

LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN CASOS DE CRISIS MATRIMONIALES

SUMARIO: I.— Introducción. II.— La obligación de alimentos surge de la procreación. Exigencia constitucional. III.— Deber de alimentos y obligación de manutención. IV.— Cuantía de la obligación ¿Alimentos o cargas familiares? V.— La obligación subsiste con la llegada de los hijos a la mayoría de edad. VI.— Diferencia entre las aportaciones de los progenitores según tengan o no a su cuidado a los hijos. VII.— Medidas de aseguramiento para el pago de la pensión. VIII.— Protección penal de la prestación. IX.— Contribuciones extraordinarias. X.— No hay especialidad respecto de lo anteriormente dicho cuando los hijos no están al cuidado de un progenitor, sino de un tercero. XI.— Acomodación de las prestaciones por alteración de las circunstancias. XII.— Cuestiones de legitimación activa para la reclamación de lo prestación y otros problemas procesales.

I. INTRODUCCIÓN

Vamos a tratar en esta intervención de los alimentos a los hijos especialmente en casos de crisis matrimoniales (separación, nulidad y divorcio). Y hay que hacer una afirmación inicial que es del Código Civil cuando dice que «el juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos...» (art. 93 al comienzo). También el art. 91 CC da

a entender que en toda sentencia de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de la misma, en su caso, deberá figurar la determinación judicial de la contribución de los progenitores al mantenimiento de los hijos.

Pueden ocurrir dos cosas en estos casos: que cuando el matrimonio en crisis tenga hijos, estos sean confiados a un cónyuge o que sean confiados a terceras personas. Mas frecuente es el primer caso que el segundo, pero ambos son posibles.

II. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS SURGE DE LA PROCREACIÓN. EXIGENCIA CONSTITUCIONAL

Los progenitores, por el hecho de la procreación, tienen la obligación de alimentos. Y esta obligación la tienen con independencia de la patria potestad. Como consecuencia de determinados hechos acaecidos después de la procreación, o en el establecimiento de la filiación, o en la adopción, puede privarse a un progenitor de la patria potestad, pero no por ello desaparece su obligación de alimentar al hijo que ha procreado o cuya filiación se ha establecido o que ha adoptado. En la SAP de Murcia de 20.X.1992 se dice: «La propia expresión «alimentos provisionales» que emplea el precepto debe ponerse en relación con la regulación que de los mismos hace la LEC en los arts. 1609 y ss. En consecuencia la solicitud de alimentos provisionales hecha en la *demanda de reclamación de paternidad* no sólo implica la petición de una medida cautelar, sino que también supone el ejercicio de la acción de alimentos provisionales dándose una acumulación de acciones, posible conforme a los arts. 153 y ss. de la Ley procesal. Toda interpretación de normas sobre alimentos de los hijos debe estar presidida por el art. 39, puntos 2 y 3 de la Constitución Española que establecen la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos y la de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera de su matrimonio, durante su minoría de edad».

La privación de la patria potestad no suprime la obligación alimenticia. No es un deber derivado de la relación jurídica de patria potestad, sino que es un deber moral y jurídico que se da tanto en casos de normalidad matrimonial, como en casos de crisis en el matrimonio e incluso cuando la filiación se ha establecido fuera de matrimonio y que viene derivado del hecho de la filiación natural (matrimonial o extramatrimonial) y adoptiva.

III. DEBER DE ALIMENTOS Y OBLIGACIÓN DE MANUTENCION

Ahora bien conviene ya, desde el principio, distinguir en la obligación de alimentos, el llamado deber de manutención, de la estricta obligación alimenticia. El deber de manutención o el genérico y más amplio deber de asistencia paterna¹ es mucho más extenso que la propia obligación de alimentos y está regulado en sede distinta. La obligación de manutención se encuentra regulada en los arts. 92, 93, 154, 110 y 111, mientras que la estricta obligación de alimentos esta en los arts. 142 y siguientes. La STS de 5.X.1993 (ponente ORTEGA TORRES) dice que «...lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así, art. 154, 3º— y...no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes...ha de advertirse que, con carácter general, la determinación de la cuantía de los alimentos corresponde al prudente arbitrio del tribunal sentenciador, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente con el suyo propio y personal». Y en otro momento de la misma Sentencia dice «que sólo habrá de insistirse en la mayor amplitud de estos [los alimentos], que conduce a afirmar que resulta procedente la superación incluso de las pautas ordinarias de determinación de la pensión alimentaria, concediendo a los tribunales un cierto arbitrio para su fijación» «...el quinto motivo se formula por inaplicación de la jurisprudencia según la cual la contribución alimentaria debe ser proporcionada al caudal y medios de quien da los alimentos y a las necesidades de quien los recibe, o sea que se está insistiendo en una inaplicación del art. 146 que desconocería las peculiaridades del caso, ya que lo cierto es que la suma de 30.000 pts. mensuales fijada en la sentencia de 1987 es, como se ha dicho, adecuada para el cumplimiento de los deberes impuestos por el art. 154.1 cuya extensión es superior a la

1 COBACHO GÓMEZ, José Antonio: *La deuda alimenticia*, Madrid 1990, p. 73. También DELGADO ECHEVARRIA, Jesús: en *CCJC*, 1985, nº. 171, p. 2.130, comentando la STS de 5.XI.1984 señala que la doctrina italiana, en base al *Codice civile* parte de la distinción entre obligación de alimentos y deber de mantener a los hijos. Este último no se agota en la contribución económica a los gastos, sino que abarca los cuidados personales, la atención a su desarrollo físico y psíquico, la asistencia médica, su educación e instrucción. V. además GARCÍA GARCÍA, María Angeles, Los alimentos de los hijos menores en los procesos matrimoniales, *RDP*, 1984, pp. 1.101 y ss.

propia de los alimentos entre parientes...». No puede obviarse señalar que hay sentencias (bastantes) que aplican el 146, aunque esta doctrina no me parezca la más adecuada. Así: SAP Pontevedra 2.III.1996 «la cuantía de los alimentos, ha de ser proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe»; «para señalar la cuantía en la contribución a las cargas del matrimonio debe atenderse a las dos bases que suministra el art. 146» (SAP León 8.VI.1994).

IV. CUANTÍA DE LA OBLIGACIÓN ¿ALIMENTOS O CARGAS FAMILIARES?

La obligación de manutención comprende desde luego lo que es clásico de la obligación de alimentos: alimentación, vestido y habitación, pero además educación o instrucción, gastos de enfermedad², embarazo y parto de la madre e incluso gastos superfluos, incluyendo, desde luego la más delicada obligación, que excede de lo material y económico, que es la atención espiritual, educación no reglada, incluso el cuidado de la salud y de la enfermedad y todo ello aunque el hijo fuera rico por herencia o donación, sin perjuicio de la obligación del art. 165 del CC de poder destinar los padres los bienes del menor, en la parte que les corresponda, al levantamiento de las cargas familiares. Conviene ya hacer referencia a las cargas familiares porque, como dice la SAP Pontevedra de 27.VI.1995 «Los alimentos de que trata el art. 93 no son los que comporta la escueta deuda de alimentos, sino que se trata de una prestación que forma parte del deber expansivo de contribución a las cargas familiares». E, incidentalmente la SAP Zaragoza de 4.X.1995, «parece adecuado señalar como alimentos y cargas para la hija». Y, aunque la argumentación no me convence demasiado la SAP Palencia 11.III.1991 dice que «ya es jurisprudencia consolidada que la mayoría de edad de los hijos no es, en sí misma, causa bastante para determinar la cesación de la obligación de sus progenitores de contribuir a su sustento y educación, mediante la pensión que, en concepto de contribución a las cargas de la familia, debe pasarse al cónyuge que los tiene a su

2 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, coordinador José Luis LACRUZ BERDEJO, Madrid, 1982. En comentario a los arts. 92 y 93, pp. 645 y ss. y 668 y ss.

cuidado». Pero sobre puntos concretos de estas afirmaciones ya volveremos más adelante. Baste ahora con indicar una Sentencia más que incide en que la prestación en favor de los hijos es contribución a las cargas de la familia. Esta obligación puede prestarse manteniendo al propio hijo en el hogar familiar atendiéndole en sus necesidades ordinarias y extraordinarias y, en caso de crisis matrimonial, pagando el progenitor no conviviente con los hijos, al otro a cuyo cuidado han quedado, una cantidad de dinero.

Quiero insistir en la precisión previa: que con arreglo a las disposiciones del CC la obligación de alimentos existe tanto en casos de normalidad matrimonial, como en caso de crisis (nulidad, separación o divorcio). Además del art. 142 y del 92, otros preceptos del Código imponen esta obligación alimentaria, y no hay ninguno que les exonere de ella, siendo, además de una obligación legal, una obligación moral. No hay que olvidar la expresión del 158 CC (reformado en 15.I.1996) de que «el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio fiscal, dictará:...2º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la patria potestad...estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

En relación con la calificación de la prestación como contribución al levantamiento de las cargas familiares es interesante reseñar que tradicionalmente, en todos los ordenamientos jurídicos la disolución del matrimonio conlleva el mantenimiento de ciertas obligaciones pecuniarias entre los ex cónyuges que se unen a las siempre subsistentes y autónomas que se tienen respecto de los hijos. «Este tipo de relaciones financieras entre los cónyuges se ha observado con independencia del tipo de divorcio consagrado en cada ordenamiento y, en la medida en que se mantienen estos ligámenes residuales una vez extinguido el vínculo matrimonial, puede decirse que tales obligaciones implican en realidad un divorcio atenuado desde el punto de vista económico»³.

3 GARCIA RUBIO, M. Paz: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, 1995, p. 134.

V. LA OBLIGACIÓN SUBSISTE CON LA LLEGADA DE LOS HIJOS A LA MAYORÍA DE EDAD

También tiene interés, me parece, precisar que el deber de prestación de alimentos no se extingue con la llegada del hijo a la mayoría de edad (arts. 93, 2º introducido por Ley de 15 de octubre de 1990; art. 142 que expresa claramente que los alimentos se deben aún después de haber llegado a la mayoría de edad, «cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable»). El supuesto es muy frecuente en la actualidad, en los años inmediatamente siguientes a la adelantada mayoría de edad pudiendo afirmarse que es raro el caso de que el hijo que alcance los 18 años tenga medios económicos suficientes para subvenir a sus propias necesidades. Hay alguna sentencia reciente que les niega alimentos por no prestar la mínima aplicación a los estudios, como la de la AP de Las Palmas de Gran Canarias de 29.I.1996, al afirmar «Cierto es que el art. 142.2 extiende el derecho de alimentos entre parientes a los mayores de edad que no han terminado su formación por causa que no les sea imputable, y que en principio, dada la longitud temporal de los estudios en el sistema educativo moderno y las dificultades de las nuevas generaciones para acceder al mercado laboral, perfectamente podría concederse este derecho a personas de más de 26 y 22 años, especialmente cuando se trata de hijos del alimentante, como sucede en el litigio. Ahora bien sucede que en este supuesto este derecho no existe, dado que la necesidad alimenticia viene creada precisamente por la falta de aplicación de los acreedores, que se encuentran todavía a edades tan tardías cursando estudios iniciales de BUP, y no sólo ello, sino que se matricularon con posterioridad a la acción y para colmo suspendieron todas las asignaturas, sin que por otro lado conste iniciativa alguna por su parte para acceder a un puesto de trabajo al margen de sus esfuerzos —más bien escasos, como los resultados— en el plano de los estudios. Por todo lo cual no se ha acreditado el derecho a alimentos».

No obstante la afirmación de la AP de Las Palmas de Gran Canarias hay que tener en cuenta la situación de paro por la que atraviesa la sociedad española y el largo proceso de formación y educación. Los hijos alcanzan la mayoría de edad en época en que se encuentran en enseñanza secundaria o formación profesional, siendo los universitarios, desde luego, todos, mayores de edad. En esta situación viene a cuento la afirmación de la SAP

Zaragoza de 4.X.1995 cuando afirma, «una vez que los menores llegan a la mayoría de edad la patria potestad se extingue, pues la Ley a partir de entonces les reconoce el ejercicio de la plenitud de sus derechos civiles, *pero esto no significa que necesariamente cese la obligación alimentaria de los progenitores para con sus hijos, sino que continúa mientras no se de una de las causas de extinción previstas en los arts. 150 y 152 CC*».

Es problemático hablar de la cuantía de los alimentos en caso de que los hijos de matrimonios en crisis lleguen a la mayoría de edad, porque como afirma la STS de 5.X.1993 «el régimen legal de los alimentos entre parientes (que) en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados».

VI. DIFERENCIAS ENTRE LAS APORTACIONES DE LOS PROGENITORES SEGÚN TENGAN O NO A SU CUIDADO A LOS HIJOS

Establecido ya, con el apoyo que presta el articulado del CC (especialmente arts. 110 y 111), que ambos progenitores están obligados a mantener a sus hijos menores, desde luego, y mayores mientras no hayan terminado su formación por causa que no les sea imputable, hay que señalar las diferencias entre progenitores en la atención a esta obligación. El supuesto más frecuente es que los hijos queden al cuidado de un progenitor y que el otro, que no tiene a los hijos, contribuya a su sostenimiento con una pensión mensual que se entregará, de acuerdo con una fórmula de estilo de nuestros tribunales, por meses adelantados y dentro de los cinco primeros días de cada mes. La contribución del progenitor que no tiene a los hijos plantea una problemática ya tratada, siendo de reiterar únicamente que no debe aplicarse en su determinación los criterios del 146 (caudal y medios de quien los da y necesidades de quien los recibe) sino que será el prudente arbitrio de los tribunales el que determinará la cuantía de la pensión que en concepto de alimentos o de cargas familiares tiene que pasar un progenitor al otro. Hay que insistir en la situación del cónyuge a cuyo cuidado han quedado confiados los hijos. Desde luego que este progenitor también deberá hacer un esfuerzo económico para atender a las necesidades de sus hijos, pero su contribución va más allá: les dedica una gran parte de su tiempo, les cuida prácticamente a diario (salvo los periodos que se hayan señalado para el ejercicio del derecho de visita y de periodos en que los

tenga en su compañía el otro progenitor — art. 94—), se ocupa de su salud y enfermedades, de su aseo y estudios. Quizá no se insiste demasiado en estos puntos, muy difíciles de estimar económicamente, pero que significan ejercicio de las cargas que la procreación comporta. Hay veces en que sí pueden estimarse, como cuando, como señala RIVERO⁴, el progenitor abandona un trabajo que desempeñaba *full-time* para pasar a desempeñar un trabajo a tiempo parcial para acompañar y atender a los hijos, lo que comporta una pérdida de ingresos perfectamente calculable. Aunque en sede de alimentos no hay una manifestación explícita de esta problemática, dentro de las «medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio», en el art. 103 se dice que «admitida la demanda el juez: 3ª Fijar[á] la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio...Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes». La SAP de Cuenca, de 5.III.1994 dice que «el juez debe determinar la cuantía de las cargas del matrimonio y fijar la contribución de cada cónyuge, teniendo en cuenta no sólo el régimen patrimonial pactado, sino también las disposiciones contenidas en el convenio regulador de su separación y, en todo caso, teniendo en cuenta las disponibilidades económicas de cada uno de los esposos, los ingresos y la existencia de bienes privativos: Incluso el último párrafo de los mencionados preceptos, ordena tener en cuenta «el trabajo que cada uno de los cónyuges dedicará a la atención a los hijos comunes» y ello aunque el cónyuge dedicado a la casa cuente con bienes suficientes para soportar la carga. (S. de 19.X.1992)».

En la estimación de la carga económica que cada cónyuge debe soportar entiendo que hay que tener en cuenta no sólo sus ingresos, sino también su patrimonio entero⁵, por la peculiaridad de los alimentos o cargas familiares que tienen los debidos a los hijos, especialmente y con mayor seguridad, si son menores de edad. Y desde el punto de vista de los hijos hay que atender al *standard* de vida de la familia antes de la ruptura matrimonial y también la

4 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *op. y loc. cit.*

5 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, tomo I, Comentario al art. 146, p. 530: «El «caudal o medios» del alimentante (cfr. arts. 145 «caudal»; 152, «fortuna») comprende, a estos efectos, las rentas tanto del capital como del trabajo, *el propio capital* y aún, en cierto sentido, su capacidad o posibilidad de trabajar»

manera en que venía siendo y en que los cónyuges pensaban educar y criar a los hijos. De modo que el criterio debe ser que los hijos tengan el mismo nivel de vida que venían teniendo antes de la crisis matrimonial.

VII. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO PARA EL PAGO DE LA PRESTACIÓN

Conviene también hacer unas reflexiones acerca de las medidas de aseguramiento del pago de la prestación que en concepto de alimentos tiene que pasar el progenitor no conviviente con los hijos al otro que los tiene en su compañía. El CC habla de ello en el art. 90 en sede de convenio regulador, al final dice que «El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio». En el art. 91 se dice que «en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez ... determinará ... las cautelas o garantías respectivas». En el art. 93, específicamente en el tema que nos ocupa se señala que «el Juez, en todo caso, ... adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento». También, aunque no se trate de alimentos a los hijos, en caso de pensión por desequilibrio económico se dice, en el art. 97 que «en la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad». No es por un afán de extender innecesariamente mi intervención por la que traigo a colación la pensión por desequilibrio y sus garantías. Una de las garantías que el cónyuge acreedor a la pensión tiene es la señalada en el art. 99, consistente en sustituir la pensión por una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. Podía pensarse, aparte de las garantías tradicionales, tanto reales como personales, en la fórmula del art. 99, teniendo en cuenta que la pensión por desequilibrio económico es más duradera que la deuda alimenticia o carga familiar del art. 93, pero no hay norma que prohíba esta suerte de aseguramiento y tiene la ventaja de seguridad grande para los hijos; también se puede traer a colación la discrecionalidad que tiene el Juez en la fijación de las garantías para el cobro de la prestación⁶.

6 RIVERO HERNÁNDEZ: *op. y loc. cit.*

En esta materia, aparte las indicaciones que ya se han hecho, la mayor garantía es la retención de la parte necesaria y suficiente del salario (en caso de que el obligado sea trabajador o funcionario que cobre mensualmente una retribución) de forma que ésta parte, se entregue directamente al progenitor a cuyo cuidado quedan los hijos. Sería ésta la forma más segura de que el progenitor que tiene a los hijos va a cobrar las prestaciones a que viene obligado el otro, y lo va a hacer puntualmente.

VIII. PROTECCIÓN PENAL DE LA PRESTACIÓN

Como medio indirecto de asegurar el cobro de la prestación hay que mencionar la norma introducida en el Código penal de 1995 dentro del tipo «*del abandono de familia, menores e incapaces*». La disposición se encuentra en el art. 227: «1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior. 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas».

IX. CONTRIBUCIONES EXTRAORDINARIAS

He sostenido antes que los hijos deben mantener el mismo *standar* de vida del que disfrutaban cuando el matrimonio no se había anulado, separado o divorciado. En situaciones de normalidad es claro que sobrevienen circunstancias en las que hay que afrontar algún gasto extraordinario, que no puede ser atendido con la dedicación que normalmente se destina al cuidado sustento, habitación y formación de los hijos.

Estos gastos que exceden de lo ordinario pueden provenir de situaciones inevitables, como son una enfermedad larga y costosa que no puede ser atendida por los sistemas de previsión del Estado o puede provenir de que

quiere mejorarse la formación de un hijo y, por ejemplo, enviarle durante un curso al extranjero para que se familiarice con el uso de un idioma (situación cada vez más frecuente entre amplias capas de la sociedad). Cita también RIVERO⁷ la operación de cirugía estética de un hijo, que aun sin ser ineludible no pueda ser negada racional y moralmente; yo añadiría un proceso largo y costoso de ortodoncia para prevenir una malformación dental. O, piensesé en el hijo que pide realizar un master u otra profesión que requiere un adiestramiento y perfeccionamiento largo y caro (ej., prepararse para piloto comercial).

Si acordamos que en situaciones de normalidad matrimonial no puede negarse la contribución extraordinaria y que a dicha atención hay que aplicar, no sólo los ingresos ordinarios, sino también los ahorros y el capital propio de cada esposo, en casos de crisis matrimonial parece que tampoco puede negarse dicha contribución extraordinaria. Aunque la situación, no sea estrictamente académica, se encuentra ausente de las resoluciones judiciales que he manejado y que se extienden desde el año 1990 en que se reforma el art. 93, añadiendo el párrafo segundo, hasta la actualidad, siendo de destacar la pequeña cuantía económica de las prestaciones que señalan nuestros tribunales.

La doctrina acude, en apoyo de la solución afirmativa a la expresión del párrafo primero del art. 93 que habla de acomodar las prestaciones a las circunstancias económicas y *necesidades de los hijos en cada momento*. También se trae a colación el art. 3.1 cuando afirma que las normas se interpretarán de acuerdo —entre otras circunstancias— según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

X. NO HAY ESPECIALIDAD RESPECTO DE LO ANTERIORMENTE DICHO CUANDO LOS HIJOS NO ESTÉN AL CUIDADO DE UN PROGENITOR SINO DE UN TERCERO

En efecto, creo que las mismas soluciones apuntadas para cuando uno de los progenitores es guardador de los hijos, hay que aplicar al caso de que sea un tercero el que se ocupa materialmente de ellos y les tenga bajo su guarda. La cuestión jurídica que preocupa a la doctrina es la de quien

7 RIVERO HERNÁNDEZ: *op. y loc. cit.*

ostentará la defensa de los intereses de los hijos en esta situación. La solución depende de la causa por la que se haya organizado una guarda a cargo de terceras personas y de como se haya establecido la misma. Si la situación proviene de que los padres han desamparado a sus hijos y estos caen bajo la tutela provisional y transitoria de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores (art. 172 CC), la atención a los mismos correrá a cuenta de dicha entidad, sin perjuicio, creo yo, de la existencia de una acción de regreso para repetir contra los padres si están en condiciones económicas de atenderles. Si se ha organizado una tutela ordinaria, será el tutor el que velará y representará a los hijos para reclamar de los padres la atención que requieran. Y también está legitimado para defender a los menores el Ministerio Fiscal, que debe velar en el proceso matrimonial por los intereses de los mismos (Ver disposiciones adicionales y «provisionales» de la Ley de 7 de julio de 1981 y Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal, en su art. 5). Si quien reclama los alimentos es ya mayor, él mismo defenderá sus intereses ante los tribunales para que los padres cumplan con las obligaciones derivadas de la generación y que no se extinguen por la llegada a la mayoría de edad, como veíamos antes.

XI. ACOMODACIÓN DE LAS PRESTACIONES POR ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

El párrafo primero del art. 93 CC se refiere a la adopción de las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Esta previsión, también señala el mismo artículo que deberá hacerla el Juez «en todo caso». Hay una forma de acomodación, procesalmente interesante porque no exige reclamación alguna que es el señalamiento en la sentencia (quizá porque ya se había pactado así en el convenio regulador) de una cláusula de estabilización. Aunque en el momento actual parece que la erosión del coste del dinero se ha contenido en parte, hemos vivido unos años en que la inflación hacía perder poder adquisitivo a la prestación de forma importante. Para remediar esta situación el TS ha manifestado que «La prestación de alimentos es una deuda de valor y permite adoptar medidas de protección frente a las alteraciones

monetarias» (Ss. 9.X.1981 y 11.X.1982). El procedimiento más corriente es señalar que la prestación se actualizará según las oscilaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística.

Ahora bien, como a pesar de lo mantenido en esta charla, los Tribunales siguen aplicando los criterios del 146 para determinar la cuantía de las pensiones, la AP de Palencia en sentencia ya citada de 11.III.1991 señala que «el índice corrector —el IPC, en este caso— no pueda exceder de la proporción en que hayan aumentado los ingresos del obligado». En el caso se incrementaron por debajo del IPC.

Es posible que quepa incluso, y así lo mantiene RIVERO⁸ que el juez tomando en consideración la edad de los hijos, cuyo crecer con el transcurso del tiempo determina paralelamente un paralelo incremento de los gastos de su mantenimiento (no tanto en alimentación como en vestir, estudios, diversiones, u ocio...), pudiera prever un incremento de la pensión por ese concepto del orden de un 10 o un 15 o 20 por ciento anual.

De «alimentos que, además se actualizan anualmente» habla la SAP Madrid de 6.III.1992. La SAP Zaragoza de 4.X.1995 trata de la revisión a la baja de una pensión que se había fijado cuando las hijas eran menores de edad, y ya han alcanzado una situación laboral estable siendo además mayores; la AP sienta la doctrina de que «lo anteriormente expuesto no conduce necesariamente a que se reduzca a la mitad la cantidad a percibir por Doña María Dolores, sino a que se fije de nuevo la suma correspondiente en función de las circunstancias que actualmente concurren». También de reducción pero para negarla, trata la SAP Badajoz de 4.XII.1995 cuando dice que «el segundo problema estriba en determinar que efectos puede tener el que, como parece, la hoy recurrida haya podido pasar a ser propietaria de la administración de loterías de la calle..., lo cual sin duda alguna ha supuesto una evidente mejoría en su situación económica. Nos encontramos ante una pensión cuya finalidad es exclusivamente la de proporcionar alimentos a los hijos del deudor y por ello se regula en los arts. 142 y ss. CC. El art. 145.1º de este Texto legal hace referencia al concepto «proporcionalidad al caudal respectivo» cuando se trata de dos o más personas obligadas a dar alimentos. Ello podría significar que el cambio de

8 RIVERO HERNÁNDEZ, *op. y loc. cit.*

fortuna de la madre podría determinar un cambio correlativo en la suma que el padre viene abonando. Sin embargo, en el presente supuesto, no resulta de momento procedente el alterar la cantidad que viene abonando el padre y ello porque ha de tenerse en cuenta que desde el año 1988 las 22.011 pts. de pensión alimenticia no han experimentado variación alguna, pese a la notable merma que la inflación ha venido produciendo». Y por último en este tema la SAP Pontevedra de 2.III.1996 señala que «la situación económica del padre demandado, se ha de estimar por todo ello de muy escaso desahogo. Es procedente, en consecuencia, reducir la cantidad señalada en la sentencia apelada (que se reconoce objetivamente reducida y por sí misma insuficiente para las necesidades del alimentista), a la aun más reducida, pero proporcionada a la situación económica del padre, de diez mil pts. mensuales».

XII. CUESTIONES DE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA RECLAMACIÓN DE LA PRESTACIÓN Y OTROS PROBLEMAS PROCESALES

Se ha suscitado una polémica bastante viva acerca de quien está legitimado para reclamar los alimentos o si se prefiere el deber de manutención, y el origen de la polémica está en el añadido párrafo segundo del art. 93 que, curiosamente se introduce por una ley que trata de aplicar el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo; es la Ley 11/1990, de 15 de octubre. El párrafo segundo del art. 93 ordena al Juez, que en la misma resolución —la que declara las medidas en caso de nulidad, separación o divorcio— fijará los alimentos debidos a los hijos mayores de edad o emancipados que careciendo de ingresos, convivieran en el domicilio familiar, y ello lo hará conforme a los arts. 142 y siguientes de este Código.

El tema de la legitimación activa está muy conectado con el de la naturaleza de la prestación alimenticia que los padres deben a los hijos; una interpretación exegética del art. 93 nos lleva a concluir que los alimentistas son los hijos y que esta prestación se efectuará para satisfacer «sus necesidades». Ellos, los hijos, son los destinatarios de los alimentos y ellos quienes deben hacerlos valer; lo que ocurre es que si son menores de edad, lo hará el progenitor a cuyo cuidado han quedado

confiados, en ejercicio del deber de representación legal que ostentan.

El verdadero problema se plantea cuando nos situamos en el supuesto del párrafo segundo del art. 93: hijos mayores de edad, que conviven en el hogar familiar y carecen de ingresos propios. Es muy acertada la «Interpretación del párrafo 2º del art. 93 del Código civil» que evacua una Consulta efectuada a la Fiscalía General del Estado y que ésta resuelve en fecha de 13 de febrero de 1992. El supuesto que da origen a la Consulta pone de relieve que hasta la nueva redacción del párrafo 2º del art. 93 no existía uniformidad sobre el procedimiento, la cuantía e incluso sobre la subsistencia de las prestaciones alimenticias de los hijos que, conviviendo con uno de los padres, cumplían la mayoría de edad y quedaban en consecuencia fuera de la esfera del derecho-deber en que la patria potestad consiste.

Sigue diciendo el Fiscal General del Estado que las cuestiones que suscita la Consulta elevada son las siguientes: 1ª) Quién es la persona legitimada para reclamar el derecho de alimentos. 2ª) Si puede el Juez de oficio, en una interpretación rígida del precepto y sin previa petición del interesado, dictar la resolución fijando la cuantía de los alimentos. 3ª) Quién debe ser el destinatario de los alimentos fijados con arreglo al art. 93.2 y, 4ª) Qué procedimiento es el que ha de seguirse.

En situaciones de ruptura matrimonial, quedan los descendientes menores de edad bajo la guardia y custodia de uno de los progenitores, cesando esa relación y la patria potestad (normalmente compartida), al cumplirse la mayoría de edad, momento en que se adquiere plena autonomía jurídica en los órdenes personal y patrimonial.

Califica el derecho de los hijos mayores a la prestación alimenticia con los caracteres de *irrenunciable, intransmisible, imprescriptible y que no puede transigirse*. De todo lo anterior deduce que «la única persona a quien se atribuye el derecho subjetivo familiar de exigir los alimentos es al hijo que ha llegado a la situación de la mayoría de edad; derecho que no se concede a ninguno de los ascendientes con los que convive ya que, al extinguirse el vínculo jurídico de la patria potestad, el mayor de edad queda fuera del ámbito de dependencia que por imperativo legal existía hasta ese momento. No teniendo en tal supuesto aplicación el principio de representación legal de los padres (162 CC), sólo estará legitimado dentro del ámbito familiar para reclamar

los alimentos que establece el art. 93 del CC el descendiente que ha cumplido la mayoría de edad»⁹.

La segunda cuestión se resuelve con lo entrecomillado de la respuesta a la primera. El Juez, por razones de interés público puede de oficio fijar alimentos a los hijos menores de edad, aunque no haya habido petición de parte, pero si el hijo es mayor, a pesar de la dicción del 93.2 («fijará»), estamos en presencia de un derecho rogado, de forma que muy difícilmente podrá el Juez de oficio, fijar la cuantía alimenticia. Sólo el mayor podrá instar la reclamación.

La tercera cuestión se refiere a quién ha de ser el destinatario de los alimentos. Si el mayor no puede ser representado para reclamar, con mayor motivo nadie que no sea él mismo tiene derecho a su disfrute. El descendiente es el único destinatario de la prestación.

La última cuestión se refiere a cual debe ser el cauce procesal a través del cual ha de instarse la reclamación de alimentos por el descendiente que ha cumplido la mayoría de edad y que cumple con los dos requisitos del art. 93 (carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar). La interpretación del 93.2, a la luz de los criterios del art. 3 del CC ha de hacerse con gran flexibilidad tendiendo siempre que sea posible a que la fijación de la pensión alimenticia al hijo se fije en el procedimiento matrimonial; pero en determinadas situaciones no será posible evitar que el ejercicio de la pretensión tenga lugar en el juicio de alimentos provisionales del la LEC (arts. 1609 y ss) o en el declarativo ordinario según los casos.

9 BELO GONZÁLEZ, Ramón: Los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores, AC 1991, nº. II, p. 22 es tajante cuando dice: «Cuando un hijo cumple 18 años alcanza la mayoría de edad (arts. 12 de la Constitución y 315 párr. 1º del CC), produciéndose su emancipación (art. 314 núm 1 del CC), por lo que se acaba la patria potestad (art. 169 núm 2 del CC) así como la representación legal de los padres respecto a sus hijos (art. 162 del CC), dejando de intervenir en los procesos matrimoniales el Ministerio fiscal en defensa de sus intereses (párr. 1º de la disp. adicional 8ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio), logrando su plena capacidad jurídica de obrar (art. 322 del CC) y, como corolario de ello, la capacidad jurídica procesal (art. 2 párr. 1º de la LEC). Por todo lo cual si el hijo mayor de edad se cree con derecho a alimentos (art. 142 del CC) podrá reclamarlos de sus ascendientes (art. 143 del CC), pero actuando en su propio nombre y representación. Y sin que jamás se pueda fijar una pensión alimenticia a su favor si él previamente no la ha pedido».

En consecuencia de lo anterior hay que distinguir: a) Que el descendiente sea mayor de edad al iniciarse el procedimiento. Hay dos supuestos: 1º.— Solicitada una pensión alimenticia para el hijo mayor de edad, éste puede comparecer y mostrar su conformidad con lo solicitado o bien otorgar un poder *apud acta* al progenitor que hubiere solicitado la pensión para él. Si no estuviera conforme con la pensión solicitada deberá acudir al juicio declarativo ordinario de alimentos definitivos o el al juicio de alimentos provisionales. 2º.— Si no se hubiera solicitado pensión alguna para él en la demanda, contestación o reconvencción, no podrá reclamar alimentos en el procedimiento matrimonial y deberá acudir al juicio de alimentos definitivos o provisionales de la LEC.

b) El descendiente cumple mayoría de edad durante la tramitación de la causa matrimonial, sin que se haya dictado sentencia. También aquí hay que distinguir: 1º.— Si se solicita para él el pago de una pensión, nada impide que comparezca en el procedimiento y reclame el pago de la misma o incluso una cantidad superior si el procedimiento se encuentra en fase de alegaciones. Si se encuentra en fase posterior a la de alegaciones, sólo podrá comparecer en el procedimiento para mostrar su conformidad con la cantidad que para él se había solicitado cuando aún era menor de edad (tener en cuenta en este supuesto la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor que determina que éste debe ser oído siempre si es mayor de 12 años y cuando tuviere suficiente juicio aunque sea menor de dicha edad). De no ser así deberá acudir al juicio de alimentos provisionales o al declarativo ordinario. 2º.— Si no se hubiera solicitado para él cantidad alguna cuando era menor de edad, podrá personarse en el procedimiento matrimonial y reclamar el pago de una pensión alimenticia durante la fase de alegaciones, pues en otro caso deberá acudir a los procedimientos ya mencionados anteriormente.

c) El hijo alcanza la mayoría de edad después de recaer sentencia firme. Por economía procesal, el Juez puede acordar el pago de la pensión y que la misma se continúe pagando en lo sucesivo siempre que llegado a la mayoría de edad, no muestre su disconformidad. Si el Juez no acuerda el pago de pensión alguna, parece razonable que el hijo pueda personarse durante el periodo de ejecución y reclamar dicho pago.

d) El descendiente cumple la mayoría de edad después de haberse ejecutado la sentencia de nulidad, separación o divorcio. El procedimiento

matrimonial no puede renacer y el hijo tendrá que seguir los cauces que le marca la LEC en los arts. 1609 y ss.

Todo esto, que resumidamente he expuesto lo decía la Fiscalía General del Estado en 1992, pero, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero que introduce un nuevo párrafo en el art. 158 del CC, aumenta las posibilidades procesales, porque «las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres» «podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria». O sea que hay que plantear que la prestación de alimentos se puede fijar en el proceso matrimonial, prácticamente en cualquier fase en que el mismo se encuentre, en un proceso de alimentos de la LEC y en el procedimiento declarativo ordinario que corresponda; pero además pueden fijarse alimentos en un proceso penal y en uno de jurisdicción voluntaria. Este último se va a convertir normalmente en contencioso por la oposición del demandado a prestar los alimentos y conforme al art. 1817 de la LEC.

Hay dos pronunciamientos judiciales interesantes, en los que el tema no se desarrolla con la claridad con que lo hace la Fiscalía General del Estado y el Magistrado BELO GONZALEZ, en el artículo citado precedentemente. Son cronológicamente el auto de la AP de Córdoba de 18.V.1995 y la SAP de Pontevedra de 27.VI.1995. La AP de Córdoba muy sucintamente y por lo que a nosotros interesa señala: «...hubo un sector doctrinal que propugnaron como camino para solventar el problema el de acudir al concepto de cargas familiares, manteniendo que dentro de éstas se encuentran los alimentos de los hijos mayores de edad que tengan derecho a ellos de conformidad con el art. 142 del CC, de forma que, aunque el objeto de la condena sea atender a los gastos del hijo mayor de edad necesitado que convive con un progenitor, sería éste el titular del derecho y sólo él podría ejercitarla. Esta posición fué mantenida por la Sentencia de 1 de octubre de 1987 de la Audiencia Territorial de Pamplona, por la de 1 de julio de 1987 de la Audiencia Territorial de Burgos y por la de 10 de diciembre de 1987 de la Audiencia Territorial de Barcelona». También relata el auto de la AP de Córdoba que hubo resoluciones que adoptaron la postura de que sólo los hijos que alcanzaron la mayoría de edad estarían legitimados para discutir en el ulterior incidente de modificación su derecho a continuar percibiendo los alimentos establecidos a su favor durante su minoría de edad en los

juicios matrimoniales (SAP Oviedo de 18 de mayo de 1988). Añade «Sin embargo la tesis mayoritaria negaba tal posibilidad, concediendo la legitimación exclusivamente a los cónyuges, acudiendo al concepto de carga familiar para negar que la mayoría de edad implique sin más, la extinción de la prestación alimenticia. Como consecuencia de lo anterior no se crean dificultades para negar a los hijos la posibilidad de intervenir en aquellos procedimientos donde se pretendiera una modificación o extinción de las medidas, desde el momento en que se reconocía al progenitor con el que convivía, y no al hijo, como único legitimado para exigir el pago de alimentos como contribución a las cargas del matrimonio». Córdoba se decanta por la otra solución que también relata: «Para otro sector, la redacción dada al párrafo 2º del art. 93 impide mantener el anterior criterio, dada su remisión a los arts. 142 y siguientes del CC y no del párrafo 2º del art. 93, por lo que dado el carácter personalísimo e intransmisible del mismo, según se desprende del art. 151, la disposición que se examina sólo podrá entenderse como legitimadora de los hijos no sujetos a la patria potestad para intervenir en los procesos matrimoniales seguidos entre sus progenitores deduciendo la prestación alimenticia, en los supuestos a que se refiere, sin que pueda el progenitor que con él convive reclamarlos para sí, ni en su representación...». Concluye el auto diciendo que «se afirma que el único destinatario de la pensión alimenticia lo será el hijo».

La SAP Pontevedra de 27.VI.1995 se refiere a demanda para obtener la modificación de las medidas acordadas en convenio regulador y aprobadas por sentencia firme de separación, alegando alteración de circunstancias. La sentencia de instancia repudia la petición formulada por entender que al haber alcanzado aquellas hijas la mayoría de edad (19 años), carece la madre de legitimación para instar la prestación de alimentos y que sólo a las hijas viene atribuida la facultad de solicitar del padre la citada prestación. Plantea la cuestión en los mismos términos que el auto de Córdoba al decir: «La cuestión nuclear es, entonces, si en tal caso la madre tiene legitimación propia para instar del padre la prestación contributiva, o si han de ser los propios hijos, ya alcanzada la mayoría de edad, quienes en ejercicio de su propio derecho son los verdaderos y únicamente legitimados para solicitar del padre la prestación alimenticia». Afirma que «no estamos ante una mera obligación alimenticia. Los alimentos de que trata el art. 93 no son los que comportan la escueta deuda de alimentos, sino que se trata de una presta-

ción que forma parte del deber expansivo de contribución a las cargas familiares». Rechaza el argumento de la remisión al art. 142 porque entonces la reforma del precepto (93,2º) o sería inútil o inservible. Sigue diciendo que el deber de contribución del otro cónyuge tiene un carácter derivado o accesorio de la situación matrimonial. Añadiendo que «con la adición del párrafo segundo al art. 93, el legislador quiso igualar el trato legal dado a los hijos menores de matrimonios rotos con el de los hijos mayores que por sus características —carencia de medios propios de vida, convivencia en el hogar familiar— reproducían, por la persistencia de circunstancias sin solución de continuidad, la situación de los hijos menores, precisados aún del patrocinio de sus padres». Termina afirmando la obligación asistencial del padre demandado, pero será en ejecución de sentencia donde se concretará la cantidad a abonar.

IGNACIO SERRANO GARCÍA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid