



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**Incorporación del Contrato de Alimentos en el Código
Civil peruano**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Julio Santiago SOLÍS GÓZAR

ASESOR

Mg. Manuel Alexis BERMÚDEZ TAPIA

Lima, Perú

2021



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Solís, J. (2021). *Incorporación del Contrato de Alimentos en el Código Civil peruano*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Julio Santiago SOLÍS GÓZAR
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	42535979
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-9478-4912
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Manuel Alexis BERMÚDEZ TAPIA
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	09854795
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0003-1576-9464
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Enrique Antonio VARSÍ ROSPIGLIOSI
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	09157393
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Rómulo Martín MORALES HERVIAS
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06273587
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Segundo José LEYVA SAAVEDRA
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	25645967
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Jimmy Javier RONQUILLO PASCUAL
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	44144050
Datos de investigación	
Línea de investigación	No aplica.
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Lurigancho Chosica Urb. San Antonio de Carapongo Manzana y lote: K1, 46 Calle: 36 Latitud: -12.005894 Longitud: -76.879328
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2016-2019
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, siendo las diecisiete horas, bajo la Presidencia del Dr. Enrique Antonio Varsi Rospigliosi y con la asistencia de los Profesores: Dr. Rómulo Martín Morales Hervias, Mg. Segundo José Leyva Saavedra, Mg. Manuel Alexis Bermúdez Tapia, Mg. Jimmy Javier Ronquillo Pascual y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Bachiller don **Julio Santiago SOLÍS GÓZAR**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“INCORPORACIÓN DEL CONTRATO DE ALIMENTOS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con la calificación de bueno con nota de quince (15)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial al Bachiller en Derecho don **Julio Santiago SOLÍS GÓZAR**.

Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las diecinueve horas con dos minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. Enrique Antonio VARSÍ ROSPIGLIOSI
Presidente y Jurado Informante
Profesor Principal

Dr. Rómulo Martín MORALES HERVIAS
Miembro
Profesor Auxiliar

Mg. Segundo José LEYVA SAAVEDRA
Miembro
Profesor Contratado

Mg. Manuel Alexis BERMÚDEZ TAPIA
Asesor
Profesor Contratado

Mg. Jimmy Javier RONQUILLO PASCUAL
Jurado Informante
Profesor Contratado

“ἡ γὰρ δίκη ἐστὶ γερόντων”

Ya que la justicia es de los viejos

Homero / La Odisea

Magna fuit quondam capitis reverentia cani

Ovidio / Fastos

*“Necare videtur tantum is qui partum
praefocat sed etis qui abieit et qui alimonia
denegat”*

Paulo / El Digesto

*“La tragedia de la vejez no es que uno sea
viejo, sino que una vez fue joven”*

Oscar Wilde / El retrato de Dorian Gray

Senectus insanabilis morbus est

Seneca / Epístolas morales a Lucilio

*No somos mejores que nuestros
antepasados*

Waldemir Ayala Ríos

DEDICATORIA

A mi esposa, por acompañarme en la prosperidad y adversidad.

A mis hijas, Rosa Sofía y Rosa Isabela, por motivar mis días con su existir.

A mi padre, por la mejor herencia, aquella que es intangible, y que permite vivir en plenitud y paz.

A mi madre, por enseñar con el ejemplo el valor del amor, la paciencia y el perdón.

A mis hermanos, por su apoyo incondicional.

A mi familia y amigos, porque nada somos sin los demás.

AGRADECIMIENTO

A mis profesores y alumnos, por enseñarme a repensar el derecho

PARTE II
DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO I

LA CONSTRUCCIÓN IMPERFECTA DEL DERECHO Y LA EDAD PROVECTA

1.1.	PROLEGOMENO: EL HOMBRE Y LA IMPERFECCIÓN DEL DERECHO....	45
1.1.	APROXIMACIONES MULTIDISCIPLINARIAS SOBRE LA EDAD PROVECTA.....	52
1.1.1.	INTRODUCCIÓN.....	53
1.1.2.	APROXIMACIÓN HISTÓRICA.....	55
1.1.3.	APROXIMACIÓN BÍBLICA.....	59
1.1.4.	APROXIMACIÓN LITERARIA.....	61
1.1.5.	APROXIMACIÓN FILOSÓFICA.....	66
1.1.6.	APROXIMACIÓN ARTÍSTICA.....	69
1.1.7.	APROXIMACION CIENTIFICA. COVID-19.....	70
1.1.8.	APROXIMACIÓN JURÍDICA.....	71

CAPÍTULO II

LA OBLIGACION DE ALIMENTOS Y EL CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO

2.1.	EL DERECHO ROMANO.....	75
2.2.	LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO Y LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.....	76
2.3.	CLASIFICACIÓN DE LA FAMILIA.....	78
2.3.1.	FAMILIA <i>PROPIO IURE DICTA</i>	78
2.3.2.	FAMILIA <i>COMMUNI IURE DICTA</i>	79
2.4.	MODOS DE INGRESAR A LA FAMILIA.....	79
2.4.1.	NACIMIENTO.....	79
2.4.2.	ADOPCIÓN.....	79
2.4.3.	<i>CONVENTIO IN MANUM</i>	80
2.5.	LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA EN LA FAMILIA <i>PROPIO IURE DICTA</i>	80
2.6.	ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN LA ACTUALIDAD.....	81
2.6.1.	FUENTE DE LOS ALIMENTOS.....	81
2.6.1.1.	ALIMENTOS PROVENIENTES DE LAS INSTITUCIONES FAMILIARES.....	81
2.6.1.1.1.	EL MATRIMONIO.....	81

2.6.1.1.2.	LA FILIACIÓN.....	82
2.6.1.2.	ALIMENTOS PROVENIENTES DEL EJERCICIO DE INSTITUCIONES DE GUARDA.....	82
2.6.1.2.1.	TUTELA.....	82
2.6.1.3.	DONACIÓN DE ALIMENTOS.....	83
2.6.1.4.	PROTECCIÓN AL CONCEBIDO.....	83
	83
2.6.1.5.	LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	83
2.6.1.5.1.	PRELUDIO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.....	83
2.7.	EL CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO.....	84
2.7.1.	LA FORMALIDAD DE LOS CONTRATOS VERBALES. <i>VERBIS CONTRAHITUR OBLIGATIO</i>	85
2.7.1.1.	NEXUM.....	86
2.7.1.2.	SPONSIO.....	87
2.7.1.3.	STIPULATIO.....	87
2.7.1.4.	DICTIO DOTIS.....	88
2.7.1.5.	PROMISIO IURATA LIBERTI.....	88

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE ALIMENTOS

3.1.	ANTECEDENTE HISTÓRICO.....	90
3.1.1.	INTRODUCCIÓN: LONGEVIDAD DEL CONTRATO.....	90
3.1.2.	EL CONTRATO DE ALIMENTOS EN EL DERECHO ROMANO.....	90
3.1.2.1.	TERMINOLOGÍA ALIMENTICIA EN EL DERECHO ROMANO.....	91
3.1.2.2.	FIGURAS AFINES AL CONTRATO DE ALIMENTOS.....	91
3.1.2.2.1.	<i>ALIMENTA LEGATA</i>	91
3.1.2.2.3.	EL <i>FIDEICOMMISSUM</i> DE ALIMENTOS.....	93
3.1.2.2.4.	LA <i>STIPULATIO</i>	94
3.1.3.	EL CONTRATO DE ALIMENTOS EN EL DERECHO MEDIEVAL.....	95
3.1.3.1.	PRECARIO.....	96
3.1.3.2.	DÉMISSION DE BIENS.....	96
3.1.3.3.	ALTEN THEIL.....	97
3.2.	ANTECEDENTE CONSUECUDINARIO.....	97
3.2.1.	EL PACTO DE VITALICO.....	98
3.2.2.	CONGRUA.....	98
3.2.3.	EL PETRUCIO GALICIO.....	99

3.2.4. LA DACION PERSONAL DE ARAGÓN.....	99
3.2.5. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR DE NAVARRA.....	100
3.2.6. LA DACIÓ, EL VIOLATORIO Y LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE CATALUÑA.....	101
3.3. ANTECEDENTE LEGISLATIVO.....	102
3.3.1. EL CÓDIGO DE OBLIGACIONES SUIZO DE 1911.....	102
3.3.2. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	103
3.3.3. LEGISLACIÓN FRANCESA. LEY Nº 2007-308, DE 5 DE MARZO DE 2007.....	106
3.3.3.1. VENDE EN VIAGER.....	106
3.3.3.2. BAIL À NOURRITURE.....	108
3.3.3.3. LEY Nº 2007/308 DE 5 DE MARZO DEL 2007.....	108
3.4. EL <i>CONTRATTO DI MANTENIMENTO</i> Y EL <i>LEIBZUCHTVERTRAG</i>	111

CAPITULO IV

EL CONTRATO DE ALIMENTOS

4.1. A MANERA DE PRELUDIO.....	114
4.2. DEFINICIÓN.....	115
4.3. CAUSA.....	118
4.4. FIGURAS JURÍDICAS AFINES AL CONTRATO DE ALIMENTOS. DESLINDE CONCEPTUAL.....	118
4.4.1. RENTA VITALICIA « <i>LEIBRENTENVERTRAG</i> ».....	118
4.4.1.1. DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE ALIMENTOS.....	119
4.4.1.1.1. POR EL GRADO DE CONFIANZA ENTRE LAS PARTES Y EL TIEMPO EN LAS PRESTACIONES.....	119
4.4.2. CON EL DERECHO DE ALIMENTOS PROVENIENTE DE LA LEY.....	120
4.4.3. LA HIPOTECA INVERSA.....	125
4.4.4. DONACIONES Y ANIMUS DONANDI.....	126
4.4.4.1. LA DONACIÓN MODAL, LOS LÍMITES CON EL CONTRATO DE ALIMENTOS.....	128
4.4.4.1.1. REFLEXIONES SOBRE LA PRESTACIÓN Y CONTRAPRESTACIÓN.....	128
4.4.4.1.2. LA ASISTENCIA Y ALIMENTOS EN LA DONACIÓN MODAL.....	129
4.4.4.1.3. LA FALTA DE ALEATORIEDAD EN LA DONACIÓN MODAL.....	130
4.4.4.1.4. CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA DONACIÓN MODAL.....	130
4.4.4.2. LA DONACIÓN REMUNERATORIA.....	131

4.5.	CARACTERÍSTICAS.....	132
4.5.1.	TÍPICO Y NOMINADO.....	132
4.5.1.1.	INCONVENIENTES POR LA NO TIPIFICACIÓN DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.....	133
4.5.1.2.	CUESTIONES SOBRE EL NOMEN IURIS CONTRATO DE ALIMENTOS.....	135
4.5.2.	¿CONSENSUAL O REAL?.....	135
4.5.3.	ONEROSO.....	137
4.5.3.1.	INCERTIDUMBRE EN EL EQUILIBRIO SINALAGMÁTICO.....	138
4.5.3.2.	LA SIMULACIÓN Y LOS RIESGOS DE UN ACTO SIMULADO ...	139
4.5.4.	ALEATORIO. <i>SUSCEPTI PERICULI PRETIUM</i>	140
4.5.5.	<i>INTUITO PERSONAE</i>	142
4.5.6.	DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA PARA EL ALIMENTISTA Y DE TRACTO SUCESIVO PARA EL ALIMENTANTE.....	143
4.5.7.	NATURALEZA VITALICIA.....	144
4.6.	LAS PARTES DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.....	145
4.6.1.	CUESTIONES SOBRE EL ALIMENTANTE Y LA PRESTACIÓN <i>IN NATURA</i>	145
4.6.1.1.	EL ALIMENTANTE EN CODICION DE MENOR EMANCIPADO... 145	
4.6.1.2.	EL ALIMENTANTE COMO PERSONA JURÍDICA.....	146
4.6.1.3.	PLURALIDAD DE ALIMENTANTES.....	147
4.6.1.4.	OBLIGACION COMPLEJA PASIVA ¿MANCOMUNIDAD O SOLIDARIDAD?.....	148
4.6.1.5.	EL CAMBIO DEL ALIMENTANTE Y LA LOCUCIÓN INTUITO PERSONAE.....	150
4.6.2.	CUESTIONES SOBRE EL CEDENTE O ALIMENTISTA.....	151
4.6.2.1.	RELEVANCIA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE EJERCICIO DEL CEDENTE.....	151
4.6.2.2.	EL ALIMENTISTA Y LA POSIBILIDAD DE SER UNA PERSONA JURÍDICA.....	152
4.6.2.3.	PLURALIDAD DE ALIMENTISTAS.....	153
4.6.2.4.	MANCOMUNIDAD SUI GENERIS Y SOLIDARIDAD PECUNIARIA.....	153
4.6.2.5.	PRESTACIONES COETÁNEAS Y SUBSECUENTES.....	154
4.6.2.6.	INTRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO DE ALIMENTOS POR ACTO INTER VIVOS O MORTIS CAUSA.....	155
4.6.3.	LA CAPACIDAD JURIDICA DEL BENEFICIARIO EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS EN FAVOR DE TERCERO.....	156

4.6.3.1.	INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS EN FAVOR DE TERCERO. LA RESOLUCIÓN POR PARTE DEL BENEFICIARIO.....	157
4.7.	LA FORMALIDAD DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.	159
4.8.	ESTUDIO DE LAS PRESTACIONES CONTRACTUALES.	160
4.8.1.	PRESTACIÓN DE UN DERECHO REAL DEL ALIMENTISTA.	161
4.8.2.	LA CESIÓN DEL ALIMENTISTA. ¿BIEN PRIVATIVO O DE GANANCIALES?	162
4.8.3.	EL CONTRATO DE ALIMENTOS Y EL IUS PROTHOMISEOS.	164
4.8.4.	PRESTACIÓN DEL ALIMENTANTE: COMPLEJIDAD EN LA DELIMITACIÓN E IMPORTANCIA DEL CONTENIDO MORAL.	166
4.8.4.1.	DIMENSIONES DE LA PALABRA ALIMENTOS, LAS PRESTACIONES DEL ALIMENTANTE Y SU UBICACIÓN EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS.	167
4.8.4.2.	LA PRESTACIÓN DE VIVIENDA. ELEMENTO NO ESENCIAL DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.	168
4.8.4.3.	LA MANUTENCIÓN Y LA SUBSISTENCIA FÍSICA DEL ALIMENTISTA.	169
4.8.4.4.	CUESTIONES SOBRE LA ASISTENCIA DE TODO TIPO.	170
4.8.5.	EL CARÁCTER ASISTENCIAL DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.	171
4.8.6.	ALCANCES DE LA PRESTACIÓN.	172
4.9.	LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONTRATANTES.	173
4.9.4.	OBLIGACIONES DEL ALIMENTISTA.	173
4.9.4.2.	TRANSMISIÓN DEL CAPITAL.	174
4.9.4.3.	CONSERVACIÓN DE LOS BIENES. VICIOS REDHIBITORIOS Y SANEAMIENTO POR EVICCIÓN.	174
4.9.4.4.	OBLIGACIONES ADICIONALES PROVENIENTES DE LA NATURALEZA PECUNIARIA Y MORAL DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.	175
4.9.5.	OBLIGACIONES DEL DEUDOR DE LOS ALIMENTOS.	176
4.9.6.	INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.	177
4.9.6.2.	INEJECUCIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.	179
4.9.7.	LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.	179
4.9.7.2.	LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN.	182
4.9.7.3.	IMPLICANCIAS DE LA RESOLUCIÓN Y SU EFECTO RETROACTIVO O EX TUNC EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS.	184
4.9.8.	CUMPLIMIENTO FORZOSO DE LAS PRESTACIONES.	187
4.9.9.	INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE.	187
4.9.10.	INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE POR INCOMPATIBILIDAD DE HUMOR. LA CONVERSIÓN DE LAS PRESTACIONES.	188

4.9.11. LA CONVERSIÓN DE LA PRESTACIÓN <i>IN NATURA</i> EN PECUNIARIA ¿NOVACIÓN?.....	190
4.9.12. EL INCUMPLIMIENTO Y LOS PROCESOS INMEDIATOS A FAVOR DEL ALIMENTISTA.	192
4.10. GARANTIA	193
4.10.4. GARANTÍAS A FAVOR DEL ALIMENTISTA.....	193
4.10.4.2. CONDICIÓN RESOLUTORIA AUTOMÁTICA.....	195
4.10.4.3. HIPOTECA	195
4.10.4.4. PROHIBICIÓN DE DISPONER.....	197
4.10.4.5. LA RESERVA DE USUFRUCTO.....	198
4.11. ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE ALIMENTOS	199
4.11.4. CUADRO DE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.....	199

CAPITULO V

VIABILIDAD DE LA INCORPORACION DEL CONTRATO DE ALIMENTOS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y SU BENEFICIO PARA EL ADULTO MAYOR EN ESTADO DE NECESIDAD

5.1. EL CONTRATO Y SU EFICIENCIA PARA SATISFACER LA JERARQUÍA DE NECESIDADES HUMANAS, EN ESPECIAL LA FISIOLÓGICA.....	204
5.2. SOPORTE JURÍDICO NACIONAL PARA LA VIABILIDAD DEL CONTRATO DE ALIMENTOS EN LA LEGISLACIÓN CIVIL.	206
5.2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA.....	206
5.2.2. CÓDIGO CIVIL.....	206
5.2.3. LEY N° 30490 – LEY DE LA PERSONA ADULTO MAYOR.....	207
5.3. FUENTES JUSTIFICANTES PARA LA INCORPORACIÓN DEL CONTRATO DE ALIMENTOS EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA.	207
5.3.1. EL NUEVO CONCEPTO DE FAMILIA Y EL ABANDONO DE LOS ADULTOS MAYORES.	207
5.3.2. PRECARIO SISTEMA PENSIONARIO.....	208
5.3.3. EL ACCESO LABORAL DE LA MUJER.....	208
5.4. VIABILIDAD NORMATIVA.....	209
5.4.1. PROPUESTA NORMATIVA.....	209
5.4.2. PROYECTO DE LEY.....	210
CONCLUSIONES.....	212
RECOMENDACIONES.....	214
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	216

RESUMEN

La presente investigación, propone incorporar al código civil peruano, una figura contractual proveniente de nuestro derecho continental, pero novedosa para nuestro sistema jurídico, la cual es denominada como “contrato de alimentos”. Este contrato beneficia principalmente a los adultos mayores, a quienes se les dificulta el auto sostenimiento y son víctimas de desamparo y desatención. Como ya mencionamos, esta figura contractual no ha sido tratada por nuestra doctrina y legislación, sin embargo, es urgente su estudio y aplicación normativa debido a factores como el crecimiento progresivo de la población adulto mayor en el Perú —*que aun en tiempo de pandemia se mantiene constante*—; el descenso de la natalidad; la inexistencia en sede nacional de figuras contractuales que generen prestaciones oportunas en beneficio de este grupo vulnerable; el nuevo concepto de familia que se caracteriza por la falta de solidaridad e individualismo; la incorporación laboral del género femenino, quien en generaciones pasadas estaba al cuidado exclusivo del hogar; la indolencia por parte del Estado que mantiene políticas previsionales a todas luces abusivas para con los jubilados y quienes reciben pensiones ínfimas e infames; el precario sistema de salud que irónicamente es recortado para los adultos mayores, aun teniendo mayor necesidad y dolencias propias de la edad; la manipulación del patrimonio de los ancianos por parte de familiares directos movidos por la avaricia; la poca inclusión y colaboración de los adultos mayores en la sociedad, sean por motivos de accesibilidad o por considerarlos como una carga inútil. Este contrato es un mecanismo de autoprotección por parte del alimentista que prefiere celebrar el contrato de alimentos, antes que sucumbir a las tragedias del proceso judicial y la exigencia de los alimentos de origen legal. El objeto de este contrato es brindar alojamiento, manutención, compañía, calor de hogar, asistencia, entre otras conductas que estén emparentadas a una prestación que es *sui generis* para nuestra realidad jurídica peruana y que tiene profundo contenido moral; esta prestación es conocida en el derecho comparado como *in natura* y sobrepasa la prestación de dar una *res certa*, característico de la renta vitalicia. En cuanto al alimentante, este no podrá eludir su obligación, aun, su situación económica decrezca. Además, el factor *intuitu personae* del contrato de alimentos, no le permite al alimentista transmitir su situación jurídica activa por acto *inter vivos* o

mortis causa; como ocurre en la mencionada renta vitalicia. Del mismo modo, existen diferencias sustanciales con la hipoteca inversa, la obligación alimenticia proveniente de la ley y la renta vitalicia, las cuales desarrollaremos en la presente investigación, siempre con el objetivo de demostrar la autonomía del contrato de alimentos y su utilidad en la realidad peruana. Nuestro estudio estará sostenido de manera sólida por el derecho romano, la *mores maiorum* de la edad media y el aporte doctrinario, jurisprudencial y positivo del derecho alemán, francés, suizo y principalmente el derecho español quien alberga al contrato de alimentos.

PALABRAS CLAVE

Contrato de alimentos / Derecho a la ancianidad / Prestaciones *in natura* / favor alimentorum / Renta vitalicia / Hipoteca inversa / Contenido contractual / Garantías / inejecución

ABSTRAC

The present investigation proposes to incorporate into the Peruvian civil code, a contractual figure from our continental law, which is called a food contract. This contract mainly benefits older adults, who find it difficult to sustain themselves and are victims of helplessness and neglect. The food contract has not been dealt with by our doctrine and legislation, however, its study and regulatory application is urgent due to factors such as the progressive growth of the elderly population in Peru; the decline in birth; the absence of national figures of contractual figures that generate timely benefits for the benefit of this vulnerable group; the new family concept that is characterized by the lack of solidarity and individualism; the labor incorporation of the female gender, who in past generations was in the exclusive care of the home; the indolence on the part of the State that maintains pension policies clearly abusive towards the retired and those who receive very small and infamous pensions; the precarious health system that is ironically trimmed for older adults, even having greater need and age-related ailments; the manipulation of the assets of the elderly by direct family members moved by greed; the low inclusion and participation of older adults in society, whether for reasons of accessibility or for considering them as a useless burden. This contract is a self-protection mechanism on the part of the dietitian who prefers to enter into the food contract, rather than succumbing to the tragedies of the judicial process and the requirement of foods of legal origin. The purpose of this contract is to provide accommodation, maintenance, company, warmth of home, assistance, among other behaviors, which are related to a benefit that is sui generis for our Peruvian legal reality and that has deep moral content; This benefit is known in law compared as *in natura*, which exceeds the provision of giving a certain answer, characteristic of the annuity. As for the feeder, he will not be able to avoid his obligation, even if his economic situation decreases. In addition, the intuitive factor *personae* of the food contract, does not allow the dietitian to transmit his right by act *inter viva* or *mortis causa*; as in the aforementioned annuity. In the same way, there are substantial differences with the reverse mortgage, the food obligation from the law and modal donation, which

we will develop in the present investigation, always with the aim of demonstrating the autonomy of the food contract and its usefulness in the Peruvian reality. Our study will be solidly supported by Roman law, the *maiorum mores* of the Middle Ages and the doctrinal, jurisprudential and positive contribution of German, French, Swiss and mainly Spanish law.

KEYWORDS

Food contract / Right to old age / Benefits in nature / favor food / Lifetime income / Reverse mortgage / Contractual content / Guarantees / non-execution

INTRODUCCIÓN

La vejez es un camino de dependencia por el que todos transitaremos, donde el pasado tendrá más valor que el futuro, el amor más valor que el oro y el mayor miedo podría ser la soledad.

Iniciamos esta investigación explicando el concepto aristotélico *phrónesis*, de la mano de un notable jurista como es Francisco Valderrama¹, este concepto se descubre en la obra de la estagirita intitulada “Ética a Nicómaco” y hace referencia a la habilidad que tenemos para pensar en alternativas que puedan cambiar nuestras vidas para bien. Sin embargo, esto más que habilidad es una virtud la cual se debe aprender, por ello es importante comprender y anticiparse.

En ese sentido, tomando en cuenta estadísticas, apreciamos como en los próximos años Japón, España e Italia serán los países con más adultos mayores² en el mundo, llegando a formar parte del 37,7 % de su población para el año 2050. Sin embargo, esta pandemia denominada COVID-19, la cual es atentatoria con la vida de los adultos mayores, podría variar los resultados, pero hasta una información más certera y coetánea, y por las medidas tomadas por algunos gobiernos e investigadores para enfrentar las consecuencias negativas de la pandemia y dado que esta pandemia como todas las ocurridas en la historia es circunstancial, mantendremos esta última estadística de crecimiento.

El Perú no es ajeno a este crecimiento poblacional, de acuerdo con el resultado de los Censos Nacionales del 2017 “las personas mayores de 60 años pasaron

¹ Se sugiere consultar el siguiente texto: Francisco Javier Valderrama Bedoya, “*El discurso científico del derecho*”, en: Andres Botero Bernal (Coord), Filosofía del Derecho, Medellín, Editorial Universidad de Medellín, 2012, p. 72.

² Ley 30490, publicada el 26 de julio del año 2016. En su artículo segundo determina que la persona adulta mayor es aquella que tiene 60 o más años.

de significar el 9.1% de la población al 11.9% en los últimos 10 años”³ y se estima su crecimiento en un “17.1% en 2025 y 29.9% en 2100”⁴.

Este crecimiento progresivo de la población adulto mayor o el hecho que la tasa de mortalidad se reduzca traerá actitudes negativas por parte de la sociedad ya que consideraran a los ancianos como cargas económicas y financieras para su familia, el sistema pensionario y el sistema de salud⁵. Por tanto, nos motiva a reflexionar sobre la edad propecta y analizar si las instituciones y mecanismo jurídicos provenientes del derecho privado son eficientes y eficaces para cubrir sus necesidades y expectativas.

Adicional a este crecimiento poblacional que es constante e inevitable, hay otros factores que tomamos en cuenta para justificar nuestra investigación y estos son: el nuevo concepto de familia —*que ya es globalizado*— y tiene como

³ David Gómez Boluarte, “*Los mayores de 60 años ya son el 11.9% de la población, según INEI*” [Peru 21 - Diario periodístico en línea], 2018, disponible en: <https://peru21.pe/economia/inei-mayores-60-anos-son-11-9-poblacion-411560-noticia/>, consulta: febrero de 2020.

⁴Javier Olivera y Jhonatan Clausen, “*Las características del adulto mayor peruano y las políticas de protección social*” [revista en línea], Vol. XXXVII, N° 73, semestre enero-junio 2014, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/economia/article/view/10085/10522>, p. 77, consulta 22 de marzo del 2018.

⁵ Mariano Alonso Pérez, “*Reflexiones de Cicerón sobre «tertia aetas»: consecuencias jurídicas*”, en: Justo Garcia Sanchez, Pelayo de la Rosa Díaz y Armando Torrent Ruiz (coord.), Estudios jurídicos *in memoriam* del profesor Alfredo Calonge, Salamanca, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2002, Volumen I, p. 28.

característica la falta de solidaridad⁶ y el individualismo⁷ entre sus integrantes⁸; el desdén del Estado y el precario sistema laboral, pensionario y de salud⁹ del cual son víctima los adultos mayores, así también —y *sin un ánimo de desmerecer*— el acceso laboral de la mujer, quien ya no estará al cuidado y protección de su familia a tiempo completo, recurriendo a otras personas para tal fin; y en el mismo sentido, la tragedia de muchos adultos mayores que viven en abandono, aun teniendo parientes; la poca intención por tratar los temas de la vejez en serio, sin respaldo académico que de apertura a un curso para que los futuros abogados reflexionen sobre la situación jurídica y social de los adultos mayores, y que permita sistematizar el conocimiento normativo, jurisprudencial y dogmático a favor de este grupo vulnerable y luego como entidad académica,

⁶ En ese sentido Joanna Pereira Pérez sostiene que “una sociedad que inculque promueva y practique valores de solidaridad y conceptos de genuina y plena igualdad, tendrá un gran techo avanzado para lograr una autentica protección”. Joanna Pereira Pérez, *Los mecanismos de autoprotección jurídica, la enfermedad de Alzheimer y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en previsión de la propia incapacidad*, Leonardo Bernardino Pérez Gallardo (coordinador), Discapacidad y derecho civil, Madrid, Editorial Dykinson, 2014, pp. 269-270.

⁷ Este individualismo se fomentaba en el anterior código civil peruano de 1936, así lo noto Don Carlos Fernández Sessarego, quien fue uno de los más grandes juristas peruanos y quien al respecto dijo: “El código civil de 1936 tenía como sustento una ideología individualista y patrimonialista que se refleja en su articulado. Esta mentalidad, de carácter sustancialmente egoísta, desconoce o no valora debidamente los derechos de las demás personas, con las cuales se convive”. Carlos Fernández Sessarego, “*El código civil peruano, treinta años después*”, en: Manuel Alberto Torres Carrasco (coord.), *Estudios críticos sobre el Código Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p. 13.

Esta opinión del maestro, motivo y dio origen al nuevo código civil, que en su desarrollo aun mantiene un desdén por determinados grupos vulnerables, quizá porque este fue un trabajo colectivo y la inspiración del maestro quedo en la estructura del libro de personas.

⁸ Sin embargo, “los hombres se necesitan unos a otros para sobrevivir y vivir como seres humanos. Esta dependencia mutua hace que sea necesaria alguna forma de cooperación reglamentada y, por lo tanto, alguna forma de sociedad” Tom Campbell, *Siete teorías de la sociedad*, 6° ed., Madrid, Ediciones Cátedra, 2002, p. 15.

⁹ El aumento de la población adulto mayor, tendrá efectos negativos en el sistema de pensiones y de salud. Sobre todo, porque no se están tomando medidas de prevención. Por lo tanto, el considerar la incorporación del contrato de alimentos en el código civil peruano, es una medida alternativa del ámbito privado para enfrentar las consecuencias negativas de la vejez como el desamparo y la desatención.

facilitar los aportes de mejora normativa y política en beneficio de esta población, además, la pasión con la que se estudie y enseñe el curso debería ser la misma de cuando se trata sobre los derechos del niño y consumidores, y eso dependerá de nuestra sensibilidad como profesores y estudiantes de derecho sobre un tema transversal del que todos seremos parte estelar en la última etapa de nuestras vidas.

Consideramos que todos estos factores, no son coetáneos a las propuestas legales vigentes, por lo menos estas no son las más eficientes para solucionar los diversos problemas jurídicos y naturales que experimenten los adultos mayores. Por tal motivo, es fundamental “reflexionar en voz alta sobre la vejez”¹⁰.

Por ello, el objetivo principal de esta investigación es proponer la incorporación en nuestro código civil —*aquel que regula las situaciones y relaciones jurídicas del concebido y las personas en armonía con los principios constitucionales*— de un novedoso contrato para la realidad jurídica peruana pero que tiene importantes antecedentes sociales, históricos y legales en nuestra familia jurídica de derecho continental. Nos referimos al contrato de alimentos, cuya esencia es opuesta al derecho de alimentos¹¹ —*regulado en la sección correspondiente al derecho de familia*— y también dista de figuras jurídicas —*que, aunque consideradas afines*— como la hipoteca inversa, la renta vitalicia¹²,

¹⁰ J. Sillero F. de Cañete, “Discurso de ingreso en la Sociedad Española de Médicos Escritores y Artistas - Reflexiones sobre la vejez y el envejecimiento”, Seminario Medico, Jaén, Volumen 52, Numero 3, setiembre de 2000, p.43.

¹¹ En este contrato el interés del alimentista es distinto del que proviene del acreedor de una obligación alimenticia proveniente de la ley, ya que no es sustancial o necesario que el alimentista este atravesando dificultades económicas. Al alimentista de un contrato de alimentos, le interesa —*por su edad o estado de salud*— los cuidados personales, la asistencia, y el afecto. En definitiva, todo lo que podría ser considerado como prestaciones *in natura*.

¹² Sobre esta última, se considera que el contrato de alimentos “amplía las posibilidades que ofrece la renta vitalicia para atender las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia como los ancianos” Rosana Pérez Gurrea, “La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales”, Revista Critica de Derecho Inmobiliario, España, núm. 725, 2011, pp. 1718-1719.

donación modal o “las *propter nuptias* con pacto de convivencia entre donatarios y donante”¹³.

Este contrato —*sin perder el contenido patrimonial*— permitirá al adulto mayor o alimentista, estar en compañía de una familia —*que no necesariamente es la suya*— y tener relaciones sociales cálidas evitando la soledad e indiferencia así también recibirá asistencia de todo tipo y manutención de por vida. Por otro lado, el alimentante podrá acceder a un derecho real como podría ser la propiedad, que, en su mocedad o mediana edad, podrá ser un acontecimiento importante.

¹³ Ana Diaz Martines, “*Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de terceros*”, en: Lledó Yagüe, Francisco; Ferrer Vanrell, Pilar; Torres Lana, José Ángel (dirs.), Monje Balmaseda, Oscar (coord.), *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 286.

PARTE I
METODOLOGIA

1. ASPECTOS METODOLOGICOS.

Compartimos la opinión del profesor italiano Umberto Eco cuando menciona que la tesis es importante porque nos enseña a poner en orden nuestras ideas y los datos a los que tuvimos acceso, es pues un trabajo metódico que permitirá construir un objeto en beneficio de los demás¹⁴. Además, es analógico hablar de universidad e investigación, y esta es la acción de buscar a partir de un vestigio para encontrar algo¹⁵.

1.1. SITUACION PROBLEMÁTICA.

Uno de los grupos vulnerables en el Perú es el de los adultos mayores, quienes generalmente no tienen otra alternativa que ser dependientes de sus familiares, limitándose o restringiendo su autonomía de voluntad y las posibilidades de auto sostenimiento.

Este grupo vulnerable está creciendo exponencialmente a nivel mundial, convirtiéndose este siglo en el de la ancianidad.

Sin embargo, el derecho peruano no está en sintonía con este fenómeno demográfico y con los factores negativos que laceran a los ancianos en el Perú, como son el nuevo concepto de familia que está caracterizada por la falta de solidaridad e ingratitud entre sus integrantes; la crisis en el sistema pensionario y de salud, que dificultan el cuidado, consideración e inclusión; el ejercicio abusivo del derecho de quienes son sus ascendientes y descendientes en cuanto a su patrimonio; los escasos estudios y propuestas a favor de la vejez; la ineficiencia de las figuras contractuales para garantizar la dignidad y el cuidado de los adultos mayores, limitándose a fomentar una mera prestación económica; el incremento de la población adulto mayor no es un factor negativo, pero si, su

¹⁴ Umberto Eco, *Cómo se hace una tesis*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2001, p. 22.

¹⁵ Salvador Mercado H, *¿Cómo hacer una tesis?*, 4ª ed., México D.F., Editorial Limusa, 2008, p. 15.

inobservancia; el ingreso laboral de la mujer no es un factor negativo pero si, la no organización en el hogar para compartir responsabilidades.

Aun con todo lo mencionado, el poder legislativo como el ejecutivo no han propuesto o ejecutado normas que sean consecuentes y eficientes con las verdaderas necesidades de este grupo poblacional, como ya mencionados. los aportes hechos por estos poderes del Estado se limitan a generar aportes económicos en favor de los ancianos, como sería el otorgamiento de una renta que provendría de una renta vitalicia o hipoteca inversa; empero, para un anciano, tendrá más valor las prestaciones *in natura*, que comprende asistencia, cuidado y manutención; donde el contenido moral este por encima del patrimonial.

En virtud de ello, proponemos, desde la esfera privada, la incorporación al código civil peruano de un contrato que tiene como objeto una prestación *in natura*, la cual es novedosa para la doctrina y legislación peruana, pero de notables y firmes antecedentes en la historia del derecho y derecho comparado.

Este contrato al ser novedoso en nuestro sistema jurídico podría, además de generar interrogantes, expectativas e inquietudes, ser confundido fácilmente con el derecho de alimentos y por ende ser vinculado al derecho de familia, no obstante, consideramos que tiene *per se* naturaleza contractual y los estudios hechos sobre este contrato han demostrado su autonomía.

Este contrato tiene en la legislación española el *nomen iuris* de contrato de alimentos, aunque muchos doctrinarios y la propia jurisprudencia se resisten a llamarlo como vitalicio.

El contrato de alimentos, como mencionamos anteriormente, tiene como objeto una prestación *in natura*, que es asumida por una de las partes denominada

alimentante. Esta prestación *in natura* dota al contrato de alimentos de autonomía y la convierte en un contrato de prestaciones complejas¹⁶.

Por otro lado, está el alimentista, quien es el acreedor de los alimentos y debe tener para los efectos de nuestra investigación la condición de adulto mayor y poder de disposición de sus bienes, su prestación comprende la cesión de bienes o capital al alimentante.

En lo referente al problema, iniciamos la investigación con la interrogante de si es necesario incorporar a nuestra legislación nacional la figura voluntaria y lícita del contrato de alimentos, para ello conviene conocer y describir la génesis de este contrato e identificar su presencia en la historia del derecho y el derecho comparado, analizar su naturaleza jurídica y contrastarla con figuras afines ya reguladas en la legislación nacional, determinar los criterios jurisprudenciales que previenen o solucionan conflictos derivados de su inejecución y analizar la viabilidad de estos criterios en la realidad peruana. Se trata por lo tanto de un estudio que permita sostener con fundamentos válidos y eficaces la incorporación de este contrato al código civil.

A continuación, mencionaremos parte resumida del tratamiento que se le da en otros ordenamientos jurídicos, fundamentalmente en el Derecho español; así también indicaremos la justificación demográfica y social para su tipificación, así como su contraste con la realidad peruana.

En Cataluña este contrato está emparentado con el *violario* (regulado en el artículo 334 de la Compilación Catalana) sin embargo, tiene mayor afinidad con la renta vitalicia ya que la prestación primordial es el pago de una renta dineraria. También se emparenta con la ley 22/2000, de 29 de diciembre, que recoge la

¹⁶ Prestaciones complejas porque involucra una de dar y hacer. La prestación de *dare* que puede ser materializada en los alimentos brindados, que nutren y garantizan la supervivencia del alimentista, el vestido, vivienda y otras similares a la obligación alimenticia proveniente de la ley, también se considera la prestación *in natura*, aquella que le dota de autonomía, cuyo contenido es moral y se puede manifestar en expresiones de afecto, compañía, asistencia y respeto.

figura del contrato de acogimiento, el cual estipula que los acogedores deberían de cuidar de los acogidos, pero también, brindarles alimento, asistencia, proporcionarles bienestar general y ocuparse de ellos en situaciones de enfermedad. El interés que mueve a los acogedores es la expectativa jurídica de ser titulares de un bien mueble, inmueble o capital en contraprestación por los cuidados y atenciones brindadas.

En Navarra la figura de la dación personal, que consistía en la incorporación de un viudo adulto mayor a una familia a la que instituía de heredera universal recibiendo a cambio alimentos y cuidados.

En Galicia la Ley 4/1995 que regula el contrato de vitalicio, el cual es aludido por la doctrina y jurisprudencia española cuando se discute sobre el contrato de alimentos.

Pero es la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, que ha permitido a cabalidad la incorporación del contrato de alimentos en el código civil español, desarrollada en artículos 1791 al 1797 y que será materia de análisis y contraste con la legislación nacional en la presente investigación.

La justificación para tipificar este contrato en la legislación peruana, fundamentalmente en el código civil, está basada en la valiosa tesis de Cristina Berenguer Albaladejo intitulada “El contrato de alimentos”¹⁷ en la cual, al ser el envejecimiento y su crecimiento exponencial un fenómeno mundial, compartimos las siguientes justificaciones demográficas y sociales:

Primero, la esperanza de vida se ha incrementado somos parte de un fenómeno demográfico en favor de los ancianos. Por lo tanto, es necesario proponer políticas públicas y repensar instituciones del derecho privado para avalar el respeto y la dignidad de la población adulto mayor.

¹⁷ Cristina Berenguer Albaladejo, *El contrato de alimentos* [tesis], Alicante, Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 2012.

Segundo, factores sociales como la visión moderna de familia que dista de la concepción de los primeros códigos civiles europeos y peruanos, el precario sistema de salud y pensiones, así como el desinterés por parte del Estado, hacen necesaria un reexamen crítico.

Por lo tanto, considerando el crecimiento poblacional de los adultos mayores en el Perú, la nueva visión del concepto de familia que es globalizada, y la relación simbiótica entre el contrato de alimentos y los adultos mayores, estimamos la importancia de conocer la naturaleza jurídica de este contrato y diferenciarlo del derecho de alimentos y de las instituciones afines reguladas en la legislación nacional como es la renta vitalicia y la hipoteca inversa, con ello daremos respuesta a la pregunta de si es necesaria su incorporación en el código civil peruano.

Por último, consideramos, con la mayor modestia posible, que nuestra investigación es novedosa, relevante, viable y útil.

Es relevante científicamente, ya que se genera un nuevo conocimiento para la doctrina peruana sobre la teoría del contrato de alimentos, basada en un estudio histórico y comparado, siguiendo el pensamiento de la doctrina más especializada, que sostendrán la propuesta de que este contrato, por su naturaleza aleatoria y su peculiar tipo de prestación *in natura*, ha de beneficiar a los adultos mayores. En opinión de Carmen Núñez Zorrilla, la prestación *in natura* que da “lugar a derechos y deberes de cariz más bien ético y moral, interesa especialmente, a quienes llegan a la vejez aislados por la enfermedad o privados de una familia que pueda atenderlos”¹⁸.

Es viable, porque materialmente es posible desarrollar una investigación de carácter científico, ya que el contrato de alimentos cuenta con estudios serios y una jurisprudencia europea que es acorde con la realidad que vivimos y

¹⁸ Carmen Núñez Zorrilla, *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 70.

viviremos en el Perú¹⁹. Además, tomaremos como base la ley española 41/2003, de 18 de noviembre.

Es útil ya que la formalización²⁰ del contrato de alimentos, coadyuvara a una mejor calidad de vida y cuidado de los adultos mayores en abandono y sobre todo permitirá la satisfacción de sus intereses y necesidades; velara por la protección del patrimonio del adulto mayor y se brindaran garantías oportunas para el cumplimiento de las prestaciones a su favor; evitara la ocurrencia de daños que podría suscitarse por la mala interpretación del contenido del contrato²¹, ya que adicional a los principios generales del contrato y el derecho de obligaciones, este contrato por su naturaleza *in natura* requiere de nuevos criterios a favor de la parte más vulnerable²² que es el alimentista.

En la misma línea, consideramos que los ancianos pueden llegar a ser más vulnerables que las mujeres y niños ya que su mirar está direccionado al pasado sin proyección al futuro, quizá porque la sociedad no le posibilita el acceso al mercado laboral, ni se valora la sabiduría que alcanzaron con los años. La indolencia que se tiene hacia los adultos mayores se puede comprobar con las infames pensiones de jubilación que reciben. En definitiva, estas dos circunstancias, la de separación radical de los ancianos del mercado productivo y las ínfimas pensiones de jubilación, laceran doblemente a esta vulnerable población que va en aumento. Pero las calamidades no quedan ahí, también están las dolencias producto de enfermedades asociadas a su edad, el

¹⁹ Nos referimos al aumento poblacional de los adultos mayores y su protección jurídica.

²⁰ "(...) la formalización de un contrato de alimentos ayuda a garantizar la suficiencia de recursos y el bienestar de las personas mayores suponiendo, por tanto, un elemento de protección" Jorge García Ibáñez, *El maltrato familiar hacia las personas mayores. Un análisis socio jurídico*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012, p. 344.

²¹ "Interpretar no es sólo volver a conocer una manifestación del pensamiento, sino volver a conocerla para integrarla y realizarla en la vida de relación: se integra mediante un momento cognoscitivo y otro reproductivo o representativo. El destino de la interpretación será siempre una diagnosis jurídica" José Leyva Saavedra, "Las Reglas de la Interpretación de los Contratos", *Docentia Et Investigatio*, Lima, núm. 3, junio 2001, p. 158.

²² Los ancianos son vulnerables por diversos motivos, sean estos económicos, dependencia, enfermedades, sistema pensionario, ingratitud familiar, violencia y discriminación.

empobrecimiento a causa de sus ingresos mensuales, que son inversamente proporcionales a sus necesidades, el abandono, la desconsideración e inobservancia de sus virtudes y cualidades²³.

El contrato de alimentos, ante todas estas adversidades y complicaciones, es una alternativa proveniente del derecho privado que supera las iniciativas y protecciones estatales, con ello sentamos las bases de su utilidad.

1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA.

Problema Principal

¿Es necesaria la incorporación del contrato de alimentos en el Código Civil peruano para beneficiar al adulto mayor en estado de necesidad?

Problemas Secundarios

1. ¿Cuáles son los orígenes del contrato de alimentos y que tratamiento se le da en la historia del derecho y el derecho comparado?
2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato de alimentos y que figuras contractuales son afines en la legislación peruana?
3. ¿Cuáles son los criterios para prevenir o resolver los conflictos derivados de la inejecución del contrato de alimentos y cuál es su viabilidad en la realidad peruana?

1.3. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

1.1.1. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

²³ Aída Kemelmajer de Carlucci, "Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina: ¿hacia un derecho de la ancianidad? <, Revista chilena de derecho, Santiago, vol. 33, núm. 1, 2006, p. 43.

Este estudio permitirá realizar un aporte teórico sobre el contrato de alimentos visto desde su origen y el tratamiento que se le da en el derecho comparado. Así también explicar su naturaleza jurídica y analizar las figuras afines reguladas en la legislación nacional como son la Renta Vitalicia y la Hipoteca Inversa. Todo ello con el objetivo de fundamentar la necesidad de incorporar el contrato de alimentos en el código civil peruano y de coadyuvar a garantizar una vida más digna y segura para los adultos mayores, basada en la consideración a su autonomía de voluntad y el auto sostenimiento, mejorando con ello su calidad de vida y brindando protección a su patrimonio.

1.1.2. JUSTIFICACIÓN PRACTICA

Esta investigación permitirá conocer los criterios jurisprudenciales y doctrinarios recogidos del derecho comparado para prevenir o resolver los conflictos derivados de la inejecución del contrato de alimentos y analizar la viabilidad de estos criterios en la realidad peruana.

1.1.3. JUSTIFICACIÓN SOCIAL

Esta investigación tendrá impacto inmediato en la población de los adultos mayores y al ser la vejez un fenómeno natural en todos los seres humanos el impacto ha de ser en toda la sociedad.

1.1.4. JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA

Esta investigación permitirá la protección y seguridad del patrimonio de los adultos mayores y mejorar la situación económica de las partes intervinientes en el contrato.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. OBJETIVO GENERAL

Fundamentar la necesidad de incorporación del contrato de alimentos en el código civil peruano y su beneficio para el adulto mayor en estado de necesidad.

1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Describir los orígenes del contrato de alimentos y establecer el tratamiento que se le da en la historia del derecho y el derecho comparado.
2. Explicar la naturaleza jurídica del contrato de alimentos y analizar las figuras contractuales que son afines en la legislación peruana.
3. Determinar los criterios para prevenir o resolver los conflictos derivados de la inejecución del contrato de alimentos y analizar la viabilidad de estos criterios en la realidad peruana

1.5. BASES TEORICAS

1.5.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.

Los trabajos de investigación que han abordado la misma situación problemática son los siguientes:

1. La Tesis doctoral intitulada El contrato de vitalicio: elaboración jurisprudencial de Mariño De Andrés, Ángel Manuel²⁴, publicado el año 2013. En este trabajo se justifica el reconocimiento legislativo del contrato de vitalicio ya que se venía desarrollando consecuentemente en la praxis y jurisprudencia gallega en beneficio de un grupo vulnerable de personas que requieren de asistencia y afecto. Se reconoce un tipo de prestaciones complejas y éticas, así también, la definición, características, calificación y diferencias del contrato con otros afines como pueden ser las donaciones con modalidad, la renta vitalicia, el acogimiento de mayores,

²⁴ Mariño De Andrés, Ángel Manuel, *El contrato de vitalicio* [tesis], Vigo, Universidad de Vigo, Facultad de Derecho, 2013.

el contrato de alimentos y las obligaciones alimenticias provenientes de la ley. Desarrolla también la figura del contrato en favor de terceros, la simulación, extinción y resolución.

2. “La regulación del contrato de alimentos en el Código Civil” de Padial Albás, Adoración²⁵. El objetivo de esta investigación es la exposición de las características de la regulación de los alimentos y la subsidiariedad del artículo 153 del Código Civil; centrandose su atención en los artículos 1791-1796 sobre el Contrato de Alimentos. A este respecto, se analizan los siguientes apartados: el concepto y contenido de la deuda alimenticia pactada, la naturaleza del Contrato de Alimentos, el cumplimiento e incumplimiento de dicho Contrato y las repercusiones que establece la Ley en cada uno de los casos.

1.5.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El contrato de alimentos no ha sido desarrollado por la doctrina peruana, no se evidencia en revistas, libros o tesis; tampoco se menciona en los estudios que desarrollan los contratos aleatorios como son la renta vitalicia o la hipoteca inversa. Por lo tanto, es un tema novedoso para el Perú.

Ante la falta de trabajos nacionales, la construcción teórica que permita fundamentar la necesidad de proponer y regular el contrato de alimentos en la legislación peruana estará basada en la historia del derecho y los estudios del Derecho Comparado, principalmente con España, con quien formamos parte de la misma familia jurídica, aunque con sistemas jurídicos distantes.

En ese sentido destaco las siguientes investigaciones que orientaran el propósito de esta investigación.

²⁵ Adoración Padial Albás, “*La regulación del contrato de alimentos en el código civil*”, Revista de Derecho Privado, España, núm. 88, mes 5, 2004, pp. 611-638.

Artículos científicos

- a) María del Carmen Gómez Laplaza, *Consideraciones sobre la nueva regulación el contrato de alimentos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, Año N° 88, Mes 2, 2004, pp. 153-173.

El objetivo de este artículo es determinar la autonomía del contrato de alimentos respecto de la renta vitalicia, analizar sus características, consecuencias por incumplimiento y las soluciones dadas por el legislador español. Las palabras claves son: Autonomía, contrato de alimentos, caracteres, incumplimiento, regulación. El estudio es en cuanto a la legislación y doctrina del contrato de alimentos. Como resultado se obtiene el esbozo de varias cuestiones sucesorias, de garantía, contenido, desistimiento unilateral que plantea la regulación del contrato de alimentos, así también la determinación de las diferencias y similitudes con las situaciones convencionales de ayuda mutua o el acogimiento, la posibilidad de incorporar cláusulas específicas que no sólo adapten el contrato a cada situación concreta, sino que vayan resolviendo algunos de los problemas que plantea la escueta regulación del Código Civil. Con ello se marcará el camino futuro de este contrato.

- b) C. Alicia Calaza López, Elementos distintivos del contrato de alimentos: el peculiar alea y su acusado carácter *intuitu personae*, Revista de Derecho UNED, Madrid, núm. 19, 2016, pp. 245-282.

Esta investigación tiene como finalidad reconocer la importancia del contrato de alimentos y su vinculación con las personas vulnerables como son los adultos mayores. También marca las diferencias sustanciales con estructuras jurídicas similares. De otro lado, se hace un estudio de la ley 41/2003 y el distanciamiento con los alimentos de origen legal, así como la indolencia de los obligados por ley. Todo ello, consideramos es fundamental para justificar los fines de la presente investigación.

Libro

- a) Juan Carlos Martínez Ortega, *El contrato de alimentos. Formularios y Recopilación de Jurisprudencias*, Madrid, Editorial DYKINSON, 2007.

El objetivo de este libro es desarrollar la Ley 41/2003, del 18 de noviembre, no solo de manera exegética, sino también de manera sistemática en cuanto a doctrina y jurisprudencia. Las categorías son: Caracteres del contrato de alimentos, objetivo, constitución, incumplimiento, garantías, causas y aspectos fiscales. La recolección de la información está basada en estudios bibliográficos y jurisprudenciales que permiten consolidar las conclusiones. Las conclusiones a las que arriba el autor, son principalmente: Que la Ley 41/2003, está motivada por razones de protección a las personas que atraviesan la edad provectora o aquellos que tienen capacidades restringidas; que el contrato de alimentos antes de su regulación ya se venía aplicando y se conocía como vitalicio; la constitución del contrato y la participación del Notario público resultan muy convenientes; necesidad de inscripción de este contrato en el Registro Público, para que las garantías estén dotadas de publicidad registral.

Tesis doctoral.

- a) Cristina Berenguer Albaladejo, *El contrato de alimentos [tesis]*, Alicante, Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 2012.

Uno de las investigaciones más serias y voluminosas referentes al contrato de alimentos, es la que hizo Cristina Berenguer Albaladejo. Su preocupación han sido los mayores y lo que tiene capacidad restringida. La propuesta de autodeterminación de su patrimonio en beneficio propio es pertinente en épocas de crisis económica y social que traen desventaja a los ya mencionados. Por último considero que su investigación es un referente excelente para observar la ley 40/2003 de manera crítica.

1.6. HIPÓTESIS

Las hipótesis permiten que la investigación tenga un rumbo, gracias a la suposición del investigador que en el camino a de ser contrastada²⁶, por lo tanto, esta suposición o conjetura será provisional²⁷. Esta emerge de los objetivos y fundamentalmente del problema de investigación.

1.6.1. HIPÓTESIS GENERAL

Es necesaria la incorporación del contrato de alimentos en el código civil peruano ya que beneficia de manera eficiente y directa al adulto mayor en estado de necesidad que requiere de cuidados, afecto y todo tipo de asistencia moral y patrimonial.

1.6.2. HIPÓTESIS ESPECIFICA

- a) El Derecho Romano no reconoce al contrato de alimentos como un contrato innominado, sin embargo, se presume su existencia en virtud de la *stipulatio*. Su origen más exacto es consuetudinario y corresponde a experiencias francesas e italianas en la edad media.
- b) La naturaleza jurídica del contrato de alimentos y su objeto es la cesión de bienes o capital a cambio de una prestación alimenticia que sobrepase la esfera patrimonial, principalmente en prestaciones de hacer como es el cuidado, protección y asistencia. En la legislación peruana son la renta vitalicia, hipoteca inversa y donación modal las figuras afines al contrato de alimentos pero que no son tan eficientes para garantizar calidad de vida y el respeto a la dignidad de los adultos mayores; esto en razón a las restricciones y limitaciones de las particularidades como son las prestaciones in natura, aleatoriedad y carácter *intuito personae*.

²⁶ Mauro Zelayaran Durand, *Metodología de la investigación jurídica*, Lima, Ediciones jurídicas, 2016, p. 227.

²⁷ Santiago R. Valderrama Mendoza y Lucy R. León Mucha, *Técnicas e instrumentos para la obtención de datos en la investigación científica*, Lima, San Marcos, 2009, p. 17.

- c) Se previene la inexecución del contrato de alimentos a través de ciertas garantías dadas a favor del alimentista quien es la parte más débil del contrato por razón de su estado de vulnerabilidad y al haber cedido *in toto* su bien o capital. Estas garantías provenientes del derecho civil se expresan en la cláusula resolutoria; también en la esfera de los derechos reales fundamentalmente con la hipoteca, y en material contractual con la prohibición de disponer y la reserva de usufructo. Así también, los contratos que no cumplan con su objeto por circunstancias de gravedad o incompatibilidad de caracteres podrán ser convertidos a otros de naturaleza exclusivamente pecuniaria, en el mismo sentido se le faculta para exigir el cumplimiento forzado —*aunque no es recomendable*—, la resolución del contrato, el retorno de la titularidad del bien o capital entregado y la posibilidad de solicitar devengados como también resarcimiento por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados. Todas estas medidas y criterios son viables en nuestra realidad jurídica.

1.7. METODOLOGÍA APLICADA

Tal como indica Heinz Dieterich Stefan, el método científico es fundamental para recorrer el camino del conocimiento²⁸ y este dista de la metodología. Se dice que el método está relacionado “con las herramientas de recolección de los datos, o con lo que se denomina técnicas (..), la metodología tiene un significado más general y filosófico”²⁹. Así también, la investigación jurídica se desenvuelve en dos sentidos diferentes: en uno, “los problemas se plantean al interior del derecho, y su solución se debe buscar dentro de las fuentes formales del mismo”³⁰, en el otro, “los problemas se plantean por fuera del ordenamiento

²⁸ Heinz Dieterich Stefan, *Nueva guía para la investigación científica*, Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Ciencias y Humanidades, 2008, p. 21.

²⁹ Miguel Ángel Gómez Mendoza, Jean-Perre Deslauriers y María Victoria Alzate Piedrahita, *Como hacer tesis de maestría y doctorado. Investigación, escritura y publicación*, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2010, p. 93.

³⁰ Jaime Giraldo Ángel, *Metodología de la investigación jurídica*, Bogotá, Editorial Temis, 1980, p. 1.

jurídico”³¹. En esta ocasión, nuestra metodología e investigación jurídica se orientan al análisis de determinadas fuentes jurídicas que reconocen al contrato de alimentos y la consideran como una alternativa eficiente para solucionar problemas de abandono e indolencia con la población adulto mayor, por lo tanto, consideramos al igual que Perujo Serrano que la investigación debe valer para la ciencia y servir para la sociedad de donde se produce y a donde va³².

1.7.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

a) TIPO DE INVESTIGACIÓN:

- Según la finalidad: Tal como indica Carlos A. Sabino “los trabajos de indagación sueñen clasificarse en puros o aplicados según su propósito este más o menos vinculado a la resolución de un problema práctico”³³. En esta ocasión la finalidad que perseguimos es intelectual y teórica, ya que proponemos el conocimiento de un novedoso contrato para la doctrina peruana, por tanto, está orientada a un tipo de investigación puro, básico o sustantivo.
- Según el paradigma: Investigación cualitativa también definida por Grinnell como naturalista, fenomenológica, interpretativa o etnográfica, que según Arotoma “tienden a proveer descripciones detalladas de los contextos sociales (...) interesa el descubrimiento de la teoría y no por su comprobación (...) interesa más el proceso que el producto”³⁴. En ese sentido, desarrollaremos la teoría del contrato de alimentos y describiremos sus cualidades a fin

³¹ *Ibid.*

³² Francisco Perujo Serrano, *El investigador en su laberinto. La tesis, un desafío posible*, Sevilla, Comunicación social ediciones y publicaciones, 2009, p. 16.

³³ Carlos A. Sabino, *Cómo hacer una tesis y elaborar todo tipo de escritos*, 3° ed., Buenos Aires, Editorial Lumen, 1998, p. 96.

³⁴ Sixto Arotoma C, *Tesis de grado y metodología de la investigación*, Lima, Sixto Arotoma Cacánahuaray, 2007, p. 166.

de solucionar el problema del abandono y descuido de la población adulto mayor.

b) TIPO DE ESTUDIO:

- Histórico-jurídico: Nuestra tesis describe los orígenes históricos y consuetudinarios del contrato de alimentos hasta la reciente propuesta legislativa en el derecho español.
- Jurídico-comparativo: Ya que se analizará las semejanzas y diferencias entre el contrato de alimento —*proveniente principalmente del sistema jurídico español*— y las figuras contractuales afines que provee la legislación peruana, sean estas el contrato de renta vitalicia, la novel hipoteca inversa y la enigmática donación modal.
- Jurídico-propositivo: Luego de evaluar al contrato de renta vitalicia, hipoteca inversa y donación modal, proponemos la incorporación del contrato de alimentos a la legislación peruana y con el garantizar la vida digna de los adultos mayores.

c) DISEÑO DE INVESTIGACION:

La investigación jurídica requiere de un diseño de investigación y este “supone trazar el plan o estrategia para obtener la información y desplegar la investigación”³⁵, mediante el diseño se logrará alcanzar los objetivos.

- Nuestro diseño de investigación es no experimental o *ex post facto*. Ya que conoceremos a profundidad la naturaleza jurídica del contrato de alimentos, pero sin la necesidad de comprobar las hipótesis.

³⁵ Lino Aranzamendi, *Investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación y estructura y redacción de la tesis*, Lima, Grijley, 2010, p. 205.

1.7.2. MÉTODOS, TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS E INSTRUMENTOS

1.7.2.1. MÉTODOS:

- a) Método deductivo. Este método “parte de principios generales para tratar de conocer o explicar fenómenos particulares”³⁶, por lo tanto, el contrato es un instrumento jurídico que permite satisfacer necesidades y mejorar la calidad de vida de las personas, en tal sentido el contrato de alimentos posibilitará a los adultos satisfacer sus necesidades y mejorar su calidad de vida.
- b) Método Hermenéutico-Jurídico: Interpretación de la doctrina, legislación y jurisprudencia del sistema jurídico español en referencia al contrato de alimentos a fin de evidenciar su utilidad en la realidad jurídica peruana.
- c) Método Analítico Sintético: A fin de lograr un orden prelatorio con nuestras fuentes de investigación. El método analítico “significa separación, descomposición, aislamiento. Procede por análisis todo aquel que desata o libera, para su consideración particularizada, cada uno de los elementos que integran un todo complejo”³⁷ En el caso del método sintético, este significa “composición, reunión, reagrupación. Se procede por síntesis cuando el entendimiento ejecuta la acción de combinar y unificar los datos, aislados mediante el análisis, en un todo armónico”³⁸

³⁶ Alejandro Solís Espinoza, *Metodología de la investigación jurídico social*, 3ª ed., Lima, Editorial Fecat, 2008, p. 82.

³⁷ Francisco Carruitero Lecca, *Introducción a la metodología de la investigación científica*, Lima, San Bernardo libros jurídicos, 2014, p. 124.

³⁸ *Ibid.*

- d) Método Exegético: Según ramos Sujo, “este método tuvo su origen en la Escuela de los Glosadores, en la que las leyes debían interpretarse según sus propias palabras”³⁹, en ese sentido nos queda comprender el espíritu de la ley 41/2003, del 18 de noviembre, denominada Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, que ha permitido a cabalidad la incorporación del contrato de alimentos en el código civil español en los artículos 1791 al 1797 y luego del análisis, contrastarla con la legislación nacional.
- e) Método Sistemático: Organizar el sistema jurídico español y peruano en relación con el contrato de alimentos.

1.7.2.2. TÉCNICAS:

- a) Análisis documental de libros y revistas referidas al tema del contrato de alimentos.
- b) Análisis de jurisprudencia sobre las garantías e incumplimiento del contrato de alimentos.

1.7.2.3. INSTRUMENTOS

- a) Fichas de Registro.
- b) Cuadro de análisis de jurisprudencia.

³⁹ Juan Abraham Ramos Sujo, *Elabore su tesis en derecho*, 2ª ed., Lima, San Marcos, 2008, p. 456.

PARTE II

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO I

LA CONSTRUCCIÓN IMPERFECTA DEL DERECHO Y LA EDAD PROVETA

1.1. PROLEGOMENO: EL HOMBRE Y LA IMPERFECCIÓN DEL DERECHO.

Dentro de las variadas concepciones del hombre⁴⁰, podremos considerarlo a este, como un ser adaptable⁴¹ y racional⁴², pero imperfecto⁴³ y limitado⁴⁴, que en base a la libertad que es el principio supremo de justicia⁴⁵, se tropieza reiteradamente en la misma piedra, aun diferenciando lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto⁴⁶.

⁴⁰ Las concepciones del hombre se han clasificado en dos grupos. La concepción naturalista y no naturalista. Dentro de la concepción naturalista se encuentra el naturalismo biológico e instintivista de Freud, el naturalismo psicofísico de La Mettrie. Del lado no naturalista, se ha desarrollado el espiritualismo de Max Scheler, el simbolismo de Ernst Cassirer, el existencialismo de Heidegger y el relacionismo esencial de Martín Buber. Toda esta información está detallada en la siguiente obra y páginas. Juan Rivera Palomino, *Filosofía y Globalización*, Lima, Fondo Editorial del pedagógico San Marcos, 2004, pp. 20-32.

⁴¹ “Se ha dicho que no hay un ambiente natural propio del hombre; que éste no tiene un instinto que lo adapte a un ambiente específico” Juan Alberto Madile, *Sociología Jurídica. La realidad del derecho una base científica para su estudio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, p. 99.

⁴² Ante la pregunta ¿Qué es la naturaleza del hombre?, Hans Welzel reflexiona desde el derecho natural y existencial. En cuanto al derecho natural “La esencia del hombre se determina partiendo de la razón, del logos; el hombre es un ser racional y social, un *animal rationale et sociale*” y para el derecho existencial “el hombre no es primariamente un ser racional, sino que se encuentra determinado por actos volitivos o impulsos de naturaleza prerracional” Hans Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, traducción de Felipe González Vicen, Madrid, Aguilar, 1971, p. 5.

⁴³ En la mitología egipcia el hombre fue creado por el dios Jnum, quien además creó la luz solar y el lodo del Nilo. “En las paredes de su templo, se halla una hermosa inscripción que detalla como realizó Jnum su trabajo: Ató la sangre a los huesos, modelados con sus propias manos en su taller, de manera que el aliento de la vida estuviera en todo” Alba Libros, *Mitología egipcia*, Madrid, Albor libros, 2010, p. 37.

⁴⁴ “(...) por cuanto sus capacidades no son ilimitadas; por eso, necesita de la ayuda y seguridad que le proporcionan los demás y, por eso también, frustrado en su búsqueda de la verdad, se confirma con la fe” Aníbal Torres Vásquez, *Introducción al Derecho*, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 56.

⁴⁵ “El principio supremo de justicia, en su forma colectiva, consiste en organizar la agrupación de tal suerte que cada uno disponga de una esfera de libertad tan amplia que le sea posible desarrollar su personalidad, convertirse de individuo en persona, en otras palabras, de personalizarse” Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996, p. 439.

⁴⁶ “El hombre tiene una facultad originaria, no deducible de la experiencia, de distinguir la justicia de la injusticia. Ya Aristóteles ponía de relieve esta facultad o sentimiento de lo justo y de lo injusto, considerándolo como un carácter fundamental y específico del hombre, frente a las otras

Es un ser que además de tener “facultades vegetativas y sensitivas, tiene otras superiores o específicas, que son el entendimiento”⁴⁷, sin embargo, no sabe callar en el momento que debe hacerlo, alejado por voluntad propia de la prudencia y a veces es consciente que esta virtud no será una constante en su vida. Además, a este ser vivo, contemporáneo y libre⁴⁸, con capacidad para razonar⁴⁹ y crear, le cuesta ser integro y completo, sin embargo, cree tenazmente que su prójimo si debiese serlo, por eso no tolera la caída de este y lo critica con todas sus fuerzas, por tal motivo vigila atentamente al otro—*olvidándose incluso de él mismo*— y crea reglas y sanciones, muchas veces draconianas, para castigar la insolencia de sus coterráneos⁵⁰, creyendo que estos castigos nunca podrán afectarlo; pero se engaña, porque él también es imperfecto y su conductas también serán impredecibles⁵¹.

Este hombre errante, porque se desplaza y va cometiendo errores, es el encargado de construir nuestro sistema jurídico, de proponer y quitar en la

especies animales” Giorgio Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Barcelona, Bosch, 1980, p. 491.

⁴⁷ Antonio Millán Puelles, *Fundamentos de la filosofía*, 14ª ed., Madrid, Ediciones Rialp, 2001, p. 357.

⁴⁸ El derecho nos reconoce libertad, y esta permite desarrollarnos en armonía con nuestra voluntad, pero también esta misma libertad da origen a la ocurrencia de delitos y cuasidelitos.

⁴⁹ “El hombre se diferencia de los animales por poseer el *lógos*, que significa razón, entendimiento y también lenguaje. Esto es lo que lo ha convertido en el señor de la creación, en el amo de la naturaleza, más raudo que el águila y más fuerte que el león” George Thomson, *Los primeros filósofos*, Traducción de Margo López Cámara y José Luis Gonzáles, México, Universidad Autónoma de México, 1959, p. 22.

⁵⁰ El Derecho es entendido en otra de sus aristas, como la facultad que se le otorga a un sujeto para predeterminar la conducta de otro, quien ha de cumplir silenciosamente con la carga o el deber jurídico, por el aceptado.

⁵¹ También el derecho, mediante sus reglas y fundamentos, se esfuerza por impedir que nuestra naturaleza primitivamente impredecible prospere, pero fracasa.

intangibilidad del derecho⁵², y aunque se esfuerce por conseguir un producto adecuado y estable, al alba, su trabajo seguirá siendo imperfecto⁵³.

Quien también creyó que el derecho puede ser perfecto —*cercano al fas*—⁵⁴, fue Aurelio Cornelio Celso, quien dijo poéticamente que el derecho es el arte de lo bueno y lo justo⁵⁵, pero estamos convencidos que en este “arte”, la proporción áurea jamás podrá acreditar su perfección. Aquí no se trata de un arte que aritméticamente pueda ser considerada perfecta, como se les considera humanamente a “Las meninas” de Diego de Velásquez o “Adán y Eva” de Duderó⁵⁶.

Así también, el derecho provee de parámetros prolongados en el tiempo, que se imponen a las conductas y relaciones jurídicas de una sociedad, donde los individuos que forman parte de ella son disimiles, por razones de género, oportunidades y de su propia generación. Por tanto, no hay forma de la fabricación de un derecho que se acomode a todos los intereses, y en su evidente imposibilidad, se preferiría un interés colectivo pero que en buena cuenta tampoco dice mucho.

El derecho también puede ser maniobrado vilmente, con dirección a resultados injustos e ilícitos, ya que no forma parte de la lógica formal como las matemáticas, sino de la lógica jurídica, donde la argumentación y el dialogo —

⁵² Hablamos ahora de la intangibilidad del derecho, pues “no podemos tocarlo, ni verlo, ni oírlo, ni olerlo, ni tampoco gustar de él, sin embargo, tampoco podemos decir que es totalmente ideal y si podemos afirmar que es real” Ismael Rodríguez Campos, *Las profesiones jurídicas*, México D.F., Editorial Trillas, 2005, p.18.

⁵³ “Mientras que el animal nace ya hecho, el hombre debe continuamente hacerse a sí mismo, construirse él mismo. No cesa, no para de hacerse, en busca de su identidad y plenitud. En esa singularidad radica la grandeza del hombre; pero también su fragilidad. El hombre puede ir más lejos, pero también puede caer más bajo. Posee permanentemente la oportunidad constitutiva de superarse o de perderse. El hombre es un ser que arriesga y para el cual «volver a empezar» es siempre posible hasta el final” K. Lorenz

⁵⁴ Derecho divino.

⁵⁵ *Ius est ars boni et aequis*

⁵⁶ Estas últimas, son obras artísticas consideradas perfectas por la proporción áurea.

sobre todo de aquellos que tienen poder— marcan los criterios de legislación, doctrina y jurisprudencia que pueden favorecer y auxiliar al infame opulento. Por lo tanto, no hay espacio para los más débiles, y menos para aquellos que por circunstancia naturales o por el asar del destino, son vulnerables.

Por tanto, aquella bella palabra de origen heleno que es isonomía⁵⁷ y que significa igualdad ante la ley, será una quimera. Mas real es el cuento escrito por Frank Kafka intitulado “Ante la ley”, el que nos libera del sueño por alcanzar la justicia.

En el mismo sentido, el derecho reconoce textualmente a los ricos y pobres, a los intelectuales e ignorantes, así como a los ancianos y niños, pero no se atreve a equilibrar sus posiciones ante la ley, porque algunos no son parte de sus intereses, o por lo menos de su artífice.

Y aunque duela decirlo; el derecho, no es el arte de lo bueno y lo justo, en el, se pueden concebir reglas perversas, incentivar la imparcialidad e inexactitud de los hechos, sus reglas pueden transformar a una sociedad en indolente e ingrata. El derecho también convive con la soberbia y el poder, sus reglas no siempre están hechas para el humilde. Es más fácil la producción de normas jurídicas que aseguren “el crecimiento de los negocios mercantiles, para garantizar la estabilidad de los países, para respetar la propiedad privada, para el avance de la industria”⁵⁸ que normas oportunas que garanticen a plenitud la calidad de vida de las personas, sobre todo, aquellas que ya dejaron de ser jóvenes.

Tristemente, junto a nuestra conciencia, es esta construcción imperfecta hecha por el hombre lo único que tenemos, para vivir honestamente, dar a cada quien lo suyo y no causar daño a los demás⁵⁹; y por el cielo que pesa en nuestros hombros, debemos considerarla, ya que no tenemos la dicha de los ermitaños a quienes “no le importa ni le interesa el Derecho, porque no requieren de lo

⁵⁷ Igualdad ante la ley.

⁵⁸ Rodríguez Campos, *op. Cit.*, p.16.

⁵⁹ Máximas del jurista romano Ulpiano.

jurídico”⁶⁰, así como a los animales y plantas, que viven sin la conciencia de que existen normas a su favor.

A estas alturas, pareciese que definir al derecho en un sentido positivo, es imposible, pero esa es una angustia ya superada, ya que estamos acostumbramos a vivir de sus creaciones e instituciones, aunque sean una gran piedra en nuestros zapatos, que incomodan y lastiman.

Esta imperfección, se transmite a prisa, en un viaje fluvial y local por ríos de tinta, o también toma su tiempo, cuando es parte del océano, con volúmenes, no de agua, sino de teorías, cuyo oleaje impredecible, disminuye —*con sus posiciones absolutas y verticales*— o incrementa —*con sus posiciones argumentativas e interpretativas, abiertas al debate*— la investigación jurídica, con la posibilidad de un desenlace ecléctico —*conocido también como teoría intermedia*— que, por lo general, es más cómoda y menos polémica. Este conjunto de estudios y análisis renueva, evolucionan y porque no, involucionan al Derecho —*ya que consideramos que en lo jurídico todo es cíclico*— mediante la doctrina, el estudio del precedente, la promulgación de una ley o el reconocimiento de la voluntad y la costumbre.

Entonces, diremos que el Derecho es una construcción colectiva⁶¹, que pretende artísticamente⁶² convertirnos en seres predecibles en favor de la colectividad. Se

⁶⁰ Rodríguez, *op. cit.*, p.16.

⁶¹ Sobre la colectividad, “la vida humana es impensable fuera de la sociedad. Los individuos no pueden existir en un aislamiento completo y permanente. Los hombres se necesitan unos a otros para sobrevivir y vivir como seres humanos. Esta dependencia mutua hace que sea necesaria alguna forma de cooperación reglamentada y, por lo tanto, alguna forma de sociedad” Campbell, *op. cit.*, p. 15.

⁶² El derecho además de ciencia, a sido considerado un arte, ya que no todo es lógica en el derecho, “el intérprete del Derecho necesita de tacto y mesura para encontrar el mejor equilibrio entre los diversos componentes de las reglas jurídicas, es por eso que se ha sostenido, a veces, que el Derecho tenía más de arte que de ciencia” Claude Du Pasquier, *Introducción al Derecho*, traducción de Julio Ayasta Gonzales, 5ª ed., Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1994., p. 297.

concreta en una figura geométrica triangular⁶³, sin embargo, puede ser inconstante, porque es el trabajo de innumerables hombres y mentes que no siempre están despejadas.

Por todo lo anterior, el Derecho, será un producto evolutivo⁶⁴ e involutivo; ordenado y contradictorio; con teorías armonizables y comúnmente incompatibles⁶⁵; nunca perfecto y siempre falible, como el hombre común que lo crea⁶⁶ ya que el legislador nunca ha sido el dueño absoluto del derecho⁶⁷. Su

⁶³ El Derecho, nace en la bilateralidad, en el intercambio de frustraciones y alegrías. Pero para un verdadero significado, utilidad y pertinencia, se requiere de un tercero quien va a dirimir y hacer cumplir lo pactado o resuelto, por la fuerza y con violencia de ser el caso. Ese tercero es el Estado y principalmente una de sus instituciones encargadas de administrar justicia. Por tanto, el derecho es triangular, frente a frente estarán los litigantes, unidos por la abstracción del derecho y por encima, blindado de imparcialidad un tercero, que tiene legitimidad y poder para resolver el conflicto.

⁶⁴ “Histórica y paulatinamente las organizaciones humanas, a través de formas y procesos distintos, han ido regulando con una técnica y forma especiales aquellas conductas sociales que pudieran afectar o interferir la realización de tales intereses. En efecto, dicha técnica especial de regulación de la conducta social es el Derecho” Mario Ignacio Álvarez Ledesma, *Introducción al Derecho*, 2ª ed., México D.F., Mc Graw Hill, 2010, p. 9.

⁶⁵ como cuando se discute sobre el iusnaturalismo y positivismo jurídico llegando a conclusiones como que “no se puede sostener simultáneamente la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo y la exclusividad del derecho positivo” Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, 10ª ed., México D.F., Distribuciones Fontamara, 2012, p. 86.

⁶⁶ “El hombre del final de la modernidad entró en crisis y vio cómo, poco a poco, los derechos individuales (que incluyen los personalísimos), sociales, económicos y ambientales iban siendo agredidos constante y progresivamente, sin respuesta adecuada posible” Ghersi, *op. cit.*, pp. 39-40

⁶⁷ Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2011, p. 23.

destino en el mejor de los casos⁶⁸ es asentarse en la sociedad⁶⁹ pero de ninguna manera será garantía de relaciones justas y cordiales entre sus integrantes⁷⁰. Finalmente, y de acuerdo con el pensamiento de Carlos Santiago Nino “El derecho, como el aire, está en todas partes”⁷¹ y nunca desaparecerá⁷², pero requiere de un texto donde ha de manifestarse⁷³.

1.1. APROXIMACIONES MULTIDISCIPLINARIAS SOBRE LA EDAD PROVECTA.

⁶⁸ La eficacia de la norma no es requisito esencial de su validez. Dicho por Hans Kelsen, una norma adquiere validez antes de enfrentarse al mundo y gozar de eficacia, eso es, antes de ser obedecida y aplicada. Revítese la siguiente fuente: Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter, *Validez y Eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 74. La eficacia de la norma debe ser *erga omnes*, así lo sostiene: Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina Jurídica contemporánea, México D.F., Editorial S.A.S., 2007, p. 101.

⁶⁹ “(...) sociedad y derecho resultan proyectados como términos inescindiblemente concatenados entre sí, y la antigua afirmación del jurista romano: *ubi societas ibi ius* (donde hay sociedad, también hay derecho) viene a ser invertida, en el sentido de que *ubi ius ibi societas* (donde hay derecho, también hay sociedad).” Umberto Breccia, Lina Bigliuzzi Geri, Ugo Natoli y Francesco D. Busnelli, *Derecho Civil*, Traducción de Fernando Hinestroza, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1992, Tomo. I, Vol. 1, pp. 1-2.

⁷⁰ “Vivir con los demás no es entonces un río largo y tranquilo, ya que no se trata simplemente reconocerlos, sino también de dejarles un lugar para vivir y expresarse” Solenn Carof, “*Los otros ¿Necesitamos del prójimo?*”, en: Catherine Halpern (dir.), *Las grandes preguntas de la filosofía*, Madrid, Editorial Globus, 2011, p. 286.

, p. 36.

⁷¹ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, p. 1.

⁷² Se menciona en un nutrido libro de sociología que Marx aseguraba que el derecho “es una construcción artificial destinada a desaparecer” José Horna Torres, *Introducción a la Sociología Jurídica. En torno a su definición, metodología y técnicas de su enseñanza*, Lima, Grijley, 2011, p. 25. Con ello se demuestra el desconocimiento de este magno intelectual sobre la necesidad, importancia e inmortalidad del derecho.

⁷³ El derecho como texto es una propuesta ontológica, que sostiene que el derecho no existe sin un texto, para mayores alcances se puede revisar la obra de José Sánchez-Arcilla Bernal, *Historia del derecho*, Madrid, Editorial Reus, 2008, pp. 10-11.

1.1.1. INTRODUCCIÓN.

Lo común en las personas es el deseo de ser jóvenes⁷⁴ y vivir prolongadamente, y este último anhelo —*en razón al incremento de la calidad de vida*⁷⁵, y la *anulación de riesgos que existían en la antigüedad relacionadas a la supervivencia*— se está haciendo realidad⁷⁶. Sin embargo, esta extensión de la esperanza de vida es inversamente proporcional a los mecanismos jurídicos⁷⁷ y sociales en favor de la vejez las cuales son parte de nuestra reflexión e investigación.

Por lo tanto, a nivel mundial hay un crecimiento exponencial de la población adulto mayor⁷⁸, sobre todo del género femenino⁷⁹. Dicho fenómeno demográfico —*sin lugar a duda*— es una excelente noticia; aunque no toda la sociedad opina lo mismo, ya que consideran a los adultos mayores como improductivos y son

⁷⁴ Por ello, desde épocas anteriores al nacimiento de Cristo, se evidenció la preocupación por los efectos físicos que traía la vejez y ante ello se fabricaron pomadas y remedios. Menciónese por ejemplo a Teofrasto, considerado el padre de la Botánica, nacido en el año 370 a.C., quien estudió el Aloe Vera y sus propiedades naturales que enfrentan a la vejez. También, en tiempos más recientes, la publicación del médico alemán, Wilhelm Hufeland, intitulada “Macrobiótica” centrada en el estudio científico de la vejez.

⁷⁵ Así también, los adelantos de la medicina y el conocimiento alternativo de prácticas naturales para el cuidado de la salud, ha permitido el crecimiento de la población adulto mayor.

⁷⁶ “Hoy en día es normal llegar a la vejez, mientras que en otros tiempos esto era accesible solo a la minoría. Es, pues, un fenómeno relativamente nuevo en la historia de la humanidad”⁷⁶ María de Paz Martines Ortega, María Luz Polo Luque y Beatriz Carrasco Fernández, “*Visión histórica del concepto de vejez desde la edad media*”, [En línea], Año VI, N°11, 2002, disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/4889/1/CC_11_08.pdf, pp. 41-42, consulta: febrero del 2020.

⁷⁷ El sistema jurídico discrimina a los adultos mayores.

⁷⁸ “El tema afecta a todo el mundo y se trata de un envejecimiento generalizado, sin precedentes en la historia de la humanidad” Kemelmajer de Carlucci, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁹ “La feminización de la población adulto mayor (ya que a partir de los 80 años la población femenina es la dominante)” M^a del Carmen Carbajo Vélez, “*Mitos y estereotipos sobre la vejez. Propuesta de una concepción realista y tolerante*” [revista en línea], núm. 24, 2009, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3282988>, p. 87. consulta: septiembre de 2017.

una carga económica⁸⁰ para las familias⁸² y el Estado⁸³, estos ya han perdido autonomía e independencia⁸⁴.

La organización mundial de la salud considera que el camino de la vejez inicia a partir de los 75 años; Hipócrates marco el inicio de la ancianidad a los 56 años; Aristóteles consideraba que el apogeo corporal yace a los 35 años y el esplendor creativo y virtuoso del alma a los 50. Lo cierto es se considera a la vejez como un declinar biológico, un proceso natural no ajeno a todo ser vivo⁸⁵, siendo el hombre, el único que tiene conciencia de ello, y en colectividad, el valor que se le da a la vejez es inevitablemente bifronte, por tanto, hay un valor negativo, que *per se*, desprecia a la ancianidad⁸⁶ y de otro lado, el valor positivo, que considera al anciano como un ser sabio y de experiencia, que puede producir en beneficio de la sociedad. En esta investigación descubriremos que la gran mayoría opta por darle un valor negativo.

Su notoriedad se manifiesta en la creación de nuevas especialidades que se encargan del estudio y cuidado de los ancianos, tanto en su salud, a cargo de la

⁸⁰ Tratar las enfermedades provenientes de la ancianidad son onerosas.

⁸¹ "La longevidad es un riesgo financiero" frase adscrita a Chistin Lagarde quien es presidenta del Banco Central Europeo.

⁸² Además, esta nueva generación, considera que cuidar ancianos es una pérdida de tiempo que puede deteriorar o perjudicar su desarrollo personal y profesional.

⁸³ En ese sentido se pronunció un ministro de finanzas en Japón llamado Taro Aso, quien asegura que los adultos mayores son un problema para la economía y la solución sería que estos se apresuren en morir.

⁸⁴ Roberto Ham Chande, "*Vejez y dependencia. Paradigmas y nuevos contratos sociales*" [revista en línea], núm 14, 2001, disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/dms/issue/view/615/showToc>, p. 27. consulta: abril de 2016.

⁸⁵ "Cuando Buda era todavía el príncipe de Sidarta..., comentó a la vista de un anciano: Que desgracia, que los más débiles e ignorantes, embriagados por el orgullo propio de la juventud, no ven a la vejez. De qué sirven los juegos y alegrías si soy morada de la futura vejez" Sillero F. de Cañete, *op. cit.*, p.44.

⁸⁶ "Cuenta Levi-Strauss que los indios nambikwaras tienen una palabra para definir lo joven y bello y otra para expresar lo viejo y feo, identificando así los estragos de la edad con la repulsión de la fealdad" *Ibid.*

geriatría⁸⁷, como de su integración social y económica que está a cargo de la gerontología. Pero también, palabras siniestras como el gerontocidio, que es la insuficiencia alimenticia de los ancianos, provenientes de la ingratitud y el menosprecio de quienes están obligados por ley y por la moral a velar por ellos, también, términos como gerontofobia, que represente el miedo a los ancianos o llegar a ser ancianos; gerascofobia, que expresa desprecio por los adultos mayores y edadismo, que es la discriminación hacia los viejos.

Por lo tanto, en las siguientes líneas, vamos a desarrollar la visión bifronte que tiene sobre la vejez la biblia, la historia, filosofía y literatura, a fin de sentar las bases teóricas e introductorias de nuestra investigación.

1.1.2. APROXIMACIÓN HISTÓRICA.

La ancianidad⁸⁸ ha tenido diversas consideraciones a lo largo de tiempo. Desde una visión positiva, en la prehistoria⁸⁹ —*por los riesgos y las condiciones climáticas*— no era común superar los treinta años⁹⁰, este era un hecho sobrenatural, considerado por muchos un privilegio o recompensa divina para las personas que habían actuado bien y con justicia.

⁸⁷ El padre de la Geriatria fue Ignatius Nascher, y el termino proviene de las palabras griegas *Geron* (viejo) y *Iatrikos* (tratamiento médico).

⁸⁸ “Al parecer, la palabra anciano nació en la primera mitad de siglo XIII; es un derivado de un vocablo de la lengua romance (*anzi*), que significa *antes*. Se trata, pues, de un concepto que señala la relación del ser humano con el tiempo” Kemelmajer de Carlucci, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁹ Podríamos llamarla una cultura ágrafa, porque no hay escritura.

⁹⁰ A diferencia del hombre del paleolítico, que tenía una corta esperanza de vida y por ende no le era posible llegar a la ancianidad, en este último siglo, lo cotidiano es que las personas alcancen la etapa de la vejez, es más, en vista del incremento progresivo de la población adulto mayor, nuestro siglo ha sido denominado el *siglo del envejecimiento demográfico*. Las razones por las cuales en la prehistoria no se podía llegar con facilidad a la ancianidad serían las siguientes: “... las carencias alimenticias, la enfermedad, la caza, la falta de protección frente a los rigores climáticos” Kemelmajer de Carlucci, *op. cit.*, p. 39.

Estas personas ancianas, eran admiradas y respetadas porque se les adscribía el poder de predecir el futuro, curar enfermedades y con su memoria y relatos ser el “archivo histórico de la comunidad”⁹¹.

En Grecia, los ancianos dejaban las armas y se les encargada mantener el orden. También, se crean por primera vez lugares o albergues para el cuidado de los ancianos. Vitruvio relata sobre “la casa de Cresos, destinada por los sardianos a los habitantes de la ciudad que, por su edad avanzada, han adquirido el privilegio de vivir en paz en una comunidad de ancianos a los que llaman Gerusía”⁹². En Esparta, los cargos públicos estaban a cargo de los ancianos, que conformaban el senado, también llamado Gerusía. Ingresar a este cargo era mediante la cantidad de aplausos recibidos, estando todos los aspirantes en fila india. En Atenas, los ancianos no tenían mayores consideraciones, en el mejor de los casos formaban parte de un simple órgano consultivo. La juventud estaba a cargo de las decisiones importante.

En los orígenes de Roma cien ancianos fueron considerados como padres y su descendencia llevo el título de patricios, también, en la etapa de la República Romana, el Senado obtuvo gran importancia y reconocimiento para gobernar, y este estaba conformado por los *senex* (ancianos). Se presumía la sabiduría y serenidad de los adultos mayores y por lo tanto era garantía de buenas gestiones en favor de los más débiles, por lo tanto, los ancianos gozaban de *auctoritas*.

En el extremo Oriente, el respeto hacia la ancianidad es fundamental, y difiere de la visión occidental. Ejemplo de ello es la cultura china donde se acostumbra hasta la actualidad, obsequiar un vestido llamado de la longevidad “con el propósito de prolongar la vida a un ser querido. Estos vestidos son mortajas cosidas por mujeres jóvenes, las que se suponen vivirán por muchos años,

⁹¹ Trejo Maturana Carlos, “El viejo en la historia” [revista en línea], Vol. 7, núm. 1, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2001000100008>, p. 109, consulta: diciembre 2019.

⁹² *Ibid.*, p.110.

bordando con delicadas manos la palabra longevidad”⁹³. En la actualidad y gracias a la herencia moral de las enseñanzas de Confucio⁹⁴, los hijos no deben ser ingratos con sus padres y deben visitarlos constantemente. En Shanghái, este es un mandato legal, cuya inobservancia o incumplimiento, generara consecuencias jurídicas tales como, dificultades para acceder a créditos y empleos⁹⁵. A todo esto, se evidencia el crecimiento de la población adulto mayor, por factores como la política del hijo único⁹⁶, que evita el nacimiento de más de 400 millones de personas y el aborto permitido cuando el concebido tenga género femenino⁹⁷.

En Japón, la deferencia a los adultos mayores es notable; tienen un día especial que es el tercer lunes del mes de setiembre, donde buscan generar conciencia —*sobre todo a la población joven*— de la importancia de los ancianos en la sociedad por su veteranía, así también, agradecerles porque lo que tiene hoy, es gracias al trabajo del ayer. Esta es toda una festividad en Japón, denominada *Keirō No Hi*.

⁹³Acerbi Cremades Norma, “Una mirada histórica: Y también la vejez tiene su historia” [revista en línea], diciembre del 2013, disponible en: http://www.saludpublica.fcm.unc.edu.ar/sites/default/files/RSP13_5_10_mirada%20historica.pdf, p. 70, consulta: octubre 2019.

⁹⁴ Brindo los conceptos de Ren “amar a otros” y Xiao “filial”, a fin de enseñar que las personas que saben querer y sobre todo a sus padres y ancianos, llegara a un nivel elevado denominado “Junzi”.

⁹⁵ BBC News, “China: los castigos que impone Shanghái a los hijos que no visitan a sus padres ancianos [Navegación de la BBC en línea], 2016, disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160418_china_ley_sanciones_hijos_cuidado_ancianos_sanghai_ab, consulta: enero del 2020.

⁹⁶ ““El modelo de familia china como consecuencia de la política de un solo hijo es de 4-2-1, es decir cuatro abuelos, dos padres y un hijo. Cuando los hijos únicos se casan, la pareja, al no tener hermanos, se enfrenta sola a la responsabilidad de cuidar a cuatro ancianos” (sus padres) y a la obligación de mantener y educar a su único hijo” Lien-Tan Pan, “Estudios de Asia y África” [revista en línea], Vol. 52, Nº 2, 2017, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/586/58650386010.pdf>, p. 462, consulta febrero del 2020.

⁹⁷ “Los varones son los herederos del linaje ancestral y asumen la responsabilidad de apoyar y cuidar a los padres en la vejez. Según el censo, por cada 100 niñas nacieron 118 niños entre 2001 y 2010. Los hombres representan algo más de 51% de la población” *Ibid.*, p. 461.

En el África, llegar a la vejez era un momento de felicidad plena por la sabiduría adquirida, para ellos, en su cosmogonía, la infancia y juventud se caracterizaban por ser una etapa de instrucción e ilustración, la etapa de la adultez permitía la creación y producción, y la vejez, era una etapa de completa sabiduría. En Egipto, y el terror que tenían los faraones al paso del tiempo⁹⁸, ellos, en un intento desesperado por conservar su juventud “practicaban anualmente la Ceremonia del Rejuvenecimiento o Fiesta del Jubileo, llamado Heb Sed”⁹⁹.

En la Edad Media, la juventud y la fuerza eran fundamentales para la guerra y la prosperidad de los pueblos, por lo tanto, el anciano, por viejo y débil no tenía mayor representatividad. En el siglo XI, la situación de los ancianos empieza a cambiar, en parte como consecuencia de las mejoras económicas y en parte debido al crecimiento paulatino de la burguesía¹⁰⁰, los ancianos, producto de sus años de trabajo se hacían de una gran fortuna y como consecuencia tenían mayores consideraciones. Durante los siglos XII y XIII, se apertura “casas de reposo” y los hospitales para ancianos y moribundos, generalmente a cargo de órdenes religiosas¹⁰¹. En los siglos XIV y XV, aparecieron epidemias y pestes como la *yersinia pestis* o la viruela, que atacaron a niños y jóvenes principalmente, motivos por el cual el número de adultos mayores se incrementó. Esto trajo como consecuencia, segundos matrimonios entre mujeres jóvenes y ancianos, esto a razón de lo que mencionamos anteriormente, como es la muerte de los jóvenes por epidemias y el mejor estatus económico y social del cual gozaban los ancianos. Su poder adquisitivo e influencia social, cambio la perspectiva de las obras de arte, ahora el anciano era símbolo de respeto y de influencia social. Sin embargo, estas atenciones estaban reservadas para el género masculino, porque una mujer anciana y pobre, tenía una posición ínfima

⁹⁸ Sin embargo, la sociedad egipcia, respetaba a los ancianos, ya que sus años vividos, eran sinónimo de sabiduría. El trato que recibían era el más cordial, y se preocupaban por brindarle afecto y no dejarlos al olvido.

⁹⁹ Acerbi Cremades, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁰ María de Paz Martines Ortega, María Luz Polo Luque y Beatriz Carrasco Fernández, *op. cit.*, pp. 41-42.

¹⁰¹ Acerbi Cremades, *op. cit.*, p. 71.

en la sociedad, y así lo reflejaban las expresiones artísticas de la época. Esta situación positiva fue breve, retomando la juventud importancia y siendo los ancianos motivo de mofa y fastidio.

En el siglo XVIII, el médico Gerard van Swieten “consideró que la vejez era una «enfermedad incurable»; describió los cambios morfológicos que acarrea y se burló de los remedios aportados por la alquimia y la astrología”¹⁰²

1.1.3. APROXIMACIÓN BÍBLICA.

La Biblia, es un bello libro que todo estudiante de derecho debiese leer. Sus páginas muestran el camino para lograr contentura e integridad; también; nos permite conocer la verdad que da luz y nos aleja de las penumbras. Es un texto sagrado que nos permite vivir con virtud y vigor.

La Biblia, nos brinda esperanza y paz, y es nuestro deber trasladar ese mensaje de manera inmediata a nuestros clientes. Ya en la praxis, es un vivero de citas para defender los valores jurídicos como la libertad y la justicia, sobre todo en aquellos tribunales que han secuestrado los nobles fines que tiene el derecho.

Son numerosas las referencias acerca de la ancianidad en Biblia¹⁰³, sin embargo, nos limitaremos a considerar algunas, en especial, las que nos enseñan a valorar esta bella etapa y nos permita entender que tenemos un deber para con los adultos mayores —*que pueden ser nuestros padres y abuelos*— de honrarlos y cuidarlos.

¹⁰² Sillero F. de Cañete, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰³ En la Biblia se mencionan nombres como Matusalén que se dice que vivió hasta los 969 años, siguiéndole en longevidad Adán, con 930 años. La ley de Moisés o Mosaica “siempre defendió y propició el respeto por los ancianos que se retiraron sin funciones a la tranquilidad familiar” Acerbi Cremades, *op. cit.*, p. 70.

Pues es de sentido común, aceptar que, por los años vividos y la experiencia adquirida, un anciano se convierte en sabio¹⁰⁴, y podría ayudarnos a entender el ayer y sus complicaciones, a fin de ser más cautos¹⁰⁵ en nuestro andar¹⁰⁶. Por lo tanto, en la ancianidad también hay bellos frutos¹⁰⁷, notables en fuerza y juventud¹⁰⁸, ya que ser anciano no implica inoperatividad o mantenerse en reposo constante, ser anciano es aportar a la sociedad con conocimiento y experiencia, es una etapa de fecundidad¹⁰⁹.

También, la ancianidad es motivo de honra¹¹⁰, y eso implica que los hijos deben respetar¹¹¹, cuidar, acoger¹¹², consolar y considerar a sus padres y ascendientes, en tal sentido, se debe velar por su dignidad¹¹³.

Lamentablemente, laceramos con nuestra ingratitud a los adultos mayores, no honramos ni protegemos a la persona que nos dio la vida y apporto en nuestro destino, muy por el contrario, lo vemos como un estorbo y fastidio, como un ser que no nos permite avanzar en estos tiempos de tecnología e individualismo. Somos una sociedad que está convencida que los problemas financieros son a

¹⁰⁴ “En los ancianos está la sabiduría, y en la larga edad la inteligencia”. Santa Biblia Nueva Reina-Valera, Job 12:12, Argentina, Sociedad Bíblica Emanuel, 2000, p. 452.

¹⁰⁵ Deuteronomio 32:7 “acuérdate de los tiempos antiguos, considera los años de muchas generaciones; Pregunta a tu padre, y él te declarará; A tus ancianos, y ellos te dirán”.

¹⁰⁶ En el libro de Números 11:16, se muestra lo importante que eran los ancianos y la confianza que se les tenía por su prudencia y experiencia. La cita bíblica es la siguiente: “Entonces dijo Yahvé a Moisés: Elígeme a setenta varones de los que tú sabes que son ancianos del pueblo y de sus principales, y tráelos a la puerta del tabernáculo... para que te ayuden a llevar la carga y no la lleves tú solo”

¹⁰⁷ Puede ser el caso del anciano Menenio Agripa y el fruto que dio su discurso sobre el estómago y los demás miembros, que persuadió a los plebeyos en el año 494 a. C., de la primera secesión o abandono de Roma, al no sentirse considerados. Su influencia y sabiduría convenció a todo un colectivo y beneficio al imperio romano.

¹⁰⁸ Salmos 92:14

¹⁰⁹ Y es que en la vejez se siguen dando frutos, un ejemplo de ello es el caso de Sara.

¹¹⁰ Proverbios 20:29

¹¹¹ Levítico 9:32.

¹¹² Eclesiástico 3:14-15.

¹¹³ Nuevamente Proverbios 16:31

causa del crecimiento poblacional de los ancianos y el tormento se agudiza para los vulnerables provecetos.

No somos una sociedad prudente y que muestre algún impulso serio por mejorar las condiciones de vida de los adultos mayores, tampoco entendemos que la juventud es circunstancial y pronto sentiremos en carne propia el desconsuelo de ser ancianos en un mundo hecho por nosotros mismo.

1.1.4. APROXIMACIÓN LITERARIA.

La literatura no solo entretiene o divierte, sino también, trasmite un contenido político y moral. Tiene la capacidad de describir realidades sociales, brindar mensajes sobre nuestro estilo de vida y las formas más adecuadas para relacionarnos con los demás, permite comprender lo importante que es cuidar del medio ambiente a fin de garantizar un desarrollo sostenible, brinda datos curiosos y novedosos, ajenas a nuestra experiencia personal, entre otros beneficios que emocionan y son motivo de reflexión e intercambio de ideas entre los lectores.

El derecho no ha sido ajeno al bello arte de la literatura, aquella que cautiva por la prosa y el verso de sus exponentes; es más, hay todo un movimiento que de manera sistemática los conecta y permite que no solo los neófitos del derecho sino sus propios estudiosos, lleguen a comprender la naturaleza jurídica de determinadas instituciones jurídicas, así como, las particularidades de los sistemas y familias jurídicas.

En esta ocasión, mencionaremos algunas obras literarias de diversos géneros que abordan la angustia de la ancianidad¹¹⁴, pero también el reconocimiento que

¹¹⁴ “¡Qué penoso es el fin de un viejo! Se va debilitando cada día; su vista disminuye, sus oídos se vuelven sordos; su fuerza declina, su corazón ya no descansa; su boca se vuelve silenciosa y no habla. Sus facultades intelectuales disminuyen y le resulta imposible acordarse hoy de lo que sucedió ayer. Todos los huesos están doloridos. Las ocupaciones a las que se abandonaba no hacen mucho con placer, sólo las realiza con dificultad, y el sentido del gusto desaparece. La vejez es la peor de las desgracias que puede afligir a un hombre” escriba egipcio, Ptah-Hotep,

tenían, sobre todo en la antigüedad, como en la obra de Ovidio intitulada *Fastos* y que comparte la siguiente máxima “*Magna fuit quondam capitis reverentia cani*” entendida como el respeto a la experiencia y a los ancianos. Ovidio confirma como en un tiempo prologando de su existencia, se sintió el respeto por las canas y la ancianidad¹¹⁵.

Antes de ello, hay que confirmar que la edad tampoco es un impedimento para la creación de monumentales obras literarias como es el “*Fasuto*” de Johann Wolfgang von Goethe, terminada a sus 80 años. También es oportuno mencionar a Miguel de Cervantes Saavedra, creador de esta obra universal intitulada “*El ingenioso Hidalgo don Quijote de la Manca*” y al Ruso León Tolstoi, que al igual que Cervantes y Víctor Hugo¹¹⁶, crease sus máximas obras en el ocaso de su existencia.

En la mitología greco-romana, el dios Cronos¹¹⁷ o Saturno¹¹⁸, era relacionado con la vejez¹¹⁹ y Geras cuyo equivalente para la mitología romana es Senectus la personificaba. La imagen de este último era la de un hombre arrugado o una mujer afligida, apoyada en un bastón y con un reloj de arena, que le indica que su vida se va reduciendo y que la compañía de Tanatos¹²⁰ será definitiva. Sin embargo, los dioses consideraban el conocimiento de Geras que fue obtenido por el paso del tiempo, por los años, por su estadía en la ancianidad.

Desde una perspectiva negativa, se considera a la vejez como una etapa de inevitable llanto ya sea por la pérdida de la juventud, por la muerte de las ilusiones y el paso inevitable del tiempo, que solo deja melancolía. Ha partido pues la primavera y queda un último otoño, sin embargo, esta puede ser “el alba

visir del faraón Tzezi de la dinastía V, por tanto, redactado hacia el año 2450, A.C. Trejo Maturana, *op. cit.*, p. 109.

¹¹⁵ Mariano Alonso Pérez, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁶ Una de sus frases menciona que la juventud tiene llamas en sus ojos y la vejez tiene luz.

¹¹⁷ Dios del tiempo que todo lo destruye.

¹¹⁸ Dios de la agricultura y cosecha.

¹¹⁹ Saturno es un planeta de movimientos lentos, quizá por eso se le relaciona con la vejez.

¹²⁰ Personifica a la muerte.

de oro”¹²¹. En la misma línea pesimista, Afrodita objeta a la vejez y sus consecuencias, afirmando que esta etapa es execrable por los dioses, o cuando se determina que la vejez es distante de la belleza, cítese por ejemplo a los himnos homéricos y en él, la historia de la diosa Aurora, quien, emocionada por la belleza y juventud de Titono, solicita a Zeus inmortalidad, pero solo para ella, por lo tanto, el reloj de arena afecto a Titono, quien fue envejeciendo y cuando este lucio las primeras canas, fue motivo suficiente para sufrir el abandono de la ingrata Aurora, o el caso de Eurípides, que en su tragedia titulado Eolo, considera a los ancianos como muertos vivientes o simples fantasmas, cuya inteligencia se va menguando lentamente, aunque este quiera aparentar lo contrario.

La poesía también endulza las mentes con un discurso apesadumbrado. El gran poeta griego llamado Hesíodo, escribe alrededor de 828 versos y los titula “Los trabajos y los días”. En este poema, estima que la vejez es sinónimo de problemas y enfermedades. También, Jaime Gil de Biedma y Alba, abogado y poeta español de la generación del 50, que en su obra “poemas póstumos” de 1968, con el título “no volveré a ser joven”¹²² menciona que cuando uno es viejo, tiene una mejor claridad, entiende que la vida va en serio, pero también

¹²¹ Léase el poema de Félix Rubén García Sarmiento —*quien es universalmente conocido como Rubén Darío*— intitulado “Canción de otoño en primavera”, con especial énfasis en el estribillo: «Juventud, divino tesoro, ¡ya te vas para no volver! Cuando quiero llorar, no lloro ... y a veces lloro sin querer»

¹²² Trascibimos el bello poema de Jaime Gil de Biedma, intitulado “No volveré a ser joven”:

Que la vida iba en serio
 uno lo empieza a comprender más tarde
 —como todos los jóvenes, yo vine
 a llevarme la vida por delante.

Dejar huella quería
 y marcharme entre aplausos
 —envejecer, morir, era tan solo las dimensiones del teatro.

Pero ha pasado el tiempo
 y la verdad desagradable asoma:
 envejecer, morir,
 es el único argumento de la obra.

comprende que no es verdad que en la existencia de las personas la vejez y la muerte son tan solo las dimensiones del teatro, *a contrario sensu*, envejecer, morir, es el único argumento de la obra.

Tito Maccio Plauto, comediógrafo latino, en sus obras teatrales se burla de la ancianidad, por ejemplo: En *Aulularia*¹²³, trata de un anciano llamado Euclión, quien se caracteriza por su personalidad avarienta y a la vez temerosa. Su mayor tesoro era una olla de oro, con la cual podría vivir holgadamente, sin embargo, prefiere ocultar su riqueza y le nace el miedo de que alguien la descubra y pretenda hurtarla. Este pánico se agudiza cuando se va a celebrar la boda de su hija y es inevitable la presencia de cocineros y ayudantes en su casa. La turbación, lo motiva a sacar la olla del escondite y trasladarla a otro lugar, mientras ocurre ello, un esclavo queda atento al nuevo lugar donde ha de albergar la célebre olla e inmediatamente la sustrae. Por fortuna, Plauto siempre terminada sus comedias con un final boyante, y el anciano recupera su olla.

En otra de sus obras denominada *Mostellaria*¹²⁴, se narra la irresponsabilidad de Filolaquetes, quien ha dilapidado el patrimonio de su padre cuando este estaba ausente, llegando a disponer hasta de la casa donde habitaba el agotado anciano. Para que no se entere, con ayuda de su esclavo Tranión, le imposibilitan el acceso a la casa, bajo el argumento que esta estaba habitada por fantasmas. Luego el padre se entera de la felonía de su hijo y decide perdonarlo.

Del lado positivo, en la *Iliada* de Homero, se denota la consideración a la ancianidad cuando Apolo castiga a Agamenón con mortandad por despreciar al anciano Crises¹²⁵. También Hesíodo, que en su célebre obra poética intitulada la *Teogonía*, reconoce grandeza a la vejez, aunque es criticada por los males que derivan de ella. En Roma, la obra de Ovidio, intitulada “*Metamorfosis*”, narra el talento que tenía Medea, de preparar pócimas¹²⁶ con el objetivo de que los

¹²³ La olla.

¹²⁴ El fantasma.

¹²⁵ Crises fue sacerdote del dios Apolo.

¹²⁶ El caso del padre de Jason, que recupero su juventud por la muerte de un carnero.

ancianos obtengan frescura y tesura en su piel, así como, conseguir que sus cabellos retomen el color original que tenían en sus primeros días de vida. Jacob y Wilhelm Grimm, reflexionan sobre la vejez en el cuento “Del abuelo viejo y del nieto” y nos enseña que la vejez es una etapa que emos de transitar todos y por ello, debemos ser pacientes y tolerantes con los adultos mayores y enseñar de esa manera a nuestros hijos.

Gabriel García Márquez, en dos de sus obras, como son “El coronel no tiene quien le escriba” y “Cien años de soledad” aborda los maltratos del cual son víctimas los adultos mayores por parte del Estado —*que los ve con decidía*— y de su propia familia —*que los traicionan con su ingratitud*—.

En la obra “El coronel no tiene quien le escriba” se narra la historia de un coronel, viejo y menesteroso que espera su jubilación, pero todos saben que eso nunca va a suceder, empero, el coronel confía en el Estado, sin ser consciente que este es desleal e indiferente con aquellos que son vulnerables por causa del tiempo. La historia también muestra al coronel como un anciano digno, aun en su escasez económica.

En “cien años de soledad” se muestra como la sociedad puede apartar y marginar a los adultos mayores. El caso concreto es el respeto del cual eran acreedores José Arcadio Buendía y Úrsula Iguarán, fundadores de Macondo. En su juventud aportaron en la organización de su pueblo, enseñaron los roles importantes de la familia y otorgaron la titularidad de bienes, eran líderes en toda la extensión de la palabra, sin embargo, tuvieron una vejez paupérrima y olvidada. José Arcadio, termino sus días, atado a un tronco, sufriendo las inclemencias del sol y la lluvia, Úrsula Iguarán tratada como un instrumento obsoleto y ruinoso.

La literatura, también reflexiona sobre la valoración que hacen los adultos mayores. El escritor sudafricano John Maxwell Coetzee, ganador del premio nobel de literatura¹²⁷, escribe en el 2005 la novela intitulada “Slow man” donde

¹²⁷ Premio ganado en el año 2003.

reflexiona sobre la vejez y sus relaciones con el amor, los ingresos económicos y la no inclusión en las nuevas generaciones. Además, reconoce que, en la ancianidad, se otorga mayor valor al amor que se recibe, la compañía y las relaciones humanas, antes que las cuantiosas posesiones de las cuales se pueda disponer.

1.1.5. APROXIMACIÓN FILOSÓFICA.

Se dice que la “*Aletheia* es el antecedente más inmediato de la filosofía. La palabra *aletheia* significaba en Grecia antigua: indagar, descubrir, quitar el velo con el fin de encontrar la verdad”¹²⁸.

La filosofía en general requiere de un curioso, que esté en busca del conocimiento, preguntándose constantemente el porqué de las cosas y con ello no cabe duda de que vendrán más interrogantes, convirtiéndose la vida en una angustia interesante. En la misma línea, la filosofía del derecho según García Máynez, quien cita a Piovani, “no requiere saber que sea el derecho respeto del derecho, sino respecto de la vida. En otras palabras: le interesa, fundamentalmente, descubrir qué sentido tiene aquel dentro de la totalidad de la existencia”¹²⁹. En esta ocasión, describiremos la inquietud filosófica en referencia a nuestro tema central que es la vejez y las circunstancias que la acompañan, y tal como ocurre en la literatura, hay posiciones encontradas.

La visión positiva es acompañada por el pensamiento del filósofo griego Platón, que en su obra *La República*, aludiendo a unos versos de Píndaro, destaca lo importante que es llevar una vida virtuosa para garantizar una vejez con brío, ósea, una vejez feliz, por tanto, se puede ser dichoso en la ancianidad, en la medida de nuestros hábitos y elecciones.

¹²⁸ Fernando Manrique Enríquez, *Teoría de los valores y ética*, Lima, Rentería Editores, 2002, p. 18.

¹²⁹ Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, 17ª ed., México, D.F, Editorial Porrúa, 2009, p. 16.

En la misma línea, las reflexiones filosóficas de Marco Tulio Cicerón, que en su obra "*Cato maior de senectute liber*" el cual es considerado como un verdadero tratado de gerogogía, se encarga de sentar las bases de la ancianidad y su importancia de los adultos mayores en la sociedad como potencial humano. Este texto corresponde a la antigüedad clásica, sin embargo, tiene plena vigencia en el siglo XXI, el cual es considerado el siglo de la ancianidad.

Esta obra narra el dialogo entre Catón el viejo, quien es un anciano vigoroso que disfruta de los dones y placeres de la vejez y de otro lado Escipión y Lelio, ambos más jóvenes que Catón, quienes sabrán de primera mano las razones por las cuales no se debe renegar de la vejez. Entre las razones, consideramos las siguientes:

- a) Hay placeres no posibles en la vejez, por lo tanto, la naturaleza sabiamente los elimina de la humanidad del adulto mayor. La referencia es a los placeres sexuales —*que nos conduce a acciones vergonzosas y criminales*—, los cuales, al ser relegados, permiten al anciano tener más tiempo y claridad para temas de máxima trascendencia como la cultura y la sabiduría.
- b) Todo lo que se siembra se cosecha. Si se ha llevado una juventud virtuosa, la consecuencia será una vejez vigorosa, es por lo que las buenas costumbres para con nuestro cuerpo y alma en el periodo de la juventud es fundamental.
- c) Los aportes más importantes para la sociedad y humanidad no requieren exclusivamente de fuerza o agilidad corporal, sino mediante la experiencia y la reflexión, cosa que es bien manejada en la ancianidad.
- d) La memoria no necesariamente es ingrata en la vejez. Cicerón recuerda cuando Lofón, acude al tribunal para declarar la incapacidad de su padre, el gran Sófocles, y hacerse cargo de la administración de los bienes de la familia, pero no contó con la lucidez e inteligencia de su padre, quien recito de memoria Edipo en Colona.
- e) Los ancianos también sienten el deseo de aprender y renovarse, un ejemplo concreto es el caso de Sócrates quien en los últimos años de su vida tuvo la intención de aprender a tocar la lira y hablar persa.

- f) Cicerón considera que las enfermedades y dolencias no son padecidas en exclusiva por los ancianos, también es posible sufrirlas en la juventud.
- g) Hay que enfrentar los efectos de la vejez con la inteligencia, sabiduría, buena alimentación y ejercicio.

La filósofa francesa Simone de Beauvoir, en su libro intitulado “La vejez” exalta de manera positiva la ancianidad y la considera como una de las mejores etapas de la vida, sin perjuicio de ello, la autora considera que la sociedad se encarga de otorgar mayores oportunidades a la juventud y se evidencia una discriminación latente y constante hacia los adultos mayores, que se ve reflejada en la poca importancia que se le da a la autonomía privada de los ancianos.

La ancianidad no es una elección, sino es una etapa inevitable en todo ser humano.

En la postura negativa, que reniega de la vejez, podremos considerar al estagirita Aristóteles, en su tratado “La Retórica”, exalta a la juventud y desprecia la ancianidad, considerándola un camino breve sin esperanza. En el mismo sentido Sófocles considera que en la ancianidad no hay verdaderos aportes, su inevitable calma y disminución de inteligencia son perjudiciales.

Norberto Bobbio, jurista y filósofo italiano, publica a los 87 años, un libro que es la antítesis¹³⁰ del libro de Cicerón, aunque curiosamente lleve el mismo título el cual es “De senectute”. En esa obra menciona que los tiempos de Cicerón¹³¹ son distintos a los que atraviesan los adultos mayores en la actualidad. Hoy la tecnología cambia constantemente y el viejo termina por ser un desfasado y marginado, al que le cuesta mucho ser contemporáneo e imaginativo¹³² y por ello

¹³⁰ Se trata de una vejez que es denigrada, descuidada y excluida por la sociedad que está preocupada

¹³¹ Tiempos más complacientes para la adaptación de los adultos mayores a la sociedad y donde se reconocía su experiencia.

¹³² Norberto de Bobbio “*De senectute e altriscritti autobiografici*”, decía que “«El tiempo de la vejez... es el tiempo del pasado. Mientras que el mundo del futuro está abierto a la imaginación,

se aleja y lo alejan. Además, considera que Cicerón escribe positivamente sobre la vejez, sin haber padecido las inclemencias del paso del tiempo en su humanidad, ya que cuando redacta el dialogo no llegaba a los 65 años. Así también, la última etapa de la vida se caracteriza porque la mente y el cuerpo son más pausados, tardos o flemáticos, y este hecho, aflige al que lo padece y los que conviven con él; por lo tanto, un anciano quisiera apresurar su paso — *por la poca paciencia de quienes lo acompañan*— pero no es capaz; porque los años como bien menciona Norberto Bobbio, nos trae lentitud en la mente y el cuerpo, así también, nos convierte en oradores de ideas e historias repetidas, y no porque sean las preferidas, sino que son las únicas que se recuerdan.

1.1.6. APROXIMACIÓN ARTÍSTICA.

El arte, es una expresión de la sensibilidad, de la estética y, sobre todo, es un buen comunicador. En la cultura occidental, por ejemplo, la juventud, fuerza y velocidad, eran motivo de culto, a *contrario sensu*, la vejez fue visto como un castigo¹³³, ese fue el mensaje popular durante mucho tiempo.

Entre los exponentes longevos más importantes de la humanidad, tenemos a Miguel Ángel, quien pinto el Juicio Final de la Capilla Sixtina y esculpió el Moisés y la Piedad, entre los 65 y 88 años. El pintor italiano Tiziano Vecellio, “Degas, Rembrandt, Durero, Tintoretto, Goya, Monet, Leonardo da Vinci, Picasso”, entre otros.

La edad tampoco ha sido un impedimento para la creación musical, un ejemplo de ello, referida a la ópera, es el caso de Giuseppe Fortunio Franceso Verdi, nacido en Milán en 1813, y quien compusiese sus mejores operas como “Otelo” o “Falstaff” cuando era un octogenario. También el caso de Beethoven.

y no te pertenece, el mundo del pasado es aquel en que, a través de los recuerdos, te refugias en ti mismo. El viejo vive de recuerdos de sus recuerdos» Sillero F. de Cañete, *op. cit.*, p. 44.

¹³³ Para el cristianismo medieval “solo les interesa la fealdad de los viejos porque les proporciona una buena imagen del pecado”. En su contexto la vejez se consideraba un castigo divino del cual sean salvos los hombres de bien, quienes gozaran de juventud y fuerza eterna. María de Paz Martines Ortega, María Luz Polo Luque y Beatriz Carrasco Fernández, *op. cit.*, p. 41.

1.1.7. APROXIMACION CIENTIFICA. COVID-19.

Hay una crisis global originada por un virus infeccioso denominado COVID 19, que causa problemas respiratorios y que afecta sin distinción de clase, género, pensamiento y edad, Sus efectos podrían cambiar nuestras costumbres de manera definitiva, y es que esta crisis salutífera marca un antes y un después.

En este intervalo prima la colaboración mundial y tal como lo indica el filósofo Roberto Aramayo, es probable el quebrantamiento del pensamiento hegemónico e individualista de salvarse quien pueda —*idea que proviene del Mauerfall o la caída del Muro de Berlín*¹³⁴—. También, nacen reflexiones sobre el capitalismo y su realidad insostenible, que en opinión del filósofo Slavoj Zizek, este virus ha de ocasionar un golpe mortal al capitalismo lo cual permitirá nuevas formas para replantear la sociedad¹³⁵.

Según estadística los países más afectados con fallecidos por este virus son curiosamente aquellos donde existe mayor longevidad, como es el caso de Italia, España y Francia. Por lo tanto, este virus es probablemente mortal para personas de la tercera y cuarta edad. Ello quiere decir que su cuidado es fundamental.

Sin embargo, mientras la ciencia —*la cual ha sido desdeñada por la mayoría de los Estados*— logre la vacuna para enfrentar este virus nocivo, se debe reflexionar sobre la importancia del contrato de alimentos y su prestación *in*

¹³⁴ Roberto R. Aramayo, “Reflexiones desde la filosofía: lo que COVID-19 puede enseñarnos” [artículo en línea], 22 de marzo del 2020, disponible en: <https://theconversation.com/reflexiones-desde-la-filosofia-lo-que-covid-19-puede-ensenarnos-134023>, consulta: marzo de 2020.

¹³⁵ Cultura Inquieta, “El filósofo Zizek sobre el coronavirus: es un golpe letal al capitalismo y una oportunidad para reinventar la sociedad” [Artículo en línea], 18 de marzo del 2020, disponible en: <https://culturainquieta.com/es/pensamiento/item/16592-el-filosofo-zizek-sobre-el-coronavirus-es-un-golpe-mortal-al-capitalismo-y-una-oportunidad-para-reinventar-la-sociedad.html>, consulta: marzo de 2020.

natura en favor de los adultos mayores quienes por su edad y condición de vulnerabilidad requieren de tiempo, compañía y asistencia de todo tipo, principalmente aquellas de contenido moral y afectivo.

Por tanto, consideramos que esta figura contractual diseñada desde la esfera privada es fundamental para garantizar la subsistencia y supervivencia de los ancianos al proveerles de cuidados y atenciones.

1.1.8. APROXIMACIÓN JURÍDICA.

El derecho —*para su efectividad*— no solo requiere de técnica sino también de virtud. Por tanto, un buen abogado, juez o legislador no es aquel que conoce el derecho positivo, sino, el que puede concebir y entender las normas con empatía y sobre todo con un espíritu previsor, proyectándose al futuro, a la adversidad, y con ello podría mejorar la calidad de vida y el confort de muchas personas. Ahí la nobleza del derecho.

En la actualidad, el aumento de la población adulto mayor es un fenómeno global y se prevé un crecimiento incesante en los próximos años. Por tanto, el Estado y la sociedad civil debería tomar una pausa y preguntarse si estamos brindando un trato gentil y accesible a los adultos mayores, quienes deben ser merecedores de nuestra total consideración, no solo por su condición de vulnerabilidad, sino porque ellos sentaron las bases de nuestro futuro con su tiempo y trabajo. Es un mediano gesto de gratitud, el preocuparnos por ellos en estos momentos.

Sin embargo, la discriminación y los límites a su autonomía es igualmente proporcional al crecimiento poblacional de los ancianos en el mundo.

Por ventura, las adversidades presentadas en la ancianidad son preocupación de una nueva área del derecho —*denominada derecho de la vejez*—, que pretende un estudio transversal e inclusivo de las instituciones jurídicas en favor de los ancianos, quienes por lo general se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Su base está estructurada por las Naciones Unidas en cinco principios, los cuales son: autorrealización, independencia, participación, cuidados y dignidad. El objeto de estudio consiste principalmente en reconocer a los ancianos en las normativa nacional e internacional y determinar su real situación en la sociedad¹³⁶.

Sobre la normativa internacional a favor de los ancianos, son variadas y están presentes desde hace décadas. El propósito de muchas de ellas es recomendar a la sociedad y el Estado que velen por los adultos mayores brindándoles oportunidades y garantizándoles una vida digna. Las principales normas son las siguientes:

1. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, celebrada en París en 1948, en la cual se establece los 30 derechos humanos básicos, los cuales deben ser acreedores toda persona humana y estas deben ser garantizadas por los pueblos y naciones.
2. Declaración Americana de Derechos y Deberes Humanos, aprobada en 1948 por la IX Conferencia Internacional Americana llevada a cabo en la ciudad de Bogotá. En su artículo 16 establece que los ancianos tienen derecho a la seguridad social. Esta será un buen resguardo ante su vulnerabilidad económica y social.
3. El plan de acción internacional de Viena sobre el envejecimiento — *promovido por la primera asamblea mundial en 1982*— tuvo como propósito el diseño de políticas y programas que ayuden a los ancianos a desarrollarse social y económicamente, así también, coadyuvar a que los países aborden el tema de la ancianidad posibilitándoles una vida digna y de oportunidades. En esta asamblea, dos fueron los criterios sobre la responsabilidad y el cuidado de los adultos mayores, uno proveniente de los países escandinavos donde se sugería que sea el Estado el que garantice el bienestar y dignidad de los ancianos, mientras que los países

¹³⁶ María Isolina Dabove, “Derechos personalísimos en la vejez”, Lex, Lima, vol. 16, núm. 21, 2018, p. 176.

latinoamericanos sugerían que sea la familia quien tenga la obligación principal y subsidiariamente el Estado.

4. La conferencia de Copenhague, llevada a cabo en el año de 1995, donde se prescribe la responsabilidad de los representantes de gobierno de crear mejores oportunidades para los adultos mayores y la preocupación por la seguridad social.
5. La segunda asamblea mundial sobre envejecimiento en el año 2012 y llevada a cabo en el país de Madrid. Fruto de la asamblea yace un plan importante en favor de la situación de los adultos mayores.
6. En la ciudad de Brasilia se llevó a cabo la segunda conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe. La fecha exacta fue el 4, 5 y 6 del mes de diciembre del año 2007. El objetivo era generar políticas de resguardo para una sociedad conformada por distintas edades, entre ellas los adultos mayores¹³⁷.

¹³⁷ Brasilia, Declaración de Brasilia, Segunda Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad para todas las edades y de protección social basada en derechos, Naciones Unidas, Cepal, 4 al 6 de diciembre de 2007.

CAPÍTULO II

LA OBLIGACION DE ALIMENTOS Y EL CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO

2.1. EL DERECHO ROMANO

El Derecho es anterior a la fundación de Roma¹³⁸(Ruma)¹³⁹, que según la literatura de Virgilio nace en el 753 a.C. Sin embargo, la historia del derecho¹⁴⁰ demuestra que la técnica y practicidad romana, así como la lucha constante entre patricios y plebeyos, permitió reflexiones serias sobre instituciones jurídicas que hoy siguen teniendo fulgor. Por lo tanto, “es innecesario decir que es en Roma donde por vez primera se toma al Derecho como objeto fundamental de estudio: allí aparece algo similar a lo que hoy conocemos como ciencia del Derecho”¹⁴¹.

¹³⁸ Tómese en cuenta, el Código de Hammurabi, que data del año 1750 a.C. o el Código de Manu, el cual se cree fue escrito entre los años 1200 y 900 a.C.

¹³⁹ “El nombre de Roma (Ruma) es de origen etrusco” Guillermo F. Margadant, *Panorama de la historia universal del derecho*, 7ª ed., México D.F., Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 78.

¹⁴⁰ “Mediante el estudio de la historia del Derecho será posible ver qué hubo de perecedero y qué hay de permanente en las instituciones, el origen, el significado y la evolución de ellas, el juego de las diversas influencias que en una vida nacional se suceden y en las que la realidad pone luego su sello propio” Jorge Basadre, *Historia del derecho peruano*, 3ª ed., Lima, Editorial San Marcos, 1997, p. 20.

¹⁴¹ Alfonso Ruiz Miguel, *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 57.

Durante sus tres periodos históricos, sean estos la Monarquía, Republica e Imperio, se desarrollaron fuentes jurídicas de gran aporte para la construcción jurídica contemporánea. Mencionemos los mores *maiorum*, las XII Tablas y el Corpus Iuris Civilis.

En breve desarrollaremos algunos pasajes y doctrinas referido a la obligación de alimentos y los contratos.

2.2. LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO Y LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.

Los Romanos consideraban que era un deber moral tener una casa y una familia. Las uniones matrimoniales se posibilitaban cuando las mujeres eran mayores de 12 años y los varones mayores de 14. Tener hijos era recompensado pagando menos impuestos y facilitándole al progenitor el acceso a cargos públicos, los que quedaban solteros, serán mal visto por la sociedad romana, por lo tanto “los romanos creían que era un deber y una necesidad social fundar una casa y procrear hijos”¹⁴²

Para los *quirites*¹⁴³, el lugar donde coexistían los miembros de la familia se llamaba *domus*, esta última palabra significa casa y tenía una extensión de aproximadamente 3,600 mt².

¹⁴² José Mejía Valera, *Sociología del Derecho. Teoría social del derecho*, 2ª ed., Lima, JB Editores, 2009, p. 329.

¹⁴³ Ciudadanos de la antigua Roma.

En la *domus*, el *paterfamilias*¹⁴⁴, *sui iuris*¹⁴⁵, *caput* o *dominus*, estaba a cargo de la familia y ostentaba poderes absolutos¹⁴⁶ y legítimos para la época, que lesionaban la integridad física y moral de los demás integrantes de la familia denominados *alieni iuris*¹⁴⁷. Estos poderes eran entre tantos el *ius vitae*

¹⁴⁴ “Según Ulpiano *paterfamilias* es: quien tiene el dominio de su casa, aunque carezca de hijos pues no designamos su sola persona, sino también su derecho. Con más precisión, se puede definir como: el varón, libre, ciudadano y *sui iuris* que es, o puede ser, jefe de una familia. Un niño podría serlo (...) La mujer puede ser *sui iuris*, si no está sujeta a autoridad alguna, pero no puede ejercer la jefatura familiar. Por ello, en su caso, como dice Ulpiano, será principio y fin de su propia familia —*caput et finis familiae suae*— y no podrá ser *paterfamilias*” Ricardo Panero Gutiérrez, *Epítome de Derecho Romano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 113. Para Morineau e Iglesias, el *paterfamilias* “no implica tener determinada edad ni el hecho de ser padre; un recién nacido puede ser *paterfamilias* y tendrá una plena capacidad de goce, no así de ejercicio, ya que deberá estar representado por un tutor” Revítese el siguiente texto: Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González, *Derecho Romano*, 3ª ed., México D.F., Harla, 1993, p. 59

¹⁴⁵ “Gayo dice que: algunas personas son independientes —*sui iuris sunt*— (= se pertenecen a sí mismas = no dependen del derecho de otro) y otras, están sujetas a un poder o derecho ajeno —*alieno iuri subiectae sunt*—.” *Ibid.*, pp. 112-113.

¹⁴⁶ Este poder absoluto se limita posteriormente con la intervención de Trajano, Adriano, Constantino y el propio Justiniano quien prohibió la venta de los hijos, salvo que sean recién nacidos o se trate de un caso de extrema necesidad.

¹⁴⁷ “Son las personas (libres y ciudadanas) con independencia de edad y sexo, que están sujetas a la autoridad de un jefe doméstico, esto es a un poder o derecho ajeno —*alieno iuri*—” *Ibid.*, p. 113.

*necisque*¹⁴⁸, *ius exponendi*¹⁴⁹, *ius vendendi*¹⁵⁰, *noxae deditio*¹⁵¹, *manus maritalis*¹⁵², *patria potestas*¹⁵³, *dominica potestas*¹⁵⁴ y *mancipium*¹⁵⁵.

2.3. CLASIFICACIÓN DE LA FAMILIA.

La familia se clasifico en dos: *propio iure dicta*¹⁵⁶ y *communi iure dicta*.

2.3.1. FAMILIA PROPIO IURE DICTA.

Era una familia cuyos integrantes tenían como líder o *caput* a un mismo *sui iuris*. Estos integrantes sometidos al poder del *sui iuris* eran:

Uxor = Conyuge

Filius = Hijos

Servus = Esclavos

¹⁴⁸ Tenía la facultad de decidir sobre la vida y la muerte de sus hijos.

¹⁴⁹ Abandonar a sus hijos recién nacidos, comúnmente en el muro de los lamentos, donde estos eran devorados por animales salvajes.

¹⁵⁰ Potestad reconocida en la Ley de las XII tablas de comercializar económicamente con sus hijos.

¹⁵¹ “Caso de que el hijo cometa un delito —o acto ilícito—, el *pater* podría asumir la responsabilidad de dicho delito o bien liberarse de la misma entregando el hijo de la víctima de aquel delito” Cesar Fonseca Tapia, *Derecho Romano*, 2ª ed., Arequipa, Editorial Adrus, 2007, pp. 164-165.

¹⁵² Sobre su cónyuge.

¹⁵³ Sobre los hijos. La palabra patria representa aquello que relativo al padre y potestas es un poder o dominio. Se conocía también como *Patria Maiestas*. Este poder se perdía cuando el *pater familias* daba en adopción a su hijo, lo emancipaba, vendía, por convertirse el *pater familias* en *capitus deminutio* o por muerte natural y por abandono noxal siendo el hijo en este último caso, el pago por los daños que causo.

¹⁵⁴ Sobre los esclavos.

¹⁵⁵ El poder que tenía sobre los hijos comprados de otras familias.

¹⁵⁶ “—*familia proprio iure*—, es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad —*manus, potestas*— de un jefe —*paterfamilias*, señor o soberano de la familia, y no “padre de familia”” Juan Iglesias, *Derecho Romano*. Instituciones de derecho privado, 6ª ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1958, p. 530.

2.3.2. FAMILIA *COMMUNI IURE DICTA*.

Al fallecimiento del *dominus* o *paterfamilias* los *alieni iuris* se convierten en *sui iuris*. Dejan de estar bajo el yugo de un mismo sujeto, pero no dejan de ser familia. Sin embargo, la denominación de esta nueva familia será *communi iure dicta*.

2.4. MODOS DE INGRESAR A LA FAMILIA.

2.4.1. NACIMIENTO.

Este hecho natural era el conducto más lógico para ingresar a la familia. Cabe mencionar que la patria potestad era pertinente solo para el *Iustus*, quien fuese procreado dentro del matrimonio "*iustae nuptiae*",

Los que estaban fuera de estos parámetros se les denominada *spuri* o *vulgo concepti*. En este último caso se podía otorgar la patria potestad al padre mediante la legitimación¹⁵⁷.

2.4.2. ADOPCIÓN.

Es un acto jurídico por el cual se expresa la voluntad del *paterfamilias* de permitir el ingreso de un individuo con el cual no tiene lazos sanguíneos pero que se le reconocerá los mismos derechos con los que cuentan sus hijos biológicos. Cabe precisar que la adopción solo podía llevarse a cabo por el varón, ya que la mujer aun siendo *sui iuris* no podría celebrar dicho acto jurídico. Además, la familia no

¹⁵⁷ Era una forma de adquisición de la patria potestad cuando el hijo había nacido en una relación de concubinato, mas no de incesto o adulterio. Los medios de legitimación fueron tres: El matrimonio subsiguiente de los convivientes, la oblación a la curia y el rescripto del emperador. Sobre la oblación a la curia, era la promesa que hacia el padre de que su hijo seria decurión o su hija se casaría con un decurión, ser decurión era un cargo de mucha penumbra y responsabilidad, significaba cobrar impuestos, y si no lograba cobrar con éxito, este asumía con su propio patrimonio la deuda. El rescripto del emperador era una solicitud que el padre hacia al emperador para que este determine la procedencia de este tipo de legitimación.

era un concepto exclusivamente sanguíneo sino de potestad. Cabe precisar la diferencia con la *adrogatio* que es la adopción hecha no a un *alieni iuris* sino a un *sui iuris*. La *adrogatio* “se celebra ante 30 lictores, en representación simbólica de las 30 curias”¹⁵⁸

2.4.3. *CONVENTIO IN MANUM*.

Por matrimonio, en esa situación se encontraba la cónyuge “*filiae loco*” y la nuera “*neptis loco*”.

2.5. LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA EN LA FAMILIA PROPIO IURE DICTA.

En opinión de Schulz, confirmada por Juan Iglesias, son inconcebibles los vínculos de derecho privado entre el *paterfamilias* y los *filiifamilias*, por lo tanto, no se les legitima a estos últimos para demandar prestaciones como la de alimentos a su favor¹⁵⁹.

Eso no significaba que el *paterfamilias* no tenía el deber de alimentar, pero este deber no era jurídico sino ético y moral, proveniente de la patria potestas.

En opinión de Juan Miguel Alburquerque, tomando en cuenta el libro II de Ulpiano que trata sobre el cargo del cónsul —*quien vendría a ser el juez*— sería posible solicitar alimentos entre ascendientes y descendientes en línea recta¹⁶⁰. También se recuerda que la fuente de la relación obligatoria de prestarse alimentos entre parientes —*según el Digesto*— se encontraría en el rescripto del

¹⁵⁸ Gumesindo Padilla Sahagún, *Derecho Romano*, 4ª ed., Bogotá, Mc Graw Hill, 2004, p. 55.

¹⁵⁹ Iglesias, *op. cit.*, p. 532.

¹⁶⁰ Juan Miguel Alburquerque, “Aspectos de la prestación de alimentos en derecho romano: Especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes” [Artículo en línea], núm. 15, 2007 disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6105>, p.13, consulta: febrero de 2020.

emperador romano Antonio Pio¹⁶¹, sin embargo, esta prestación no beneficiaría a los cónyuges, solo a los parientes consanguíneos, hasta la época del emperador Justiniano.

2.6. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN LA ACTUALIDAD.

2.6.1. FUENTE DE LOS ALIMENTOS.

La obligación de prestar alimentos que proviene de la ley la cual se basa en la reciprocidad entre parientes, es la más importante fuente de alimentos, pero no es la única, también hay otras que provienen del pacto y de la voluntad unilateral *inter vivos* y *mortis causa*.

2.6.1.1. ALIMENTOS PROVENIENTES DE LAS INSTITUCIONES FAMILIARES.

Aquí los alimentos que provienen del matrimonio como consecuencia del deber de asistencia y ayuda mutua y los que provienen de la filiación del cual emergen los deberes de alimentar a los hijos.

2.6.1.1.1. EL MATRIMONIO.

Hay que precisar que los alimentos en el matrimonio pueden pasar de un estado de naturalidad a uno de obligatoriedad. En opinión de Royo Martínez, citado por Adoración M. Padial Albás, en el devenir cotidiano de la vida matrimonial hay deberes de socorro y ayuda mutua que son cumplidos espontánea y libremente, pero ante el quebrantamiento de la relación matrimonial y la hostilidad de las

¹⁶¹ Álvaro Gutiérrez Berlinches, “Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Madrid, Numero 0, 2004, p. 146.

partes, o la necesidad imperante de uno de ellos, se hace notorio la estricta obligación de alimentos entre cónyuges¹⁶².

2.6.1.1.2. LA FILIACIÓN.

Aun sin el ejercicio de la patria potestad, los padres tienen el deber moral y jurídico —*por su contenido patrimonial convertido en una obligación*— de brindar unilateralmente alimentos a sus hijos. En otra perspectiva estará el deber recíproco de alimentos paternofilial, ya que “el deber de velar y sostener a los hijos menores se trata de un deber de contenido mucho más amplio que el deber estricto de prestar alimentos recíprocos”¹⁶³, eso quiere decir que el sostenimiento de los hijos representa prestaciones de dar y hacer mientras estos sean menores no emancipados y las prestaciones recíprocas de alimentos solo son conducentes a prestaciones de dar, que serán solicitadas en cualquier intervalo de la vida del alimentante y alimentista.

2.6.1.2. ALIMENTOS PROVENIENTES DEL EJERCICIO DE INSTITUCIONES DE GUARDA.

Las instituciones de guarda protegen a las personas con capacidad restringida y menores. Estas pueden ser la tutela, curatela, acogimiento familiar entre otros.

2.6.1.2.1. TUTELA.

El tutor tiene como principal obligación procurar los alimentos al tutelado en base al patrimonio de este, por lo tanto, el tutor no está obligado a prestar los alimentos. Si el tutelado no cuenta con patrimonio, el tutor desde exigir el cumplimiento a sus familiares o el Estado.

¹⁶² Adoración M. Padial Albás, *La obligación de alimentos entre parientes* [tesis], Lleida, Universidad de Lleida, Facultad de Derecho, 1994, p. 76.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 92.

2.6.1.3. DONACIÓN DE ALIMENTOS.

Lo característico y disímil con los alimentos entre parientes es que el donante no está obligado a prestar alimentos al donatario ni tampoco a la inversa ya que esta donación tiene naturaleza voluntaria y la consecuencia de su incumplimiento sería la revocación de este acto jurídico.

2.6.1.4. PROTECCIÓN AL CONCEBIDO

Es la prestación de alimentos a la mujer embarazada que ha quedado viuda, con prescindencia de su situación económica o estado de necesidad.

Por tanto, al ser el embarazo una situación circunstancial, esta prestación de los alimentos será temporal, iniciándose en la concepción y terminando en el nacimiento.

Por su naturaleza, los alimentos cesarán ante cualquier interrupción del embarazo y si no ha mediado mala fe por parte de la madre, el gasto por alimentos no será restituido.

2.6.1.5. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

La voluntad es fuente de obligaciones y estas pueden comprender la obligación de prestar alimentos bajo los instrumentos del contrato o testamento.

Esta prestación alimenticia sobrepasa la esfera familiar, puede ser celebrada por cualquier persona con quien no se tiene vínculo familiar, pero siempre bajo los parámetros de orden público, la moral y buenas costumbres.

2.6.1.5.1. PRELUDIO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.

Nuestra tesis desarrollara profundamente este tipo contractual, sin embargo, detallaremos algunos aspectos fundamentales.

La autonomía privada, es una pieza maestra en las relaciones jurídicas privadas¹⁶⁴ hace posible que se pacte sobre alimentos entre personas que no necesariamente tengan un vínculo familiar.

Es un contrato de prestaciones recíprocas, una que es exclusiva de dar y la otra mixta que comprende un dar y hacer.

No es proporcional a las necesidades del alimentista o posibilidades del alimentante, por ello sobrepasa las exigencias de la obligación legal de alimentos entre parientes.

Se brindará mayores detalles en el desarrollo de nuestra investigación.

2.7. EL CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO.

Algunos consideran que, en el derecho romano, la figura del contrato como expresión de voluntad destinada a crear obligaciones era un hecho extraño, consideran que la tradición romanista fue despótica y que “solo conoció la ley, la forma imperativa y que significaba que un poder superior imponía a los subordinados”¹⁶⁵. Sin lugar a duda esto es impreciso. En el derecho romano tuvo un valor importante el acuerdo de voluntades ya que generaba obligaciones. Su constitución o estipulación podía ser verbal, mediante preguntas y respuestas, las más conocidas son *spondes, promitis, fidepromitto, dabis, facies o faciam*. Además, “la estipulación puede tener por objeto no solo cosas sino también hechos; de tal modo, que podamos estipular que alguna cosa será hecha o no”¹⁶⁶, y esta es una luz para la consideración del contrato de alimentos en el derecho romano.

¹⁶⁴ José Leyva Saavedra, “Autonomía privada y contrato”, Revista Oficial del Poder Judicial, Lima, núm. 6-7, 2010-2011, p. 267.

¹⁶⁵ Melquiades Castillo Dávila, *Filosofía del derecho*, Lima, Editora Fecat, 2008, p. 162.

¹⁶⁶ Joseph Louis Ortolan, *Derecho Romano*, Lima, Editorial Edial, 1995, p. 217.

Para finalizar, el termino *contractus* que hace referencia a “contraer” “no aparece en el derecho romano antes del primer siglo de Cristo. A partir de esta época el vocablo se aplicó a los actos jurídicos existentes”¹⁶⁷

2.7.1. LA FORMALIDAD DE LOS CONTRATOS VERBALES. *VERBIS CONTRAHITUR OBLIGATIO*.

En el derecho romano *quiritario*¹⁶⁸ el acuerdo de voluntades se conocía como convención o pacto¹⁶⁹. Por lo tanto, el termino contrato fue una construcción posterior y considerada como especie del género convención, y se diferenciaba del pacto ya que este último no obligaba a una causa civil¹⁷⁰. En ese sentido, el acuerdo no era suficiente para determinar la existencia de un contrato y generar obligaciones, se requería además una formalidad, que el pacto este vestido¹⁷¹.

¹⁶⁷ Eduardo Álvarez-Correa, *Curso de Derecho Romano*, Bogotá, Editorial Pluma, 1979, p. 427.

¹⁶⁸ “El primer periodo llamado del Derecho Arcaico o Quiritario se caracterizó por su rigorismo a ultranza, por sus solemnidades ritualistas y sus severos formalismos. Las “mores” o costumbres de esta época eran el producto de una sociedad eminentemente clasista, dominada por los Patricios, que eran la clase dominante, en agravio de los plebeyos, que eran la clase dominada; a tal punto, que no se concebía la unión conyugal entre ambas clases y, la clase dominante, gozaba de todos los privilegios y derechos. Así, el acreedor podía reducir a la esclavitud al deudor si éste no pagaba su deuda” José Antonio Silva Vallejo, *Historia General del Derecho*, 2ª ed., Lima, Alas Peruanas, 2011, p. 290.

¹⁶⁹ “En Roma se designó al simple acuerdo de dos voluntades con las voces *pactum, pactum conventum, pactio, conventio y consensus*” Amando Ezaine Chavez, *Derecho Romano. Obligaciones y contratos*, 2ª ed., Lima, Editora Distribuidora I.N.A.F., 1987, p. 88.

¹⁷⁰ Una causa civil “era el cumplimiento de las formas solemnes exigidas en los primeros tiempos del Derecho romano, tales como palabras solemnes o menciones escritas o entrega de una cosa” *Ibid*, p. 88. También, “la causa civil cumplía una doble función: era limitadora de la eficacia del consentimiento y era productora directa del efecto jurídico” Rómulo Morales Hervías, *Estudios sobre teoría general del contrato*, Lima, Grijley, 2006, p. 18.

¹⁷¹ En opinión de Eugène Petit: “La regla antigua, que domina aun en la época clásica, y que subsiste aun en el tiempo de Justiniano, es que el acuerdo de las voluntades, el simple pacto, no basta para crear una obligación civil. El derecho civil no reconoce este efecto más que a convenciones acompañadas de ciertas formalidades, cuya ventaja es dar más fuerza y más certidumbre al consentimiento de las partes y disminuir los pleitos, encerrando en límites precisos

Esta exigencia conocida como *ex nudo pacto actio non oritur* fue luego flexibilizada en las costumbres de Europa occidental con el reconocimiento de la palabra empeñada, admitiéndose la regla *ex nudo pacto actio oritur*¹⁷².

A continuación, analizaremos algunos contratos verbales, y describiremos brevemente sus formalidades, con especial atención en la *estipulatio*, ya que este genera la posibilidad de la existencia del contrato de alimentos en el derecho romano, como más adelante mencionaremos.

2.7.1.1. NEXUM.

Tenía como significado “atadura” o “ligamen” entre el deudor y su acreedor. Se requería de una solemnidad verbal, la recitación de palabras preestablecidas conocida como *damnatio* y de una instrumentalización similar a la *mancipatio* donde se usaba cobre y balanza, a esto se le conocía como *per aes libram*¹⁷³.

Para precisar, el *nexum* era una indestructible atadura o encadenamiento entre el deudor y acreedor, sus efectos “se caracterizaban por su excesivo rigorismo. Los términos solemnes empleados en su celebración equivalían a una verdadera condena pronunciada contra el deudor”¹⁷⁴.

En virtud del *nexum* se legitimaba el abuso del acreedor ante su deudor¹⁷⁵ que podía incluso disponer de su vida y su integridad física y mental. Con mayor

la manifestación de voluntad” Eugène Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, traducción de José Ferrandez González, México D.F. Editora Nacional, 1959, p. 317.

¹⁷² Juan Benítez Caorsi, *La revisión del contrato*, 2ªed., Bogotá, Temis, 2010, p. 20.

¹⁷³ “Las partes comparecían ante cinco ciudadanos romanos púberes, pronunciaban determinadas e invariables palabras solemnes, destinadas a establecer la naturaleza y los efectos del contrato, y al mismo tiempo se pesaba en una balanza determinada cantidad de cobre, que, según parece, equivalía, en los primeros tiempos, al dinero prestado” Carlos Medellín, *Lecciones de Derecho Romano*, 15ª ed., Bogotá, Legis, 2009, p. 265.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 266.

¹⁷⁵ Este podía ejercer la *manus iniectio* que significa toma de posesión o aprehensión de la integridad del deudor y la facultad que se le otorgaba de poder venderlo o retenerlo como esclavo.

claridad, el acreedor ante el incumplimiento del deudor se podría cobrar mutilándole un brazo, atándolo del cuello y paseándolo por la calle como un animal, incluso pedir que lo entierren vivo.

Sin embargo, la concesión de este poder absoluto al deudor tuvo su fin con la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria*, que limitaba el cobro del acreedor a los bienes que tuviese el deudor, ya no más a su integridad personal.

2.7.1.2. SPONSIO.

Es un acto verbal solemne *iuri civilis*, por tanto, pertinente solo a los *cives romanorum*. De acuerdo con Gayo la *sponsio* “prospero mediante una interrogación que, hacia el acreedor, ¿*spondes?*, y la respuesta del deudor: *spondeo* (prometer solemnemente)”¹⁷⁶. Estas palabras debían decirse con exactitud y reverencia, caso contrario el acto caía en nulidad.

Por tanto, la *sponsio* era una promesa ya sea a la divinidad o a la celebración de un próximo matrimonio. También fue considerado como una garantía, en esta circunstancia el *sponsor* era el garante.

En la *sponsio* bastaba la aceptación del deudor para dar nacimiento a la relación jurídica obligatoria.

2.7.1.3. STIPULATIO.

Es un contrato verbal y solemne, de gran popularidad y eficacia ya que podía desarrollar cualquier acuerdo de voluntad y que a diferencia del *sponsio*, se permitía el “empleo de cualesquiera otros términos que envolvieran la idea de promesa y se hizo extensivo a toda clase de personas”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Amando Ezaine Chavez, *op. cit.*, p. 99.

¹⁷⁷ Carlos Medellín, *op. cit.*, p. 266. También revísese: Hans Kreller, *Historia del Derecho Romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 83.

Solo bastaba que el acreedor o estipulante preguntase a su próximo deudor o promitente si realizaría determinado acto o prestación que podría ser una de *dare, facere o non facere*. Y ante la aceptación por parte del deudor, nacía un acto infranqueable, quedando obligado a cumplir con la prestación prometida. Este contrato era unilateral por que solo se mantenía y procuraba el cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Esta forma contractual requería principalmente de oralidad, por tanto, no era accesible para sordos o mudos. También la *stipulatio* debía de llevarse a cabo sin dilaciones ni interrupciones, todo en un solo acto. Se pedía congruencia entre la pregunta y respuesta. Por último, no fue posible la celebración de este contrato mediante representación o pacto entre ausentes.

2.7.1.4. *DICTIO DOTIS*.

En el derecho romano y en la actualidad, la dote es considerada como una donación de bienes hecha por el padre de la novia a favor del marido con el propósito de contribuir a las cargas del matrimonio *onera matrimonii*¹⁷⁸.

La *Dictio Dotis*, es la promesa de dote realizada verbalmente por parte del padre de la novia a favor del futuro marido. También podría realizarlo la mujer si fuese *sui iuris*, por el abuelo o alguien que “intervenga por mandato de mujer”¹⁷⁹.

2.7.1.5. *PROMISIO IURATA LIBERTI*.

El objetivo de este tipo contractual era la liberación de un esclavo, convirtiéndolo en “*libertus*”. Se lograba ello mediante una promesa unilateral y verbal¹⁸⁰ por la

¹⁷⁸ Darío Herrera Paulsen y Jorge Godenzi Alegre, *Derecho Romano. En concordancia con el código civil vigente y aportes doctrinarios*, Lima, Grafica Horizonte, 2002, p. 50.

¹⁷⁹ Manuel Jesús García Garrido, *Derecho Privado Romano*, 15ª ed., Madrid, Ediciones académicas, 2007, p. 362.

¹⁸⁰ Al parecer era una figura jurídica distinta a la del *statuliber*. Este término hace referencia a un esclavo que le han prometido dar libertad ante el cumplimiento de una condición que esta inserta

cual el *libertus* prometía mantener una obligación civil de prestación de servicios con su patrono. Esta obligación civil se extingue ante la muerte natural o civil¹⁸¹ de cualquiera de las partes. También por la decisión o voluntad del patrono.

en un testamento. Antes del cumplimiento de la condición, el *statuliber* sigue teniendo la condición de *servus* o esclavo.

¹⁸¹ *Capitis diminutio*.

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE ALIMENTOS

3.1. ANTECEDENTE HISTÓRICO.

3.1.1. INTRODUCCIÓN: LONGEVIDAD DEL CONTRATO.

El contrato es una institución de procedencia anterior al derecho romano, en tal sentido, reafirmamos la idea diciendo que el contrato —*institución jurídica de trascendencia para la humanidad*— tiene un origen remoto ya que se sitúa en el contexto del hombre de Cromagnon, ya que en grupo realizaban voluntariamente intercambio de bienes y esto se denomina contemporáneamente permuta y es un contrato típico y nominado. Así también, se ha determinado que el contrato de compraventa más antiguo proviene de Egipto y fue descubierto por el egiptólogo alemán Georg Steindorft, en la misma línea, en virtud de la escritura cuneiforme proveniente de los sumerios se detallaron contratos de compraventa de fincas y esclavos.

Lo cierto es que el germen del contrato en la antigüedad no tuvo el contenido económico o patrimonial que hoy lo caracteriza, este era principalmente una alianza¹⁸².

Por lo tanto, el contrato es una institución longeva y natural a la inteligencia del hombre, que pretende satisfacer sus necesidades de manera pacífica y eficiente.

3.1.2. EL CONTRATO DE ALIMENTOS EN EL DERECHO ROMANO.

¹⁸² Jorge López Santa María, “*Perspectiva histórico-comparada de la noción del contrato*”, Revista Chilena de derecho, Santiago de Chile, Año 14, 1985, p. 123.

Todo investigador debiera iniciar su exploración académica en el derecho romano, no por vanidad sino por la necesidad de encontrar la fuente de su inquietud intelectual¹⁸³.

El derecho romano en un poco más de XIII siglos ha logrado entregar al mundo contemporáneo —*en el mejor de los casos de manera directa*— las bases jurídicas de lo que hoy vive a flor de piel, además nos permite conjeturar su influencia en nuevas propuestas jurídicas.

3.1.2.1. TERMINOLOGÍA ALIMENTICIA EN EL DERECHO ROMANO.

Continuando con el origen del contrato de alimentos en el derecho romano, es fundamental conocer la terminología empleada por ellos para referirse a los alimentos.

Iniciaremos con el termino *alimenta*, que represento para los romanos la idea de albergar bajo techo y brindar alimentos. Su símil, el termino *Victus*, cuyo significado era más amplio que *alimenta* y que “comprende todo lo necesario para la vida (...) perfectamente encajables los gastos alimenticios (comida, bebida, vestido y demás atenciones personales) y los gastos que pudiesen generarse por enfermedad”¹⁸⁴ el ultimo termino aún es el de *Cibara*, más relacionado a la comida, los alimentos que nutren físicamente.

3.1.2.2. FIGURAS AFINES AL CONTRATO DE ALIMENTOS.

3.1.2.2.1. ALIMENTA LEGATA.

¹⁸³ “Como tantas veces ocurre en Derecho civil, el rastreo histórico de una determinada figura o institución es muy difícil verificarlo por caminos distintos del romano” Ángel Cristóbal Montes, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, Editorial Civitas, 1990, p. 13.

¹⁸⁴ Josefina M^a Baamonde Méndez, *El contrato de vitalicio de la Ley 2/2006 de 14 de junio, de derecho civil de Galicia* [tesis], Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 34.

El *Alimenta legata* es traducido como legado de alimentos. Este es un acto unilateral de última voluntad, reflejado en un testamento a favor de una persona determinada.

El *alimenta legata* o legado de alimentos genera una prestación a favor del legatario correspondiente a vivienda, comida, vestido, entre otros afines a los alimentos, fundamentalmente el agua que era “importante en aquellas regiones en las que ésta solía venderse —África, quizá Egipto— siendo una *mers* muy preciada”¹⁸⁵.

Un tema importante es lo referente a su duración. Es un primer momento, era hasta llegada la pubertad, pero posteriormente pudo convertirse en vitalicio. Sin perjuicio de lo escrito hasta ahora, la *alimenta legata* era pues una figura más afín a el contrato de renta vitalicia ya que comúnmente la prestación era una cantidad de dinero cuyo fin era la manutención del legatario.

3.1.2.2.2. *PENU LEGATA*.

La *penu legata*, era una especie del *alimenta legata*, traducida como provisiones alimenticias y caracterizada por la entrega de provisiones por parte del causante y en beneficio de parientes o personas ajenas al vínculo familiar, pero vinculadas a su vivienda o *domus*.

Estas provisiones eran bienes consumibles, pero también era considerado entre otros “el incienso “*thus*” (tan usado en las ceremonias religiosas y para aromatizar las estancias de la *domus*) y las velas “*cerei*” (necesarias para iluminar la casa) (...) la leña y el carbón con la finalidad de servir como combustible necesario para la cocción de alimentos, no para destinarlos a la venta”¹⁸⁶.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 39.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 44.

Para mayor precisión, en la *penu legata* —a diferencia del legado de alimentos, donde la prestación es completa, incluyendo vivienda y vestido— solo se admite la prestación de comer y beber. En la misma línea, Aristóteles considera al igual que Labeón y Aristón que algunas cosas no son independientemente bebibles ni comestibles, sino que requieren de otras cosas y para mayor comprensión “recurre a un ejemplo extensivo: los condimentos habituales de la comida, aceite, salsa de pescado, salmuera, miel y otros condimentos semejantes”¹⁸⁷

3.1.2.2.3. EL FIDEICOMMISSUM DE ALIMENTOS.

La *fiducia* o *fideicommissum*, es traducida en fideicomiso y este es una figura histórica sin mayor formalidad a diferencia del legado, que podía llevarse a cabo de manera verbal.

Esta figura jurídica está en estrecha relación con el derecho sucesorio, porque es una expresión de última voluntad.

En el derecho romano la *fiducia* podría beneficiar a una persona que no tenía la posibilidad de ser heredero o legatario, para ser más precisos, aquellos que no tienen según el *ius civile* la capacidad hereditaria o *vocatio hereditatis*, como por ejemplo un extranjero (*peregrini*), mujeres (*feminae*), niños (*liberi*) y *libertus*.

La *fiducia* es un acto jurídico que requiere la intervención de dos partes, por un lado, el fideicomitente o disponente, representada por el *cuius* o causante, quien encarga a una persona de su confianza llamado fiduciario para que entregue determinado patrimonio a un tercero, quien es ajeno al acuerdo primigenio pero beneficiario del patrimonio llamado fideicomisario. Cicerón menciona un juramento promisorio “que el disponente exigía de los fiduciarios y en cuya virtud

¹⁸⁷ Juan Miguel Alburquerque, “Alimentos y provisiones: observaciones y casuística en tema de legados (D. 34,1 y D. 33,9)”, Revista de Derecho UNED, España, número 2, 2007, p. 28.

éstos prometían restituir determinadas cuotas del caudal hereditario al fideicomisario”¹⁸⁸

En el tema concreto de la fiducia de alimentos, la prestación del fiduciario es proporcionar de lo necesario al fideicomisario para su subsistencia física.

3.1.2.2.4. LA *STIPULATIO*.

La *stipulatio* fue tratada brevemente en el capítulo referente al derecho romano y los contratos. Proviene del término *Stips* que hace referencia a una moneda que vincula obligatoriamente a dos partes quienes se hacen promesas recíprocas¹⁸⁹. La *stipulatio* ha sido una figura contractual popularizada en Roma y considerada como el pilar que sostiene el sistema contractual romano y de las relaciones obligatorias¹⁹⁰.

Esta se diferenciaba de la *sponsio* —*figura contractual de corte religioso*— porque no era exclusiva para ciudadanos romanos “*ius civile*” sino fue considerada como “*ius gentium*”.

También se adelantó que su explicación es fundamental para sostener la existencia del contrato de alimentos en la época gloriosa de Roma. Sobre este último mencionamos preliminarmente que no se conoce regulación específica del contrato de alimentos en el derecho romano, y al parecer, tampoco fue un

¹⁸⁸ Amelia Castresana, Derecho Romano. El arte de lo bueno y de lo justo, Madrid, Editorial Tecnos, 2012, p. 170.

¹⁸⁹ Castresana citado por Carlos Pérez Bravo considera que la palabra *stipulatio* proviene de la palabra *stipes* “el cual significaría estaca, tallo o caña, que se empleaba para formalizar un compromiso, de este modo cada partícipe del acto se quedaba con un trozo de este tallo como prueba de lo acordado y una vez cumplida la promesa, las partes volvían a unir los trozos para formar nuevamente la estaca o tallo” Carlos Pérez Bravo, “*La stipulatio. Características generales*” [Revista en línea], núm. 5, 2009 disponible en: <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/174>, p.140, consulta: febrero de 2020.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p.153.

contrato innominado¹⁹¹, sin embargo, reiteramos que la *stipulatio* y la donación con carga de alimentar, por su generalidad, nos permiten presumir su existencia.

La *stipulatio*, era un acto o contrato verbal, abstracto, de acto único, accesible y sin formalidades o solemnidades rigurosas —*tan solo se requería cohesión o lógica entre pregunta y respuesta*—. Por ello tenía una gran amplitud y disposición para “amoldarse a los distintos tipos negociales de su época”¹⁹²

Era un pacto de caballeros, donde la prestación y contraprestación se definía y determinaba de manera verbal. En dicho acuerdo, se podía válidamente regular prestaciones de tipo *dare*, *facere* y *non facere* conocida esta última como *pati*. Por tanto, la posibilidad de que en el derecho romano se acordase prestaciones similares al contrato de alimentos, era probable en virtud de la amplitud de contenidos que permitía la *stipulatio*.

La doctrina recuerda, a propósito de la *stipulatio* que “quien transmite los bienes a otra persona le pregunta solemnemente al adquirente si a cambio se compromete a proporcionarle el sustento, alojamiento, vestido, asistencia y cuidados que requiera hasta el momento de su muerte, y el adquirente responde que se compromete”¹⁹³, en ese instante tiene vida la *stipulatio* y el contrato de alimentos.

3.1.3. EL CONTRATO DE ALIMENTOS EN EL DERECHO MEDIEVAL.

Manuel de la Puente y Lavalle opina que, en el derecho medieval, el aporte en cuanto al concepto del contrato fue insignificante, de tal modo que solo se

¹⁹¹ En opinión de Cristina Berenguer, la naturaleza jurídica del contrato de alimentos no ha sido identificada en las fuentes del derecho romano, por lo menos no de manera textual. Su prestación *in natura* y vitalicia, que comprende asistencia, cuidados, alimentación, entre otros, y “ante el silencio de los jurisconsultos, tampoco podemos asegurar certeramente que fuese un contrato reconocido como innominado del tipo *do ut facias*, que permitiese a los contratantes proceder *praescriptis verbis*” Berenguer Albaladejo, *op. cit.*, p. 1.

¹⁹² Carlos Pérez Bravo, *op.cit.*, p.137.

¹⁹³ Berenguer Albaladejo, *op. cit.*, p. 3.

evidencio una réplica de los aportes y conclusiones realizadas por el derecho romano¹⁹⁴, consideraba también que no despertaba interés alguno para la reflexión y la doctrina peruana¹⁹⁵.

3.1.3.1. *PRECARIO*.

Pese a ello, el derecho medieval ha sido el soporte lógico y jurídico que ha permitido la construcción del contrato de alimentos. Así pues, el acto jurídico celebrado principalmente en Francia y denominado *precario*, se configuraba como el acuerdo entre una persona que cuenta con la titularidad de un bien inmueble y del otro lado una entidad eclesiástica. La prestación del titular¹⁹⁶ era ceder el bien y en contraprestación recibir una pensión económica que podría ser vitalicia pero también la contraprestación podría constituir en asistencia o manutención.

3.1.3.2. *DÉMISSION DE BIENS*.

Así también, nacida de las costumbres germánicas, un padre podría otorgar a uno de sus hijos o una persona ajena a su vínculo familiar, pero de gran solvencia económica, la totalidad o una parte de sus bienes, a esta práctica se le denominada *démission de biens*. En ambos casos la contraprestación sería asistencia económica y cuidados al cedente hasta su muerte. Sin embargo, se evidencio un gran riesgo por parte del cedente de que el hijo o el ajeno al vínculo familiar incumpla con su prestación, en vista de ello, juristas como Montaigne sugerían que los padres sean más cautos y consideren garantías ante el incumplimiento como podría ser una cláusula de arrepentimiento¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Manuel de la Puente y Lavalle, *El contrato en general*, 2º ed., Lima, Palestra editores, 2001, p. 24.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Lo que motivaba al cedente era que, al trasladar la titularidad a una entidad eclesiástica, este bien ya no sería expropiado y de otro lado, estaba exonerado de pagar impuestos por la titularidad de su bien inmueble.

¹⁹⁷ Berenguer Albaladejo, *op. cit.*, p. 6.

La evidencia del uso de este contrato ha sido “un formulario del monje Marculfo de mediados del siglo VII, que contenía un modelo de este contrato”¹⁹⁸.

3.1.3.3. ALTEN THEIL.

Por último, la figura jurídica alemana conocida como Alten Theil o «parte de viejo», mediante el cual, el padre de familia aclaraba a sus hijos que luego de que este reparta sus bienes entre ellos, él se reserva un espacio en la casa cerca al fuego, una habitación y el derecho de gozar de alimentos por los beneficiarios de los bienes, sus hijos¹⁹⁹.

3.2. ANTECEDENTE CONSUECUDINARIO.

El derecho consuetudinario nace como practicas espontaneas aceptada en su generalidad y que luego serán conductas obligatorias en el entorno social y económico en el que se desarrollaron. Ha sido analizada profundamente como fuente del derecho²⁰⁰.

La costumbre, conocida en el derecho romano²⁰¹ como *mores maiorum*, estuvo presente en sus tres estadios, sean estos la monarquía, republica e imperio. Es una fuente formal del derecho, que nace en la espontaneidad de un pueblo, por eso es pertinente la frase “la costumbre se vive y la ley se dicta”.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 5-6.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 6.

²⁰⁰ Tómesese en cuenta el siguiente texto: Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid, Editorial Dykinson, 2012. En dicha obra se reflexiona profundamente sobre el derecho consuetudinario. Entre tantos temas, aborda las dos edades de la costumbre, una que es anterior a Justiniano y el Corpus Iuris Civilis, donde se evidencia la costumbre en su estado natural y rudimentario, y la otra, aquella que es posterior a Justiniano, donde la costumbre tiene mayor estética jurídica.

²⁰¹ Se puede considerar a la costumbre en las diversas familias y sistemas jurídicos, como la primera fuente de derecho.

Es considerada por Enrique Ghersi como una fuente que en determinadas circunstancias puede ser superior a la propia ley y hacer prevalecer su contenido²⁰².

A continuación, describiremos las costumbres de ciertas comunidades españolas que han contribuido a la construcción no solo legislativa, sino también, teórica y jurisprudencial del contrato de alimentos.

Iniciaremos por Galicia, comunidad autónoma española, y desarrollaremos brevemente el pacto vitalicio, petrucio y congrua, ya que se consideran a estos como los antecedentes consuetudinarios del contrato de alimentos.

3.2.1. EL PACTO DE VITALICO.

El pacto de vitalicio era un acuerdo bilateral, *inter vivos* y oneroso, por el cual una parte, cede sus bienes a cambio de recibir asistencia vitalicia de tipo alimentario, esta contraprestación, no solo será asumida por el adquirente sino será extensivo a sus herederos en línea ascendiente y descendiente. Por tanto, se genera una garantía al cumplimiento de la contraprestación.

3.2.2. CONGRUA.

La congrua, era una pensión vitalicia que recibía el padre anciano por parte de sus hijos, quienes fueron beneficiados por la donación de la totalidad de los bienes del patriarca.

Esta contraprestación, estaba sostenida en la reciprocidad y gratitud, por tanto, no había cargas reales ni garantías de cumplimiento. Quedando todo a la conciencia y buena voluntad de los beneficiarios²⁰³.

²⁰² Enrique Ghersi, "El carácter competitivo de las fuentes del derecho", Revista de economía y derecho, Lima, vol. 7, numero 28, primavera de 2010, p. 58.

²⁰³ Berenguer Albaladejo, *op.cit.*, p. 12.

3.2.3. EL PETRUCIO GALICIO.

La figura del petrucio o heredero principal era una costumbre proveniente de Galicia, por la cual otorgaban a uno de sus hijos o descendientes — *generalmente al hijo mayor por estar mejor capacitado para conservar el patrimonio familiar y cuidar de sus hermanos*²⁰⁴— la mayor cantidad de su patrimonio²⁰⁵. Los padres le otorgaban a este un adicional al momento de la repartición de bienes y le confiaban el manejo de los negocios familiares. Todos estos beneficios a cambio de que el mencionado hijo mayor cuidara a sus padres ancianos y le brindase calor de hogar y cuidados hasta su fallecimiento²⁰⁶.

3.2.4. LA DACION PERSONAL DE ARAGÓN.

En la comunidad autónoma de Aragón, que en catalán se conoce como Aragó, nació la dación personal. La dación personal ha sido una institución consuetudinaria que posteriormente fue reconocido legislativamente en la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

Fundamentalmente era el pacto entre una persona de condición modesta y patrimonio limitado, que apoyaba en el hogar, posiblemente un sirviente de muchos años que tenía la condición de célibe o viudo sin descendencia y que

²⁰⁴ La STSJ de Galicia del 9 de noviembre del 2002, reconoce que la petrucia era común en épocas pasadas. Mediante este acto el beneficiario de los bienes de los padres era el hijo mayor, quien tenía que cuidar de ellos hasta su fallecimiento, pero también debía de velar por sus hermanos. La sentencia reflexiona sobre el particular, y concluye que, en estos tiempos, en la costumbre gallega, no es común que compartan el mismo ambiente padres y hermanos, ni se den estos tipos de acuerdos. Teresa Estévez Abeleira, *Los pactos de mejora en el Derecho civil de Galicia*, Madrid, Editorial Reus, 2018, p. 31

²⁰⁵ Ana Vásquez Lemos, *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*, Barcelona, Bosch Editor, 2019, p. 271.

²⁰⁶ Domingo Bello Janeiro, *Los contratos en la ley de derecho civil de Galicia*, Madrid, Editorial Reus, 2007, p. 276.

estaba transitando el camino de la vejez²⁰⁷; de otro lado el jefe de la familia donde brindaba servicios este anciano. Mediante este acuerdo el colaborador del hogar entregaba todos sus bienes²⁰⁸ de manera irrevocable a favor del jefe de familia, así como la promesa de mantenerse soltero y el compromiso de seguir apoyando en los quehaceres domésticos a cambio del cuidado y sustento vitalicio que ha de provenir del beneficiario y de su familia, cual si fuese una adopción —*para los romanos una adrogación*—, puntualmente las prestaciones que asumía el beneficiario y su familia eran de dar y hacer como por ejemplo brindarle cobijo, asistencia, garantizar los gastos posteriores a la muerte —*funeral*— o por enfermedades, pero fundamentalmente considerarlo como un miembro más de su familia²⁰⁹.

3.2.5. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR DE NAVARRA.

En la comunidad foral de Navarra había una costumbre llamada acogimiento de la casa²¹⁰, acuerdo por el cual una persona ingresaba a vivir en un hogar y se beneficiaba de un sustento y alimentos, pero no siendo necesario la colaboración de esta en las labores del hogar. Se requería un documento para la prueba de dicho acuerdo.

Consideramos que la modalidad de convivencia y de pacto es más cercana a los fines de nuestra investigación. La modalidad de convivencia permite que los adultos mayores cuenten con cuidados, alimentos y asistencia ante cualquier supuesto de enfermedad por parte de personas con las cuales tienen vínculo

²⁰⁷ C. Yisel Muñoz Alfonso, “*El contrato de alimentos vitalicios, una alternativa de protección para los adultos mayores en Cuba*”, Universidad y Sociedad. Revista científica de la Universidad de Cienfuegos, Cienfuegos, Volumen 10, Numero 3, abril-junio 2018, p. 57.

²⁰⁸ Helena Martínez Hens, *El contrato de alimentos en el Código civil. Reflexiones en torno a su sustantividad*, J.M. Gonzalez Porras y F.P. Méndez González (coords), Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Murcia, Servicio de publicaciones de la universidad de Murcia, 2004, p. 3149.

²⁰⁹ Berenguer Albaladejo, *op. cit.*, p. 17.

²¹⁰ La ley foral de Navarra N° 34/2002 prescribe la figura jurídica de acogimiento familiar de los adultos mayores.

familiar lejano o simplemente no las tienen. Estas coadyuvan a garantizarle al adulto mayor una mejor calidad de vida y el respeto a su dignidad. Se entiende también que, como convivencia, ambas partes deben aportar en las labores domésticas del hogar²¹¹. En el caso del acogimiento y convivencia mediante pacto se determina la edad del adulto mayor en sesenta y cinco años y aunque la ley no se pronuncie sobre la onerosidad o gratuidad de este acuerdo, se presume su onerosidad por la consideración que hace la ley sobre un precio que equivale a dinero y del cual será acreedor el acogedor. Además, este puede ser temporal o permanente. Si es temporal se considera un mínimo de tres años. Para su formalidad se requiere de escritura pública.

3.2.6. LA DACIÓ, EL VIOLATORIO Y LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE CATALUÑA.

En la comunidad autónoma de Cataluña que en aranés se conoce como Catalonha, se ha estudiado tres actos consuetudinarios afines al contrato de alimentos, una de ellas es la *dació o acolliment*, esta fue una costumbre similar a la dación personal donde una de las partes es un viudo o soltero que entrega todo su patrimonio y se comprometía a mantenerse soltero y asumía el compromiso de colaborar en el hogar en la medida de sus posibilidades ya que la vejez limita su potencial y a cambio recibirá del donatario un derecho real de cosa ajena como es la habitación y asistencia de todo tipo.

La otra es el violatorio es más próximo a la renta vitalicia, aunque algunos autores la consideren que tiene semejanzas con el contrato de alimentos, lo cierto es que, mediante esta costumbre, una parte entrega un capital a cambio de una renta o contraprestación económica sostenida en el tiempo, mientras viva el cedente.

²¹¹María Luisa Arcos Viera, *El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra*, J.M. Gonzalez Porras y F.P. Méndez González (coords), Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Murcia, Servicio de publicaciones de la universidad de Murcia, 2004.

Por último, el caso de la pensión alimenticia, su naturaleza es notablemente afín al contrato de alimentos, las prestaciones son las siguientes: Una parte se compromete a prestar alimentos y como contraprestación el beneficiario de los alimentos ha de cederle la titularidad de determinado bien.

3.3. ANTECEDENTE LEGISLATIVO.

3.3.1. EL CÓDIGO DE OBLIGACIONES SUIZO DE 1911.

Aunque nuestro estudio, tiene como referencia la ley española 41/2003, del 18 de noviembre, denominada Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, es necesario, tomar en cuenta antecedentes legislativos más remotos como el código de obligaciones suizo²¹² de 1911, que reconoce y regula en el artículo 521 y siguientes un acto de voluntad afín al contrato de alimentos, por el cual una parte se compromete a trasladar la titularidad de un bien a cambio de recibir cuidados y manutención. Este acuerdo fue conocido en el derecho francés como *contrat d'entretien viager*; en el alemán como *Verpfändungsvertrag* y en el italiano como *il vitalizio*.

Estructuralmente, del artículo 521 al 529 del código de obligaciones se desarrolla la definición, la determinación de las partes que forman en contrato dejando la posibilidad de que el deudor de los alimentos sea una persona jurídica, los requisitos y formalidades de validez del acto, garantías en favor del alimentista, protección a los terceros intervinientes en el contrato, valor supletorio de los alimentos legales y las posibles causas de extinción del contrato.

Las prestaciones generadas por la celebración de este contrato es la transmisión inmediata o instantánea de bienes de contenido patrimonial de manera universal

²¹² Por una razón histórica, hay una independencia y autonomía del derecho de obligaciones (código de obligaciones suizo) con el código civil suizo de 1911. La razón es que antes de la existencia del código civil suizo en mención ya se encontraba vigente el código de obligaciones suizo, que data del año 1881; fue la primera fuente del derecho civil, por ello el término de código de obligaciones suizo no obstante estar dentro del código civil suizo.

o parcial al deudor de los alimentos, que puede ser a título de propiedad o de cualquier otro derecho real²¹³ a cambio de alguna cantidad de dinero para gastos ocasionales, que no han de desnaturalizar el contrato y pretender asimilarlo a una renta vitalicia, ya que además del pago que puede ser periódico, también se exigirá asistencia, manutención o cuidados en la salud y enfermedad, asumiendo una contraprestación aleatoria. Nótese que la prestación del deudor no es inmediata en el tiempo sino sucesiva o diferida.

El código de obligaciones suizo otorga garantías para el cumplimiento de la obligación, en virtud de que, una vez transferido el bien por parte del alimentista, el deudor de los alimentos puede realizar actos fraudulentos o simulados que perjudiquen irremediablemente al alimentista y adicional a ello la justicia al ser tardía terminarían por dañar al acreedor.

Una de las garantías otorgada a su favor por la legislación materia de comentario es la hipoteca legal²¹⁴.

Para finalizar y dicho de manera práctica, este contrato permite la incorporación del acreedor a la familia del deudor, tomando en cuenta y respetando este último las reglas establecidas en el hogar.

3.3.2. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

En Galicia, mediante la Ley 2/2006, de 14 de junio, se regula el contrato de vitalicio. Su antecedente fue la Ley 4/1995. Ambos cuerpos normativos permiten que, mediante el acuerdo oneroso, entre dos partes que no tienen un vínculo familiar u obligación legal de prestar alimentos, se pudiese generar una prestación alimenticia, esto fue una novedad para el derecho positivo español, aunque ya era conocida por el derecho consuetudinario.

²¹³ Pueden ser estos derechos reales el usufructo, servidumbres, uso, etc.

²¹⁴ Berenguer Albaladejo, *op.cit.*, p. 144.

Nótese que este contrato fue el antecedente legislativo de lo que hoy es materia de nuestra investigación referida al contrato de alimentos²¹⁵ y regulado en la Ley 41/2003, del 18 de noviembre.

Sin embargo, para algunos, el contrato de vitalicio no solo es un mero antecedente sino es un acuerdo superior al contrato de alimentos, en su forma y contenido. Aquí algunas reflexiones al respecto.

El contrato de vitalicio es una institución forjada en el derecho gallego, mientras que el contrato de alimentos es una institución reconocida y regulada por la ley estatal. Si embargo se considera al contrato de vitalicio por encima del contrato de alimentos por su naturaleza jurídica, seguridad y efectos prácticos²¹⁶.

Entre los argumentos legales que sostienen la opinión de que el contrato de vitalicio es mejor que el contrato de alimentos y que nos servirán para el desarrollo de nuestra investigación y la posterior propuesta normativa son las siguientes:

- a) En cuanto a la solemnidad del acto, el contrato de vitalicio es *ad solemnitatem*, ya que para su validez se requiere que el acto este formalizado por escritura pública, mientras que el contrato de alimentos es *ad probationem*²¹⁷ ya que no se determina formalidad alguna, generando a juicio nuestro, inseguridad jurídica.
- b) En lo referente a la posibilidad de transmitir la obligación alimenticia a los herederos del alimentante, el art. 151 de la L.D.C.G. de 2006, que regula el contrato de vitalicio, establece que “La obligación de prestar alimentos durará hasta el fallecimiento del alimentista y se transmitirá, salvo pacto

²¹⁵ También es antecedente de la dación personal, el violatorio catalán y el vitalicio. Mariño de Andrés, *op.cit.*, p. 18.

²¹⁶ M^a Baamonde Méndez, *op.cit.*, p. 24.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 239.

en contrario, a los sucesores del obligado a prestarlos”²¹⁸ en cuanto al contrato de alimentos el artículo 1792 de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, que regula el contrato de alimentos dispone que, al fallecimiento del alimentante o cualquier desavenencia entre la partes que haga insostenible las relaciones personales y contractuales, procederá la conversión monetaria de la prestación”²¹⁹.

Vemos que la formula del contrato de alimentos es que la prestación de alimentos *in natura* se transforme en cantidad pecuniaria, desnaturalizándose el mismo y siendo más afín a una renta vitalicia, evidenciándose una preferencia por las necesidades económicas que afectivas²²⁰.

- c) En lo atinente a la pluralidad de obligaciones, esto es, cuando concurren más de dos acreedores o deudores, y en el caso del deudor de los alimentos podemos estar ante los efectos de la solidaridad o mancomunidad, todo depende del tipo contractual. En el contrato de alimentos, al no determinarse el tipo de obligación en la ley, se presume la mancomunidad como regla general. En el caso del contrato de vitalicio la ley gallega expresamente determina la solidaridad²²¹.
- d) Por último, la posibilidad del alimentante de resolver el contrato en el caso del vitalicio es unilateral, con la salvedad que la decisión sea válidamente

²¹⁸ Galicia, Comunidad Autónoma de Galicia, Ley 2/2006, publicada el 14 de junio, p. 28.

²¹⁹ España, Legislación consolidada, Ley 41/2003, publicada el 18 de noviembre, última modificación: 3 de julio de 2015.

²²⁰ Mariño de Andrés, *op.cit.*, p. 132.

²²¹ Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. Comunidad Autónoma de Galicia, p.28. Artículo 148.

1. La prestación alimenticia deberá comprender el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes.

2. Salvo que en el título constitutivo se hiciera constar lo contrario, en los casos de pluralidad de obligados, la prestación alimenticia tendrá carácter solidario. También podrá pactarse que los obligados cumplan la prestación alimenticia de modo conjunto e indivisible.

notificada con seis meses de anticipación²²² mientras que en el contrato de alimentos no se textualiza la unilateralidad por tanto es necesario que las partes lo acuerden mediante una cláusula contractual²²³.

3.3.3. LEGISLACIÓN FRANCESA. LEY Nº 2007-308, DE 5 DE MARZO DE 2007.

Antes de referirnos a la presente ley, se va a definir dos conceptos, uno es la *vente en viager* y la otra, la tradicional *bail a nourriture*²²⁴.

3.3.3.1. VENTE EN VIAGER

La *vente en viager* podría ser traducida como venta en vida, y este es un contrato por el cual una persona adulto mayor tendrá el derecho de recibir prestaciones vitalicias que podrían ser *in natura* a cambio de la cesión de un bien, con ello se beneficia el adulto mayor y el obligado a la prestación de dar y hacer ya que será titular de un derecho real en plena mocedad²²⁵.

Data del siglo IX²²⁶ y para reafirmar lo dicho líneas arriba; en la compraventa de un bien inmueble el comprador no tendrá la posesión de este hasta la muerte del vendedor, pero además deberá brindarle una renta vitalicia, cuya aleatoriedad

²²² M^a Baamonde Méndez, *op.cit.*, p. 241.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Este es traducido como arrendamiento de alimentos, para mayor amplitud, revítese la siguiente obra: Juan Roca Guillamón, “*El vitalicio. Notas sobre el contrato de alimentos en el Código Civil (Ley 41/2003)*”, en: Eugenio Llamas Pombo, (coord.), Estudio de derecho de obligaciones, España, Wolters Kluwer, 2006, Tomo II, p. 643.

²²⁵ Berenguer Albaladejo, *op.cit.*, p. 27.

²²⁶ Se ha determinado que en Francia es popular comprar una propiedad concediendo el derecho de residencia al vendedor, e inclusive una renta vitalicia. Esta modalidad proviene del siglo IX. La fuente es la siguiente: Redacción actualidad, “La modalidad de vender casas que toma fuerza en Francia” [El espectador], 2015, disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/actualidad/viager-modalidad-vender-casas-toma-fuerza-francia-articulo-570621>, consulta: febrero de 2020.

podría perjudicar los intereses del comprador²²⁷. En ese sentido se dice jocosamente que lo que se necesita para atraer a compradores de casa bajo la antigua modalidad de *viager* no es café y pan recién horneado, sino mostrarle una cantidad exagerada de medicamentos por toda la casa y una tos que interrumpa la conversación. Con ello, el comprador podrá interesarse en este sistema ya que de acuerdo a sus cálculos primarios le convendrá el contenido del contrato *viager*²²⁸.

Los cuestionamientos de este contrato se sostienen en los derechos sucesorios y la expectativa de los herederos, ya que los efectos del *viager* aparentemente los perjudicaría. Dicho de otro modo, se ocasionaría una pérdida del derecho de los herederos sobre el bien que ha sido objeto del contrato de *viager*, siendo indirectamente desheredados y frustrándose sus expectativas como herederos²²⁹, pero este argumento no es pertinente en la medida que el vendedor tiene el *ius abutendi* sobre el bien y puede libremente disponer de él, más si lo requiere por su condición de adulto mayor y el Estado y su familiares y herederos forzosos les son indiferentes.

En la misma línea de cuestionamientos, se avizora el factor conciencia, necesidad apremiante y egoísmo ya que, bajo la premisa de tener libertad para disponer de sus bienes a título oneroso, puede ser posible que el titular del bien

²²⁷ Tómese en cuenta el siguiente caso descrito por la BBC: Trata del vendedor de un departamento llamado Jeanne Calment, que decide transferir la titularidad de su bien inmueble a la edad de 90 años bajo la modalidad *viager*. El comprador se llamaba André-François Raffray y era el abogado de Calment, quien a la fecha de celebrarse el contrato tenía casi 45 años. Lo anecdótico es que el vendedor llegó a convertirse en la persona más longeva del mundo con 120 años y dado que las relaciones jurídicas obligatorias por parte del comprador se supeditan al fallecimiento del vendedor, es probable que luego de 32 años de celebrado el contrato no le haya sido un negocio rentable. La historia es más aguda, ya que el comprador fallece primero. Lucy Williamson, "La gente que vende su casa y les pagan para que se quede en ella" [BBC en línea], 2015, disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/07/150703_economia_acuerdo_venta_arriendo_casa_finde, consulta: febrero de 2020.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Berenguer Albaladejo, *op.cit.*, p. 27-28.

cuenta con recursos suficientes y aun así, por capricho o egoísmo decida cederlo; limitando o anulando las legítimas expectativas de sus herederos²³⁰.

Sin embargo, la vigencia y éxito de este contrato se manifiesta en la opinión de Stanley Nahon quien es socio de Renee Costes Viager y asegura que su empresa es líder en el mercado sobre acuerdos *viager* y que reciben más de doce mil llamadas al año de adultos mayores interesados en dicho acuerdo²³¹.

3.3.3.2. BAIL À NOURRITURE

El *bail à nourriture* es un acto tradicional y oneroso de las zonas rurales de Francia. Al igual que el contrato de alimentos contiene una prestación *in natura*, personalísima, indeterminada o vitalicia y de naturaleza aleatoria. Su traducción es arrendamiento de manutención y son celebrados entre adultos mayores que generalmente son padres y sus hijos²³²; también entre un establecimiento hospitalario.

3.3.3.3. LEY N° 2007/308 DE 5 DE MARZO DEL 2007.

La ley N° 2007-308, publicada el 5 de marzo del 2007 y vigente desde el 1 de enero del año 2009, ha sustituido a la ley del 3 de enero del año de 1968²³³, cuya naturaleza jurídica era de protección mediante tres regímenes específicos los cuales son: salvaguarda, tutela y curatela²³⁴.

²³⁰ *Ibid*, p. 28-29.

²³¹ Williamson, *op.cit.*

²³² Eugenio Llamas Pombo, *La tipificación del contrato de alimentos*, M. Alonso Pérez, E. Martínez Gallego y J. Reguero Celada (coords), Protección jurídica de los mayores, Madrid, La ley, 2004, p. 198.

²³³ Cabe precisar que la Ley N° 2007/308 ha sido modificada por la Ley N° 2015/177 del 16 de febrero. También es importante tomar en cuenta la Ordenanza N° 2015/1288 del 15 de octubre del 2015. Este último tiene como aporte la protección de habilitación familiar.

²³⁴ Victoria Rodríguez Escudero, *La modificación judicial de la capacidad de la persona en el derecho español y la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* [tesis], Oviedo, Universidad de Oviedo, 2016, p. 314.

Consideramos que es una luz en el pensamiento francés en referencia a los adultos mayores y la protección social de este grupo de personas, cuya población tiene un crecimiento poblacional mundial. Como asegura José Escartín, esta iniciativa legislativa está en armonía con lo sugerido en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York²³⁵ el año 2006 y cuyo objetivo es que se tome en cuenta la voluntad del que perdió su capacidad civil y natural.

Esta ley modifica 150 artículos del código civil francés e implementa con 40 artículos normas al código de acción social y de familias y es denominada como aquella que reforma la protección jurídica de los adultos mayores, que por circunstancias físicas o psíquicas son dependientes²³⁶; esta ley incluye una medida contractual denominada “mandato de protección futura (*le mandat de protection future*)”²³⁷, así como otras medidas de protección sean estas: salvaguarda, tutela y curatela. Sin embargo, algunos consideran que esta ley y las medidas mencionadas no han sido favorables²³⁸.

²³⁵ José Antonio Escartín Ipiéns, “La autotutela en el proyecto de ley sobre modificación del código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad” [Revista de Derecho Civil en línea], núm. 3, vol. V, julio-setiembre 2018 disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/372>, p.103, consulta: marzo de 2020.

²³⁶ Colección familia y derecho, Inmaculada Llorente San Segundo, La pretutela de personas con discapacidad por entidades privadas, Madrid, 2013, Editorial Reus, p. 205.

²³⁷ Inmaculada Llorente San Segundo, *La pretutela de personas con discapacidad por entidades privadas*, Madrid, 2013, Editorial Reus, p. 205. También puede revisarse: Ignacio Gallego Domínguez, *Consideraciones sobre el mandato de protección futura en el Derecho francés*, Pérez de Vargas Muñoz (dir), La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad, Madrid, La Ley, 2010.

²³⁸ Es el pensamiento de Montserrat Pereña Vicente citado por: Antonio García Pons, *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A. 2008, p, 129. Así también, consideramos que estas medidas no han sido exitosas en la realidad, ya que el concepto de familia, aquella que involucra solidaridad y asistencia entre sus integrantes se ha enfriado, y este es un fenómeno sociológico latente en casi todo el mundo.

Ahora desarrollaremos la medida denominada “mandato de protección futura”²³⁹ por estar más emparentado al contrato de alimentos. Este mandato es un acto jurídico unilateral, revocable, causal, personalísimo, con la posibilidad de ser oneroso y también es recepticio²⁴⁰.

Lo fundamental en este acto es la expresión de voluntad y que al momento de constituir este mandato el mandante se encuentra en pleno uso de sus capacidades físicas y mentales²⁴¹. Esta condición de capacidad civil y natural es solo exigible al momento de la constitución, no para el futuro, donde ha de desplegarse los efectos del acto jurídico.

El mandatario ha de ser una persona de su confianza y el contenido y objeto de su obligación será una personal y patrimonial de acuerdo con lo que disponga el adulto mayor (mandante), como podría ser cuidarlo²⁴². Este acto se ejecutará cuando el mandatario pierda sus capacidades²⁴³, en este momento el mandante actuará en nombre del mandatario.

²³⁹ Está regulado en el código civil francés, en el primer párrafo del artículo 477: “*Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts*” cuya traducción nos sugiere que: “*Toda persona mayor de edad o menor emancipada que no sea sometida a tutela puede encargar a una o varias personas, en un mismo mandato, su representación, para el caso, o por una de las causas previstas en el artículo 425, que no pueda por sí sola atender a su interés*”

²⁴⁰ Patricia A. Lescano Fera, *La guarda de hecho*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 47.

²⁴¹ Ana Isabel Berrocal Lanzarot, “*El apoderamiento o mandato preventivo como medida de protección de las personas mayores*” [informes portal mayores en línea], núm. 78, 2007 disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento-01.pdf>, p.11, consulta: marzo de 2020.

²⁴² Ignacio Serrano Garcia, *El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección patrimonial de los majeurs protégés*, Carlos Rogel Vide (dir), Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Editorial Reus, núm. 4, año. CLIV, 2008, p. 756.

²⁴³ Este mandato de protección futura ha de activarse en el supuesto de que el mandante se convierta en *capitis deminutio*.

Sobre las críticas a ese mandato es la poca fiscalización que se tendrá de las labores realizadas por el mandatario cuando el mandante pierda su capacidad civil y natural.

3.4. EL *CONTRATTO DI MANTENIMENTO* Y EL *LEIBZUCHTVERTRAG*.

Para finalizar, mencionaremos brevemente la experiencia italiana y alemana en referencia al contrato de alimentos, dejando en claro que su aporte no es legislativo, sino de costumbre y jurisprudencia.

En el derecho italiano existe la figura social denominado *contratto di mantenimento*, conocido también como vitalicio impropio, y es afín al contrato de alimentos. Este contrato no ha sido regulado por la ley civil italiana, no obstante, es reconocido por los tribunales desde el siglo XIX que vienen resolviendo problemas derivados de la inejecución contractual²⁴⁴, sin embargo, su análisis acerca de esta figura contractual estaba ligado a una renta vitalicia. Sobre este último pensamos que sería un equívoco ya que entre el *contrato di mantenimento* y la renta vitalicia existen notables diferencias las cuales mencionaremos en las próximas líneas.

Una de las casaciones que se pronunciaron sobre la diferencia que existe entre el contrato *di mantenimento* y la renta vitalicia, es la 28-7-1975. Esta sentencia de la corte de casación tendrá como aporte fundamental el reconocimiento de la autonomía de la renta vitalicia y del *contrato di mantenimento*, considerando a este último como un acuerdo atípico e innominado y que su objeto sobrepasa el contenido patrimonial ya que se ventilan prestaciones referentes a la asistencia, alimentos, manutención y habitación²⁴⁵, por tanto, esta casación es importante ya que determina las prestaciones *in natura* que proviene del *contratto di mantenimento* y del cual difiere la renta vitalicia que es meramente patrimonial.

²⁴⁴ Berenguer Albaladejo, *op.cit.*, p. 83.

²⁴⁵ *Ibid*, pp. 91-92.

Por lo tanto, el *contrato di mantenimento* existe en la experiencia jurídica italiana como una constante y firme expresión de voluntad por mejorar la calidad de vida de determinadas personas que son dependientes y atrapados por la consecuencia del tiempo como son los adultos mayores.

Técnicamente este es un contrato oneroso y aleatorio. En virtud de lo último, no es posible alegar en su desarrollo excesiva onerosidad de la prestación o lesión, porque la prestación del beneficiario del bien no es determinada ni conocida, no se sabe a la celebración el contenido de la prestación, además su cumplimiento será diferido en el tiempo.

En cuanto a la experiencia alemana, al igual que en la italiana, no hay una expresión legislativa referida al contrato de alimentos, sobre todo en el BGB alemán, pero ello no significa el desconocimiento de esta figura contractual. El contrato de alimentos era conocido como *Leibzuchtvertrag* y se diferenciaba de la renta vitalicia, conocida como *Leibrentenvertrag*.

CAPITULO IV

EL CONTRATO DE ALIMENTOS

4.1. A MANERA DE PRELUDIO.

La base para el desarrollo de este capítulo es la ley común española 41/2003, de 18 de noviembre, denominada ley de Protección Patrimonial de Personas con discapacidad que modifica el Código civil, la Ley de Enjuiciamiento civil y la Normativa Tributaria.

Esta ley es una alternativa al sistema deficiente e insuficiente del Estado español que como consecuencia no protege ni da calidad de vida digna a las personas con discapacidad y sobre todo a los adultos mayores.

La incorporación del contrato de alimentos²⁴⁶ en la legislación española — materia de análisis—, es por la necesidad²⁴⁷ real de cualquier persona — *principalmente adultos mayores*— de cuidados, atenciones y así también porque las figuras contractuales afines sean estas la hipoteca inversa o la renta vitalicia, no tienen como objeto prestaciones *in natura*, por tanto, el contrato de alimentos es objetivamente beneficioso para este grupo vulnerable, ya que su contenido contractual toma en cuenta el cuidado especial y personal de los adultos mayores.

Al igual que en el derecho italiano —cuando mencionamos el *contratto di mantenimento* y su posición doctrinal y jurisprudencial mas no legislativa— en la experiencia española, antes de la producción de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, se definía y reconocía al contrato de alimentos solo en la esfera doctrinaria y jurisprudencial.

²⁴⁶ contrato valido, potencialmente eficaz y generador de obligaciones

²⁴⁷ A nivel mundial esta necesidad se incrementa y agudiza por la longevidad de las personas, un mal sistema pensionario y una idea moderna de familia donde prima el individualismo y la escasa solidaridad familiar, entre otros factores que se ha de reflexionar en esta investigación.

4.2. DEFINICIÓN.

Gracias a la ley 41/2003, del 18 de noviembre, se permite la incorporación del contrato de alimentos en el código civil español. Su regulación corresponde a los artículos 1791 al 1797. En el artículo 1791 se encuentra su definición²⁴⁸.

De la interpretación literal del artículo 1791 del código civil español podemos observar que el contrato de alimentos es bilateral, de un lado, tenemos al titular de un bien o capital que cede su derecho real²⁴⁹ a cambio de que la otra parte, denominada cesionaria, le provea de cuidados y asistencia, cubriendo sus necesidades vitales y morales; también, por acuerdo entre las partes, el cesionario estaría obligado ya no con el cedente sino con un tercero denominado beneficiario; de este último nos ocuparemos más adelante.

Continuando con la interpretación del artículo 1791, hay que precisar algunos términos²⁵⁰, como la duración del contrato, ya que el artículo no prohíbe ni menciona que esta puede ser limitada, rompiendo el paradigma del carácter vitalicio, así también, no hay precisión legislativa que identifique a cuál de las partes atañe el término “su vida”, pudiendo ser entendido como el fin de la vida del cedente o cesionario. Sin perjuicio de ello, por una interpretación sistemática se puede entender que hace referencia a la vida del cedente de los bienes, el alimentista.

²⁴⁸ El mencionado artículo prescribe lo siguiente: “Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos”

²⁴⁹ Siendo posible la entrega de la nuda propiedad o usufructo.

²⁵⁰ Pablo de la Esperanza Rodríguez, “Contrato de alimentos” [artículo en línea], El Notario del siglo XXI, 2005, disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2/3303-contrato-de-alimentos-0-6592453118965451>, consulta: enero de 2020.

Sobre el contenido de las prestaciones, notamos similitudes con figuras contractuales afines ya desarrolladas anteriormente y que a manera de resumen resaltaremos en este momento.

Una de ellas es el código de las obligaciones suizo de 1911 que prescribía que el *contrat d'entretien viager* generaba la obligación de transferir un patrimonio a cambio de asistencia y manutención, con especial énfasis en su naturaleza vitalicia.

En el derecho foral, la Ley 4/1995, del 24 de mayo del derecho civil de Galicia, regulo una figura afín al contrato de alimentos denominado “vitalicio de alimentos” y que técnicamente podría ser su primer antecedente. En el artículo 95 de la citada ley, se prescribía que este contrato tiene como contenido una prestación alimenticia, pero por sobre todo afectiva. Eso quiere decir, que además del sustento y manutención, es importante el cariño y afecto brindado al cedente de los bienes, hacerlo parte de la familia y generar en él, sentimientos de estima y consideración.

La Ley 2/2006, de 14 de junio, que deroga la Ley 4/1995, del 24 de mayo del derecho civil de Galicia, en el artículo 147 no tiene mayor aporte y se reafirma que mediante este contrato una parte se obliga a prestar alimentos y como contraprestación tendrá derecho a la titularidad de bienes o capital del beneficiario de los alimentos.

En el derecho común, la Ley española N° 41/2003, de 18 de noviembre²⁵¹, que es materia de análisis, brinda al código civil español el también mencionado artículo 1791 que prescribe lo siguiente: “Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos” (el subrayado es nuestro).

²⁵¹ Ley 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,

Vemos que, en todas las definiciones legislativas, se encuentra el carácter asistencial y hasta moral, característico del contrato de alimentos y que lo distancia de figuras afines como la renta vitalicia o la hipoteca inversa.

Por tanto, la prestación del alimentante se traduce en proporcionar de por vida al alimentista, de vivienda, manutención, afecto y asistencia de todo tipo. Este conjunto de prestaciones, inquietan a los estudiosos del contrato de alimentos quienes solicitan mayor claridad y que se pueda determinar si estas prestaciones son de naturaleza dispositiva, eso quiere decir si la autonomía de la voluntad puede limitar el cumplimiento de una sola prestación o deben ser en conjunto²⁵².

De este breve recorrido podemos definir al contrato de alimentos como un contrato *ex voluntate*²⁵³, *sui generis*, consensual, oneroso y aleatorio; cuyas prestaciones sobrepasan la esfera patrimonial y generan mayores beneficios que la renta vitalicia²⁵⁴ e hipoteca inversa. Es un acuerdo que no trastoca el orden público, la moral o buenas costumbres, más por el contrario, permite que el adulto mayor goce de un favor *alimentorum* y considera el bienestar físico y emocional de los adultos mayores de forma vitalicia, garantizándoles una vida digna y en compañía. Como todo contrato con prestaciones recíprocas y oneroso, requerirá una conducta por parte del beneficiario de los alimentos, que es la cesión de sus derechos reales sobre determinado bien.

²⁵² Berenguer Albaladejo, *op.cit*, p. 180.

²⁵³ “Por alimentos convencionales entendemos aquellos que nacen de un pacto o contrato, esto es, como fruto de la autonomía de la voluntad y generan un derecho de crédito de favor de una de las partes” Ana Laura Cabezuelo, ALIMENTOS Y PARENTESCO, escrito en el libro titulado “Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia” Tomo I. Lledó Yagüe, Francisco; Sánchez Sánchez, Alicia (dir.); Monje Balmaseda, Oscar (coord.), Madrid, Editorial Dykinson, 2011, p. 675.

²⁵⁴ Planiol conceptualiza el contrato de alimentos “... en lugar de vender sus bienes contra el pago de una renta vitalicia, ciertas personas prefieren que se contraiga frente a ellas otro compromiso: estipulan que serán alojadas, alimentadas, mantenidas y cuidadas totalmente, durante toda su vida, por la persona con la que contratan” Joanna Pereira Pérez y Suset Hernández Guzmán, Los mecanismos de autoprotección y el contrato de alimentos ¿Una fórmula jurídica para la protección de la tercera edad en Cuba?, Cubalex, Cuba, enero- diciembre de 2014, p.345.

4.3. CAUSA.

Ahora comentaremos brevemente, sobre la causa del contrato de alimentos, que no necesariamente se funda en la carencia económica del alimentista ya que, a diferencia del derecho de alimentos, que es de origen legal y donde es requisito para la exigencia y fin de la misma la capacidad económica del alimentista; en caso del contrato de alimentos, no es un requisito fundamental, ya que una persona con notoria solvencia económica, en pleno ejercicio de su autonomía privada, podría celebrar sin ningún problema el contrato, motivado quizá por una prestación de naturaleza moral. Por lo tanto, el interés del alimentista es disímil al proveniente de una obligación legal de alimentos; a este le puede ser prioritario, por su avanzada edad o estado de salud, cuidados, atenciones, asistencia y afecto, más que la entrega de una renta.

4.4. FIGURAS JURÍDICAS AFINES AL CONTRATO DE ALIMENTOS. DESLINDE CONCEPTUAL.

4.4.1. RENTA VITALICIA «LEIBRENTENVERTRAG»²⁵⁵.

La renta vitalicia, para la gran mayoría de romanistas, tuvo su origen en el Derecho Romano; en ese sentido señala Paul Pont, citado por Estrella Toral, que en el derecho romano la renta vitalicia fue muy conocida, sin embargo, no fue un acto popular²⁵⁶. Su constitución en aquella época era mediante la *stipulatio* o el *legatum*.

²⁵⁵ La renta vitalicia es conocida en el derecho alemán como «*Leibrentenvertrag*».

²⁵⁶ Estrella Toral Lara, *El contrato de renta vitalicia* [tesis], Salamanca, Universidad de Salamanca, 2008, p. 18.

Para algunos civilistas españoles, el contrato de alimentos es una variante del contrato de renta vitalicia, sin embargo, la mayoría de los doctrinarios consideran que cada uno tiene características propias²⁵⁷.

4.4.1.1. DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE ALIMENTOS.

4.4.1.1.1. POR EL GRADO DE CONFIANZA ENTRE LAS PARTES Y EL TIEMPO EN LAS PRESTACIONES.

En el contrato de renta vitalicia la prestación del deudor es la entrega de un bien predeterminado; de ocurrencia y cantidad fija en el tiempo —*es una prestación de ejecución periódica en el tiempo*— principalmente dinero u otro de naturaleza fungible no preparadas por el deudor, entendida como una prestación de dar; por lo tanto, el grado de confianza con el acreedor no es un elemento importante ya que lo importante es el cumplimiento de la obligación y se limita a ello.

En el contrato de alimentos, debe haber un alto grado de confianza con el deudor, ya que este ha de cumplir con prestaciones asistenciales y hasta de carácter moral, la calidad del deudor es fundamental y su orientación es marcadamente personalísima.

En el contrato de alimentos, la prestación también tiene contenido patrimonial —*caso contrario no sería un contrato*— y no será fija o constante, ya que fluctuara dependiendo del valor, tiempo y cantidad, y de la asistencia, manutención, cuidado, vestido y todo lo que comprenda los alimentos y la garantía de una vida digna para el acreedor.

²⁵⁷ José Lacruz, considera que, en el contrato de alimentos a diferencia de la renta vitalicia, la pensión no es estable y está sujeta a los requerimientos del alimentista y esta no puede ser transferible, es personalísima, además es una prestación *in natura*, imposible para la renta vitalicia. José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida y otros, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de las Obligaciones*, 5° ed., Madrid, Dykinson, 2013, p. 313. En la misma línea, Juan Vallet considera que en la renta vitalicia la titularidad del bien transmitido es de pleno dominio y de ninguna manera será posible la nuda propiedad como en el caso del contrato de alimentos. Revísese la siguiente obra: Juan Vallet de Goytisolo, “La función de juzgar y sus aportaciones al arte y la ciencia del derecho”, en: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Dykinson, 2010, p. 29.

Por lo tanto, estamos en presencia de una prestación mixta de dar y hacer, que en el tiempo es una de ejecución continuada.

De manera más concreta y para finalizar, la renta vitalicia se rige bajo el principio contractual romanista *do ut des —doy para que me des—*, y el contrato de alimentos bajo el principio *do ut facias —doy para que hagas—*²⁵⁸.

4.4.2. CON EL DERECHO DE ALIMENTOS PROVENIENTE DE LA LEY.

El concepto de alimentos yace en principios antropológicos, biológicos, sociales, culturales y jurídicos. Su naturaleza ha sobrepasado el contenido patrimonial y es viable su cumplimiento en el ámbito extrapatrimonial o personal²⁵⁹.

Es tan importante para la humanidad²⁶⁰ —*ya que es fundamental para la subsistencia y desarrollo, tanto del concebido como la persona humana*— que ha sido considerado como un derecho humano de primera categoría. En nuestra realidad jurídica, está fortalecida por la Constitución Política de 1993, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989 entre otros dispositivos normativos.

²⁵⁸ Berenguer Albaladejo, *op.cit.*, p. 203.

²⁵⁹ Javier Rolando Peralta Andía, *Derecho de Familia en el Código Civil*, 2° ed., Lima, Idemsa, 1995, p. 393. Guarda relación a la propuesta nuestra de reconocer las prestaciones *in natura* que *prima facie* podrían ser consideradas extrapatrimoniales. El autor citado plantea que el que tiene la condición de alimentista puede no tener mayor interés económico y ello se evidencia cuando la prestación recibida no aumente su patrimonio, ni sirve de garantía a sus acreedores y aun así ello no le perjudique porque tiene otros intereses, un interés moral como el que brinda el contrato de alimentos.

²⁶⁰ Los alimentos representan un acto de solidaridad ante el nacido y el menor de edad a fin de que puedan subsistir biológicamente, sin embargo, se puede extender en el caso de dependencia producto de capacidades restringidas como ocurren en la vejez. Esta es la opinión de María Isabel Sokolich Alva, “Los alimentos como institución de amparo familiar”, en: Colegio de Abogados de Lima, ed., *Derecho de Familia. Materiales de lectura especializada*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2003, p. 7.

Los alimentos deben brindarse no por obligación de la ley, sino, por una conciencia moral, a estos se le conocen como alimentos naturales. En vista que una parte de la sociedad incumple ello, el derecho ha desarrollado el concepto de alimentos legales y forzosos, cuyo cumplimiento tiene como fuente la ley y la voluntad de las partes, en este último se ubica el contrato de alimentos.

Los alimentos, consumidos sabiamente, son beneficiosos para el cuerpo humano y la funcionalidad de sus componentes. También —*en su otra expresión*— permite satisfacer necesidades y expectativas orientadas al desarrollo personal y para beneficio de la sociedad. Por tanto; todo lo que contribuya a la salud —*psicosomática*—, educación, vestido, vivienda, recreo, capacitación y otros de la misma naturaleza, podrán ser considerado como alimentos.

El derecho de alimentos proviene de la ley y más que un deber es una obligación recíproca y de prelación entre determinadas personas —*parientes*— como son los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos. No cabe la enajenación, gravamen o renuncia de este derecho.

La ley, que se caracteriza por su obligatoriedad, exigirá el cumplimiento de los alimentos incluso a favor de quien motivo el divorcio —*quien podría ser el adúltero*— ya que —*como mencionamos líneas arriba*— este es un derecho humano.

Por otro lado, el contrato de alimentos emerge de la voluntad privada²⁶¹, esa que debe ser libre y espontánea²⁶². En el supuesto que se celebre un contrato de

²⁶¹ A diferencia de los alimentos provenientes de la ley, donde la autonomía de la voluntad no es relevante, ya que los alimentos legales tienen naturaleza imperativa y por ende no son pasibles de modificación o desdén por las partes intervinientes, léase la siguiente fuente: Max Arias-Schreiber Pezet, "El Derecho de Familia y los Contratos", en: La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Hector Cornejo Chavez, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 267.

²⁶² La doctrina peruana no ha desarrollado la figura del contrato de alimentos, tan solo se ha limitado a mencionar que los actos jurídicos son fuente de obligación alimentaria. Aun con dicho

alimentos entre parientes, se evidencia una obligación proveniente de la voluntad de las partes que es preponderante a la obligación legal de alimentos²⁶³. En dicha circunstancia, el contrato de alimentos será la obligación principal y los alimentos provenientes de la ley ha de ser subsidiaria, por ello, si el alimentante recibe alimentos por virtud del contrato, ya no podrá exigir los alimentos provenientes de la obligación legal, salvo que el alimentante incumpla con sus obligaciones provenientes del contrato, en ese caso, el alimentista podrá pedir los alimentos provenientes de la ley e iniciar las acciones legales correspondientes por la inejecución del contrato y los familiares que cumplieron con prestar los alimentos, podrán repetir lo gastado con el alimentante contractual.

Tomemos en cuenta los siguientes puntos que han de diferenciar a ambas figuras jurídicas.

- a) En los alimentos provenientes de la ley, su origen se basa en la solidaridad que debe haber entre los integrantes de la familia ante la dificultad de alguno de sus miembros, esta solidaridad en estos tiempos está siendo menguada, a tal nivel que muchos adultos mayores se encuentran en total abandono. En los alimentos provenientes del contrato la causa justificante es la contraprestación que recibirá el alimentante, la entrega de un derecho real sobre un bien o capital perteneciente al

enunciado, están lejos de la naturaleza jurídica del contrato de alimentos, ya que indican que las fuentes están vinculadas exclusivamente a las relaciones de parentesco. El contrato de alimentos no requiere un vínculo de parentesco. Revísese, entre tantos: Max Mallqui Reynoso y Eloy Momethiand Zumaeta, *Derecho de Familia*, Lima, San Marcos, 2002, Tomo II, p. 1056. Así también, la ligereza con la que se trata el tema de los alimentos provenientes de la voluntad o pacto, lo conducen a figuras como la atribución unilateral o un legado, mas no, se desarrolla la función contractual. Por otro lado, “la otra fuente de la obligación alimentaria es la voluntad, que evidentemente tiene su origen en la esfera volitiva y de libre disposición de una de las partes y que se expresa en un pacto o en una disposición testamentaria” Sokolich Alva, *op.cit.*, p. 8.

²⁶³ El hecho que se reconozca autonomía al contrato de alimentos permitirá el deslinde con los alimentos provenientes de la ley y por tanto sus reglas no serán supletorias ni análogas al contrato de alimentos, más bien, deberán considerarse las reglas provenientes de las obligaciones y contratos.

alimentista. Se puede notar que, en el contrato de alimentos, no hay reciprocidad alimentaria.

- b) El contenido de la obligación en los alimentos de origen legal es exclusivamente económico y servirá para satisfacer lo estrictamente necesario para el alimentista. En el contrato de alimentos, existe un plexo de prestaciones provenientes del *dare* y *facere*, sin embargo, las partes pueden ampliar los límites del contenido del contrato en base a su autonomía privada.
- c) En los alimentos de origen legal, mucho dependerá la solvencia económica del obligado para determinar su reducción, aumento o extinción de la obligación²⁶⁴. En el contrato de alimentos, no es relevante la solvencia económica del obligado, aunque esta decrezca, y caiga en peor fortuna, la prestación se mantiene en los términos acordados.
- d) En el contrato de alimentos no hay un orden de prelación para el cumplimiento de la obligación alimentaria como si lo hay en los alimentos provenientes de la ley.
- e) Los alimentos provenientes de la ley son intransferibles, irrenunciables e inembargables, mientras que los provenientes del contrato, el alimentista tiene la facultad de renuncia de su derecho y de transmitirlo con el consentimiento del cesionario o alimentante, así como también compensarlo²⁶⁵ entre otros actos jurídicos que no lo desnaturalicen o vulneren el orden público, la moral y buenas costumbres.
- f) La muerte pone fin a la obligación de alimentos provenientes de la ley, sin embargo, en el contrato de alimentos, la doctrina que lo desarrolla prevé la posibilidad de que esta obligación se transmita a los herederos del alimentante, sin importar que este contrato se caracteriza por ser *intuitu personae*, este es un tema interesante que desarrollaremos en la investigación.

²⁶⁴ En opinión del maestro Bermúdez Tapia, hay “niveles referenciales que usualmente no son analizados en el ámbito jurisdiccional, en particular, por lo complicado de su fundamentación, sustento y acreditación con la presentación de algunos medios probatorios complementarios” Manuel Bermúdez Tapia, *Derecho Procesal de Familia*, Lima, Editorial San Marcos, 2012, p. 480.

²⁶⁵ Berenguer Albaladejo, *op.cit.*, p. 219.

Ahora analizaremos los puntos de referencia y similitud entre ambas instituciones jurídicas.

- a) No hay prohibición legal de que en ambas instituciones que proveen alimentos —*derecho de alimentos y contrato de alimentos*— las partes puedan ser parientes²⁶⁶, en el caso del contrato de alimentos, si el alimentante tiene un vínculo de parentesco con el alimentista ya sea ascendiente o descendiente, se debe de tener en cuenta el *relictum* ya que el alimentista no es dueño en la totalidad de sus bienes si es que tiene herederos y estos podrían demandar una donación inoficiosa²⁶⁷ si al momento de la muerte del alimentista este otorgo más de un tercio de libre disposición de sus bienes²⁶⁸.

No estamos de acuerdo con este planteamiento, ya que en el contrato de alimentos hay una prestación y contraprestación onerosa y de buena fe, la cual expondremos más adelante. En lo que si estamos de acuerdo es que no es viable la celebración de un contrato de alimentos entre parientes directos como pueden ser los cónyuges, padres e hijos que se encuentren bajo la patria potestad, ya que de estas relaciones emerge la obligación legal de alimentos²⁶⁹.

Sin embargo, que pasa cuando las partes que celebran el contrato de alimentos se enamoran y deciden contraer matrimonio. Se ha llegado a la

²⁶⁶ De igual modo en la ley civil de Galicia del 2006, en su artículo 149 permite que el contrato de vitalicio sea celebrado entre ascendientes y descendientes, sin desdeñar la obligación legal de alimentos. Berenguer, *op.cit.*, p. 221.

²⁶⁷ La donación inoficiosa es una donación nula por haber superado el tercio de libre disponibilidad al fallecimiento del donante y que perjudica a los herederos.

²⁶⁸ La donación tal como aclara Manuel Miranda Canales es “limitativa, porque no se puede donar más de ciertos extremos fijados por el artículo 1629 del C.C. que dispone que nadie puede dar por vía de donación, más de lo que puede disponer por testamento” Manuel Miranda Canales, *Derecho de los contratos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2012, p. 253. Revisar artículos 725 y 726 del código civil peruano.

²⁶⁹ Chillón Peñalver citada por Berenguer, *op.cit.*, p. 221.

conclusión que tanto el contrato de alimentos como el matrimonio generan las mismas obligaciones que es la manutención y asistencia, por lo tanto, sería una doble obligación en teoría, pero en la práctica una sola prestación, por lo tanto, no tendría mucho sentido. Pero como el matrimonio no es una institución que garantice un vínculo vitalicio ya que una separación y divorcio ulterior daría fin a la relación jurídica, se ha determinado que el contrato de alimentos queda en suspenso hasta que se termine la obligación legal de proveer alimentos provenientes del matrimonio. En virtud de ellos los conyugues podrían celebrar un contrato de alimentos, pero con efecto suspensivo, teniendo eficacia inmediatamente después de la disolución del matrimonio. Lo ideal sería que al terminar el matrimonio el trato de cordialidad se mantenga.

4.4.3. LA HIPOTECA INVERSA.

La hipoteca inversa es una figura de reciente data en la legislación peruana y que a todas luces ha sido presentada como una medida oportuna para el sostenimiento de los adultos mayores y la llamada de atención a los hijos ingratos, sin embargo, no ha tenido mucho éxito. En otras latitudes es considerada como un apoyo a la carga de los sistemas pensionarios, principalmente el estatal²⁷⁰.

Este es un acuerdo entre una entidad financiera y principalmente una persona adulto mayor, que tiene un bien inmueble. La entidad financiera tasara el valor del bien inmueble tomando en consideración el valor del bien, intereses y esperanza de vida del titular del bien. Al tener una cifra determinada se le otorgara un porcentaje al titular del bien inmueble, que, en la experiencia del

²⁷⁰ Mauricio Concha y Jorge Lladó, *“La hipoteca revertida: Una propuesta para mejorar el acceso a las pensiones en el mercado peruano”* [Artículo en línea], Revista Moneda, disponible en: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-154/moneda-154-05.pdf>, consulta: marzo de 2020.

derecho comparado, no ha de superar el 80% del valor tasado. La periodicidad del pago ha de ser determinado por las partes.

Al cumplir la entidad financiera con el total del pago, el beneficiario seguirá en uso del bien inmueble, aunque ya no le pertenezca; este derecho se mantendrá hasta su muerte. Producido el deceso del beneficiario la entidad financiera consultara a los herederos forzosos si desean conservar el bien, si la respuesta por parte de ellos fuese positiva, tendrán que reembolsar a la entidad financiera lo entregado al fallecido más los gastos administrativos y otros.

Vemos que la hipoteca inversa, al igual que la renta vitalicia, se limitan a la entrega de una cantidad de dinero, pero no consideran la estabilidad emocional o integridad física del contratante, tal como lo hace el contrato de alimentos, que además de generar una renta, su principal objetivo es cumplir con prestaciones *in natura* que contribuya al verdadero sostenimiento del adulto mayor y se garantice un respeto por su dignidad.

4.4.4. DONACIONES Y ANIMUS DONANDI.

Este contrato proviene del derecho romano y Rubén Compagnucci señala que son tres las etapas de su desarrollo en Roma, una primitiva semejante a lo que hoy se conoce como donación con un régimen especial y propio, en esta etapa se muestra un gran recelo por la donación ya que el principio era dar para recibir —y la donación rompía el paradigma—, en esa línea de suspicacia del contrato de donación, nace la *Lex Cincia de donis et numeribus en el año 204 a.C.*, la cual limitaba las donaciones, ya que prohibía la realización de donaciones en cantidades exorbitantes que pudiesen perjudicar a los miembros de la familia del donante, y por último en el periodo de Constantino y Justiniano donde se reconoce al contrato de donación como un contrato típico²⁷¹.

²⁷¹ Rubén H. Compagnucci de Caso, *Contrato de donación*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2011, pp.26-27.

Las formas como se trasladaba la titularidad del bien entre donante y donatario a fin de generar un derecho de acción por parte del donatario ante el incumplimiento o despojo del donante eran; la *mancipatio* y la *in iure cessio*. En virtud de estas últimas se le concedía al donatario la *rei vindicatio*²⁷².

La naturaleza jurídica de la donación es lícita, voluntaria²⁷³ (*animus donandi*), bilateral y patrimonial. Su naturaleza filosófica está sustentada en un acto filantrópico, ya que generalmente el donante da sin esperar recibir nada a cambio —*por lo menos no busca equivalencia y lo que podría dar el donatario como un cargo no puede ser considerada una contraprestación*—. Por lo tanto, objetivamente se configura un empobrecimiento de la parte donante y enriquecimiento de la parte donataria.

Cuando la donación cumple con todos sus requisitos y presupuestos, convierte este acto jurídico en uno irrevocable, salvo que, se evidencie un acto de ingratitud por parte del donatario²⁷⁴ o este se niegue a brindarle alimentos al donante ante la adversidad de un estado de necesidad o la carencia de parientes.

La donación no es posible en bienes determinables, aquellos que tendrán existencia futura. La donación se contempla en bienes que al momento de la celebración tengan una existencia real para que el donatario pueda percatarse de las consecuencias que derivaran del acto²⁷⁵.

²⁷² Juan Carlos Martín, “La donación en la concepción romana y su recepción en el Derecho Argentino”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, Año 14, Número 47, 2017, p. 741.

²⁷³ El *animus donandi* es la intención libre y voluntaria de querer trasladar la titularidad o el dominio de un bien a otro, sin esperar una contraprestación. En lo referente al contrato de alimentos, se analizará la donación modal y la remuneratorio.

²⁷⁴ Esto también ocurrió en la época del emperador Justiniano. Ante la ingratitud del donatario el donante tenía la facultad de revocar la donación a través de la *condictio ex lege*.

²⁷⁵ Miranda Canales, *op.cit.*, p. 256

4.4.4.1. LA DONACIÓN MODAL, LOS LÍMITES CON EL CONTRATO DE ALIMENTOS.

El acto jurídico puede ser puro o modal, la modalidad esta emparentada a los actos gratuitos (genero) y de liberalidad (especie)²⁷⁶ como son la donación, ya que el modo o cargo, de ninguna manera es una contraprestación, no tiene ese nivel como explicaremos más adelante, por lo tanto, no pueden ser accesorio de los actos onerosos²⁷⁷.

4.4.4.1.1. REFLEXIONES SOBRE LA PRESTACIÓN Y CONTRAPRESTACIÓN.

Hay una gran diferencia entre los contratos onerosos y los contratos gratuitos. En los primeros, ante la prestación se debe reflejar una inmediata contraprestación, la prestación es entendida como aquello a lo que estoy obligado y la contraprestación a lo que tengo derecho. Tanto la prestación como contraprestación han de involucrar a las partes del contrato. Imaginemos un contrato de arrendamiento, el arrendador tiene la prestación de otorgar el uso del bien inmueble y el arrendatario la prestación de pagar la renta, así también, el arrendador recibirá como contraprestación por el uso del bien el pago de la renta y el arrendatario el uso del bien. Vemos pues que hay una dicotomía entre prestación y contraprestación y luego ambos confluirán en cada una de las partes.

²⁷⁶ Es importante mencionar que no todo acto jurídico gratuito es de liberalidad, por lo tanto, un acto jurídico gratuito de liberalidad será aquel que tenga un contenido patrimonial como puede ser la donación y un acto jurídico gratuito sin liberalidad será un poder o mandato, donde no se evidencia el contenido patrimonial. Para mayor precisión Aníbal Torres Vásquez menciona que “Los actos gratuitos pueden o no ser de liberalidad. En los actos gratuitos de liberalidad hay una atribución patrimonial (como la donación, la renta vitalicia gratuita, el testamento, la renuncia, la cesión gratuita del rango hipotecario, etc.)”. Aníbal Torres Vásquez, *Acto jurídico*, 3º ed., Lima, Idemsa, 2007, p. 571.

²⁷⁷ Sin embargo, Luis Sandoval considera con justificación que el cargo puede ser incorporado a un acto oneroso. Luis Alejandro Lujan Sandoval, “Resolución de la donación por incumplimiento del cargo. La olvidada reconfiguración de la causa negocial a partir del consenso”, *Dialogo con la jurisprudencia*, Lima, Numero 232, 2018, p. 168.

En los contratos gratuitos como es la donación, el donatario tendrá a su cargo una prestación, pero no recibirá contraprestación alguna. He ahí la diferencia, en la inexistencia de contraprestación a favor del donante.

Si se evidenciara una contraprestación a favor del donante, el contrato de donación modal se desnaturalizaría, ya no sería técnicamente una donación, y el donatario no estará obligado a cumplir con el seudo cargo, configurándose inmediatamente un contrato oneroso.

4.4.4.1.2. LA ASISTENCIA Y ALIMENTOS EN LA DONACIÓN MODAL.

La asistencia y alimentos que provienen de una donación modal, se denominan gravamen y este es impuesta unilateralmente por al donante. Sin embargo, se debe determinar que el gravamen no genera una gran expectativa para el donante, este último entrega su bien o bienes motivado por el *animus donandi*, por esa intención filantrópica de dar sin recibir nada a cambio o en el mejor de los casos recibir algo, pero simbólico, no tan trascendente como lo que entrega, porque es su intención principal aportar al patrimonio de donatario y de manera tangencial y no obligatoria, recibir una satisfacción directa o indirecta justificada en el modo o encargo²⁷⁸.

La regla para diferenciar la donación modal del contrato de alimentos es que entre la prestación del donante y el gravamen del donatario no debe haber equivalencia o el gravamen superar la cuantía de la prestación. No sería, por tanto, un contrato de donación modal aquel en el que el donante entregue un bien inmueble valorizado en 10 y que el gravamen de prestar alimentos y asistencia equivalga a 10 o sobrepase ese monto, en un espíritu de aleatoriedad. En ese caso lo correcto es darle la nomenclatura correcta y esta podría ser un contrato de alimentos.

²⁷⁸ Berenguer Albaladejo, *op. cit.*, p. 233.

Es por lo anterior que, en un contrato de donación modal, la asistencia y alimentos no debiera sobrepasar el contenido económico de la prestación hecha por el donante y en el caso del contrato de alimentos, en virtud de su naturaleza aleatoria podría tener un valor menor la contraprestación como si fuese una donación modal, como también podría superarla en creces. A continuación, trataremos brevemente el tema de la aleatoriedad.

4.4.4.1.3. LA FALTA DE ALEATORIEDAD EN LA DONACIÓN MODAL.

Como mencionamos líneas arriba, otra de las diferencias a tomar en cuenta entre la donación modal y el contrato de alimentos, es que este último por naturaleza es aleatorio y por lo tanto genera riesgos patrimoniales en cuanto a las prestaciones y contraprestaciones, mientras que es imposible que una donación, contrato eminentemente gratuito sea aleatorio. Más adelante desarrollaremos la imposibilidad de que un contrato gratuito sea aleatorio.

4.4.4.1.4. CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA DONACIÓN MODAL.

Ante las fatigas ocasionadas por el incumplimiento de una donación con cargo, sugieren que en la donación se inserte una condición o plazo, antes que un cargo²⁷⁹.

Ante dicha angustia producida por el incumplimiento del cargo y la carencia de la legislación al no disponer de un mecanismo de exigencia judicial para su cumplimiento²⁸⁰ como podría ser la revocación o la nula contemplación de una

²⁷⁹ Juan Espinoza Espinoza, *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 311.

²⁸⁰ Sin coadyuvar eficientemente al ejercicio del derecho del donante o los beneficiarios a que pueden exigir el cumplimiento del cargo, porque este constituye una obligación para el donatario. Sírvase revisar el siguiente artículo: Mario Castillo Freyre, “*Por qué el Estado no puede disponer del aeródromo de Collique*” [Artículo en línea], Estudio Mario Castillo Freyre, 2018 disponible en:

sanción ante su inejecución —*como podría ser un resarcimiento económico por los daños que se puedan ocasionar ante la inejecución*—, ha sido pues la jurisprudencia quien ha determinado por analogía solicitar la resolución del contrato²⁸¹ bajo el principio de prohibición del enriquecimiento indebido y la fractura de la esperanza del donante.

4.4.4.2. LA DONACIÓN REMUNERATORIA.

La donación remuneratoria es “el obsequio que se hace en compensación de un servicio recibido”²⁸² y que no genera una relación jurídica obligatoria entre las partes, “no constituyen deudas exigibles, sino que se prestan de forma liberal sin que exista obligación jurídica, legal o contractual, de hacerlo.”²⁸³

El contrato de alimentos, como todos los contratos sobre la faz de la tierra, se extinguen con su celebración, pero nace inmediata e inevitablemente una relación jurídica obligatoria u obligación que, en su versión antigua, constriñe, ata o encadena a las partes que celebraron el contrato, en tal sentido el alimentante exigirá legítimamente una contraprestación al igual que el alimentista.

La donación remuneratoria tiene un antecedente, una justificación; nos referimos a que se intenta remunerar servicios que “se hayan prestado con anterioridad a la liberalidad”²⁸⁴ y no como sucede en el contrato de alimentos, donde la

[https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/116_Por_que_el_Estado_no_puede disponer de Collique.pdf](https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/116_Por_que_el_Estado_no_puede_disponer_de_Collique.pdf), p.21, consulta: mayo de 2018.

²⁸¹ Tómesese en cuenta la Casación N° 3667 – 2015. Publicada en el diario oficial el peruano el 3 de octubre del 2017. En la mencionada casación reflexionan sobre la resolución como un mecanismo ante la ineficacia funcional, ya que un supuesto de resolución no es por la vulneración a requisitos y presupuestos esenciales, el acto sujeto a resolución será un acto válido, pero con un grado de ineficacia producto del incumplimiento, la excesiva onerosidad de la prestación, la imposibilidad de ejecutar la prestación, por el saneamiento por evicción y vicios ocultos, entre otros que determine la ley.

²⁸² Miranda Canales, *op.cit.*, p. 257.

²⁸³ Berenguer, *op.cit.*, p. 235.

²⁸⁴ *Ibid*

prestación y contraprestación debiera ser simultánea y ese es el interés que mueve a las partes.

4.5. CARACTERÍSTICAS.

4.5.1. TÍPICO Y NOMINADO.

No es lo mismo contrato nominado que típico²⁸⁵, el primero es el nombre que le da la ley para diferenciarlo de los demás contratos y situarlo en un cuerpo normativo, el segundo es el análisis hecho de cualquier contrato nominado, en virtud del cual, se determinaran y regulan derechos, obligaciones y responsabilidades para las partes. Es, por lo tanto, el desarrollo del contrato, la determinación de sus reglas y parámetros.

Así también, el termino tipicidad, obedece a un proceso, un camino franqueado en la praxis, jurisprudencia y la aceptación social.

Para tratar el contenido típico del contrato de alimentos, nuestro análisis ha de situarse en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre²⁸⁶, que reconoce al contrato de alimentos en la legislación nacional española, en base a esta norma podremos luego proponer que el contrato de alimentos deba también ser típico y nominado en la legislación peruana²⁸⁷, dada las circunstancias universales de la vejez y la vida digna.

²⁸⁵ Aunque así parece indicar equivocadamente Manuel Miranda Canales, cuando menciona que los contratos típicos son “los que tienen nombre y están expresamente determinados en el código civil”, Miranda, *op.cit.*, p. 52.

²⁸⁶ Sin perjuicio del análisis de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia. Que sería la primera tipificación del contrato de alimentos, pero no para el fuero común sino para el fuero gallego.

²⁸⁷ Debemos mencionar que en la actualidad el contrato de alimentos en el Perú es atípico, ya que cualquier convenio que no atente contra el ordenamiento jurídico, cumpla con la característica de todo contrato que es la bilateralidad, patrimonialidad, el nacimiento de obligaciones y prestaciones, ha de tener observancia legal, sin embargo en el desarrollo de la

Sin embargo, la tipicidad y nomenclatura del contrato de alimentos en la realidad jurídica española ha sido reciente, si tomamos en cuenta que este contrato se viene celebrando desde hace mucho tiempo, tal como lo señalamos al tratar el origen histórico y consuetudinario del contrato de alimentos.

Otorgar tipicidad al contrato de alimentos, permite otorgarle autonomía y diferenciarlo de la renta vitalicia. Sucede que, antes de la tipicidad, el contrato de alimentos era considerado por los tribunales españoles, pero como un contrato atípico y muchas veces confundido con la renta vitalicia o el derecho de alimentos provenientes de la ley. Al momento de interpretar o resolver los conflictos derivados del incumplimiento del contrato de alimentos, los tribunales hacían uso indiscriminado de las reglas o principios proveniente de los contratos y obligaciones, otras veces de la renta vitalicia y también de las que provienen del derecho alimentario, generando confusión e inseguridad jurídica.

Por lo anterior, una de las razones para tipificar el contrato de alimentos —*como ya mencionamos*— es para no generar confusiones con figuras afines como la renta vitalicia e hipoteca inversa, además, su practicidad²⁸⁸ sin regulación específica traería perjuicios, inseguridad jurídica y vacíos considerables ante una inejecución contractual.

4.5.1.1. *INCONVENIENTES POR LA NO TIPIFICACIÓN DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.*

A continuación, mostraremos los problemas que ocasiona la no tipificación del contrato de alimentos, teniendo como referencia la experiencia jurisprudencial española y su legislación:

investigación proponemos la necesidad de que sea típico y nominado a fin de garantizar el bienestar del adulto mayor y evitar inseguridad jurídica en su contra.

²⁸⁸ El contrato de alimentos puede celebrarse en el Perú sin ser nominado o típico, pero para evitar las frustraciones de la experiencia española, sería mejor conseguir su nominación en la ley y la consecuente tipicidad para determinar las obligaciones, derechos y responsabilidades de las partes.

1. Si se toma en cuenta las normas provenientes del derecho de obligaciones y contratos, la parte perjudicada con el incumplimiento del contrato podrá en virtud del artículo 1124²⁸⁹ del código civil español, exigir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, sin perjuicio de exigir un resarcimiento económico por el daño causado.
2. Si se toma en cuenta las normas referidas a la renta vitalicia, en este escenario no será viable exigir la resolución del contrato. El artículo 1805²⁹⁰ prescribe en lo referente a la renta vitalicia y vemos que son dos las atmosferas jurídicas, una que permite la resolución del contrato y otra que la niega.

Con la incorporación y regulación del contrato de alimentos en la legislación española, se ha disipado todo tipo de dudas y posibles perjuicios —*provenientes de la interpretación altamente errada del juez en su condición de ser humano y de ostentar poder*— a la parte cumplidora, es pues el título XII y capítulo II de la ley, quienes albergan al contrato de alimentos en 7 artículos, los cuales son la base de esta investigación, sin perjuicio de los comentarios críticos a la misma.

²⁸⁹ Artículo 1124. La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

²⁹⁰ “La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras”

El artículo 1795²⁹¹ es una norma indispensable para la angustia de la parte cumplidora.

4.5.1.2. CUESTIONES SOBRE EL NOMEN IURIS CONTRATO DE ALIMENTOS.

En lo referente a su *nomen iuris*, la legislación materia de análisis ha preferido el nombre contrato de alimentos y ha prescindido del término vitalicio ya que este contrato no necesariamente ha de ser vitalicio.

Por otro lado, la doctrina analizada, sostiene que el termino contrato de alimentos tampoco es el más apropiado —*técnicamente hablando*— prefiriendo el termino contrato de mantenimiento. Sin embargo, este término podría generar confusiones y considerar prestaciones distintas a las que provienen del contrato de alimentos, como el mantenimiento de una casa o edificio, por ello, se ha preferido inocular la correcta terminología jurídica y se ha considerado un término de mayor relación con el objeto del contrato²⁹².

4.5.2. ¿CONSENSUAL O REAL?

²⁹¹ “El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas. En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respeto de lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen”.

²⁹² Berenguer, *op.cit.*, p. 249.

Los contratos consensuales son la sumatoria²⁹³ de la oferta más aceptación, y serán válidos y eficaces sin mayor formalidad que el consentimiento y sin requerir entrega de cosa alguna. Este acontecimiento producto del asentimiento, aprobación o conformidad, fue llamado por los romanos con el vocablo latino *acquiescentia* cuya traducción es aquiescencia.

El contrato de alimentos es considerado un contrato consensual, basta leer el artículo 1791 del código español el cual es nuestra referencia directa, para evidenciar ello, y en esa medida el contrato tiene efectos, validez, consecuencia y exigencia desde que las partes decidieron obligarse, sin ser necesaria la entrega de cosa alguna.

Sin embargo, no está demás considerar el efecto real, tomando en cuenta que el alimentista debe entregar un bien o capital para que se perfeccione el contrato²⁹⁴.

Aun así, la doctrina y sobre todo la legislación sostienen que el contrato de alimentos debe ser consensual y no confundirla con la característica que tuvo la renta vitalicia, aquella de efectos reales. El contrato de alimentos es consensual y la renta vitalicia, salvo mejor parecer, podría ser real, y ambos son contratos autónomos.

También es bilateral, si no lo fuese, no podría ser llamado contrato y en el mejor de los casos sería un acto jurídico o un cuasicontrato ya que este puede versar en la unilateralidad de la voluntad.

Al respecto, el contrato de alimentos requiere la presencia de dos partes una que es el alimentante y otra el alimentista, ellos mediante su *acquiescentia*, posibilitaran su consensualidad y el nacimiento del contrato.

²⁹³ Esta sumatoria, provenía de la voluntad interna de cada parte, exteriorizada en una declaración que era suficiente para conocer la conformidad y el nacimiento del contrato y la posterior relación jurídica obligatoria. Se conoce a todo esto como teoría *Erklärungstheorie*.

²⁹⁴ Padial Albás, *op.cit.*

4.5.3. ONEROSO.

El termino etimológico de la palabra oneroso proviene del latín *onus* (una carga algo pesada)²⁹⁵. La onerosidad representa para el derecho el valor económico que tiene tanto la prestación como contraprestación y el intercambio de estas y es lo opuesto a gratuito o acto de liberalidad, donde se da sin esperar nada a cambio con en el caso de la donación.

Ciertamente en el caso del contrato de alimentos, el termino onerosidad merece una reflexión especial.

En vista de lo anterior, no hay problemas para identificar la onerosidad en la prestación del alimentante cuando esta trata sobre manutención, alimentos, salud, recreación, etc., que se le debe brindar al alimentista a cambio de la titularidad o derecho real entregado a cambio.

Pero que sucede con las prestaciones *in natura*, aquellas de naturaleza espiritual y representada por factores como el afecto, la adhesión al grupo familiar, la asistencia personal²⁹⁶. Estas son circunstancias importantes por las cuales el contrato de alimentos se diferencia de otros tipos contractuales y además es la motivación principal del alimentista para contratar. Por lo tanto, ¿las prestaciones *in natura* serán cuantificables económicamente y en consecuencia onerosos?

Consideramos que el contrato de alimentos y las prestaciones *in natura* son onerosas ya que corresponde a una prestación de *dare* y *facere*, no se trata de un sacrificio unilateral, de alimentar gratuitamente, más bien, el sacrificio patrimonial es reciproco²⁹⁷.

²⁹⁵ Jesús Gerardo Treviño Rodríguez, “Etimología de oneroso” [En línea], 2020 disponible en: <http://etimologias.dechile.net/?oneroso>, consulta: octubre de 2018.

²⁹⁶ Berenguer, *op.cit.*, p. 258.

²⁹⁷ Por lo tanto, al ser un contrato *per se* oneroso, no será viable reclamaciones judiciales por parte de los herederos, ante la disposición del bien del causante a cambio de alimentos.

El alimentante desarrolla una conducta a favor del alimentista porque recibirá algo a cambio y viceversa, es decir, las partes llevarán a cabo prestaciones recíprocas porque tienen la esperanza de recibir un beneficio. Cabe mencionar que, en el contrato de alimento, las prestaciones onerosas no serán equivalentes ya que estamos en un ámbito de subjetividad y aleatoriedad²⁹⁸.

Para consolidar el factor esencial de la onerosidad en el contrato de alimentos, la doctrina ha señalado que la onerosidad sobrepasa lo material o contable, y es perfectamente viable en un ámbito afectivo, sin perjuicio de ello, se debe admitir que no será sencillo su cuantificación²⁹⁹, la doctrina sostiene que la valoración de las prestaciones *in natura* son complejas y que solo al finalizar el contrato se podrá determinar cabalmente dicha valoración³⁰⁰.

4.5.3.1. INCERTIDUMBRE EN EL EQUILIBRIO SINLAGMÁTICO.

Se ha considerado que las prestaciones en un contrato no son objetivamente equivalentes, y que el valor dado a la prestación y contraprestación es subjetivo ya que proviene del albedrío y la elección de una persona cuya naturaleza es inmensamente subjetiva y compleja.

En el Derecho Romano, mediante la *mancipatio* —que era una venta imaginaria— se requería además de la presencia de cinco testigos, una balanza cuyo objetivo era mostrar que entre la prestación (un pedazo de bronce) y la contraprestación (un pedazo de piedra) —ambas simbólicas del bien y del precio— había equilibrio. Ellos entendían que las prestaciones en los contratos deben de ser equivalentes, lo otro sería causar lesión y perjuicio.

²⁹⁸ Teresa Echevarría de Rada, “El nuevo contrato de alimentos: Estudio crítico de sus caracteres” [Artículo en línea], Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad, 2007, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=12098>, consulta: Agosto de 2019

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ Calaza López, *op.cit.*, p. 264.

Por consiguiente, la idea originaria de que el contrato requiere equivalencia entre las prestaciones ha sido superada por aquella que hace referencia a que las prestaciones del contrato son subjetivas para ambas partes, estas le dan un valor único y especial por lo tanto la idea de un contrato con prestaciones equivalentes sería una quimera.

En el caso del contrato de alimentos, es un imposible determinar la equivalencia de las prestaciones del alimentante porque su naturaleza es aleatoria y está condicionada a la existencia del alimentista. Por tanto, el alimentante sabe cuál es la contraprestación, pero imposible saber el alcance, tiempo, inversión y prolongación de su prestación, llegando a ser esta de menor o mayor extensión que la prestación, ahí el riesgo y el interés para contratar.

4.5.3.2. LA SIMULACIÓN Y LOS RIESGOS DE UN ACTO SIMULADO

Siendo la voluntad el elemento esencial de todo contrato o acto jurídico, la simulación es una declaración de voluntad no real³⁰¹, conocida por la otra parte y conducente a engañar sobre la existencia o cualidad de un acto jurídico. La simulación no necesariamente es ilícita ya que las partes pueden acordar libremente celebrar un acto en apariencia por distintos fines³⁰², como pueden ser por modestia o comodidad³⁰³ pero que en sus efectos o consecuencias no deben causar daño a terceros.

Decididamente, la simulación puede ser lícita, pero ello no es materia del siguiente análisis, lo que comentaremos serán los actos simulados provenientes de los contratos de alimentos y la importancia que tiene la onerosidad.

Supongamos que el alimentista celebra un contrato de alimentos, pero por encima de ello esta su deseo de beneficiar al alimentante ya sea prefiriéndole en

³⁰¹ No ajustada a la voluntad psicológica, interna o personal.

³⁰² Este acuerdo *per se*, es intencional y concertado, pretende aparentar la creación de algo que en la realidad es inexistente.

³⁰³ Espinoza Espinoza, *op.cit.*, p. 319.

cuanto a sus bienes ante algún heredero forzoso o bajo la apariencia de un contrato de alimentos ocultar una donación u otro acto, perjudicando intereses legítimos³⁰⁴. En estos supuestos se asoma contundentemente la simulación.

Así también, si el contrato de alimentos celebrado es fraudulento o concebido en un ámbito de gratuidad³⁰⁵, este podría ser cuestionado por los legítimos interesados, quienes podría solicitar al fallecimiento del alimentista la nulidad de dicho contrato porque a todas luces se trata de una donación inoficiosa. Por el contrario, si el acto en cuestionamiento fuese oneroso y de buena fe, no será posible que se desplieguen las consecuencias de la simulación, sean estas las de nulidad o anulabilidad según sea el tipo de simulación reclamada.

En efecto, una persona —*el alimentista*— tiene el derecho de disponer en la totalidad de sus bienes, pero si lo hace de manera gratuita, hay límites legales en la disposición si existen beneficiarios de su masa hereditaria, pero si se lleva a cabo en una constante onerosidad y tomando en cuenta que servirá para garantizar que su vida sea llevada con dignidad, entendemos que no hay límites.

4.5.4. ALEATORIO. *SUSCEPTI PERICULI PRETIUM*.

El alea convive con el azar, el riesgo y la incertidumbre y generalmente está vinculada con los contratos aleatorios, pero también puede haber incertidumbre en los contratos conmutativos, ya que estos pueden estar sujetos a prestaciones diferidas en el tiempo y en su desarrollo ocurrir contingencias que puedan alterar el valor de las prestaciones.

³⁰⁴ Si la voluntad de las partes no es celebrar un acto jurídico u contrato, sino dar una apariencia con el ánimo de engañar o perjudicar, esto será considerado una simulación absoluta, cuyo camino es la nulidad *ipso facto*, pero si se evidencian dos actos uno simulado y el otro disimulado, estaremos en presencia de una simulación relativa “*simulatio non nuda*” siendo el primer acto nulo y el segundo valido si es que reúne los requisitos establecidos por la ley. Tomar en cuenta esta no tan sutil diferencia.

³⁰⁵ En el caso contrario —*nos referimos a que el acto celebrado sea un acto real y oneroso*—; no debería haber cuestionamientos sobre la disposición de los bienes del alimentista, aunque este sea en la totalidad de sus bienes.

Sin embargo, serán en los contratos aleatorios donde la incertidumbre es aceptada desde el inicio por las partes mientras que en los contratos conmutativos es una circunstancia no prevista ni consentida.

El fundador de la categoría de los contratos aleatorios fue Joseph Robert Pothier quien la definió como “aquello que uno da, o se obliga a dar a otro, es el precio de un riesgo que aquel se ha atribuido”³⁰⁶.

En el campo de la aleatoriedad consentida, esta además la resolución sea por excesiva onerosidad de la prestación y la rescisión por lesión. Ambas proceden normalmente cuando en un contrato conmutativo se evidencia una desproporción entre la prestación y contraprestación, pero como ya mencionamos no es viable para contratos aleatorios.

El alea ha sido considerado por el código civil español en el Título XII denominado de los contratos aleatorios y de suerte. En el capítulo I, disposición general, artículo 1790 se prescribe que: “Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado”. El acontecimiento incierto o el tiempo indeterminado serán la causa para dotar de aleatoriedad al contrato. Además, la aleatoriedad en el contrato representa un riesgo para las partes contratantes, no saben si obtendrán un provecho o un infortunio, aun así, asumirán el riesgo.

En el contrato de alimentos, donde la prestación de asistencia y mantenimiento se ha de cumplir de manera vitalicia —*por ello la vida del alimentista es la referencia sustancial*—, el alimentante no sabe a ciencia cierta cuanto ha de costarle el cumplimiento de su prestación, que podría ser más cuantiosa que la contraprestación a recibir, y ahí entra a tallar el azar y el riesgo. Por otro lado, el

³⁰⁶ Enrico Gabrielli, *Estudios sobre teoría general del contrato*, Lima, Jurista Editores, 2013, p. 100.

alimentista podría entregar un bien de un elevado valor —*se sabe cuál es la prestación y esta no está sujeta a riesgo*—, pero luego del contrato su vida ha de ser breve, generando al alimentante una ventaja económica superior.

Por lo anterior se puede asegurar que la prestación del alimentista no es aleatoria, ya que antes de la celebración del contrato se determina su contenido, más la prestación del alimentante es naturalmente aleatoria, ya que no se sabe la cuantía de esta debido a que está condicionada a la existencia del alimentista.

La aleatoriedad es un requisito sustancial del contrato de alimentos, de no presentarse, el contrato caería en nulidad. Por tanto, si el contratante está gravemente enfermo y le quedan días de vida, ahí no existe aleatoriedad y por tanto ese contrato no será válido.

4.5.5. *INTUITO PERSONAE*.

El término *intuitio personae* es una locución latina que significa “en atención a la persona” opuesto al término *intuitio pecuniae* que significa “en atención al dinero”. La primera locución está emparentada al contrato de alimentos y la segunda al contrato de renta vitalicia.

En materia contractual podríamos interpretarlo como la elección consciente que hace el acreedor para contratar con determinada persona en vista de sus atributos y cualidades, pero sobresale la férrea intención del acreedor de que solo esa persona cumpla, sin la posibilidad que delegue la obligación ni use mecanismos como la representación. Estas son las llamadas obligaciones personalísimas.

El contrato de alimentos debe ser un contrato *intuitio personae* porque las prestaciones no son únicamente dinerarias, tendiendo a ser asistenciales e involucrando un contenido moral y de compañía, por lo tanto, el alimentista debe elegir a una persona con la cual se sienta a gusto y confíe en que cumplirá con la prestación de la manera óptima.

En esta línea de pensamiento, no sería posible —*aun con la teoría general del contrato y las obligaciones*— que un tercero pueda cumplir con la prestación. Sin embargo y en virtud de la interpretación del artículo 1792 del código civil español, referente al contrato de alimentos, se podría deducir que la obligación en cuanto al alimentista es personalísima pero no ocurre lo mismo con el alimentante ya que su muerte no extingue el contrato y el cumplimiento de la prestación se traslada a los herederos para que estos cumplan *in natura* o traduciéndose exclusivamente a un contenido económico.

4.5.6. DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA PARA EL ALIMENTISTA Y DE TRACTO SUCESIVO PARA EL ALIMENTANTE.

En cuanto al tiempo y el cumplimiento de las obligaciones, los contratos se clasifican en contratos de ejecución instantánea o inmediata y de tracto sucesivo o de ejecución mediata. El primero se pueden clasificar en contratos de ejecución inmediata —*el cumplimiento se da en el momento de la celebración del contrato*—, contratos de ejecución diferida —*el cumplimiento se dará por acuerdo entre las partes en un momento posterior a la celebración del contrato*— y contratos de ejecución escalonada —*solo hay una prestación, pero por acuerdo entre las partes estas han de cumplirse divididas en el tiempo*—.

Al parecer los contratos de ejecución diferida y escalonada deben ser considerados por su forma como contratos de tracto sucesivo ya que estos son contratos cuyas prestaciones se llevarán a cabo en el tiempo, pero ello sería un error ya que los contratos de tracto sucesivo necesariamente tienen que ser de duración en el tiempo, no hay otra forma, es su esencia; mientras que los contratos de ejecución diferida o escalonada son cumplidas en el tiempo por acuerdo entre las partes y no forma parte de su esencia. Un contrato de arrendamiento es de tracto sucesivo no por el acuerdo entre las partes sino porque es su esencia, es imposible que un contrato de arrendamiento se lleve a cabo en un solo momento, refiriéndonos a las prestaciones del arrendador.

Los contratos de tracto sucesivo se clasifican en contratos de ejecución continuada —*cumplimiento sin interrupciones*— y de ejecución periódica, está

ultima sujeta a ciertos intervalos preestablecidos o intermitentes sujeta a la voluntad de la parte que reclame.

En base a lo mencionado hasta el momento, reflexionaremos si el contrato de alimentos es de ejecución instantánea o de tracto sucesivo. Para ello reforzaremos la naturaleza jurídica del contrato de alimentos.

El contrato de alimentos es un acuerdo que genera obligaciones para las partes intervinientes y desde la perspectiva del acreedor, cedente del bien o alimentista; le es importante que los efectos del contrato se desplieguen en el tiempo, tomando como límite su vida, ya que este contrato es vitalicio. Por lo tanto, desde la esfera del alimentista, se tratará de un contrato duradero conocido como contrato de tracto sucesivo, por el contrario, desde la posición del alimentante el contrato ha de ser de ejecución instantánea por que la cesión o el intercambio de titularidad del bien debe hacerse en un solo acto.

Concluimos que el contrato de alimentos es a la vez un contrato de tracto sucesivo³⁰⁷ y de ejecución instantánea, y adicional a ello, desde la visión del alimentista será un contrato intermitente ya que el cumplimiento de las prestaciones del alimentante será en consideración al pedido y necesidades del alimentista.

4.5.7. NATURALEZA VITALICIA.

El contrato de alimentos es vitalicio, no porque así sea su denominación, como en el caso del vitalicio de alimentos gallego, sino porque de la interpretación de los artículos pertinentes al contrato de alimentos en la legislación española, sean estos los artículos 1791, 1794 y 1796 y de las conclusiones del III Congreso de Derecho Gallego, se desprende su naturaleza vitalicia y prohibición de pactar en

³⁰⁷ La naturaleza del contrato de alimentos es viable con la ejecución de tracto sucesivo, ya que con este tipo contractual se logrará la satisfacción de necesidades duraderas para el alimentista. Un opinión similar y genérica, se podría apreciar en la siguiente fuente: Aníbal Torres Vásquez, *Teoría General del Contrato*, Lima, Instituto Pacifico, 2016, Tomo I, p. 231.

contrario acerca de la duración vitalicia del contrato de alimentos. Nosotros entendemos y estamos de acuerdo en que las prestaciones en un vitalicio descansan o se extinguen con la muerte —*en el caso del contrato de alimentos*— del alimentista.

Sin perjuicio de ello, algunos autores interpretan de modo distinto y sostienen que la duración del contrato puede ser limitada por la voluntad de las partes³⁰⁸.

Reiteramos nuestra consideración de que la autonomía de la voluntad no debiese cambiar el contenido legal del vitalicio del contrato de alimentos a uno temporal, aun cuando en el derecho comparado —*principalmente en el derecho francés y la doctrina italiana*— lo considere viable ya que no hay prohibición expresa por parte de la norma materia de análisis. A juicio nuestro, ello atentaría contra la aleatoriedad del contrato la cual es una característica principal y la estabilidad jurídica, social y emocional de personas que atraviesan por factores de edad un grado de dependencia y vulnerabilidad.

4.6. LAS PARTES DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.

4.6.1. CUESTIONES SOBRE EL ALIMENTANTE Y LA PRESTACIÓN *IN NATURA*.

El alimentante es aquel que está en una situación jurídica pasiva, es el *debitor* de la prestación de dar y hacer como consecuencia de la contraprestación recibida por el alimentista que es la transferencia de un derecho real.

4.6.1.1. *EL ALIMENTANTE EN CODICION DE MENOR EMANCIPADO.*

Una primera cuestión sería si el alimentante puede ser un menor emancipado o una persona jurídica. El menor emancipado es aquel que tiene más de dieciséis años, pero no llega a la mayoría de edad y que, por razones de matrimonio, concesión judicial o por la voluntad de quien tiene la patria potestad pueda

³⁰⁸ Padial Albás, *op.cit.*, pp. 611-638.

decidir por sí mismo y disponer de sus bienes, aunque con ciertos límites según la ley³⁰⁹. El código civil peruano establece en el artículo 46 que la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título profesional.

Según el artículo 1263³¹⁰ del código civil español un menor emancipado pueda ser alimentante. Sin embargo, en la doctrina hay dos posiciones, una que está de acuerdo con que un menor emancipado pueda celebrar el contrato de alimentos y tener la condición de alimentante, pero con la intervención y bajo la supervisión de su curador o representante legal. La otra postura considera que el menor emancipado no tendrá la aptitud, capacidad y madurez para hacer frente a las prestaciones derivadas del contrato de alimento. Por tanto, se le debe exigir capacidad de obrar plena ya que este tipo contractual lo amerita³¹¹.

Nos adherimos a la última postura porque consideramos que para el cumplimiento eficiente del contrato se requiere un mínimo de madurez, compromiso y conciencia de las prestaciones a llevar a cabo, sobre todo en ancianos.

4.6.1.2. *EL ALIMENTANTE COMO PERSONA JURÍDICA.*

³⁰⁹ Artículo 323. La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad. (el subrayado es nuestro).

³¹⁰ Artículo 1263. No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial. (el subrayado es nuestro).

³¹¹ Berenguer, *op.cit.*, p. 315.

Por otro lado, luego de la interpretación del artículo 1792³¹² del código civil español consideramos que el contrato de alimentos solo debe celebrarse entre personas naturales, no óstate la doctrina, siguiendo al Derecho suizo³¹³ y francés³¹⁴, considera que también sería posible la celebración de este contrato con una persona jurídica calificada, ante la baja iniciativa de celebración del contrato de alimentos por personas naturales, quienes por lo general no están dispuestas a sacrificar su tiempo y dinero para cuidar y asistir a otras personas³¹⁵, también sostienen su postura interpretando el artículo 1791³¹⁶, donde una persona jurídica podría de la misma forma que una persona natural, brindar vivienda, alimentación y asistencia de todo tipo.

Pero una persona jurídica ¿cumple el perfil de un contrato *intuitu personae*? Así también ¿puede brindar el contenido moral inherente al contrato de alimentos, que es el sentimiento de cariño, compañía y calor de hogar?, en ambas interrogantes nuestra respuesta es negativa. Por lo tanto, consideramos que no sería viable identificar al alimentante como una persona jurídica.

4.6.1.3. PLURALIDAD DE ALIMENTANTES.

La vida del contrato es rauda, esta nace con la celebración y muere instantáneamente y da vida a una relación obligatoria que ha de vincular a dos partes, una de ellas será el acreedor y la otra el deudor.

³¹² Artículo 1792. De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente. (el subrayado es nuestro).

³¹³ Artículo 522.2. del Código de obligaciones.

³¹⁴ *Baux à nourriture*.

³¹⁵ Berenguer, *op.cit.*, p. 317.

³¹⁶ Artículo 1791. Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida (...).

Cuando estas partes están conformadas por varias personas se hablará de pluralidad, pero no de partes sino de personas, porque solo hay dos partes, pero pueden haber más de dos personas en cada parte.

El código civil español no parece reconocer textualmente la pluralidad de alimentantes en el artículo 1791, sin embargo, es de práctica cotidiana³¹⁷

4.6.1.4. OBLIGACION COMPLEJA PASIVA ¿MANCOMUNIDAD O SOLIDARIDAD?

Lo común en una relación jurídica obligatoria es que este conformada por un deudor y un acreedor; a este tipo de obligación se le denomina obligación simple. En el caso la relación jurídica se desarrolle con la presencia de varios deudores y acreedores, estaremos en el ámbito de las obligaciones complejas. Estas pueden ser activas si hay varios acreedores, pasiva si hay varios deudores y mixta si hay pluralidad de deudores y acreedores.

Es necesario aclarar que las obligaciones complejas, también hacen referencia a la pluralidad de objetos, las cuales se expresan en obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas. Este tipo de obligaciones complejas no serán tratados en esta oportunidad.

Continuando con la pluralidad de sujetos en la obligación, esta tiene como consecuencia abordar el tema de la mancomunidad, solidaridad e indivisibilidad³¹⁸. En esta ocasión con especial énfasis en la pluralidad pasiva, aquella que involucra a los deudores.

³¹⁷ Berenguer, *op.cit.*, p. 324.

³¹⁸ Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, "*Algunos conceptos sobre la teoría general de las obligaciones*", en: Obra de homenaje por el centenario del nacimiento del doctor José León Barandiarán, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000, Tomo II, p. 730.

Sobre la mancomunidad en las obligaciones, esta significa que la deuda se dividirá en tantas partes iguales como deudores haya y cada uno pagará una parte proporcional, no siendo obligados a pagar por el total.

La solidaridad otorga al acreedor la facultad de exigir a cualquiera de sus deudores el cumplimiento total de la obligación, sin perjuicio que este último repita con los demás codeudores.

En el caso del contrato de alimentos, es posible reflexionar sobre la solidaridad y mancomunidad cuando en la relación obligatoria se determine la presencia de más de un deudor alimentante. Pero cual regla regirá ¿la de mancomunidad o solidaridad?

El artículo 1137³¹⁹ del código civil español —*el cual analizamos porque es el que reconoce legalmente al contrato de alimentos y es el referente principal para esta investigación*— indica que, ante la falta de acuerdo sobre la solidaridad o mancomunidad, y existiendo pluralidad de deudores o acreedores, se presume mancomunidad.

Ya resuelto la presunción de la mancomunidad, ahora la doctrina reflexiona sobre la posibilidad de que las prestaciones derivadas del contrato de alimentos —*que son mixtas y complejas*— puedan ser viables en un plano de mancomunidad, siendo más preciso, si es posible la divisibilidad en las prestaciones *in natura* que provienen del contrato de alimentos.

Antes de continuar, es importante mencionar que no todas las prestaciones por su naturaleza pueden ser divisibles, además, las prestaciones divisibles por acuerdo de las partes pueden convertirse en indivisibles.

³¹⁹ Artículo 1137. La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.

En el caso del contrato de alimentos, la doctrina considera que las prestaciones, incluso cuando sean *in natura*³²⁰, son susceptibles de cumplimiento parcial y por lo tanto no dificultaría la mancomunidad y más siendo de presunción legal.

Sin embargo, hay una posición, sobre todo jurisprudencial que opta por la preferencia de un cumplimiento solidario, tomando en cuenta una interpretación textual y contextual del contrato a fin de determinar lo que realmente quieren las partes, considerando una interpretación correctora o semicorrectora del artículo que indica la presunción de la mancomunidad, y reconociendo a la solidaridad tacita, en base a una función económica y social del contrato³²¹.

En base a este nuevo argumento jurisprudencial y tomando en cuenta que al adulto mayor —*por sus condiciones físicas y emocionales*— se le complicaría ir reclamando mancomunadamente el contenido de la prestación, consideramos que sería más beneficioso para el alimentista la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación de manera solidaria, pero siempre tomando en cuenta las particularidades de cada caso, porque cabe la posibilidad de que las prestaciones sean distintas para cada alimentista siendo perjudicial seguir el criterio de la solidaridad.

La doctrina española analizada sugiere que, para el caso del contrato de alimentos, la regla debe ser la solidaridad mas no la mancomunidad; así también lo considera el derecho suizo al tratar el *contrat d' entretien viager* y el derecho italiano³²² y alemán³²³.

4.6.1.5. EL CAMBIO DEL ALIMENTANTE Y LA LOCUCIÓN INTUITO PERSONAE.

³²⁰ Como ya se mencionó estas comprenden la alimentación, el hogar, el vestido y en general la asistencia de todo tipo. Revísese la tesis ya consultada anteriormente: Berenguer, *op.cit.*, p. 326.

³²¹ *Ibid*, p. 328.

³²² Artículo. 1294.

³²³ § 427.

El deudor del contrato de alimentos —*a diferencia del alimentista*— cumple una prestación no ajustada estrictamente a los parámetros *intuitu personae*, ya que según la norma materia de análisis, a su muerte la obligación será trasladada a sus herederos de manera solidaria, ya que la extinción del contrato no es a causa de la muerte del alimentante sino del alimentista, además se busca proteger al acreedor de los alimentos por su situación de vulnerabilidad y en el caso los herederos no estén en la posibilidad de asumir la obligación *in natura*, se podrá traducir a una obligación pecuniaria³²⁴, todo con la finalidad de no desamparar al alimentista.

4.6.2. CUESTIONES SOBRE EL CEDENTE O ALIMENTISTA.

La palabra acreedor es de origen latino y se entiende como la creencia que tiene que le van a pagar. En el contrato de alimentos, el acreedor de los alimentos es el alimentista, quien a cambio de la entrega de un bien o capital tiene el derecho y la facultad de exigir una contraprestación —*manutención y asistencia de todo tipo*— al alimentante. Es importante mencionar que no es una regla que el alimentista sea el dueño o titular de los derechos reales transmitidos, pudiendo ser un tercero y el alimentista un beneficiario. También, resaltar la principal intención del alimentista, que es recibir asistencia, atención, cariño, consideración, entre otras prestaciones *in natura*, y esto está por encima de una contribución económica.

4.6.2.1. RELEVANCIA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE EJERCICIO DEL CEDENTE.

Si el titular del bien es el alimentista, se exigirá y será relevante que cuente con capacidad jurídica de ejercicio, pero si el beneficiario de los alimentos es un tercero ajeno al contrato de alimentos y no es cedente de los bienes, será intrascendente si este tiene capacidad de ejercicio.

³²⁴ En el derecho suizo se debe realizar el cambio de prestación en un plazo de un año a la muerte del deudor.

En el caso de que el titular o cedente del bien no tenga la capacidad requerida para la celebración del contrato, automáticamente, este acto jurídico debe ser considerado nulo.

Sin embargo, los jueces deben ser precavidos al momento de recibir demandas de nulidad del contrato por parte de herederos o terceros legitimados, ya que podrían hacer un ejercicio abusivo de su derecho e interponer una demanda aun sabiendo que el contrato ha sido valido, sobre todo en lo referente a la capacidad del alimentista, con el objetivo de no ver perjudicado sus intereses económicos y mantener los bienes cedidos por el alimentista.

A fin de evitar demandas que frustren la validez y eficacia de la contraprestación del alimentista, la doctrina aconseja celebrar estos actos ante un notario quien podrá evidenciar la capacidad de las partes y con ello se evitará posteriores nulidades por la falta de capacidad del alimentista.

4.6.2.2. EL ALIMENTISTA Y LA POSIBILIDAD DE SER UNA PERSONA JURÍDICA.

Lo lógico es que solo las personas naturales tienen necesidades físicas que pueden satisfacerse teniendo un hogar donde vivir, alimentos y asistencia de todo tipo, entre otros. No es posible, por lo tanto, que una persona jurídica requiera de todo lo mencionado.

En efecto, lo común es que el cedente de los bienes sea el alimentista, y este sea una persona natural que requerirá de cuidados y asistencia en vista de su situación vulnerable. Sin embargo, existe la figura del contrato en favor de tercero, en este tipo contractual que será analizado con mayores detalles más adelante, el cedente de los bienes no será el alimentista o beneficiario de la prestación del alimentante, y es en esta circunstancia donde sería posible que el cedente pueda ser una persona jurídica.

4.6.2.3. PLURALIDAD DE ALIMENTISTAS.

En esta ocasión, se denominaría pluralidad de sujetos activa ya que los alimentistas serán los acreedores quienes tienen el derecho y la facultad de exigir la prestación debida a los deudores o alimentantes.

Supongamos que conyugues o hermanos solteros requieran celebrar un contrato de alimentos y cedan sus bienes, estos serán sin lugar a duda alimentistas y formaran parte de una pluralidad activa.

En el caso de los cónyuges, que transfieran un bien a cambio de prestaciones *in natura*, es fundamental tomar en cuenta el régimen patrimonial o económico al cual corresponde el bien, estos podrían ser el de sociedad de gananciales o separación de bienes. En estos supuestos, nacen las siguientes interrogantes: ¿cómo se ha de prestar los alimentos? ¿será de manera proporcional en base a la cantidad que recibió el alimentante?

La solución funcional que brinda la doctrina es que se estipule que la prestación no se brindara en proporción o función de los bienes entregados sino en base a las necesidades de los alimentistas³²⁵, por lo tanto, no se toma en cuenta el valor de prestación entregada.

4.6.2.4. MANCOMUNIDAD SUI GENERIS Y SOLIDARIDAD PECUNIARIA.

El contrato de alimentos genera obligaciones por parte del alimentante que en un principio son correctamente reconocidas como obligaciones mancomunadas, siendo esta la regla general. Además, en virtud de la obligación que es *in natura* —sea este el cuidado, asistencia y mantenimiento— consideramos que sería imposible la solidaridad, ya que es jurídica y físicamente imposible reclamar *in toto* las prestaciones, que se han de desarrollar en condición de la vida del alimentista.

³²⁵ Berenguer, *op.cit.*, p. 360.

Sobre la mancomunidad, se debe tener en cuenta que es un tipo especial, la doctrina lo considera como *sui generis*, ya que es imposible que la prestación del alimentante se brinde en partes iguales como sugiere la mancomunidad, no hay forma de dividir las prestaciones en partes iguales ya que cada alimentista tiene necesidades diferentes. Por esa razón es el termino *sui generis*, traducido como único en su especie.

Sobre la solidaridad que *a priori* es imposible, la doctrina señala dos situaciones lógicas en las cuales cabría la posibilidad³²⁶.

- a) Cuando las partes hubiesen acordado que las prestaciones no serían *in natura* sino semejantes a la de la renta vitalicia, entregando un pago en determinados tiempos y circunstancias.
- b) Cuando la prestación que nació *in natura* se convierta en una pecuniaria.

4.6.2.5. PRESTACIONES COETÁNEAS Y SUBSECUENTES.

Debido a la pluralidad de alimentistas, es probable que estos se pongan de acuerdo para determinar el tiempo en el que el alimentante cumplirá con la prestación, eligiendo los alimentistas entre una prestación simultánea, coetánea o sucesiva y subsecuente.

La prestación simultánea indica que el alimentante cumplirá con todos los alimentistas en un mismo momento, pero al ser un contrato vitalicio ¿Qué pasará con la muerte de alguno de los alimentistas? ¿será posible que los alimentistas supérstites invoquen el derecho de acrecer?

La doctrina considera que el derecho de acrecer es posible en un contrato como la renta vitalicia pero que no será pertinente en el contrato de alimentos porque este es una convención *intuito personae*, el cual se extingue con la muerte del

³²⁶ *Ibid*, pp. 362-363.

alimentista, y por tanto es antijurídico, innecesario e imposible el transferir los efectos de esta figura contractual.

Sobre las prestaciones sucesivas del alimentante, estaría sujeta a la muerte de cada alimentista.

4.6.2.6. INTRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO DE ALIMENTOS POR ACTO INTER VIVOS O MORTIS CAUSA.

El alimentista no puede transferir su derecho de alimentos ni por acto inter vivos o mortis causa, eso sería un imposible porque el contenido de la prestación es personalísimo y se extingue con la muerte del alimentista. No hay forma ya que al intentarlo estaría naciendo un contrato nuevo.

Sin embargo, reflexionaremos sobre la influencia de un tercero en el contrato de alimentos. En el derecho continental, la locución latina *nemo alteri stipulari potest* y la *res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest*³²⁷, son tributarios del principio de relatividad del contrato, que expone que lo acordado en él no debe beneficiar ni perjudicar a un tercero. En el Common law se conoce como *privity of contract*, doctrina que imposibilita a un tercero “adquirir derechos y ejercitar acciones derivadas de un contrato del que no es parte”³²⁸

En la misma tónica, en un contrato como puede ser el contrato en favor de tercero, solo hay dos partes³²⁹, estos son: el estipulante —*quien dispone de un derecho a favor del beneficiario*— y promitente —*quien ha de ejecutar una*

³²⁷ Esta máxima contempla que la autonomía privada “que vincula a los contratantes no puede convertirse en heteronomía respecto de terceros que no han intervenido en la convención” Revítese para mayor detalle el siguiente texto: Juan Carlos Rezzonico, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 244.

³²⁸ Tómese en cuenta la cita hecha a Vernon Valentine Palmer en la siguiente referencia bibliográfica: Pilar Jimenes Blanco, *Derecho Continental Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevilla (dir), Barcelona, Editorial Bosch, 2009, p. 347.

³²⁹ A propósito de ello, el beneficiario puede ser indeterminado al momento de la celebración del contrato o un *nasciturus*. Todo es posible ya que no es una parte en el contrato.

prestación en favor del beneficiario—; no es posible que se configure “relación obligatoria alguna entre el obligado a cumplir la prestación y el tercero, sino únicamente entre aquel obligado y la otra parte contratante”³³⁰

Por lo tanto, el mal llamado tercero, no es parte contractual porque no asume obligaciones y responsabilidades³³¹, tan solo el beneficio concedido por el estipulante y la posibilidad de adquirir derechos contra el promitente quien ha de cumplir determinadas prestaciones a su favor, previa aceptación del beneficiario.

Esta figura contractual de estipulación a favor de un tercero no era conocida³³² en el derecho romano clásico³³³, sin embargo, en las instituciones de Justiniano (3, 19, 20) —*tal como indica Manuel de la Puente y Lavalle*— era sancionada con nulidad³³⁴.

4.6.3. LA CAPACIDAD JURIDICA DEL BENEFICIARIO EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS EN FAVOR DE TERCERO.

En cuanto al contrato de alimentos, según la doctrina, lo que se suele celebrar generalmente no es un contrato en favor de tercero —*como puede ser el celebrado por los padres en beneficio de un hijo con capacidad restringida*— sino la consideración contractual “a favor de una tercera persona, pero siendo el cedente de los bienes también alimentista”³³⁵ —*en el caso de cónyuges*—. Si el beneficiario no fuese el cedente, sino, un ajeno al contrato, se debe tomar en

³³⁰ Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, Tomo I, p. 242.

³³¹ Este contrato solo genera beneficios y otorga derechos al tercero, de ninguna manera obligaciones o cargas.

³³² “En realidad, no estaba permitido ni prohibido; simplemente se le desconocía” Puente y Lavalle, *op.cit.*, p. 121.

³³³ “El derecho romano clásico no lo conocía, pues en el regía el principio: “*alteri stipulari nemo potest*”. La razón de ello esta, según Wesenberg, en primer lugar, en que en Roma aún no había surgido la necesidad de un contrato de previsión a favor de tercero en la medida en que se pone de manifiesto en los tiempos modernos” Karl Larenz, *op.cit.*, pp. 243-244.

³³⁴ De la puente y Lavalle, *op.cit.*, p. 122.

³³⁵ Berenguer, *op.cit.*, p. 372.

cuenta que lo transferido al promitente no sea superior al tercio de libre disposición.

Las partes tienen la misma denominación que en la figura genérica de contrato en favor de tercero, pero específicamente el estipulante cede un bien o capital al promitente, quien recibe el bien o capital y se compromete a brindar una prestación de dar o hacer, que sirva para el sustento y la manutención del beneficiario.

El beneficiario al no ser parte contractual no está condicionado —*a fin de que el acto sea válido*— a tener plena capacidad de ejercicio.

4.6.3.1. *INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS EN FAVOR DE TERCERO. LA RESOLUCIÓN POR PARTE DEL BENEFICIARIO.*

De inmediato indicaremos que, el beneficiario al no ser parte del contrato no está legitimado para solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, tan solo puede pedir el cumplimiento de la prestación, sin embargo, en cuanto al contrato de alimentos, una doctrina esmerada considera que el beneficiario está en mejores condiciones de acreditar y demostrar el incumplimiento, por ello se le debería otorgar la facultad de exigir la resolución contractual³³⁶.

La ley española que incorpora el contrato de alimentos en el código civil, en el artículo 1795 prescribe que el alimentista tiene ante el incumplimiento la opción de exigir el cumplimiento o solicitar la resolución del contrato, y siendo el beneficiario el alimentista, consideramos que no tendría impedimento legal para exigir el cumplimiento o solicitar la resolución, aun sin ser parte del contrato, tan solo por su condición de alimentista. La restitución de los bienes producto de la resolución, será a favor del beneficiario y no del estipulante. Con los bienes

³³⁶ *Ibid*, p. 382.

entregados al beneficiario, este tendrá la posibilidad de celebrar otro contrato de alimentos con quien tenga confianza y empatía³³⁷.

Sin embargo, lo establecido por la ley de derecho civil de Galicia —*al igual que el derecho suizo*— que en su artículo 153 prescribe que “será el cedente de los bienes el que podrá resolver el contrato”³³⁸ determinándose la “sustitución del término alimentista por el de cedente”³³⁹, deja fuera de acción al “tercero” beneficiado quien no es cedente de los bienes y por lo tanto no tiene legitimidad para solicitar la resolución por incumplimiento del contrato.

Por otro lado, estudiosos que dan relevancia al poder de la autonomía privada, consideran que es viable la potestad que pueden otorgar el estipulante y promitente a favor del beneficiario para que este pueda resolver el contrato a fin de garantizar su existencia y vida digna, con la posibilidad de celebrar otro contrato de alimentos.

Por último, mencionaremos los argumentos por los cuales se podría otorgar la posibilidad al beneficiario de resolver el contrato sin acuerdo previo entre las partes (estipulante y promitente).

Nuestra guía en este camino novedoso para la doctrina peruana sobre el contrato de alimentos es Cristina Berenguer Albaladejo, a quien reconocemos su valioso esfuerzo en la redacción de una tesis doctoral que ha marcado precedente en las investigaciones referentes al contrato de alimentos, ella sostiene los siguientes puntos los cuales hemos de comentar detenidamente.

- a) El alimentista estará en mejor condición para acreditar el cumplimiento o incumplimiento de la prestación.

³³⁷ En un contrato de esta naturaleza donde las prestaciones son principalmente *in natura* y se requiere cordialidad y confianza, es preferible resolver el contrato a exigir el cumplimiento.

³³⁸ Berenguer, *op.cit.*, p. 385.

³³⁹ *Ibid.*

- b) Al fallecer el estipulante, es posible que los herederos no tomen en cuenta el cumplimiento de la prestación del promitente, dejando vulnerable al beneficiario, en tal sentido, dotar de legitimidad al beneficiario para exigir la resolución sería oportuno.

En opinión de la autora mencionada, el estipulante como el tercero están en condición de exigir el cumplimiento y la resolución del contrato, inclusive solicitar un resarcimiento económico por la ocurrencia de daños que puedan afectarlo.

Por último, la voluntad del beneficiario es fundamental ya que, si el estipulante desea exigir el cumplimiento forzoso y el beneficiario no desea hacerlo o si el estipulante pretende la resolución del contrato y el beneficiario no está de acuerdo, en ambos casos, la negativa del beneficiario impedirá el éxito de la pretensión, ya que, tanto para la resolución como el cumplimiento forzoso, se requiere de la voluntad del beneficiario. Por tanto, la decisión del beneficiario es trascendente y preferente ante el estipulante.

4.7. LA FORMALIDAD DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.

En cuanto a la formalidad del contrato hay una postura ecléctica ya que los contratos podrían nacer con sujeción a determinada formalidad³⁴⁰—*con la finalidad de brindar mayor seguridad a los contratantes y dotar de existencia y validez al contrato*— o tener libertad de forma³⁴¹—*no se requiere de forma o formalidad específica para el nacimiento del contrato, los contratantes pueden elegir la forma que se ajuste a sus intereses y necesidades, pudiendo ser escrito o verbal, pero teniendo en consideración las indicaciones y los límites que establece la ley*³⁴²—.

³⁴⁰ Tal como vimos, en el Derecho Romano la formalidad se configuraba con palabras sacramentales.

³⁴¹ El principio de libertad de forma está reconocido también en la Convención de Viena de 1980 y en los principios Unidroit.

³⁴² Principalmente no contravenir la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

El contrato de alimentos, de acuerdo a lo regulado en el código civil español, tiene libertad de forma para su constitución³⁴³, en ese sentido puede celebrarse verbalmente facilitando el acceso al mismo, sin embargo, en estos tiempos donde la palabra empeñada ha perdido valor, sería altamente perjudicial y riesgoso, no determinar con claridad y exactitud las prestaciones y contraprestaciones que se desprenden en favor de las partes, más aún si la prestación del alimentante es asistencial y en favor de personas vulnerables, así también, en caso de incumplimiento, determinar la existencia del acto jurídico sería complicado y nuevamente pernicioso para la parte más vulnerable que es el alimentista. Por tanto, la libertad de forma podría generar inseguridad jurídica.

Consideramos al igual que la doctrina consultada, que una formalidad escrita o mediante el requerimiento de escritura pública será beneficiosa para los fines del contrato de alimentos porque permitirá conocer y determinar la capacidad de las partes, será un medio de prueba idóneo de la existencia del contrato y sus parámetros, además, generará seguridad jurídica y protección a terceros ajenos al contrato³⁴⁴. Y en virtud de todo ello nos preguntamos si sería oportuno exigir la formalidad de la escritura pública como requisito para la validez del contrato de alimentos.

Consideramos al igual que Cristina Berenguer Albaladejo que si es necesaria la formalidad escrita y la presencia de la escritura pública como presupuesto de validez; sobre todo en la transferencia de bienes inmuebles. En el caso de bienes muebles, por un análisis costo-beneficio, la escritura pública debería ser opcional, pero si se debe exigir como mínimo un contrato privado.

4.8. ESTUDIO DE LAS PRESTACIONES CONTRACTUALES.

³⁴³ Aunque a nivel jurisprudencial lo rutinario era la constitución de contratos de alimentos mediante escritura pública, aunque se confundía con el contrato de compraventa. Berenguer, *op.cit.*, p. 397-398.

³⁴⁴ *Ibid*, p. 403.

4.8.1. PRESTACIÓN DE UN DERECHO REAL DEL ALIMENTISTA.

El alimentista, generalmente un adulto mayor, que requiere de cuidados y sostenimiento económico y moral ante situaciones estables y eventuales, a fin de satisfacer esos requerimientos, podría celebrar un contrato de alimentos con una persona de su confianza denominado alimentante y quien se obligara a cumplir con prestaciones de dar y hacer en su beneficio.

Por lo tanto, el alimentista como consecuencia de la contraprestación por parte del alimentante debe cederle a este último un derecho real como podría ser un derecho de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles, derecho de uso o usufructo, entre otros³⁴⁵. Una prestación de servicios por parte del alimentista desnaturalizaría el contrato.

Sin embargo, transferir el derecho real en toda su extensión al alimentante no asegura que este último cumpla inexorablemente con las prestaciones encomendadas, sobre todo aquellas *in natura*. Para garantizar en gran medida el cumplimiento de las mencionadas prestaciones la doctrina sugiere lo siguiente³⁴⁶:

- a) Que el alimentista se reserve el usufructo vitalicio³⁴⁷ del bien "*dominus usufructus*", transfiriendo solamente la "*nuda proprietat*"³⁴⁸ al alimentante³⁴⁹. Con ello no solamente se garantiza el cumplimiento de la obligación del alimentante sino también hay un beneficio directo e

³⁴⁵ "El alimentista-cedente está obligado a transmitir al alimentante "un capital en cualquier clase de bienes y derechos"; transmisión, por tanto, de su titularidad plena, en general, aunque también es posible que sea limitada (usufructo, nuda propiedad) si así lo han convenido" Lacruz Berdejo, *op.cit.*, p. 314.

³⁴⁶ Cristina Berenguer, *op.cit.*, p. 424.

³⁴⁷ En el derecho romano, el usufructo se llevaba a cabo de manera vitalicia y personalísima, era lo común, sin embargo, era posible limitarlo en el tiempo.

³⁴⁸ Propiedad desnuda,

³⁴⁹ La *nuda proprietat* permitiría al alimentante disponer del bien ya que el alimentista solo tiene el derecho de usufructo.

inmediato del alimentista de usar “*uti*” y disfrutar “*frui*” de todos los frutos (naturales o civiles) que provengan del bien. Una forma amena de entender la idea de usufructo y nuda propiedad es la propuesta por Santo Tomas de Aquino quien sostenía que el hombre era titular del usufructo de su humanidad y Dios era el titular de la nuda propiedad³⁵⁰.

- b) Que mediante un acuerdo con el alimentante —*luego de la transferencia del derecho real*— se establece limitaciones a su derecho de propiedad, prohibiéndole entre tanto que ejercite su poder de disposición o gravamen del bien objeto del contrato hasta el fallecimiento del alimentista.

Sin embargo, esta misma doctrina entiende que tal prohibición no coincide con la legislación española ya que su ley hipotecaria prohíbe que se limite o anule el derecho de disposición y con mayor razón, que esta se inscriba en el registro. Sin perjuicio de que estas prohibiciones sean consideradas validas, estas no tendrían efectos absolutos ya que solo alcanzarían a las partes intervinientes y no a terceros. Por lo tanto, si el alimentante dispone del bien cedido antes de la muerte del cedente, y lo transfiere a un tercero de buena fe a título oneroso, esta transferencia no carecerá de validez ni el cedente podrá solicitar la nulidad. La acción que si podrá realizar en contra del alimentante será una de resarcimiento por los daños causados.

- c) La doctrina considera que la mejor garantía es la constitución de una hipoteca ya que esta podrá ser inscrita y en una probable inejecución contractual y posterior resolución, esta será oponible a los terceros adquirentes por el alimentista.

4.8.2. LA CESIÓN DEL ALIMENTISTA. ¿BIEN PRIVATIVO O DE GANANCIALES?

La prestación del alimentista es ceder un bien o capital. Es importante recordar que cuando hay un vínculo matrimonial, este bien puede estar dentro de un régimen privativo y por tanto el poder de administración y disposición es

³⁵⁰ Esta idea se desarrolla en el siguiente texto: Carlos Rogel Vide, “*La nuda propiedad*”, en: Carlos Rogel Vide (dir.), Colección jurídica general, Madrid, Editorial Cometa, 2015, p. 9.

independiente, el alimentista no requiera el consentimiento del otro cónyuge para la celebración de un contrato de alimentos, salvo que —*aquí la excepción a la regla*— este bien sea considerado como de vivienda habitual, en ese sentido, aun estando en un régimen privativo, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges para la validez del acto jurídico y sea posible la transferencia de la titularidad del bien o cualquier efecto real.

En el caso de que el bien a transferir este comprendido dentro de un régimen de gananciales, es importante contar con el consentimiento de ambos cónyuges, caso contrario el acto jurídico adolecería de anulabilidad y están legitimados el cónyuge y los herederos para solicitar la invalidez.

Por otro lado, nos preguntamos si el bien recibido por el alimentante ¿estará sujeto a un régimen de gananciales? A fin de responder la interrogante, se sugiere la revisión del artículo 1347 inciso 1 del código civil español que prescribe lo siguiente: son bienes gananciales “los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges”, de la interpretación del artículo nace otra interrogante ¿será considerada la prestación del alimentante —*manutención y asistencia*— como un trabajo o industria, como una actividad profesional u oficio?

De ser positiva la respuesta, el bien transferido formaría parte de la sociedad de gananciales. Sin embargo, la doctrina considera que el contrato de alimentos de ninguna manera tiene naturaleza laboral, no genera derechos ni beneficios laborales, siendo por lo tanto un contrato de naturaleza civil, por lo tanto, no se podría considerar la aplicación del artículo 1347 inciso 1.

Sin embargo, el bien transferido —*al alimentante casado*—, no será un bien privativo sino ganancial, esta conclusión como vimos está alejada de la interpretación del artículo 1347 inciso 1, pero es factible en virtud de la interpretación sistemática del artículo 94. 1º del Reglamento Hipotecario español ya que en este artículo se considera que cuando un cónyuge recibe un bien a título oneroso se presume que dicho bien ha de formar parte de la sociedad de gananciales. En la misma línea el artículo 1361 que determina el principio por el cual en caso de duda se presumirá la sociedad de gananciales.

4.8.3. EL CONTRATO DE ALIMENTOS Y EL IUS PROTHOMISEOS.

El retracto es una figura contractual que puede ser convencional o legal "*ius prothomiseos*", en esta oportunidad reflexionaremos sobre el retracto legal que tiene esa denominación porque está determinada por la ley.

El retrato legal permite a un arrendatario, colindante o copropietario —*quien ha de ser llamado retrayente*—, tener una preferencia contractual sobre el bien de su arrendador, colindante o copropietario —*quien tiene la intención de vender dicho bien*—.

Para explicar mejor esta figura contractual, en una compraventa, cuando el bien inmueble pertenece a varias personas en copropiedad, colindancia o está bajo un contrato de arrendamiento, el titular del bien puede ofertarlo, pero teniendo en cuenta como primera opción al retrayente, ya que este tiene un derecho de preferencia establecido por ley. En el caso el titular del bien —*vendedor*— oferte con otra persona —*comprador*— el retrayente tiene la facultad de subrogarse, siempre que la prestación que ha de ser asumida por el retrayente —*en subrogación del comprador*— sea de cosa genérica o fungible. Esta subrogación³⁵¹ al estar permitida por ley tiene un carácter forzoso. Las cláusulas y condiciones establecidas entre el vendedor y comprador deben ser asumidas por el retrayente.

Es momento de determinar si en un contrato de alimentos es posible invocar el *ius prothomiseos* y que el retrayente se subroge en la posición del alimentante.

Para ello indicaremos que la prestación del alimentante es una de mantenimiento y asistencia conducente a una prestación *intuito personae*. Además, la motivación de contratar por parte del alimentista es porque tiene una confianza y consideración especial en el alimentante.

³⁵¹ La subrogación no es afín a la cesión contractual, tampoco representa una nueva relación contractual entre las partes.

Al respecto la prestación en el contrato de alimentos no es exclusivamente de dar, sino también de hacer y dentro de ella hay un contenido moral e *in natura*. Así también, el contrato de alimentos se basa en un factor de confianza y convivencia entre el alimentante y alimentista, siendo injusto y nada cómodo para este último el verse obligado a que el retrayente se subroge en la posición del alimentante. Por lo tanto, no procede el derecho de adquisición preferente.

En el mismo pensamiento la jurisprudencia del derecho suizo quien sostiene que en los casos de permuta, donación o un contrato de alimentos cuya esencia es el “*d’entretien viager*” no es viable el *ius prothomiseos*³⁵²

Para la doctrina dicha prohibición generaría una gran posibilidad de que se simule un contrato de alimentos con el objetivo de perjudicar el derecho del retrayente, ya que como indicamos líneas atrás, no procede el retracto cuando se ha celebrado un contrato de alimentos.

En dicho supuesto presenciaríamos un acto de mala fe, que puede ser demandada por el retrayente, pero sobre él está la carga de la prueba “*onus probandi*”, por el principio general de que quien alega debe de probar “*affirmanti incumbit probatio*”.

Por último, que sucede cuando en virtud del artículo 1792 del código civil español, se convierta la prestación de alimentos (*in natura*) en una pensión actualizable (pecuniaria). Vemos que en este supuesto algunos consideran que sería viable —*por lo menos objetiva o textualmente*— el derecho de retracto. Sin embargo, otra doctrina a la cual nos adherimos considera que no sería posible activar el derecho del retrayente porque la naturaleza jurídica del contrato de alimentos y la conversión no sugieren la formación o celebración de un nuevo contrato como sería el de renta vitalicia, sino, hay un cambio que está referido a

³⁵² Berenguer, *op.cit.*, p. 439.

tipo de prestación. Dejará de ser una prestación extensiva de hacer y se convertirá en una mayoritariamente de dar³⁵³.

Para reafirmar la posición, el contrato de alimentos es *per se, intuito personae* y las prestaciones no son exclusivamente onerosas, por lo tanto no es oportuno exigir el derecho de retracto.

4.8.4. PRESTACIÓN DEL ALIMENTANTE: COMPLEJIDAD EN LA DELIMITACIÓN E IMPORTANCIA DEL CONTENIDO MORAL.

Una de las dificultades del contrato de alimentos es determinar o delimitar legalmente las prestaciones que asumirá el alimentante —*decimos prestaciones ya que asume prestaciones de dar y hacer y dentro de ellas habrá un plexo de variadas actuaciones*— ya que las partes pueden pactar libremente el contenido y la extensión de las prestaciones.

Como mencionábamos, en un contrato cuyo objetivo es brindar manutención y asistencia de todo tipo a personas vulnerables, ha de generarse variadas formas dentro de las prestaciones de dar y hacer, es más, podríamos a modo didáctico relacionar las prestaciones de dar con aquellas de contenido material y las de hacer con un contenido moral (sin embargo, no es una regla).

Estas prestaciones de contenido material podrían ser los alimentos para la nutrición y supervivencia de la persona, así como los bienes que contribuyan a su desarrollo personal, de salud, seguridad, comodidad y cultura. Las prestaciones de contenido moral —*las cuales son la particularidad del contrato de alimentos que permite diferenciarlos de otros como la renta vitalicia*— son el cariño, la empatía, el afecto y otras expresiones intangibles que hagan bien a la salud del alimentista. Es inevitable que esta variedad de prestaciones se lleve a cabo en un clima de confianza entre las partes, que les permita tener una relación jurídica más íntima.

³⁵³ *Ibid.*, p. 443

La doctrina considera que en el desarrollo del contrato las prestaciones de contenido moral son tan importantes como las prestaciones de contenido patrimonial, ya que el acreedor de los alimentos es usualmente una persona vulnerable que requiere cuidados y cariño.

4.8.4.1. DIMENSIONES DE LA PALABRA ALIMENTOS, LAS PRESTACIONES DEL ALIMENTANTE Y SU UBICACIÓN EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS.

La palabra alimento proviene del latín *alere* que indica la acción de nutrir y *mento* que significa mecanismo. Siendo esta un instrumento para el desarrollo y supervivencia de las personas.

En cuanto a la finalidad de los alimentos, la doctrina enseña que esta se compone de una trilogía, sea esta conseguir sustento, habitación y prestaciones sanitarias.

Las prestaciones del alimentante se bifurcan de una manera especial —*dándole originalidad al contrato*— siendo de contenido pecuniaria y moral.

Se evidencia que las prestaciones en el contrato de alimentos —*a diferencia de los alimentos de origen legal*— no son restringidas sino por el contrario son amplias y atienden a las necesidades materiales y espirituales del alimentista. Detallaremos algunas de las prestaciones más comunes y polémicas del contrato de alimentos, diferenciándolas en cierta medida con la obligación de alimentos de origen legal:

El artículo 1791 del código civil español menciona las prestaciones que debe asumir el alimentista, siendo estas: proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo. Este último convierte al contrato de alimentos en *sui generis*, ya que la vivienda y manutención son consideradas en la obligación legal de proporcionar alimentos, pero la asistencia de todo tipo es característica de este contrato.

4.8.4.2. LA PRESTACIÓN DE VIVIENDA. ELEMENTO NO ESENCIAL DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.

Sobre la vivienda, en el contrato de alimentos hay una gran expectativa de que el alimentante y alimentista vivan en el mismo lugar —*sin llegar a ser una exigencia o condición esencial del contrato*—. Si ello no fuese posible, el alimentante deberá brindar un lugar donde el alimentista pueda residir. Así también, el alimentista podría acordar conservar el usufructo vitalicio del bien cedido, y en virtud de ello gozar del uso y disfrute de la vivienda hasta su deceso.

En esta secuencia, es importante determinar —*ante la ausencia de pacto*— quien asumiría los gastos provenientes del uso y mantenimiento del hogar, desde impuestos hasta el pago de los servicios básicos. La doctrina considera que lo razonable es que el alimentante asuma los costos ya que esta es inherente a la prestación de vivienda.

En lo referente al pago de los impuestos, por la titularidad del bien inmueble (vivienda), lo lógico es que asuma el costo quien a la fecha tiene el derecho de propiedad sobre el bien pudiendo ser el alimentante o alimentista. Si el alimentista cedió la titularidad de manera plena, asumirá el pago de los impuestos el alimentante, pero si el alimentista se reserva el derecho de propiedad sobre el bien inmueble cediendo un capital y otro tipo de bienes —*requiriendo solo manutención y asistencia de todo tipo menos vivienda*— será el quien asuma el pago.

Otro tema polémico es el referido a la convivencia y la determinación de si es un elemento esencial del contrato de alimentos. Del análisis de los artículos 1791 y 1792 del código civil español, se genera una gran duda y angustia intelectual ya que el primero no hace referencia a la convivencia como un tipo de prestación mientras que el segundo si lo menciona. En la misma situación se encuentra la doctrina, ya que hay quienes consideran que la convivencia debe ser un elemento esencial y otros prescinden de ella.

Los que consideran que la convivencia es un factor esencial del contrato se basan en un punto de vista económico a favor del alimentante ya que serán más rentable para él por lógicas razones, cumplir con las prestaciones en su domicilio y para el alimentista por comodidad, seguridad e inmediatez en las atenciones que requiera.

Por otro lado, los que sostienen que no debe ser considerado un elemento esencial exponen que la norma jurídica pertinente, indica que el alimentante se obliga a proporcionar vivienda y entre este término y la convivencia hay notables diferencias.

El legislador quiere que el alimentista tenga una residencia estable y segura, pero no exige que esta se encuentre en el mismo lugar donde habita el alimentante, siendo posible que los domicilios de los contratantes sean separados, pero no con distancias considerables, ya que dificultaría el cumplimiento de las prestaciones *in natura*, aquellas de cuidado y asistencia inmediata. Por lo tanto, si es intención de las partes la convivencia, esta debe estar considerara en una cláusula contractual.

Sobre lo anterior, en el derecho comparado y en la experiencia jurídica de Francia e Italia, la convivencia impuesta por la ley o el pacto afectaría la intimidad del alimentante³⁵⁴.

4.8.4.3. LA MANUTENCIÓN Y LA SUBSISTENCIA FÍSICA DEL ALIMENTISTA.

En líneas generales la manutención es una prestación referente a las necesidades básicas, al sustento y vestido, importante para la subsistencia fisiológica del alimentista como el agua y la comida. En el contrato de alimentos, la determinación de la manutención se fijará en merito a la autonomía de la voluntad de las partes.

³⁵⁴ *Ibid*, p. 464.

4.8.4.4. CUESTIONES SOBRE LA ASISTENCIA DE TODO TIPO.

Se podría redactar con amplitud cada una de las prestaciones que requiere el alimentista o ser concretos en base a la premisa de asistencia de todo tipo. Sobre este último es fundamental algunas reflexiones:

Sobre prestaciones como los servicios médicos y la adquisición de medicamentos, aunque no estén pactados, serán asumidos por el alimentante, en la medida que el alimentista no cuente con un seguro social o en la parte que no esté coberturada por el seguro, también cuando sea a elección del alimentista por la confianza que tenga con el médico o el prestigio de este, sin embargo, la jurisprudencia española considera que no se puede llevar a cabo un ejercicio abusivo de esta facultad o derecho en perjuicio del alimentante cuando siendo razonable y oportuno recurrir al sistema de salud público, se opte por la privada, siendo más onerosa para el alimentante y evidenciándose «una utilización desorbitada de los derechos»³⁵⁵. Esta opinión del TS debiera ser contrastada con la urgencia que tendría el alimentista en su salud, la complejidad de su dolencia y el pésimo y burocrático sistema de salud público.

Así también, dentro de la expresión “prestaciones de todo tipo” podrían encajar aquellas que brinden alegría, placer y entretenimiento, como puede ser comprar libros, realizar viajes, ir a conciertos, etc. Así también, contribuir al proyecto de vida, apoyando en su realización académica y profesional.

Cabe reflexionar ahora sobre los gastos que provienen del entierro y sepelio del alimentista y preguntarnos si serán asumidos por el alimentante; tomando en cuenta que el contrato de alimentos se extingue con la muerte del alimentista.

Para precisar ello, citaremos el artículo 1894 segundo párrafo del código español, que prescribe que los gastos funerarios deberán ser satisfechos por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle. En ese sentido

³⁵⁵ *Ibid*, p. 469.

sería el alimentante el que asumiría los gastos, y en caso lo asuma un tercero, este podría repetir contra el alimentante.

Por último, comentar sobre la asistencia que caracteriza a este contrato, que es una de tipo moral o personalísima, aquella que involucra la confianza, cariño, consideración, cuidado, compañía. Las cuales no son cuantificables en dinero.

Este tipo de prestaciones es un requisito esencial y define al contrato de alimentos como un contrato autónomo.

4.8.5. EL CARÁCTER ASISTENCIAL DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.

Ya se ha desarrollado las tres prestaciones generales que establece el artículo 1791 del código civil español, estos son: vivienda, manutención y asistencia de todo tipo. Queda ahora determinar si el contrato de alimentos requiere la conjunción de todas o desde una interpretación dispositiva de la norma y tomando en cuenta la autonomía privada de las partes, también podría configurarse un contrato de alimentos considerando alguna de estas prestaciones.

La doctrina considera que no es necesario la estipulación o exigencia de todas las prestaciones emanadas del artículo 1791, sin embargo, se debe considerar que el contrato de alimentos por su naturaleza jurídica requiere de interacción constante entre las partes a fin de saber de las necesidades y carencias del alimentista y en ese sentido, se debe velar por un tipo de prestación que coincida con dicho fin.

Por lo tanto, las partes pueden determinar libremente el contenido de las prestaciones. Quizá el alimentista no requiera de vivienda o manutención por tener una casa cómoda o recursos económicos, pero la esencia del contrato que se traduce en la asistencia personal, confianza, cariño y cuidados, no se puede omitir, siendo estos imperativos, ya que su exclusión —*por la voluntad de las partes*— desnaturalizaría el contrato.

4.8.6. ALCANCES DE LA PRESTACIÓN.

Se sugiere que las partes tomen el tiempo necesario para regular cada una de las prestaciones y contraprestaciones, a fin de evitar conflictos provenientes de los vacíos, dudas o ambigüedades que provocaría un contrato sin una meditación jurídica mínima.

Sobre el contrato de alimentos, teniendo en cuenta que las prestaciones son tanto pecuniarias como personales, se tendría que determinar si existe un límite en cuanto a su contenido. A continuación, algunos criterios.

En vista de lo genérico que resultan las prestaciones de vivienda, manutención y asistencia de todo tipo, la autonomía de la voluntad al momento de redactar el contrato es la que *prima facie* se encargara de determinar los límites y alcances de cada una de ellas, así como los linderos que determinan la inejecución de las prestaciones.

Así también, la percepción que se tiene de los alimentos depende si esta proviene de la ley o del contrato. En lo referente a la cuantía de los alimentos, cuando la obligación proviene de la ley, esta debería guardar proporción entre los medios del alimentante y las necesidades del alimentista, con la posibilidad que estas circunstancias modifiquen o extingan las prestaciones. En el contrato de alimentos, la regla mencionada no es pertinente, los ingresos del alimentista o las posibilidades económicas del alimentante son intrascendentes y no alteran de modo alguno el cumplimiento de las prestaciones. Por lo tanto, si el alimentante sufre pérdidas económicas y queda en un estado de insolvencia, ello no determinara la extinción o reducción de las prestaciones provenientes del contrato de alimentos ni tampoco la creciente prosperidad económica del alimentista ha de alterarlas.

La justificación que da la doctrina es interesante y fundamental para el estudio del contrato de alimentos. Esta sostiene que la causa del contrato de alimentos es distinta a la que proviene de la ley la cual es la solidaridad, ya que el alimentista cede un bien a cambio de un beneficio económico y moral, incluyendo

cuidados, asistencia y demás prestaciones. En ese sentido, si el alimentante — *en la situación económica en la que se encuentre*— no cumple con su prestación, el alimentista estaría facultado para exigir el cumplimiento forzoso o pedir la resolución del contrato y el resarcimiento por los daños sufridos³⁵⁶. Por tanto, las reglas son distintas para los alimentos provenientes de la ley y del contrato.

En la misma línea de mala interpretación de la norma, podría el alimentista en virtud de sus extravagantes necesidades, exigir ilimita y abusivamente prestaciones a su favor. La doctrina considera que no y sugiere poner límites al valor de la prestación, sin embargo, en las prestaciones personales, sería complicado determinar límites ya que “difícilmente podrán determinarse los cuidados y ayudas eminentemente afectivos que el alimentista deba recibir”³⁵⁷, para ello sugiere alternativas interesantes como: cumplir con estas prestaciones en una extensión similar a las que brinda a su familia, sin bajar la calidad o cantidad.

Para finalizar, la cláusula *rebus sic stantibus*, aquella que busca que se restablezca la equivalencia en las prestaciones, no será pertinente en el contrato de alimentos, porque este es un contrato aleatorio y hay una gran posibilidad en este contrato que la prestación del alimentante tenga un valor mayor a la prestación recibida, pero ese es el riesgo que asume.

4.9. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONTRATANTES

El contenido del contrato es aquel que determina los derechos y las obligaciones de los contratantes. En esta ocasión detallaremos las obligaciones del alimentista y del alimentante.

4.9.4. OBLIGACIONES DEL ALIMENTISTA.

³⁵⁶ *Ibid*, p. 486

³⁵⁷ *Ibid*, p. 492.

El alimentista a cambio de recibir vivienda, manutención y asistencia de todo tipo ha de transmitir no solo cualquier clase de bienes o derechos sino también un capital. A continuación, detallaremos las prestaciones del alimentista.

4.9.4.2. *TRANSMISIÓN DEL CAPITAL.*

La doctrina señala que, en los albores del contrato de alimentos, lo que cedía el alimentista era una cantidad de dinero —*situación no frecuente en la actualidad*— como prestación por los cuidados recibidos.

Luego se generó la posibilidad de que la prestación sea asumida mediante la cesión de bienes y derechos del alimentista, en este caso el cedente, siguiendo las reglas generales de los contratos y obligaciones, debe cuidar el bien y está en su esfera asumir las consecuencias por los vicios redhibitorios y el saneamiento por evicción.

La cesión de bienes brindara al alimentista un derecho personalísimo, a cambio de su derecho de propiedad. Si el alimentista quisiese tener mayores garantías y disfrutar de ciertos derechos del bien cedido, podría reservar el derecho de usufructo vitalicio del bien.

4.9.4.3. *CONSERVACIÓN DE LOS BIENES. VICIOS REDHIBITORIOS Y SANEAMIENTO POR EVICCIÓN.*

Como adelantamos líneas arriba, el alimentista tendrá la obligación de conservar el bien mientras este se encuentre en su esfera de dominio, y responderá por los daños que se le cause al bien, por su deterioro, destrucción y otros siniestros.

Así también, el alimentista, deberá responder por los vicios redhibitorios y el saneamiento por evicción. En este último caso, si el alimentante pierde los bienes por evicción, será compleja la devolución de la prestación que hizo a favor del alimentista, sobre todo en aquellas *in natura*, que brindan asistencia, cuidado y manutención del alimentista.

Sin embargo, la doctrina sugiere que se reclame un valor económico proporcional a la prestación *in natura* brindada hasta el momento de producido la evicción, así como el valor de los frutos naturales y civiles que provengan del bien, adicional a ello podrá solicitar el resarcimiento por el daño sufrido a condición de que se configuren los elementos de la responsabilidad civil.

En el caso de vicios ocultos o redhibitorios, la ley española establece en el artículo 1486, dos opciones, una de ellas es renunciar al contrato celebrado y las relaciones jurídicas obligatorias que provengan de este. Conjuntamente, si se hubiese llevado a cabo prestaciones de dar y hacer por parte del alimentante, exigir el reembolso. Todo ello sin perjuicio de exigir el resarcimiento por los daños ocasionados. La otra opción es requerir al alimentista que reduzca el precio.

Estas opciones son difíciles de conjugar con el contrato de alimentos porque no siempre se pueden convalidar económicamente las prestaciones ofrecidas y cumplidas por el alimentante y en el caso de solicitar una rebaja del precio, esta se traduciría en una situación difícil como sería bajar la expectativa y calidad de la prestación.

4.9.4.4. OBLIGACIONES ADICIONALES PROVENIENTES DE LA NATURALEZA PECUNIARIA Y MORAL DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.

Adicional a la cesión del bien, derecho o capital; el alimentista deberá entregar al alimentante todos los documentos que acrediten su titularidad y que posibiliten la publicidad registral de ser el caso. También deberá asumir determinados gastos referidos a la transferencia del bien.

Así también, al ser el contrato de alimentos *sui generis*, donde las prestaciones *in natura* son su exclusividad, el alimentista deberá respetar la autoridad familiar del alimentante y las costumbres que su familia, poniendo de su parte para mantener relaciones interpersonales saludables y estables.

4.9.5. OBLIGACIONES DEL DEUDOR DE LOS ALIMENTOS.

El deudor de los alimentos, considerado como alimentante, asume una prestación alimenticia que debe garantizar la subsistencia del alimentista con dignidad y permitiendo el desarrollo de su personalidad³⁵⁸

El alimentante —*en caso no conviva con el alimentista u cedente del bien*— deberá cumplir con las prestaciones —*como regla general*— en el domicilio del alimentista. La inobservancia de este criterio podría llevar a la resolución de la relación jurídico-obligatoria —*mal llamada resolución del contrato*—por incumplimiento.

Otra de las obligaciones, ya de contenido moral, es tratar con respeto y consideración al alimentista, brindarle el máximo de apoyo y asistencia, tomando en cuenta su situación personal y limitaciones físicas.

Los actos de cortesía y respeto también deben ser tomada en cuenta por los familiares que conviven con el alimentante, sin perjuicio de que la obligación *in toto*, será asumida por el alimentante en base al carácter *intuitu personae* del contrato.

Sobre el carácter personalísimo del contrato de alimentos, y a fin de sentar una posición sobre la misma, planteamos la siguiente interrogante ¿Es posible que un tercero pueda cumplir con la prestación encomendada al alimentante? La respuesta sería positiva si dicha facultad al tercero se estableció en el contrato.

Pero si nada se dijo, cabría la posibilidad de que un tercero asuma las prestaciones del alimentante, si tomamos en cuenta algunos detalles objetivos como puede ser la especialidad de algún centro asistencial o la profesión del

³⁵⁸ Martínez Rodríguez Nieves, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid, Wolters Kluwer, 2010.

tercero, quienes estarían capacitado y tendrían la experiencia suficiente para brindar asistencia y atenciones de calidad al alimentista. Eso no implica el desentendimiento del alimentante, debiendo estar al cuidado y fiscalizando al tercero.

Por tanto, el alimentante puede delegar alguna de las prestaciones a terceros, pero siempre manteniendo bajo su esfera determinados cuidados, asistencia moral y cumplimiento *in natura*, ya que caso contrario, si se desligase de las prestaciones básicas del contrato de alimentos o las cumplierse en menor medida, esto sería causal de resolución por cumplimiento parcial o defectuoso.

Sería oportuno decir que el alimentante siempre debe estar presente y atento ante las necesidades del alimentista y que solo podría contratar con terceros para mejorar la condición y calidad de vida del alimentista.

Para finalizar, la responsabilidad civil por los daños que sufra el alimentista a causa de los actos dolosos o culposos del tercero será asumida por el alimentante por incurrir en culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando*.

4.9.6. INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

La legislación española faculta tres actuaciones ante el incumplimiento de la obligación de alimentos³⁵⁹; estas podrían ser:

³⁵⁹ Siempre en cuando cumplan con los siguientes presupuestos:

- a) Vínculo contractual vigente.
- b) Que las prestaciones deben ser exigibles y recíprocas.
- c) La inejecución debe causar daño o perturbar la estabilidad del demandante.
- d) Actuar doloso o culposo.
- e) Que el demandante no haya incumplido primero o su incumplimiento sea como consecuencia del incumplimiento del demandado.

- a) Exigir el cumplimiento³⁶⁰ incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda.
- b) Pretender la resolución del contrato, con la restitución de las prestaciones recibidas.
- c) Conversión³⁶¹ del contrato de alimentos en una obligación de pagar —*por fallecimiento del alimentante o por conflictos personales entre los contratantes*— sin perjuicio de exigir un resarcimiento por el daño causado, si es que reúne todos los presupuestos que exige la responsabilidad civil.

Sobre esta premisa legal, un breve comentario de apertura:

El contrato de alimentos será por parte del alimentista un contrato de ejecución inmediata y por esa razón, no es usual que el alimentante lo demande por incumplimiento, porque este ya cumplió con antelación. No obstante, de suceder el incumplimiento por parte del alimentista, se deberá tener en cuenta las reglas generales para los contratos y obligaciones.

Sobre la determinación y prueba del incumplimiento, así como la ejecución forzada, la doctrina ha detectado ciertas dificultades o problemas³⁶². Esto se debe a la poca inversión de tiempo y asesoría jurídica al momento de redactar el contrato y por la propia naturaleza de las prestaciones del alimentante, ya que, al ser personales y afectivas, se dificulta la demostración y certeza del incumplimiento, siendo la carga de la prueba, para quien alega el incumplimiento un trabajo complejo por su ámbito de subjetividad. Ello quiere decir que las

³⁶⁰ El alimentista podrá exigir que se cumpla la obligación, aunque por la naturaleza del contrato que es personal y basado en la confianza, no sería oportuno exigir cariño y consideración.

³⁶¹ El supuesto de la conversión opera por el fenecimiento del obligado a prestar alimentos o la insostenible comunicación y convivencia de las partes contratantes por un hecho de gravedad. Revítese la siguiente obra: José Luis Lacruz Berdejo, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, 7° ed., Madrid, Dykinson, 2012, p. 357.

³⁶² Como puede ser la prueba del incumplimiento de las prestaciones *in natura*, las cuales son de naturaleza moral y tienen que ver con atenciones y afecto. Gómez Laplaza, *op.cit.*, pp.153-173.

prestaciones *in natura* al desarrollarse en la intimidad del hogar, harán difícil la demostración objetiva de su incumplimiento.

4.9.6.2. *INEJECUCIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.*

La teoría de la inejecución de las obligaciones clasifica el incumplimiento en absoluto o propio e incumplimiento relativo o impropio, este último cuando hubo cumplimiento, pero extemporáneo, defectuoso o parcial.

En el caso del contrato de alimentos, el incumplimiento es absoluto cuando el alimentante omite cumplir con las prestaciones de dar y hacer a favor del alimentista y será relativo cuando el alimentante cumple, pero fuera de tiempo e interés del alimentista, la prestación no coincide con los parámetros mínimos establecidos en el contrato o es limitada.

Así también —*a diferencia de otros tipos contractuales*— en el contrato de alimentos, al ser un contrato asistencial y de manutención, el incumplimiento moratorio podría validar la resolución del contrato.

Por otro lado, las causas del incumplimiento pueden no ser imputables al deudor en un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito, asumiendo el acreedor las consecuencias de la inejecución y extinguiéndose la relación obligatoria.

En el caso contrario, será la conducta dolosa o culposa del deudor la que facultará al acreedor por exigir el cumplimiento o resolver el contrato.

4.9.7. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.

La resolución es un supuesto de ineficacia funcional del contrato, considerado también como un remedio que se aplica a un contrato válido cuyos fines económicos se ven frustrados, principalmente por el incumplimiento de alguna de las partes.

La crispación entre las partes o el capricho de alguna de ellas podría confundir determinada conducta como incumplimiento, por lo tanto, lejos de todo subjetivismo, se debería tener en cuenta criterios objetivos, que están delimitados por la ley y el pacto³⁶³; por ejemplo, el incumplimiento de una obligación principal, como sería la prestación de alimentos, que es vital para el alimentista y del cual no debe haber dilación alguna.

También, al ser este un contrato *sui generis, intuito personae*, asistencial y de ejecución continuada, cabe la posibilidad de la resolución por incumpliendo parcial.

Por otro lado ¿qué ocurre cuando el alimentista dificulta o frustra el cumplimiento del deudor? La doctrina considera que no sería posible que el alimentante invoque la resolución del contrato o pueda pedir el cumplimiento forzoso, ya que esas prerrogativas están reservadas para el alimentista.

Sin perjuicio de ello —*tomando en cuenta que este contrato se caracteriza por tener prestaciones de dar y hacer, sobre todo aquellas in natura*— el alimentante que desea cumplir, pero por interferencias u omisiones del acreedor se le dificulta ello, podrá invocar la conversión de la prestación sobre todo las referidas a la asistencia y manutención en el pago de una pensión. Sin embargo, otro sector doctrinal propone que cuando el alimentista se niega a recibir la prestación del alimentante diligente —*sin razón justificable y por el solo hecho de perjudicar al deudor*— este podrá legítimamente solicitar la resolución incluido el resarcimiento ante la ocurrencia de daños.

Por lo tanto, el alimentante podría pedir la resolución del contrato, así como la conversión pecuniaria de la prestación alimenticia.

³⁶³ Ya que estas regularán intersubjetivamente las conductas u omisiones que serán resolubles.

Hasta este momento, se puede afirmar que la acción resolutoria puede ser interpuesta tanto por el alimentista como por el alimentante, ya que ambos están legitimados para ello, debiendo probar el incumplimiento de la parte demandada.

Sobre lo anterior, y como ya se adelantó, se dificulta probar el incumplimiento de la prestación *in natura* porque su contenido es moral y trata sobre los cuidados recibidos, la consideración, respeto, cariño, el tiempo brindado y otros que se desarrollan en la intimidad del hogar a puerta cerrada.

Otro punto sería la legitimación de solicitar la resolución ante el incumplimiento en perjuicio de una pluralidad activa, es decir, de varios acreedores o alimentistas, sean estos porque cedieron un bien de copropiedad o quizá por estar casados y formar parte de un régimen de gananciales o de separación de bienes.

Según la doctrina cualquiera de las personas que forman la parte acreedora estarán legitimados para solicitar la resolución del contrato, esta será una resolución parcial donde el accionante recobrará los bienes que haya cedido, pero es de aclarar que los efectos de la resolución solo le incumbirán al solicitante o accionante. Para que tenga efecto absoluto ha de ser interpuesto por todos los que conforman la parte acreedora³⁶⁴.

Ocurre algo particular cuando la resolución es interpuesta por el alimentista sobreviviente —*en caso de premoriencia*—. En este caso, no será una resolución parcial, que versara únicamente sobre los bienes cedidos por el sobreviviente, sino por todos los que conforman la prestación contractual, incluido los bienes aportados por el fallecido.

Siguiendo el camino de Tánatos, los herederos estarán legitimados para ejercitar la acción resolutoria siempre que esta haya sido iniciada por el alimentista antes de su fallecimiento y convertida la prestación por efecto de la resolución en una

³⁶⁴ Berenger, *op.cit.*, p. 552.

pecuniaria ya no personalísima. Sin embargo, la jurisprudencia española³⁶⁵ admite la posibilidad de que el heredero solicite la resolución del contrato en el supuesto de que el incumplimiento se dio estando vivo el alimentista.

4.9.7.2. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN.

Son dos los efectos de la resolución del contrato de alimentos:

- a) El rompimiento del vínculo obligacional de las partes y la no exigencia de las prestaciones pendientes.
- b) Retrotraer las prestaciones al momento de su origen, eso es la devolución de las prestaciones ya ejecutadas, sin perjuicio de exigir el resarcimiento por los daños causado, siempre que se identifiquen los presupuestos fundamentales de la responsabilidad civil.

En el caso del contrato de alimentos, el alimentista es el que primero cede un bien o capital, usualmente en una prestación única no diferida en el tiempo. Si se resuelve el contrato, el alimentante debe restituir la titularidad sobre dicho bien o capital.

Sin embargo, es permisible por el poder de la autonomía de la voluntad, que se incorpore en el contrato un pacto por el cual, ante el incumplimiento, el alimentista no se vea obligado a restituir las prestaciones brindadas a su favor, sobre todo las prestaciones alimenticias ya que por su naturaleza son imposibles de retrotraer.

Con ello no se quiere afirmar que todas las prestaciones recibidas por el alimentista no han de ser devueltas por ser estas prestaciones de hacer o *in natura*, ya que estas pueden ser convertidas en dinero y la restitución sería pecuniaria.

³⁶⁵ Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de julio de 1992 y STSJ Galicia de 2 diciembre 1997.

Pero como determinar pecuniariamente las prestaciones de hacer o *in natura* como son la manutención, asistencia de todo tipo³⁶⁶, paciencia, compañía, respeto y otros criterios difíciles de cuantificar económicamente. Y que hacer si el alimentista luego del cálculo hecho tiene que devolver un valor mayor al inmueble cedido. Esto sin lugar a duda sería una situación peligrosa para su supervivencia.

El artículo 1795 permite al juez en atención al caso en concreto —*cuando la devolución ponga en peligro al alimentista*— disponer que la devolución por parte del alimentista “quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen”. A línea seguida, el artículo 1796³⁶⁷ también en beneficio del alimentista coadyuva a que no se ponga en riesgo su subsistencia o le sea imposible volver a celebrar otro contrato de alimentos, disponiendo que luego de la resolución y sus efectos, el alimentista cuente con un “superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida”.

Una angustia para el alimentista sería el hecho de que, al momento de solicitar la resolución del contrato, el bien cedido haya sido adquirido por un tercero a título oneroso y de buena fe. En ese supuesto el derecho del tercero sería infranqueable y los efectos de la resolución se verían frustrados al no ser posible la devolución del bien cedido.

Para evitar que el alimentista se quede desprotegido ante el ejercicio del derecho que tiene el alimentante, de no solo administrar sino disponer el bien, teniendo todos los atributos permitidos en los derechos reales y por tal vender el bien a un tercero de buena fe; se sugiere la incorporación en el contrato de alimentos de una cláusula que determine una condición resolutoria ante el incumplimiento de la obligación del alimentante, y por este medio, la resolución si afectaría al

³⁶⁶ De por sí, es un cajón de sastre.

³⁶⁷ Artículo 1796: De las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida.

tercero, aun siendo de buena fe y a título oneroso, permitiendo al alimentista exigir la restitución del bien por parte del tercero. Para la eficacia de esta cláusula, la misma debe ser registrable; basta revisar el artículo 1797³⁶⁸ para comprobar ello.

En el supuesto que el bien sea adquirido por un tercero de buena fe y el derecho o bien no sea registrable o siéndolo no se consideró y registro una cláusula de condición resolutoria explícita, el alimentante, ante la imposibilidad de devolver el bien cedido deberá entregar al alimentista el valor real del bien.

Los actos de administración que celebre el alimentante, sean estos por ejemplo un contrato de arrendamiento, deberán cumplir con sus fines y efectos sin ser alterados por la resolución aun en perjuicio del alimentista, ya que este tendrá que esperar hasta el vencimiento del contrato.

4.9.7.3. IMPLICANCIAS DE LA RESOLUCIÓN Y SU EFECTO RETROACTIVO O EX TUNC EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS.

La finalidad de la resolución es borrar el pasado y evitar el futuro, aniquilando una relación jurídica obligatoria. Ello significa que las partes —*jurídicamente hablando*— nunca celebraron el contrato. Teóricamente, no se produjo intercambio de titularidades o prestaciones, ya que las partes continúan con los mismos bienes y derechos, como si nunca hubiese ocurrido nada. Solo se logrará ello producto de la resolución contractual y mediante la restitución de los bienes o derechos recibidos por las partes.

Concretamente, el alimentista tendrá que devolver en valor pecuniario, los beneficios recibidos por su deudor y del mismo modo el alimentante restituir la

³⁶⁸ Artículo 1797: “Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria”

titularidad obtenida como prestación del contrato. Así se borrarán las huellas del contrato.

Sobre la resolución y una de las características del contrato de alimentos referida al tracto sucesivo, es importante mencionar que, en este caso, no operará el efecto *ex tunc* o retroactivo del contrato, eso quiere decir que no habrá restitución de las prestaciones entre las partes sino, solo se pretenderá desligarse para el futuro. Ya que las prestaciones han sido ejecutadas, sería ocioso ponerse a pensar en la restitución de estas.

Sin embargo, hay otro pensamiento que es el oficial, por lo menos a nivel de legislación española, donde si es posible la retroactividad —*aunque se trate de un contrato de “tracto sucesivo” y donde la regla es la irretroactividad*—. Para entender ello debemos exponer las razones lógicas por las que la resolución del contrato de alimentos debería ser retroactiva.

Primero, solo es de tracto sucesivo para una de las partes, quien es el alimentante y en ese supuesto no encaja a plenitud la excepción a la retroactividad, y si se fuerza la figura, solo se conseguiría causar perjuicios materiales al alimentante, quien, según las reglas de la irretroactividad, no podrá exigir la devolución de las prestaciones ya ejecutadas.

Segundo, la irretroactividad generaría enriquecimiento sin causa a favor del alimentista, quien ha de beneficiarse gratuitamente de las prestaciones recibidas tanto pecuniarias como *in natura* y además recibir la devolución del bien, así como las repercusiones económicas a su favor por daños, resarcimientos y responsabilidad civil del alimentante.

La claridad llega con el segundo párrafo del artículo 1975³⁶⁹ y 1976³⁷⁰ del código civil español que prescribe la retroactividad como consecuencia de la resolución del contrato. De la lectura de los artículos mencionados se evidencia el carácter protector o tuitivo del alimentista quien tendrá que devolver, pero con ciertas consideraciones en cuanto a tiempo y forma sin poner en peligro su subsistencia. Esto no parece malo, dado que el alimentista es la parte más débil y vulnerable por su edad, condición física o mental. Además, esta medida generaría en el alimentante una motivación para cumplir con el contrato ya que al notar las consecuencias que son más desfavorables para su persona, preferirá conducir el contrato en los términos pactados.

Por otro lado, el alimentista aun con el criterio tuitivo que toma el juez, pueda verse en grave peligro ya que no cuenta con asistencia necesaria para su subsistencia o los bienes devueltos no son los suficientes para constituir un nuevo contrato de alimentos, entre otros. Ante esa situación el juez tiene la facultad de incrementar el resarcimiento por el incumplimiento del contrato a fin de seguir protegiendo al alimentista quien como mencionamos es la parte más débil del contrato.

Ahora, transcribiremos las angustias que provoca la redacción del artículo 1976 sobre todo cuando se refiere a un superávit suficiente³⁷¹ y pensión análoga³⁷². La doctrina se pregunta lo siguiente: “¿qué se entiende por superávit suficiente?,

³⁶⁹ Artículo 1795: “(...) En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respeto de lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen”. El subrayado es nuestro.

³⁷⁰ Artículo 1796: “De las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida”. El subrayado es nuestro.

³⁷¹ Induce a la subjetividad y relatividad, ya que para una parte el superávit puede ser suficiente y para la otra no.

³⁷² El término “análogo” podría inducir al interprete a que, una vez resuelto el contrato de alimentos, el alimentista podría celebrar otro contrato de similares características como la renta vitalicia o en su defecto formalizar un nuevo contrato de alimentos.

¿cómo constituir una pensión análoga?, ¿no debería decir constituir un nuevo contrato de alimentos?"³⁷³

Se entiende que, ante el efecto de la resolución del contrato, que es la devolución de las prestaciones otorgadas, el alimentista no ha de verse obligado a devolver *ipso facto* la prestación y menos en su totalidad ya que la ley considera que con lo que se reserve, tendrá la posibilidad de celebra otro contrato, no quedando en desamparo.

Estas consideraciones otorgadas por el juez a favor del alimentista deben ser razonables con la condición y necesidad en la que se encuentre el acreedor de los alimentos, a *contrario sensu*, si el alimentista goza de fortuna o bienestar suficiente, el juez denegara la prórroga y la disminución de la devolución de la prestación brindada a su favor.

4.9.8. CUMPLIMIENTO FORZOSO DE LAS PRESTACIONES.

Consideramos que el cumplimiento forzoso de una prestación que sobrepasa la esfera económica y colinda con las prestaciones *in natura* de carácter moral, asistencial y que implica compañía, además de ser brindada en un clima de buenas relaciones personales y calidez emocional, sería un contrasentido.

En el supuesto de que el alimentista no opte por la resolución del contrato o el cumplimiento forzoso, sino por la conversión de la prestación *in natura* en una pecuniaria y esta se incumpla, en esas circunstancias si será oportuno el cumplimiento forzoso porque la prestación esta materializada.

4.9.9. INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE.

Cuando el incumplimiento se debe a una conducta culposa o dolosa, este debe ser sancionado por el derecho. A *contrario sensu*, cuando el incumplimiento se

³⁷³ Berenguer, *op.cit.*, p. 572.

debe a causas ajenas a la voluntad, no se genera ningún reproche ni responsabilidad; por ende, será un supuesto de inimputabilidad.

Un supuesto de inimputabilidad en el contrato de alimentos se configuraría cuando la relación de las partes contratantes se torna intolerante, porque la humanidad y las personas son complejas y más cuando tienen dolencias o limitaciones, la paciencia y compromiso se emblandece.

Por otro lado, el incumplimiento inimputable no siempre determinaría la extinción de la relación obligatoria. Supongamos un caso de incumplimiento inimputable parcial, donde el alimentante por un accidente pierde una mano o un pie. En este supuesto el alimentante podrá cumplir con una gran cantidad de prestaciones, y el alimentista podrá válidamente continuar con el contrato en la parte o medida que corresponda sin perjuicio del derecho que tendría de resolver el contrato o en virtud del artículo 1792 pedir la conversión pecuniaria.

En el caso que el incumplimiento inimputable sea transitorio y el retraso no sea trascendente para el alimentista, este deberá pasarlo por alto, salvo que considere que ya no satisface sus intereses, en ese caso, podrá dar fin al vínculo intersubjetivo y la relación jurídica obligatoria, aun siendo un incumplimiento inimputable transitorio.

4.9.10. INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE POR INCOMPATIBILIDAD DE HUMOR. LA CONVERSIÓN DE LAS PRESTACIONES.

En el desarrollo del contrato de alimentos, las relaciones personales diarias conllevan a un clima de confianza y con esto, las personas se muestran —*en la medida de lo posible*— con mayor transparencia, conociendo las verdaderas fascinaciones y costumbres de cada uno. Es en ese momento donde la probabilidad que ocurran controversias es mayor.

Antes de la ley que reconoce y regula el contrato de alimentos en España, las desavenencias que se producían —*en el contrato atípico de alimentos*— por incompatibilidad de caracteres se resolvían convirtiendo la prestación *in natura*

en una pecuniaria, con ello se terminaban las relaciones interpersonales, limitándose a una exigencia netamente económica.

La doctrina española considera que la conversión no es un caso de obligación alternativa, ya que la única obligación es prestar alimentos, no existe otra. Lo que si pudiera variar es la forma como se va a ejecutar, sea esta mediante atenciones personales o con exclusividad pecuniaria.

Tampoco ha de ser considerada como una obligación facultativa, ya que la prestación es brindar alimentos y el deudor no se liberará de la obligación cumpliendo otra forma de prestación de manera facultativa.

Esta conversión —*determinada unilateralmente por el juez*— de las prestaciones *in natura* en una pecuniaria no era bien vista por los juristas españoles cuando no habían sido pactadas por las partes. Esta intervención del juez suponía una revisión judicial del contrato.

En el derecho comparado, fundamentalmente en la realidad francesa, la conversión hecha por los jueces de una prestación *in natura* en una pecuniaria se da cuando no es posible culpar a alguna de las partes del incumplimiento o por la imposibilidad del cumplimiento.

Sin embargo, no todos los jueces permitían esta conversión —*incluso ante el pedido sincero de los alimentantes*— cuando no estaba contemplada en el contrato. Sin perjuicio de ello, la corte de casación de Francia permite al juez resolver el contrato, convertir la prestación *in natura* en una pecuniaria, pero todo ante el pedido de las partes, de ninguna manera ha de ser de oficio.

En la experiencia del derecho suizo, se le faculta al juez puede realizar la conversión “bien a petición de parte, bien de oficio aplicando su libre poder de apreciación”³⁷⁴.

³⁷⁴ *Ibid*, p. 593.

En la legislación española, el artículo 1792 permite la conversión a elección de las partes o solo del alimentista —*si así se estableció en el contrato*— ante las circunstancias que dificulten el cumplimiento de la prestación y su trato cordial o afabilidad del día a día.

Es importante recordar que el factor o la situación económica de desventaja del deudor no es justificable para variar la prestación del contrato. El artículo 1793 es claro al determinar 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. Por tanto, si el caudal económico del deudor fuese menor por culpa o sin culpa de este, en ambas situaciones tampoco sería posible la conversión sin perjuicio de solicitar la resolución del contrato cuando el desmedro económico no se deba a culpa del deudor. Esta resolución cuando la imposibilidad económica del deudor le sea inimputable no generará resarcimiento.

4.9.11. LA CONVERSIÓN DE LA PRESTACIÓN *IN NATURA* EN PECUNIARIA ¿NOVACIÓN?

La conversión de las prestaciones que permite el artículo 1792 es considerada como una novación en renta vitalicia³⁷⁵ —*por el contenido pecuniario*—, sin embargo, otros juristas opinan que no existe tal novación ya que la nueva prestación estará bajo los parámetros legales del contrato de alimentos. En tal sentido no ha nacido un nuevo contrato de renta vitalicia, sino una nueva forma de ejecutar el contrato.

³⁷⁵ Algunos como Llamas Pombo, consideran que la conversión de la prestación *in natura* —*de marcado contenido moral*— en una pecuniaria, es efectivamente una novación ya que se cambia o extingue una prestación alimenticia proveniente de una prestación de dar y hacer por otra de renta vitalicia cuya naturaleza es una prestación de dar. Los motivos serían la muerte, desistimiento unilateral o resolución contractual por inexecución del deudor de los alimentos. Llamas Pombo, *op.cit.*, p. 214.

Otro aspecto fundamental que podría perjudicar al alimentista al considerar la conversión como una novación, es la imposibilidad de solicitar la resolución contractual por inejecución del pago. Efectivamente, el artículo 1805³⁷⁶ del código civil español que regula la renta vitalicia expone que el incumplimiento del deudor no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado, estas últimas son los efectos de una resolución, que retrotrae las prestaciones al inicio de la celebración del contrato y que coadyuban a la tranquilidad y seguridad del alimentista.

Un comentario crítico sobre la posibilidad inmediata y sin requisitos que brinda el artículo 1792 de convertir la prestación *in natura* en una pecuniaria, podría generar fraude ya que el alimentante podría invocar la conversión cuando considere que le es más rentable y cómodo, evitándose cumplir lo que realmente desea el alimentista que es asistencia y compañía. Del mismo modo el alimentista puede hacer uso indiscriminado y pernicioso para la otra parte de la potestad que le brinda el artículo en mención de convertir las prestaciones.

Volviendo a las desventajas que ocasiona la conversión en el alimentista, esta extinguiría el componente personal del contrato de alimentos y la prestación *in natura*, aquella que motivo la celebración del contrato y que en muchos casos es vital para la subsistencia del alimentista, porque en determinadas situaciones y circunstancias de la vida de las personas, el dinero o una renta fija no son tan importantes como la compañía, el cuidado personal y ser parte de un hogar.

Para finalizar, si entre las partes existen desavenencias que podrían considerarse intolerables, las partes podrían acudir al juez y solicitar la conversión de las prestaciones en una de naturaleza pecuniaria.

³⁷⁶ El artículo 1805 establece que ante el incumplimiento del pago de las pensiones que ya vencieron en la renta vitalicia, no se legitimara al acreedor a solicitar la devolución del bien o capital entregado. Tan solo podrá exigir de manera judicial el pago de las rentas demoradas y el aseguramiento de las futuras.

4.9.12. EL INCUMPLIMIENTO Y LOS PROCESOS INMEDIATOS A FAVOR DEL ALIMENTISTA.

La demora en los procesos judiciales es una constante a nivel mundial. Cual cuento kafkiano, no es inusual que el demandante fallezca sin conocer la justicia.

En el contrato de alimentos, el demandante ante el incumplimiento suele ser el alimentista; por lo menos en la gran mayoría de casos, ya que el alimentista cumple con la prestación *in toto* al momento de celebrarse el contrato, mientras que el alimentante tendrá aun prestaciones pendientes que pueden ser incumplidas.

Se considera al alimentista como la parte más débil del contrato, también es la más vulnerable por las condiciones físicas y mentales propias de su avanzada edad.

Por la razón antepuesta, consideramos que el proceso ante el incumplimiento del alimentante debe ser el más raudo y eficaz posible, porque se trata de una parte que requiere de asistencia y manutención, siendo estas vitales para su subsistencia y salud.

Por lo tanto, en muchos de los casos donde el incumplimiento del contrato de alimentos pone en riesgo al alimentista, se requiere de un procedimiento de urgencia que este lejos del procedimiento ordinario, que suele sentarse en un diván hecho de oro sin temor por el tiempo.

En tal sentido, se propone en armonía con las fuentes investigadas, que dentro del sistema judicial se conformen órganos jurisdiccionales que atiendan exclusivamente las cuestiones judiciales donde sean parte los adultos mayores, primando la celeridad del proceso.

Otra alternativa sería considerar a la mediación como un mecanismo alternativo a la vía ordinaria y que a diferencia de esta se caracteriza por su rapidez y sencillez. Así también —*cuando las partes así lo decidieron*— sería el arbitraje

un medio ideal para resolver el conflicto. Este también es una vía alterna al poder judicial, una justicia privada determinada por un tercero imparcial denominado arbitro quien resolverá de manera más rauda y definitiva el conflicto jurídico.

Por tanto, en el contrato de alimentos debiera estar presente la voluntad de las partes indicando que, ante cualquier incumplimiento de la prestación por parte del alimentante, se debería recurrir al arbitraje, así también es importante que en el contrato el alimentista determine a una persona quien va a hacer prevalecer sus intereses y expectativas, sobre todo, cuando por el paso del tiempo, pierda facultades y autonomía. En el derecho francés, la delegación al tercero se conoce como mandato de protección futura.

Por último, considerar que uno de los motivos por el que el alimentista no demanda el incumplimiento es porque considera que el incumplimiento es un estado pasajero o por temor a que el alimentante tome represalias, porque considera que no habría otra persona que ocupe el lugar del alimentante por el grado de confianza que tienen o en una situación más compleja por las limitaciones físicas y mentales del alimentista que le impida reclamar por el incumplimiento o el cumplimiento tardío, defectuoso o parcial de la prestación. piénsese en una enfermedad degenerativa que padezca el alimentista. Es importante evitar este tipo de reflexiones ya que perjudicaran a la parte vulnerable que es el alimentista.

4.10. GARANTIA

4.10.4. GARANTÍAS A FAVOR DEL ALIMENTISTA.

En la actualidad no es común que las prestaciones en los contratos sean simultaneas, y ello traería como consecuencia una ventaja estratégica³⁷⁷ respecto a una de las partes, la cual se encuentra en una situación segura al haber recibido la prestación *in toto* y quizá su motivación para su

³⁷⁷ Oscar Sumar Albújar y Luis Miguel Velarde, *Contratos: teoría y práctica. Aportes del derecho comparado*, Lima, Universidad del Pacífico, 2015, p. 26.

contraprestación se disminuya, por lo tanto, es necesario repensar en garantías a favor de la parte más vulnerable.

Tal como indica Patricia López Peláez, la garantía a favor del alimentista se justifica porque este ha cumplido íntegramente con su prestación a la celebración del contrato y está en suspenso la contraprestación del alimentante, en ese ámbito hay un riesgo considerable de incumplimiento y frustración de las expectativas del acreedor de los alimentos³⁷⁸.

El artículo 1797 del código civil español, faculta a las partes incorporar dos garantías a favor del acreedor —*sin perjuicio de que ellos puedan considerar otras con el mismo fin*— las cuales son la condición resolutoria explícita y la hipoteca en garantía de prestaciones futuras.

Sin embargo, la doctrina considera que ambas garantías deben ser expresadas por las partes en el contrato, por lo tanto, no consideran necesario su incorporación en el artículo porque “aunque no lo hubiera hecho, las partes podrían perfectamente recurrir a cualquiera de las dos”³⁷⁹.

En las siguientes líneas comentaremos sobre una modalidad del acto jurídico —*contrato de alimentos*— como es la condición resolutoria y también una garantía real como es la hipoteca constituida sobre los bienes que cedió el alimentista.

Ambas garantías necesariamente versarán sobre bienes registrables —*amparados por la publicidad registral y con oponibilidad erga omnes*— ya que la finalidad de estas garantías es brindar seguridad al alimentista frente a posibles transacciones y transferencias con terceros ajenos a la relación jurídica obligatoria primigenia.

³⁷⁸ Patricia López Peláez, “La financiación de la calidad de vida de las personas mayores. Renta vitalicia y contrato de alimentos”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, España, Numero 70, 2007, p. 122.

³⁷⁹ Montserrat Pereña Vicente, “La regulación del contrato de alimentos”, en: Eugenio Llamas Pombo, (coor.), Estudio de derecho de obligaciones, España, Wolters Kluwer, 2006, Tomo II, p. 572.

4.10.4.2. *CONDICIÓN RESOLUTORIA AUTOMÁTICA.*

El artículo 1797 del código español, determina la condición resolutoria explícita, aquella que se activa sin acudir a los tribunales y es una garantía a favor del alimentista por medio del cual, ante un incumplimiento se facultará a este para resolver el contrato y exigir la devolución de la titularidad y de ser el caso, también los frutos e intereses devengados. Adicional a ello las partes pueden acordar que el alimentista, quien es la parte más vulnerable, no esté obligado a restituir las prestaciones alimenticias dadas a su favor o que el juez permita la restitución paulatina de la prestación recibida.

Lo complejo en el caso del contrato de alimentos será probar el incumplimiento de las prestaciones *in natura*.

Por último, para que la condición resolutoria explícita tenga efectos frente a terceros, esta debe ser incita en el Registro. Con ello el tercero al tener conocimiento de la cláusula resolutoria deberá sin mayor justificación devolver el bien ante el incumplimiento del alimentante quien a su vez le ha cedido el bien, por tanto, no será atractivo para el común de las personas adquirir un bien con este tipo de condición resolutoria explícita ya que el riesgo que asumirán ante el incumplimiento del alimentante es alto.

En vista de lo anterior, este tipo de transferencia no es la más aconsejable para el tercero. Por esa circunstancia, el alimentante se quedará con el bien y será de fácil recuperación por el alimentista.

En el caso de no inscripción en el registro de la condición resolutoria explícita, no se afectará la situación jurídica del tercero que adquirió de buena fe.

4.10.4.3. *HIPOTECA*

La hipoteca es una garantía a favor del alimentista, cuya practica no es habitual. La ley hipotecaria española en su artículo 157 le da un tratamiento especial y específico, considerando la hipoteca proveniente del contrato de alimentos como particular y la denomina hipoteca de garantía de rentas o prestaciones periódicas.

Hay críticas sobre este tipo de hipoteca, bien por ser inusual en la praxis o por las dificultades que conlleva su ejecución, ya que el objetivo de la garantía hipotecaria es que se cumpla con una prestación dineraria, mas no es su naturaleza garantizar el cumplimiento de prestaciones *in natura* las cuales son la esencia del contrato de alimentos.

En virtud de que la garantía hipotecaria se vería limitado al no poder garantizar el cumplimiento de prestaciones *in natura*, algunos estudiosos consideran que debe ser excluida de la ley como garantías del contrato de alimentos. No obstante, otro sector doctrinario considera que la hipoteca sería una medida eficiente y el incumplimiento de la prestación *in natura*, se estaría monetizando mediante el resarcimiento.

Otra complejidad sería la prestación personalísima ya que el alimentista espera recibir del alimentante las prestaciones provenientes del contrato de alimento y de ninguna manera sería viable que esté obligado a recibirlos de un tercero o nuevo adquirente que haya adquirido el bien con la hipoteca, por lo tanto, no hay subrogación, ya que lesionaría los intereses del alimentista.

Una de las soluciones que brinda la ley está plasmada en el artículo 1792 —*para el cumplimiento eficiente del rematante y sea adecuada a los fines del contrato de alimentos*— y es la conversión de las prestaciones *in natura* en una pecuniaria. De este modo cabría una subrogación, pero sin garantizar que no se causaría lesiones a los intereses del alimentista. En este sentido, se sugiere que en la redacción del contrato se contemple la posibilidad de conversión equivalente de la cuantía de las prestaciones *in natura* en una pecuniaria.

Sobre el tipo específico de hipoteca, que es en garantía de rentas o prestaciones periódicas, cabe precisar algunos aspectos:

Técnicamente las prestaciones periódicas no concuerdan con el contrato de alimentos, ya que esta es una de ejecución continua, de prestaciones *in natura* y por tanto la cuantía es variable en virtud de las necesidades del alimentista, eso quiere decir que el pago no es matemáticamente fijo, determinado y constante sino por el contrario es variable y acorde a circunstancias personales del alimentista, su ámbito es la aleatoriedad.

Por lo tanto, no será viable considerar en la inscripción registral el plazo, modo y forma de las prestaciones del alimentante³⁸⁰

4.10.4.4. PROHIBICIÓN DE DISPONER.

Esta medida beneficia al alimentista ya que se prohíbe la disposición del bien que fue cedido al alimentante, por lo tanto, se le restringe al alimentante la posibilidad de vender, dar en hipoteca o cualquier otro acto de disposición sobre el bien o los bienes recibidos por el alimentista.

Con ello, ante el incumplimiento por parte del deudor de los alimentos, el alimentista podrá solicitar la resolución del contrato y recuperar el bien sin contratiempos.

Sin embargo —a diferencia de la hipoteca y condición resolutoria— tal prohibición no podrá ser registrable y tener efectos ante terceros. Es importante aclarar este punto. La prohibición de disponer de acuerdo con la Ley Hipotecaria Española³⁸¹, podría ser inscrito en el registro si es que se trata de una transferencia gratuita, como podría ser una donación. Pero aquellas transferencias onerosas no tendrán acceso al registro sin perjuicio de su validez, pero solo para las partes intervinientes del contrato.

³⁸⁰ Berenguer, *op.cit.*, p. 639.

³⁸¹ art. 26.3 LH

La doctrina más autorizada y consultada a lo largo de nuestra investigación considera que no es proporcional y lógico que esta prohibición se desarrolle en actos gratuitos y no en los onerosos³⁸².

Por lo tanto, la prohibición de disponer inserta en el contrato de alimentos, solo generara en el alimentista la posibilidad de reclamar resarcimientos ante el incumplimiento. En ese sentido, no brindaran garantía al alimentista, como si lo hiciera una prohibición que sea pasible de registro.

No obstante, la doctrina plantea la posibilidad de inscribir en el registro la prohibición de no disponer bienes inmuebles transmitidos a título oneroso. La forma es la siguiente: Mediante una condición resolutoria que es pasible de registro, se podrá incorporar la prohibición de disponer. En este supuesto, si el alimentista incumple la obligación y transfiere el bien antes del deceso del cedente, se procederá a la resolución del contrato. Este acto también es considerado por otro sector como fraude a la ley.

4.10.4.5. LA RESERVA DE USUFRUCTO.

El alimentista seguirá viviendo en el bien que cedió hasta su fallecimiento, sin preocuparse de los gastos que genera la propiedad.

³⁸² Berenguer, *op.cit.*, p. 681.

4.11. ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE ALIMENTOS

4.11.4. CUADRO DE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.

Nº	ORGAN O	DATOS DE LA JURISPRUDENCIA	TEMA	DECISION	COMENTARIOS
Sentencia núm. 159/20 19 de 14 de marzo.	España. Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª).	En lo pertinente a nuestra investigación, es fundamental el carácter aleatorio del contrato de alimentos, en tal sentido, en la jurisprudencia bajo comentario, se ha considerado una infracción a los artículos 1790 y 1791 del código civil español que hacen referencia a la aleatoriedad en el contrato de alimentos. La accionante sostiene que no se ha presentado el carácter	Aleatorie dad en el contrato de alimentos .	El Tribunal Supremo considero que sí se presenta el carácter aleatorio, ya que la madre de la accionante está viva y es ella parte acreedora de los alimentos al igual que el fallecido, y no se conoce el tiempo que tendrá de vida.	Mediante esta jurisprudencia podemos considerar que la decisión del colegiado rescata un tema muy importante el cual es la aleatoriedad en el contrato de alimentos y que es un requisito

		aleatorio ya que al celebrarse el contrato el alimentista tenía un estado de salud complicado, para ser preciso, cáncer en fase terminal y como consecuencia falleció a los dos días de haberse celebrado el contrato. Sin embargo, la otra alimentista seguía viva, aun con una situación complicada de salud.			fundamental para su validez y autonomía.
Sentencia núm. 617/20 17 de 20 de novie mbre.	España. Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª).	El presente recurso tiene por objeto la cuestión de si cabe extinguir por desistimiento un contrato de alimentos pactado de manera voluntaria en casos en los que no existe una obligación legal de alimentos.	Desistimi ento de un contrato de alimentos	El Tribunal Supremo recordó que antes de la incorporación y regulación del contrato de alimentos en la codificación civil española — <i>nos referimos principalmente a la Ley 41/2003, publicada el 18 de noviembre</i> — se conocía al contrato de alimentos	Ante la imposibilidad del desistimiento unilateral, la codificación, en el artículo 1792, sugiere la conversión de las prestaciones en una estrictamente pecuniaria cuando

				<p>consuetudinariamente como la figura del “vitalicio”, en este uso se permitía el desistimiento unilateral del alimentista, aun, cuando el alimentante estuviese cumpliendo con sus prestaciones, eso quiere decir, cuando no le era imputable. Pero ahora, en la actual legislación del contrato de alimentos no es viable el desistimiento unilateral.</p>	<p>haya dificultades o desavenencia entre las partes que impidan la convivencia diaria.</p>
<p>Sentencia núm. 170/20 19 del 20 de mayo.</p>	<p>León - España. Audiencia provincial (Recurso de</p>	<p>El demandante asegura que el contrato de alimentos se celebró de manera verbal entre Doña Carlota y Don Benjamín, y este acuerdo se ajusta a derecho ya que el artículo 1791 del código civil español no contempla una formalidad específica</p>	<p>Formalidad del contrato de alimentos</p>	<p>El Tribunal Supremo considera, en virtud de un análisis exegético y positivista, que el contrato de alimentos, para gozar de validez, no requiere de formalidad escrita. Sin embargo, requiere ser</p>	<p>A fin de evitar incertidumbre jurídica y daños a las partes contratantes de buena fe, se recomendaría que el contrato de alimento</p>

	apelacion).			acreditada su celebración, y en el caso en particular no ha sido acreditada con éxito.	esté sujeta a formalidad escrita.
Senten cia núm. 336/20 19 del 13 de setiem bre.	Palma de Mallorca- España. Audiencia provincial (Recurso de apelación).	La parte demandada admite que, como consecuencia de un empeoramiento de la relación existente entre los accionantes, el Señor Carlos Jesús dejó de prestar cuidados a la Señora Águeda, poco tiempo después de que se concertara el vitalicio, además, a lo único que estaba obligado el demandado era a asistir a la demandante cuando ésta se hallara desvalida y que esta situación no ha llegado a darse, se está admitiendo implícita pero inequívocamente que poco se ha hecho puesto que, a juicio	Prestació n de dar y hacer y la conversió n de la prestació n	La prestación de dar y hacer en el contrato de alimentos debe ser simultaneas. En este sentido y en opinión de la judicatura, la legislación pertinente al contrato de alimentos prescribe que el cumplimiento de las prestaciones no depende de las adversidades o vicisitudes del alimentante ni del alimentista a diferencia de la obligación legal de alimentos. Así también, cuando haya desavenencias entre las	El contrato de alimentos goza de autonomía y a diferencia de la obligación legal de alimentos, el caudal económico del alimentante o la necesidad del alimentista no es determinante. Además, cuando se produzcan problemas insostenibles entre las partes, estas pueden

		del apelante, no ha sido necesario que desplegara su actividad.		partes, lo mejor será practicar la conversión de las prestaciones in natura en una de naturaleza pecuniaria.	convertir la prestación in natura en una pecuniaria.
--	--	---	--	--	--

CONCLUSIÓN: Las jurisprudencias presentadas como fuente de derecho ayudan a conocer la naturaleza jurídica del contrato de alimentos, fundamentalmente en su esencia aleatoria, la conversión de prestaciones ante circunstancias que priven la pacífica convivencia, la dificultad del desistimiento unilateral y la libre formalidad al constituirse.

CAPITULO V

VIABILIDAD DE LA INCORPORACION DEL CONTRATO DE ALIMENTOS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y SU BENEFICIO PARA EL ADULTO MAYOR EN ESTADO DE NECESIDAD

5.1. EL CONTRATO Y SU EFICIENCIA PARA SATISFACER LA JERARQUÍA DE NECESIDADES HUMANAS, EN ESPECIAL LA FISIOLÓGICA.

El contrato es *per se* lícito y de voluntades concurrentes, desde la época del jurista romano Gayo es considerado como fuente de obligaciones, por lo tanto, su no cumplimiento está condicionado a una sanción.

El contrato tiene un camino establecido, se idealiza en los acuerdos preliminares o tratativas, germina en una oferta, se afianza con la aceptación y se consolida con el consentimiento para finalmente ser ejecutado.

La ley vigente anima la presencia del contrato en nuestras relaciones cotidianas, el artículo 1354 del código civil peruano entraña la libertad contractual por la cual se faculta a las partes para contratar con libre elección de su receptor y determinar el contenido del contrato³⁸³. Por lo tanto, no hay exigencia legal para obligarse, como si ocurre en las obligaciones provenientes del derecho de familia. Así también, la ley en coherencia con la libertad mencionada garantiza a las partes con autonomía, y con ello el contratante podrá disponer de su propia esfera jurídica³⁸⁴.

Los contratos guardan relación con la familia, Vincenzo Roppo explica que: el contrato puede ayudar a la familia como es el caso de la conformación de un régimen patrimonial; también la familia ayuda al contrato, fundamentalmente en

³⁸³ Torres Vásquez, Teoría General del Contrato, Tomo I, *op.cit.*, p. 63.

³⁸⁴ C. Massimo Bianca, *Derecho Civil. El contrato*, traducción de Fernando Hiestrosa, Lima, Editorial Cordillera, 2007, p. 24.

los casos de representación de menores e incapaces; por último, la familia amenaza al contrato, cuando este se celebra en perjuicio de los herederos o se celebra sin la aceptación del cónyuge³⁸⁵.

Por último, el contrato es considerado en la actualidad como un instrumento y “un medio de cooperación interpersonal y de coordinación de las relaciones sociales”³⁸⁶ que permite crear numerosas relaciones jurídicas con finalidad personalizada³⁸⁷, por lo tanto, el contrato puede contribuir al desarrollo personal y al cumplimiento de las expectativas del ser humano, en ese sentido, nada impediría que las tratativas, celebración y ejecución de un contrato tengan como objeto satisfacer la jerarquía de necesidades humanas, sean estas en opinión de Abraham Maslow, la de auto realización, reconocimiento, afiliación, seguridad y fisiología.

En tal medida es posible y lícito pactar sobre los alimentos en su sentido amplio y restringido, siendo estos partes de una necesidad vital y un elemento espiritual del contrato³⁸⁸ que compromete principalmente a los dependientes como pueden ser un menor de edad, persona con capacidades restringidas, adulto mayor entre otros, y con ello satisfacer una necesidad fisiológica la cual ya es garantizada legalmente por el derecho de familia, pero que, por los factores ya mencionados en esta investigación, no son eficientes.

Por lo tanto, el contrato de alimentos estaría en armonía con la doctrina y legislación nacional y sería viable y procedente su incorporación en

³⁸⁵ Vincenzo Roppo, *El contrato*, traducción de Eugenia Ariano Deho, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 79.

³⁸⁶ Guido Alpa, *El contrato en general. Principios y problemas*, traducción de Jaliya Retamozo Escobar, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 17.

³⁸⁷ Renato Scognamiglio, *Teoría general del contrato*, traducción de Fernando Hiestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 24.

³⁸⁸ En referencia a la causa del contrato: “La causa pretende ser la razón jurídica de un contrato, y es el elemento más espiritual de la identidad del contrato mismo, parece a la vez el fundamento de la identidad del contrato y la justificación de sus efectos”. José Antonio Álvarez Caperochi, *El derecho de las obligaciones y de los contratos*, Lima, Instituto Pacífico, 2017, p. 297.

beneficio de uno o más integrantes de la familia que pueda estar en una condición de vulnerabilidad.

5.2. SOPORTE JURÍDICO NACIONAL PARA LA VIABILIDAD DEL CONTRATO DE ALIMENTOS EN LA LEGISLACIÓN CIVIL.

5.2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

El primer párrafo del artículo 4 de la Constitución Política del Perú prescribe que:

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (*el subrayado es nuestro*).

En ese sentido, existe la legitimidad para pronunciarse sobre la incorporación de una nueva figura contractual que desde la esfera del derecho privado ha de coadyuvar a la protección de los adultos mayores en estado de necesidad o abandono.

5.2.2. CÓDIGO CIVIL.

En el libro VII del código civil peruano, denominado “Fuente de las Obligaciones” se desarrolla la institución del contrato. Su tratamiento en la sección primera es de carácter general, desarrollándose la naturaleza jurídica y sus diversas aristas.

En la sección segunda se desarrollan los derechos y obligaciones que emergen de los contratos nominados y en los títulos XII y XIII se desarrollan dos contratos aleatorios como son la renta vitalicia y el juego y apuesta. Consideramos que procedería la incorporación del contrato de alimentos cercano a los títulos mencionados por que su naturaleza jurídica es aleatoria, además porque goza de suficiente autonomía. De ese modo su deslinde con el libro III correspondiente al “Derecho de Familia”.

5.2.3. LEY N° 30490 – LEY DE LA PERSONA ADULTO MAYOR.

Esta norma deroga la Ley 28803 y la Ley 30159. También deja sin efecto el Decreto Supremo 013-2006-MIMDES.

Un principio general de esta ley es promover la autonomía y autorrealización de los adultos mayores. En esa misma línea, ya con la incorporación del contrato de alimentos se logrará que los adultos mayores pueden decidir libremente sobre el destino de su patrimonio, disponiendo de un bien o capital a cambio de una prestación *in natura* la cual comprende sustento y todo tipo de asistencia a su favor.

El contrato de alimentos también está en eufonía con el artículo 5 literal e), ya que dicha figura contractual permite que el adulto mayor o alimentista pueda formar parte de la familia del alimentante —*con quien generalmente no tiene vínculos de parentesco*—

5.3. FUENTES JUSTIFICANTES PARA LA INCORPORACIÓN DEL CONTRATO DE ALIMENTOS EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA.

5.3.1. EL NUEVO CONCEPTO DE FAMILIA Y EL ABANDONO DE LOS ADULTOS MAYORES.

Consideramos que en estos tiempos el concepto de familia basada en la solidaridad ha cambiado, hoy se expresa mayor individualismo y con ello las aspiraciones profesionales y económicas tienen como consecuencia el abandono de los adultos mayores ya que se les consideran como limitaciones para el cumplimiento de dichas aspiraciones, ya que estar al cuidado de un adulto mayor requiere de tiempo y recursos económicos. Este fenómeno también se evidencia en culturas donde era costumbre la convivencia entre padres adultos mayores y sus hijos, como en el caso de Japón y la India.

Lo anterior se evidencia con la estadística que proporciona el Instituto Nacional de Estadística e Informática en referencia a la situación de la población adulto mayor en el año 2019 y esta muestra que solo el 42,5 % de hogares tienen adultos mayores en casa. Por lo tanto, una gran cantidad de adultos mayores se encuentran en un estado de abandono y soledad.

5.3.2. PRECARIO SISTEMA PENSIONARIO.

Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática, para el trimestre julio-agosto-setiembre del año 2019, el 38,1% de la población adulto mayor está afiliada a un sistema de pensión; y de ese total el 20,6 % está afiliada a la Oficina de Normalización Previsional y el 10,3 % a las Administradoras de Fondos de Pensiones. Por lo tanto, el 61, 9 % de la población adulto mayor no cuenta con un sistema de pensión y por ende no cuentan con liquidez fija para cubrir sus necesidades básicas.

Sin embargo, estar dentro del sistema pensionario, tampoco es garantía de calidad de vida para los adultos mayores ya que las pensiones suelen estar por debajo del sueldo mínimo.

5.3.3. EL ACCESO LABORAL DE LA MUJER

El ingreso de la mujer al mercado laboral le ha generado ventajas económicas, previsionales y de salud. En la actualidad son más de siete millones de mujeres en el Perú que conforman la Población Económicamente Activa y se ha superado la idea de que la mujer debe permanecer en casa a tiempo completo como consejera, ama de casa y al cuidado de los hijos y el cónyuge, sin embargo, la sociedad y el derecho no profundizan en las nuevas responsabilidades para los varones en lo referente a las labores del hogar y cuidado de los integrantes del grupo familiar sean estos los hijos y adultos mayores, ocasionando descuido y abandono de estos últimos.

5.4. VIABILIDAD NORMATIVA.

El contrato de alimentos por su prestación *in natura* es novedoso para la legislación peruana por ende no hay impedimento para su incorporación en la codificación civil.

Además, no contraviene el ordenamiento jurídico, su naturaleza es lícita y tampoco trastoca la teoría contractual.

Consideramos que por su naturaleza aleatoria tiene un lugar en el código civil y debiese ser regulada junto a la renta vitalicia y el juego y apuesta.

5.4.1. PROPUESTA NORMATIVA.

Proponemos la incorporación del contrato de alimentos en el código civil ya que consideramos que está a de beneficiar a un considerable número de adultos mayores que se encuentren en estado de necesidad y abandono. La propuesta tiene la siguiente estructura:

- a) El contrato de alimentos se mantiene en los principios de bilateralidad y patrimonialidad del contrato, así también a su celebración se debe cumplir todos los requisitos de validez del acto jurídico.
- b) Es una alternativa de mejora ante la hipoteca inversa, renta vitalicia y donación modal ya que el objeto del contrato de alimentos es una de prestación *in natura* que compromete una prestación de dar y hacer de manera vitalicia.
- c) Sus efectos beneficiaran a un adulto mayor que se encuentre en un estado de necesidad.
- d) El alimentante debe ser una persona natural por el contenido *intuito personae* de la prestación y la parte alimentista podría estar conformada por más de dos personas e inclusive ser un tercero ajeno al contrato.
- e) El alimentista transferirá la titularidad de un bien inmueble en favor del alimentante.

- f) A fin de garantizar el cumplimiento de la obligación se sugiere la incorporación de un pacto o cláusula resolutoria expresa, hipoteca, prohibición de disponer y reserva de usufructo.

5.4.2. PROYECTO DE LEY.

OBJETO DE LA LEY

Artículo 1.- La presente ley tiene como objeto la incorporación del contrato de alimentos en el Libro VII – Fuente de las Obligaciones, Sección Segunda del código civil de 1984.

CONTRATO DE ALIMENTOS

Artículo 2.- Por el contrato de alimentos el alimentista trasfiere la titularidad de un bien o capital al alimentante a fin de que este le proporcione vivienda, manutención y asistencia de todo tipo de manera vitalicia. Este contrato deberá hacerse por escritura pública, bajo sanción de nulidad. Regirá el principio de solidaridad en la pluralidad de deudores alimenticios.

Artículo 3.- En los supuestos de muerte del alimentante o cualquier circunstancia que impida la pacífica convivencia entre las partes; siempre que sea acreditable y razonable; se facultara a cualquiera de ellas para convertir la prestación de alimentos en una exclusivamente económica como podría ser una pensión actualizable para satisfacer por plazos anticipados prevista por voluntad de las partes o en su defecto por intervención judicial.

Artículo 4.- La obligación de dar alimentos no cesará aun cuando se haya disminuido los ingresos del alimentante o el alimentista goce de mejor fortuna.

Artículo 5.- La inejecución de la obligación del alimentante facultará al alimentista a exigir el cumplimiento incluido los devengados anteriores a la demanda, sin perjuicio de la conversión de la prestación alimenticia en una pecuniaria o dar

por resuelto el contrato de manera unilateral. La resolución tendrá efectos retroactivos³⁸⁹, en ese sentido, el alimentante deberá restituir inmediatamente la titularidad de los bienes o capital que le fue entregado. Sin embargo, al ser el alimentista la parte más vulnerable, el juez determinara en atención a las circunstancias, que su restitución quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen.

Artículo 6.- Dada la situación de vulnerabilidad del alimentista, la resolución debe practicarse teniendo en cuenta un superávit a favor de este para que pueda construir una pensión análoga y vitalicia.

Artículo 7.- Cuando los bienes o derechos transferidos al alimentante sean registrables, se garantizará el derecho del alimentista frente a terceros mediante el pacto resolutorio o clausula resolutoria, ante la falta de pago o mediante el derecho de hipoteca.

³⁸⁹ Jimmy J. Ronquillo Pascual, "La resolución por incumplimiento y algunos desaciertos en su actuación a nivel judicial", en: Manuel A. Torres Carrasco (Coordinador), Los Contratos. Consecuencias de su incumplimiento, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, pp. 357-401.

CONCLUSIONES

PRIMERA: En el derecho romano se presume la existencia del contrato de alimentos en base a la *stipulatio* y *figuras afines como podrían ser el alimenta legata, fideicommissum de alimentos* y la donación con carga de alimentar. En la edad media, principalmente en el contexto italiano y francés, se verifica el origen consuetudinario y se determina su naturaleza *intuito personae* y aleatoria. Posteriormente, en España, el contrato de alimentos también se manifiesta en acuerdos voluntarios consuetudinarios como son el pacto de vitalicio, la congrua, el petrucio galicio, la dación personal, el acogimiento familiar y el violatorio, convalidándose luego en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Aún siendo el Perú, parte de la misma familia jurídica y teniendo el mismo fenómeno demográfico, nada se ha escrito o dicho.

SEGUNDA: Factores como el incremento progresivo de la población adulto mayor en el Perú; la ineficacia desde la esfera civil y contractual para brindarles atención integral; la falta de solidaridad en la familia; el limitado beneficio económico que otorga el sistema pensionario; la manipulación abusiva de su patrimonio por familiares; el desprecio de esta sociedad hacia los adultos mayores; son los que posibilitan la incorporación del contrato de alimentos en el código civil peruano como un mecanismo de ayuda al adulto mayor en estado de necesidad.

TERCERA: Ante los problemas derivados por el abandono, descuido y estado de necesidad moral y económica de los adultos mayores, el ejercicio de la autonomía privada conducente al contrato de alimentos, pueden ser una alternativa real y concreta para solucionar dichos problemas. Sin embargo, es necesario un desarrollo constante y fiable del ejercicio de la autonomía privada de los adultos mayores, a fin de que decidan por sí mismo sobre la disposición de su patrimonio y el surgimiento de relaciones jurídicas patrimoniales, sin ser inmolados.

CUARTA: La naturaleza jurídica del contrato de alimentos es diferente a la obligación de brindar alimentos establecido por la ley.

QUINTA: Existen en la legislación peruana figuras afines al contrato de alimentos, pero que no logran satisfacer necesidades personales tan importantes como el de afecto, cariño, cuidado constante, entre otras, que provienen de la prestación *in natura*. En tal sentido, el contrato de alimentos se diferencia de la renta vitalicia porque esta se limita a una prestación económica fija en el tiempo y no se requiere un grado de confianza entre las partes celebrantes del contrato. Con la hipoteca inversa, porque al igual que la renta vitalicia se limitan a una prestación dineraria, salvo que esta no es de manera vitalicia, sino hasta cumplir con la entrega de un porcentaje del valor del bien inmueble que fue otorgado por el cedente.

SEXTA: Considero que el contrato de alimentos no debe gozar de libertad de forma, ya que ello genera inseguridad jurídica, por tanto, se precisa que este contrato deberá constituirse mediante escritura pública bajo sanción de nulidad.

SEPTIMA: Las garantías a favor del alimentista podrían ser el pacto o cláusula resolutoria, hipoteca, prohibición de disponer y reserva de usufructo.

OCTAVA: Ante la inejecución de las obligaciones, el alimentista tendrá el derecho subjetivo de exigir el cumplimiento considerando los devengados o solicitar la resolución del contrato.

NOVENA: La prestación *in natura*, es traducida como arrendamiento de manutención. Esta prestación contempla factores como la adhesión al grupo familiar, mantenimiento, asistencia y cuidado personal, que se desarrolla a puerta cerrada. Todo ello caracteriza al contrato de alimentos y le otorga autonomía. Es también una prestación compleja, personalísima, aleatoria, indeterminada y vitalicia.

DECIMA: La complejidad de la determinación y prueba del incumplimiento de la prestación *in natura*, se debe a la poca inversión de tiempo y asesoría jurídica

en la negociación y celebración del contrato, así como la propia naturaleza de la prestación. Sin embargo, la inejecución de esta prestación es suficiente para solicitar la resolución del contrato y en cuanto a la gravedad o relevancia del incumplimiento, esta deberá determinarse en el contexto contractual y las circunstancias personales y morales del alimentista.

RECOMENDACIONES

En vista del incremento poblacional de los adultos mayores —*en gran medida por la mejora de la calidad de vida*— exhortamos a las universidades peruanas incorporar un curso que tome en cuenta al adulto mayor. Tomando la experiencia argentina el curso podría denominarse Derecho de la Vejez; en él se desarrollaría y analizaría críticamente los problemas socio jurídicos que contempla la edad propecta, la vulnerabilidad en una sociedad sin cultura de accesibilidad e inclusión, el desarrollo de los principios establecidos por las Naciones Unidas como son la autorrealización, autosuficiencia, dignidad e intervención social. El estudio transversal con determinadas ramas del derecho como puede ser el derecho civil, penal, laboral, previsional, constitucional, procesal, administrativo, comercial, tributario, entre otros. El análisis interpretativo de las normativas referidas a la ancianidad y la posibilidad de proponer nuevas fórmulas jurídicas a su favor mediante investigaciones científicas serias y de alcance nacional e internacional.

En vista de la relación negativa que existe entre la carga procesal que genera demora en los procesos y la expectativas de los adultos mayores, se sugiere que el aparato judicial proponga y apruebe la constitución de salas y juzgados especializados en controversias donde las partes sean adultos mayores y se resuelvan casos relativos a su patrimonio, autonomía privada, dignidad y calidad de vida, como podrían ser los provenientes de la inejecución del contrato de alimentos, renta vitalicia e hipoteca inversa.

En vista a la temática de la investigación, sugerimos que se formalice un proyecto de ley para la incorporación del contrato de alimentos en la legislación peruana y así dotarlo de nominación y tipicidad. Con ello, se garantizará mayor seguridad jurídica a favor del alimentista, quien por su condición de vulnerabilidad y habiendo cumplido en la mayoría de los casos con la transferencia total de su bien o crédito, será la parte más débil del contrato.

Recomendamos también, que las investigaciones posteriores referentes al contrato de alimentos se desarrollen empleando metodologías diferentes con nuevos instrumentos para así, seguir construyendo y perfeccionado este tipo contractual.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BIBLIOGRAFIA

1. Tom Campbell, *Siete teorías de la sociedad*, 6° ed., Madrid, Ediciones Cátedra, 2002, p. 15.
2. Enrico Gabrielli, *Estudios sobre teoría general del contrato*, Lima, Jurista Editores, 2013, p. 100.
3. Juan Benítez Caorsi, *La revisión del contrato*, 2ªed., Bogotá, Temis, 2010, p. 20.
4. Juan Espinoza Espinoza, *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 311.
5. Jimmy J. Ronquillo Pascual, "La resolución por incumplimiento y algunos desaciertos en su actuación a nivel judicial", en: Manuel A. Torres Carrasco (Coordinador), *Los Contratos. Consecuencias de su incumplimiento*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, pp. 357-401.
6. Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, Tomo I, p. 242.
7. Rubén H. Compagnucci de Caso, *Contrato de donación*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2011, pp.26-27.
8. Javier Rolando Peralta Andía, *Derecho de Familia en el Código Civil*, 2° ed., Lima, Idemsa, 1995, p. 393.
9. Manuel Bermúdez Tapia, *Derecho Procesal de Familia*, Lima, Editorial San Marcos, 2012, p. 480.
10. Max Mallqui Reynoso y Eloy Momethiand Zumaeta, *Derecho de Familia*, Lima, San Marcos, 2002, Tomo II, p. 1056.
11. C. Massimo Bianca, *Derecho Civil. El contrato*, traducción de Fernando Hiestrosa, Lima, Editorial Cordillera, 2007, p. 24.
12. Vincenzo Roppo, *El contrato*, traducción de Eugenia Ariano Deho, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 79.
13. Guido Alpa, *El contrato en general. Principios y problemas*, traducción de Jaliya Retamozo Escobar, Lima, Instituto Pacifico, 2015, p. 17.
14. Renato Scognamiglio, *Teoría general del contrato*, traducción de Fernando Hiestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 24.

15. José Antonio Álvarez Caperochi, *El derecho de las obligaciones y de los contratos*, Lima, Instituto Pacífico, 2017, p. 297.
16. Ana Díaz Martines, “*Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de terceros*”, en: Lledó Yagüe, Francisco; Ferrer Vanrell, Pilar; Torres Lana, José Ángel (dirs.), Monje Balmaseda, Oscar (coord.), *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 286.
17. Montserrat Pereña Vicente, “La regulación del contrato de alimentos”, en: Eugenio Llamas Pombo, (coord.), *Estudio de derecho de obligaciones*, España, Wolters Kluwer, 2006, Tomo II, p. 572.
18. Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, “*Algunos conceptos sobre la teoría general de las obligaciones*”, en: Obra de homenaje por el centenario del nacimiento del doctor José León Barandiarán, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000, Tomo II, p. 730.
19. Martínez Rodríguez Nieves, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid, Wolters Kluwer, 2010.
20. María Isabel Sokolich Alva, “Los alimentos como institución de amparo familiar”, en: Colegio de Abogados de Lima, ed., *Derecho de Familia. Materiales de lectura especializada*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2003, p. 7.
21. Max Arias-Schreiber Pezet, “El Derecho de Familia y los Contratos”, en: *La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Hector Cornejo Chavez*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 267.
22. Juan Roca Guillamón, “*El vitalicio. Notas sobre el contrato de alimentos en el Código Civil (Ley 41/2003)*”, en: Eugenio Llamas Pombo, (coord.), *Estudio de derecho de obligaciones*, España, Wolters Kluwer, 2006, Tomo II, p. 643.
23. Aníbal Torres Vásquez, *Teoría General del Contrato*, Lima, Instituto Pacífico, 2016, Tomo I, p. 231.
24. Carmen Núñez Zorrilla, *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 70.
25. Jorge García Ibáñez, *El maltrato familiar hacia las personas mayores. Un análisis socio jurídico*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012, p. 344.

26. Juan Carlos Martínez Ortega, *El contrato de alimentos. Formularios y Recopilación de Jurisprudencias*, Madrid, Editorial DYKINSON, 2007.
27. George Thomson, *Los primeros filósofos*, Traducción de Margo López Cámara y José Luis Gonzáles, México, Universidad Autónoma de México, 1959, p. 22.
28. Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, 10^a ed., México D.F., Distribuciones Fontamara, 2012, p. 86.
29. Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2011, p. 23.
30. Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter, *Validez y Eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 74.
31. Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina Jurídica contemporánea, México D.F., Editorial S.A.S., 2007, p. 101.
32. Juan Vallet de Goytisolo, "La función de juzgar y sus aportaciones al arte y la ciencia del derecho", en: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Dykinson, 2010, p. 29.
33. Ismael Rodríguez Campos, *Las profesiones jurídicas*, México D.F., Editorial Trillas, 2005, p.18.
34. José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida y otros, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de las Obligaciones*, 5^o ed., Madrid, Dykinson, 2013, p. 313
35. José Luis Lacruz Berdejo, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, 7^o ed., Madrid, Dykinson, 2012, p. 357.
36. Carlos Alberto Ghersi, *Valuación económica del daño moral y psicológico*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000, pp. 39-40
37. Santa Biblia Nueva Reina-Valera, Argentina, Sociedad Bíblica Emanuel, 2000, p. 452.
38. Amando Ezaine Chavez, *Derecho Romano. Obligaciones y contratos*, 2^o ed., Lima, Editora Distribuidora I.N.A.F., 1987, p. 88.
39. Manuel Miranda Canales, *Derecho de los contratos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2012, p. 253.
40. Juan Carlos Rezzonico, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 244.

41. Carlos Medellín, *Lecciones de Derecho Romano*, 15ª ed., Bogotá, Legis, 2009, p. 265.
42. Eugène Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, traducción de José Ferrandez González, México D.F. Editora Nacional, 1959, p. 317.
43. José Antonio Silva Vallejo, *Historia General del Derecho*, 2ª ed., Lima, Alas Peruanas, 2011, p. 290.
44. Umberto Breccia, Lina Bigliuzzi Geri, Ugo Natoli y Francesco D. Busnelli, *Derecho Civil*, Traducción de Fernando Hinestroza, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1992, Tomo. I, Vol. 1, pp. 1-2.
45. Carlos Fernández Sessarego, “El código civil peruano, treinta años después”, en: Manuel Alberto Torres Carrasco (coord.), Estudios críticos sobre el Código Civil, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p. 13.
46. José Mejía Valera, *Sociología del Derecho. Teoría social del derecho*, 2ª ed., Lima, JB Editores, 2009, p. 329.
47. Melquiades Castillo Dávila, *Filosofía del derecho*, Lima, Editora Fecat, 2008, p. 162.
48. Antonio Millán Puelles, *Fundamentos de la filosofía*, 14ª ed., Madrid, Ediciones Rialp, 2001, p. 357.
49. Alba Libros, *Mitología egipcia*, Madrid, Albor libros, 2010, p. 37.
50. Giorgio Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Barcelona, Bosch, 1980, p. 491.
51. Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996, p. 439.
52. Aníbal Torres Vásquez, *Introducción al Derecho*, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 56.
53. Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, p. 1.
54. Darío Herrera Paulsen y Jorge Godenzi Alegre, *Derecho Romano. En concordancia con el código civil vigente y aportes doctrinarios*, Lima, Grafica Horizonte, 2002, p. 50.
55. Ángel Cristóbal Montes, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, Editorial Civitas, 1990, p. 13.

56. Juan Alberto Madile, *Sociología Jurídica. La realidad del derecho una base científica para su estudio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, p. 99.
57. Hans Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, traducción de Felipe González Vicen, Madrid, Aguilar, 1971, p. 5.
58. José Horna Torres, *Introducción a la Sociología Jurídica. En torno a su definición, metodología y técnicas de su enseñanza*, Lima, Grijley, 2011, p. 25.
59. Francisco Carruitero Lecca, *Introducción a la metodología de la investigación científica*, Lima, San Bernardo libros jurídicos, 2014, p. 124.
60. Heinz Dieterich Stefan, *Nueva guía para la investigación científica*, Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Ciencias y Humanidades, 2008, p. 21.
61. Juan Abraham Ramos Suyo, *Elabore su tesis en derecho*, 2ª ed., Lima, San Marcos, 2008, p. 456.
62. Salvador Mercado H, *¿Cómo hacer una tesis?*, 4ª ed., México D.F., Editorial Limusa, 2008, p. 15.
63. Mauro Zelayaran Durand, *Metodología de la investigación jurídica*, Lima, Ediciones jurídicas, 2016, p. 227.
64. Francisco Perujo Serrano, *El investigador en su laberinto. La tesis, un desafío posible*, Sevilla, Comunicación social ediciones y publicaciones, 2009, p. 16.
65. Miguel Ángel Gómez Mendoza, Jean-Perre Deslauriers y María Victoria Alzate Piedrahita, *Como hacer tesis de maestría y doctorado. Investigación, escritura y publicación*, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2010, p. 93.
66. Jaime Giraldo Ángel, *Metodología de la investigación jurídica*, Bogotá, Editorial Temis, 1980, p. 1.
67. Santiago R. Valderrama Mendoza y Lucy R. León Mucha, *Técnicas e instrumentos para la obtención de datos en la investigación científica*, Lima, San Marcos, 2009, p. 17.
68. Sixto Arotoma C, *Tesis de grado y metodología de la investigación*, Lima, Sixto Arotoma Cacñahuaray, 2007, p. 166.

69. Umberto Eco, *Cómo se hace una tesis*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2001, p. 22.
70. Carlos A. Sabino, *Cómo hacer una tesis y elaborar todo tipo de escritos*, 3º ed., Buenos Aires, Editorial Lumen, 1998, p. 96.
71. Lino Aranzamendi, *Investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación y estructura y redacción de la tesis*, Lima, Grijley, 2010, p. 205.
72. Alejandro Solís Espinoza, *Metodología de la investigación jurídico social*, 3ª ed., Lima, Editorial Fecat, 2008, p. 82.
73. Juan Rivera Palomino, *Filosofía y Globalización*, Lima, Fondo Editorial del pedagógico San Marcos, 2004, pp. 20-32.
74. Alba Libros, *Mitología egipcia*, Madrid, Albor libros, 2010, p. 37.
75. Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996, p. 439.
76. Giorgio Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Barcelona, Bosch, 1980, p. 491.
77. Claude Du Pasquier, *Introducción al Derecho*, traducción de Julio Ayasta Gonzales, 5ª ed., Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1994.
78. Mario Ignacio Álvarez Ledesma, *Introducción al Derecho*, 2ª ed., México D.F., Mc Graw Hill, 2010
79. Solenn Carof, “*Los otros ¿Necesitamos del prójimo?*”, en: Catherine Halpern (dir.), *Las grandes preguntas de la filosofía*, Madrid, Editorial Globus, 2011.
80. Francisco Javier Valderrama Bedoya, “*El discurso científico del derecho*”, en: Andres Botero Bernal (Coord), *Filosofía del Derecho*, Medellín, Editorial Universidad de Medellín, 2012, p. 72.
81. José Sánchez-Arcilla Bernal, *Historia del derecho*, Madrid, Editorial Reus, 2008, pp. 10-11.
82. Carlos Rogel Vide, “*La nuda propiedad*”, en: Carlos Rogel Vide (dir.), *Colección jurídica general*, Madrid, Editorial Cometa, 2015, p. 9.
83. Fernando Manrique Enríquez, *Teoría de los valores y ética*, Lima, Rentería Editores, 2002.

84. Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, 17ª ed., México, D.F, Editorial Porrúa, 2009.
85. Guillermo F. Margadant, *Panorama de la historia universal del derecho*, 7ª ed., México D.F., Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2007.
86. Jorge Basadre, *Historia del derecho peruano*, 3ª ed., Lima, Editorial San Marcos, 1997.
87. Alfonso Ruiz Miguel, *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.
88. Ricardo Panero Gutiérrez, *Epítome de Derecho Romano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
89. Hans Kreller, *Historia del Derecho Romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 83.
90. Manuel Jesús García Garrido, *Derecho Privado Romano*, 15ª ed., Madrid, Ediciones académicas, 2007, p. 362.
91. Eduardo Álvarez-Correa, *Curso de Derecho Romano*, Bogotá, Editorial Pluma, 1979, p. 427.
92. Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González, *Derecho Romano*, 3ª ed., México D.F., Harla, 1993, p. 59
93. Cesar Fonseca Tapia, *Derecho Romano*, 2ª ed., Arequipa, Editorial Adrus, 2007.
94. Amelia Castresana, *Derecho Romano. El arte de lo bueno y de lo justo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2012, p. 170.
95. Juan Iglesias, *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*, 6ª ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1958, p. 530.
96. Gumesindo Padilla Sahagún, *Derecho Romano*, 4ª ed., Bogotá, Mc Graw Hill, 2004
97. Joseph Louis Ortolan, *Derecho Romano*, Lima, Editorial Edial, 1995.
98. Rómulo Morales Hervías, *Estudios sobre teoría general del contrato*, Lima, Grijley, 2006.
99. Pilar Jimenes Blanco, *Derecho Continental Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevilla (dir), Barcelona, Editorial Bosch, 2009, p. 347.

100. Darío Herrera Paulsen y Jorge Godenzi Alegre, *Derecho Romano. En concordancia con el código civil vigente y aportes doctrinarios*, Lima, Grafica Horizonte, 2002.
101. Manuel de la Puente y Lavalle, *El contrato en general*, 2º ed., Lima, Palestra editores, 2001.
102. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid, Editorial Dykinson, 2012.
103. Domingo Bello Janeiro, *Los contratos en la ley de derecho civil de Galicia*, Madrid, Editorial Reus, 2007.
104. Teresa Estévez Abeleira, *Los pactos de mejora en el Derecho civil de Galicia*, Madrid, Editorial Reus, 2018.
105. Ana Vásquez Lemos, *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*, Barcelona, Bosch Editor, 2019.
106. Inmaculada Llorente San Segundo, *La pretutela de personas con discapacidad por entidades privadas*, Madrid, 2013, Editorial Reus, p. 205.
107. Es el pensamiento de Montserrat Pereña Vicente citado por: Antonio García Pons, *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A. 2008, p, 129.
108. Patricia A. Lescano Fera, *La guarda de hecho*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 47.
109. Aníbal Torres Vásquez, *Acto jurídico*, 3º ed., Lima, Idemsa, 2007, p. 571.
110. Oscar Sumar Albújar y Luis Miguel Velarde, *Contratos: teoría y práctica. Aportes del derecho comparado*, Lima, Universidad del Pacifico, 2015, p. 26.
111. Mariano Alonso Pérez, "Reflexiones de Cicerón sobre «*tertia aetas*»: consecuencias jurídicas", en: Justo Garcia Sanchez, Pelayo de la Rosa Díaz y Armando Torrent Ruiz (coord.), *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Salamanca, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2002, Volumen I, p. 27.

HEMEROGRAFIA

1. Juan Carlos Martin, *“La donación en la concepción romana y su recepción en el Derecho Argentino”*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, Año 14, Numero 47, 2017, p. 741.
2. Ignacio Serrano Garcia, *El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección patrimonial de los majeurs protégés*, Carlos Rogel Vide (dir), Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Editorial Reus, núm. 4, año. CLIV, 2008, p. 756.
3. Jorge López Santa María, *“Perspectiva histórico-comparada de la noción del contrato”*, Revista Chilena de derecho, Santiago de Chile, Año 14, 1985, p. 123.
4. José Leyva Saavedra, *“Las Reglas de la Interpretación de los Contratos”*, *Docentia Et Investigatio*, Lima, núm. 3, junio 2001, p. 158.
5. José Leyva Saavedra, *“Autonomía privada y contrato”*, Revista Oficial del Poder Judicial, Lima, núm. 6-7, 2010-2011, p. 267.
6. Luis Alejandro Lujan Sandoval, *“Resolución de la donación por incumplimiento del cargo. La olvidada reconfiguración de la causa negocial a partir del consenso”*, Dialogo con la jurisprudencia, Lima, Numero 232, 2018, p. 168.
7. Álvaro Gutiérrez Berlinches, *“Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos”*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Madrid, Numero 0, 2004, p. 146.
8. Patricia López Peláez, *“La financiación de la calidad de vida de las personas mayores. Renta vitalicia y contrato de alimentos”*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, España, Numero 70, 2007, p. 122.
9. Ignacio Gallego Domínguez, *Consideraciones sobre el mandato de protección futura en el Derecho francés*, Pérez de Vargas Muñoz (dir), La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad, Madrid, La Ley, 2010.
10. Eugenio Llamas Pombo, *La tipificación del contrato de alimentos*, M. Alonso Pérez, E. Martínez Gallego y J. Reguero Celada (coords), Protección jurídica de los mayores, Madrid, La ley, 2004, p. 198.
11. Joanna Pereira Pérez, *Los mecanismos de autoprotección jurídica, la enfermedad de Alzheimer y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en*

- previsión de la propia incapacidad*, Leonardo Bernardino Pérez Gallardo (coordinador), Discapacidad y derecho civil, Madrid, Editorial Dykinson, 2014, pp. 269-270.
12. Helena Martínez Hens, *El contrato de alimentos en el Código civil. Reflexiones en torno a su sustantividad*, J.M. Gonzalez Porras y F.P. Méndez González (coords), Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Murcia, Servicio de publicaciones de la universidad de Murcia, 2004, p. 3149.
 13. María Luisa Arcos Viera, *El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra*, J.M. Gonzalez Porras y F.P. Méndez González (coords), Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Murcia, Servicio de publicaciones de la universidad de Murcia, 2004.
 14. J. Sillero F. de Cañete, “*Discurso de ingreso en la Sociedad Española de Médicos Escritores y Artistas - Reflexiones sobre la vejez y el envejecimiento*”, Seminario Medico, Jaén, Volumen 52, Numero 3, setiembre de 2000, p.43.
 15. Rosana Pérez Gurrea, “*La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales*”, Revista Critica de Derecho Inmobiliario, España, núm. 725, 2011, pp. 1718-1719.
 16. Aída Kemelmajer de Carlucci, “*Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina: ¿hacia un derecho de la ancianidad?*”, Revista chilena de derecho, Santiago, vol. 33, núm. 1, 2006, p. 43.
 17. Adoración Padial Albás, “*La regulación del contrato de alimentos en el código civil*”, Revista de Derecho Privado, España, núm. 88, mes 5, 2004, pp. 611-638.
 18. María del Carmen Gómez Laplaza, “*Consideraciones sobre la nueva regulación el contrato de alimentos*”, Revista de derecho privado, Madrid, Año Nº 88, Mes 2, 2004, pp. 153-173.
 19. C. Alicia Calaza López, “*Elementos distintivos del contrato de alimentos: el peculiar alea y su acusado carácter intuitu personae*”, Revista de Derecho UNED, Madrid, núm. 19, 2016, pp. 245-282.
 20. María Isolina Dabove, “*Derechos personalísimos en la vejez*”, Lex, Lima, vol. 16, núm. 21, 2018, p. 176.

21. Juan Miguel Alburquerque, *“Alimentos y provisiones: observaciones y casuística en tema de legados (D. 34,1 y D. 33,9)”*, Revista de Derecho UNED, España, número 2, 2007, p. 28.
22. Enrique Gherzi, “El carácter competitivo de las fuentes del derecho”, Revista de economía y derecho, Lima, vol. 7, numero 28, primavera de 2010.
23. C. Yisel Muñoz Alfonso, *“El contrato de alimentos vitalicios, una alternativa de protección para los adultos mayores en Cuba”*, Universidad y Sociedad. Revista científica de la Universidad de Cienfuegos, Cienfuegos, Volumen 10, Numero 3, abril-junio 2018.

WEBGRAFIA

1. José Antonio Escartín Ipiéns, *“La autotutela en el proyecto de ley sobre modificación del código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”* [Revista de Derecho Civil en línea], núm. 3, vol. V, julio-setiembre 2018 disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/372>, p.103, consulta: marzo de 2020.
2. Mario Castillo Freyre, *“Por qué el Estado no puede disponer del aeródromo de Collique”* [Artículo en línea], Estudio Mario Castillo Freyre, 2018 disponible en: https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/116_Por_que_el_Estado_no_puede_disponer_de_Collique.pdf, p.21, consulta: mayo de 2018.
3. Pablo de la Esperanza Rodriguez, “Contrato de alimentos” [artículo en línea], El Notario del siglo XXI, 2005, disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2/3303-contrato-de-alimentos-0-6592453118965451>, consulta: enero de 2020.
4. Ana Isabel Berrocal Lanzarot, *“El apoderamiento o mandato preventivo como medida de protección de las personas mayores”* [informes portal mayores en línea], núm. 78, 2007 disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento-01.pdf>, p.11, consulta: marzo de 2020.

5. David Gómez Boluarte, “Los mayores de 60 años ya son el 11.9% de la población, según INEI” [Perú 21 - Diario periodístico en línea], 2018, disponible en: <https://peru21.pe/economia/inei-mayores-60-anos-son-11-9-poblacion-411560-noticia/>, consulta: febrero de 2020.
6. Javier Olivera y Jhonatan Clausen, “Las características del adulto mayor peruano y las políticas de protección social” [revista en línea], Vol. XXXVII, N° 73, semestre enero-junio 2014, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/economia/article/view/10085/10522>, p. 77, consulta 22 de marzo del 2018.
7. M^a del Carmen Carbajo Vélez, “*Mitos y estereotipos sobre la vejez. Propuesta de una concepción realista y tolerante*” [revista en línea], núm. 24, 2009, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3282988>, p. 87. consulta: septiembre de 2017.
8. Teresa Echevarría de Rada, “*El nuevo contrato de alimentos: Estudio crítico de sus caracteres*” [Artículo en línea], Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad, 2007, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=12098>, consulta: Agosto de 2019.
9. Roberto Ham Chande, “*Vejez y dependencia. Paradigmas y nuevos contratos sociales*” [revista en línea], núm 14, 2001, disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/dms/issue/view/615/showToc>, p. 27. consulta: abril de 2016.
10. Trejo Maturana Carlos, “El viejo en la historia” [revista en línea], Vol. 7, núm. 1, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2001000100008>, p. 109, consulta: diciembre 2019.
11. Acerbi Cremades Norma, “Una mirada histórica: Y también la vejez tiene su historia” [revista en línea], diciembre del 2013, disponible en: http://www.saludpublica.fcm.unc.edu.ar/sites/default/files/RSP13_5_10_mirada%20historica.pdf, p. 70, consulta: octubre 2019.
12. BBC News, “China: los castigos que impone Shanghái a los hijos que no visitan a sus padres ancianos [Navegación de la BBC en línea], 2016, disponible en:

- https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160418_china_ley_sanciones_hijos_cuidado_ancianos_sanghai_ab, consulta: enero del 2020.
13. Lien-Tan Pan, “Estudios de Asia y África” [revista en línea], Vol. 52, N° 2, 2017, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/586/58650386010.pdf>, p. 462, consulta Febrero del 2020.
 14. María de Paz Martines Ortega, María Luz Polo Luque y Beatriz Carrasco Fernández, “Visión histórica del concepto de vejez desde la edad media” [revista en línea], 1° semestre 2002, Año VI – N°11, disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/4889>, p. 41, consulta Febrero del 2020.
 15. Jesús Gerardo Treviño Rodríguez, “*Etimología de oneroso*” [En línea], 2020 disponible en: <http://etimologias.dechile.net/?oneroso>, consulta: octubre de 2018.
 16. Juan Miguel Albuquerque, “*Aspectos de la prestación de alimentos en derecho romano: Especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes*” [Artículo en línea], núm. 15, 2007 disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6105>, p.13, consulta: febrero de 2020.
 17. Carlos Pérez Bravo, “*La stipulatio. Características generales*” [Revista en línea], núm. 5, 2009 disponible en: <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/174>, p.137, consulta: febrero de 2020.
 18. Redacción actualidad, “La modalidad de vender casas que toma fuerza en Francia” [El espectador], 2015, disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/actualidad/viager-modalidad-vender-casas-toma-fuerza-francia-articulo-570621>, consulta: febrero de 2020.
 19. Lucy Williamson, “La gente que vende su casa y les pagan para que se quede en ella” [BBC en línea], 2015, disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/07/150703_economia_acuerdo_venta_arriendo_casa_finde, consulta: febrero de 2020.
 20. Mauricio Concha y Jorge Lladó, “*La hipoteca revertida: Una propuesta para mejorar el acceso a las pensiones en el mercado peruano*” [Artículo en línea], Revista Moneda, disponible en:

<https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-154/moneda-154-05.pdf>, consulta: marzo de 2020.

21. Cultura Inquieta, “*El filósofo Zizek sobre el coronavirus: es un golpe letal al capitalismo y una oportunidad para reinventar la sociedad*” [Artículo en línea], 18 de marzo del 2020, disponible en: <https://culturainquieta.com/es/pensamiento/item/16592-el-filosofo-zizek-sobre-el-coronavirus-es-un-golpe-mortal-al-capitalismo-y-una-oportunidad-para-reinventar-la-sociedad.html>, consulta: marzo de 2020.
22. Roberto R. Aramayo, “*Reflexiones desde la filosofía: lo que COVID-19 puede enseñarnos*” [artículo en línea], 22 de marzo del 2020, disponible en: <https://theconversation.com/reflexiones-desde-la-filosofia-lo-que-covid-19-puede-ensenarnos-134023>, consulta: marzo de 2020.

TESIS

1. Estrella Toral Lara, *El contrato de renta vitalicia* [tesis], Salamanca, Universidad de Salamanca, 2008, p. 18.
2. Josefina M^a Baamonde Méndez, *El contrato de vitalicio de la Ley 2/2006 de 14 de junio, de derecho civil de Galicia* [tesis], Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 18.
3. Victoria Rodríguez Escudero, *La modificación judicial de la capacidad de la persona en el derecho español y la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* [tesis], Oviedo, Universidad de Oviedo, 2016, p. 314.
4. Cristina Berenguer Albaladejo, *El contrato de alimentos* [tesis], Alicante, Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 2012.
5. Mariño De Andrés, Ángel Manuel, *El contrato de vitalicio* [tesis], Vigo, Universidad de Vigo, Facultad de Derecho, 2013.
6. Adoración M. Padial Albás, *La obligación de alimentos entre parientes* [tesis], Lleida, Universidad de Lleida, Facultad de Derecho, 1994, p. 76.

LEYES Y DOCUMENTOS LEGALES

1. Ley 30490, publicada el 26 de julio del año 2016. En su artículo segundo determina que la persona adulta mayor es aquella que tiene 60 o más años.
2. Galicia, Comunidad Autónoma de Galicia, Ley 2/2006, publicada el 14 de junio, p. 28.
3. España, Legislación consolidada, Ley 41/2003, publicada el *18 de noviembre*, última modificación: 3 de julio de 2015.
4. Francia, Ley 308/2007, publicada el 5 de marzo.
5. Brasilia, Declaración de Brasilia, Segunda Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad para todas las edades y de protección social basada en derechos, Naciones Unidas, Cepal, 4 al 6 de diciembre de 2007.
6. San José de Costa Rica, Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, Adoptada en la tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, Cepal, 8 al 11 de mayo de 2012.