D. 25,3,5,2 (Ulp. 1. II *de off. cons.*) Ejemplos de esta actuación los encontramos en la SAP de Barcelona 265/2012 de 19 de abril (JUR\2012\219509), en la que se rechaza la petición de aumentar la forma de contribución de alimentos del abuelo codemandado “habida cuenta que ya se impone la de obligación del pago del comedor escolar (asumida voluntariamente por el abuelo), que subsiste la obligación del padre de los menores con carácter preferente, que se abonan algunas cantidades y que el Sr. D. tiene además otras cargas que afrontar como es el abono de los alimentos de su propio hijo enfermo”.

<sup>40</sup> La STS de 31 de enero de 1902 (CL 30) rechaza la opción de alimentar en su propia casa respecto a una hermana constituida legítimamente en depósito durante los trámites del divorcio; también la de 5 de julio de 1901 (CL 13) rechaza esta opción, al no tener la mujer domicilio propio, debiendo permanecer en el del marido hasta que se decreta el divorcio.

<sup>41</sup> Considera Beltrán de Heredia (1982, p. 49) que, si son varios los obligados a prestar alimentos, la facultad de elección correspondería a quien resulte del acuerdo entre los alimentistas, descartando el establecimiento de un turno de rotación.

En cuanto al alcance de la obligación alimentaria de los abuelos, es de cita inexcusable la STS 120/2016, de 2 de marzo (ROJ 769/2016), en la que una madre interpuso demanda en nombre de una menor contra sus cuatro abuelos, quedando acreditada la incapacidad tanto del padre, en situación de absoluta insolvencia y con una enfermedad que le impedía trabajar, como de la madre, con una minusvalía reconocida del 65%. El Juzgado de Primera Instancia de Gijón, en S. 73/2014, de 27 de mayo (JUR/2014/189250), estimó parcialmente la demanda, condenando a los cuatro abuelos al pago de una pensión alimenticia a la menor, si bien en cantidad inferior a la demandada. La Audiencia Provincial estimó parcialmente la apelación, en el sentido de retrotraer la efectividad de los alimentos al momento de interposición de la demanda. Recurrida en casación, considera el Tribunal Supremo que “los gastos extraordinarios reclamados (clases de música y apoyo) no tienen cabida legal en la relación de abuelos-nietos, sin perjuicio que, en ocasiones procederán los gastos extraordinarios si tienen relación con los conceptos recogidos en el art. 142 CC (sustento, habitación, vestido y asistencia médica)”. Por tanto, aunque las restricciones del 142 no se apliquen en las relaciones entre padres e hijos menores, pues tienen su amparo normativo en el 93 CC, no puede extenderse la aplicación de este precepto a las relaciones entre abuelos y nietos, aun siendo menores. En la sentencia comprobamos cómo los tribunales ponderan las obligaciones respectivas de los abuelos demandados, teniendo en cuenta tanto los ingresos como las cargas de unos y otros (así, los abuelos paternos, en principio en mejor posición económica, prestaban ya alimentos a sus tres hijos).

## 5. SUPUESTOS DE CRISIS MATRIMONIAL

Según se ha tenido ocasión de señalar, en el Derecho romano se preveía que, en los supuestos de disolución matrimonial, las mismas disposiciones dictadas para los casos en los que se debía alimentar a la madre pobre o a los hijos indigentes, se habían de aplicar también a los ascendientes y descendientes de ambos sexos (Nov. 117,1; Aut. *Ut liceat matri et aviae*, CJ.5,24,1).

En la actualidad, son relativamente frecuentes las contiendas generadas en relación a viviendas que en su día fueron proporcionadas de forma gratuita y sin título concreto por el padre de uno de los cónyuges que ahora se separa o divorcia, para uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial al otro cónyuge. La doctrina del Tribunal Supremo en esta materia se encuentra condensada en las SSTS 919/2008, de 2 de octubre (RJ\2008\5587) y 1022/2005 de 26 de diciembre (RJ 2006, 180) estableciendo que, en primer lugar, ha de discernirse en cada caso concreto si nos encontramos ante un precario o ante un contrato de comodato, caracterizado este porque la cesión gratuita de la cosa se hace por un tiempo determinado o para un caso concreto y determinado (sin que quepa entender por tal el uso que es propio de la cosa genérica: “servir de morada o residencia”), en cuyo caso el comodante solo podría reclamar la restitución transcurrido el plazo o concluido el uso para el que se prestó. Por otro lado, aún habiéndose considerado, como hizo el tribunal de instancia, la relación jurídica que vinculaba a las partes como de contrato de comodato (por el hecho de que la cesión se había efectuado en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que los cónyuges establecieran en ella el hogar conyugal y familiar) se estima que cuando desaparece el uso concreto al que se ha destinado la cosa, lo que sucede cuando se rompe la convivencia conyugal y el propietario no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista, sin que la atribución por

resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda sirva para desvirtuar la situación de precario<sup>42</sup>.

La cuestión tiene relación con el tema que nos ocupa porque cuando el abuelo propietario de la vivienda ejercita la correspondiente acción de desahucio contra el excónyuge de su hijo y sus nietos, suele oponerse la alegación de que los nietos del demandante son potenciales perceptores de alimentos de los abuelos. Tal excepción suele ser rechazada, como ocurrió en el supuesto resuelto por la SAP de Madrid 433/2015 de 10 de diciembre (JUR\2016\186011), por entenderse que tal derecho de alimentos

“lo es con un tercero que no participa en este procedimiento, siendo el padre, en el orden establecido por el artículo 144 CC, como lo es la madre, los primeros obligados a prestarlos [...], pero lo que no podemos obviar es que en el presente caso ningún reconocimiento judicial se ha dictado reconociendo ese derecho a alimentos a cargo de la abuela hoy actora”

En sentido similar se pronuncian las sentencias de la AP de las Palmas 30/2013 de 6 de febrero (JUR\2013\164773) y de la AP de Navarra de 26 de septiembre de 2005 (JUR\2005\262589).

## CONCLUSIONES

El deber legal de alimentos de los abuelos hacia sus nietos, ha sido una constante histórica. Algunos de los rasgos fundamentales de esta obligación se han mantenido a lo largo de las diferentes etapas, como el carácter subsidiario de la prestación respecto a la de los obligados principales o la facultad del juez de ponderar equitativamente las circunstancias del caso, “examinando detenidamente las pretensiones de las partes”. Otros, en cambio, son muestra evidente de la evolución del Derecho de familia, como la desaparición de cualquier tipo de diferencia de trato por razón de la filiación, legítima o ilegítima, de los nietos.

## REFERENCIAS

ALBURQUERQUE, José María. **La prestación de alimentos en Derecho Romano y su proyección en el derecho actual**. Dykinson, Madrid, 2010.

ALBURQUERQUE, José María. De la justicia y la reciprocidad en situaciones de necesidad y dependencia: el reconocimiento y la inclusión jurídico-social de la madre en el cumplimiento de la obligación de alimentos respecto a los hijos, **Revista General de Derecho Romano**, 11, 2008.

ALBERTARIO, Emilio. Sul diritto agli alimenti, **Studi di diritto romano**, I, 1933.

ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier. Artículo 1894, **Comentarios al Código Civil**, dir. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010.

<sup>42</sup> “El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte –porque no pueden serlo– en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda”.

ARNDTS, Ludovico. **Trattato delle Pandette**, v. II, trad. Serafini, Arnaldo Forni ed., Bologna, 1875.

ARNDTS, Ludovico. **Trattato delle Pandette**, v. III, trad. Serafini, Arnaldo Forni ed., Bologna, 1879.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo. De los alimentos entre parientes. **Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales**, III-2, dir. Albadalejo, EDERSA, Madrid, 1982.

BIONDI, Biondi. **Diritto romano cristiano**, III, Giuffré, Milano 1954.

BONFANTE, Pietro. **Corso di Diritto romano**, I, Giuffré, Milano, 1963.

COBACHO LÓPEZ, José Antonio. **La deuda alimenticia**, Montecorvo, Madrid, 1990.

CORPUS Iuris Civilis Iustinianei, cum Commentariis Accursii, I, Osnabrück, 1966

CUENA CASAS, M. Artículo 144 CC, **Comentarios al Código Civil**, I, dir. Bercovitz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DE FRANCESCO, Anna. Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva. **LABEO**, 47, 2001.

ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**, I, Madrid, 1874.

GACTO FERNÁNDEZ, E. **La filiación no legítima en el Derecho histórico español**, Sevilla, 1969.

GARCÍA GOYENA, Florencio. **Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español**, I, Madrid, 1852.

GLÜCK, Friedrich. **Commentario alle Pandette**, v. XXV, trad. Giannantoni-Baviero, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1907.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, Alvaro. Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos, **Revista Foro**. Nueva Época, n. 0, 2004.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes, **Anuario de Historia del Derecho Español**, 2006. .

KASER, Max. Der Inhalt der patria potestas, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**. Romanistische Abteilung (58) 1938.

LANFRANCHI, Fabio. Ius exponendi e obbligo alimentare nel Diritto romano classico, **SDHI**, V, 1940.

LASSO GAITE, Juan Francisco. **Crónica de la Codificación española**, IV-I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

LAVAGGI, Giuseppe. Alimenti, **Enciclopedia del Diritto**, II, Giuffré, 1958.

LEVY, Ernst; RABEL, Ernst. **Index Interpolationum quae in Iustiniani Digesti inesse dicuntur**, I, 1929

LÓPEZ, Gregorio. **Las Siete Partidas del sabio Rey don Alfonso el IX**, t. IV, Barcelona, 1843.

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen. Efectos personales del divorcio en relación a los hijos. De Roma al Código Civil español, **Revista Internacional de Derecho Romano**, 9, 2012.

MANRESA Y NAVARRO, José María. **Comentarios al Código civil español**, I, Reus, Madrid, 1956.

MARÍN LÓPEZ, Juan José. De los alimentos entre parientes, **Jurisprudencia Civil Comentada**, dir. Pasquau Liaño, I, 2. ed., Granada, 2009.

MARTÍNEZ GIJÓN, José. Alimentos en favor de los ascendientes en el Derecho Histórico Aragonés, **Anuario de Historia del Derecho Español**, 54, 1984.

MARTÍNEZ GIJÓN, José. Alimentos en favor de los ascendientes en el derecho de Castilla y León, **Historia. Instituciones. Documentos**, 8, 1982.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. **La obligación legal de alimentos entre parientes**, La ley, Madrid, 2002.

MORDECHAI RABELLO, Alfredo. **Effetti personali della patria potestas**, Giuffré, Milano, 1979.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael. **Comentarios al Código civil de Quintus Mucius Scaevola**, XXX-1, Reus, Madrid, 1957.

OTTO Y CRESPO, Nicolás. De la prestación de alimentos, **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**, XX, 1862,.

ORESTANO, Riccardo. **Alimenti, Novissimo Digesto Italiano**, I, UTET, Torino, 1981.

PADIAL ALBAS, Adoración. **La obligación de alimentos entre parientes**, Bosch, Barcelona, 1997.

PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier. **Teatro de la legislación Universal de España e Indias**, III, Madrid, 1792.

PEROZZI, Silvio. **Istituzioni di Diritto Romano**, v.II, 2. ed., Roma, 1928.

POTHIER, Robert Joseph. **Pandectae Justinianae**, IX, Parisiis, 1821.

POLO ARÉVALO, Eva Maria. **Igualdad y filiación**. Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento, Aranzadi, 2011.

ROBERTI, Melchiorre. Il diritto agli alimenti nel Diritto romano e nelle fonti patristiche, **Miscellanea Vermeersch**, II, Roma, 1935.

SACHERS, Erich. Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der Klassischen Zeit, reseña en **IURA**, III, 1952.

SÁNCHEZ JORDÁN, Elena. Art. 1894, **Código civil comentado**, IV, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

SCAEVOLA, Quintus Mucius. **Código civil**, III, 5º ed., Reus, Madrid, 1942.

SURDI, Petrus. **Tractatus de alimentis**, Venetiis, 1594.

TAUBENSCHLAG, Rafael. Die Alimentationspflicht im Recht der Papyry, **Studi Riccobono**, I, 1971.

VOET, Johannes. **Commentarius ad Pandectas**, II, Colonia Allobrogun, 1778.

WINDSCHEID, Berndhart. **Diritto delle Pandette**, trad. Fadda-Bensa, II, UTET, Torino, 1930.

ZOZ, Maria Gabriella. In tema di obbligazioni alimentari, **Bulletino dell' Istituti di Diritto Romano "Vitorio Scialoja"**, 73, 1970.

Recebido em: 3 jan. 2018.

Aceito em: 8 jun. 2018.