

ESQUEMAS DE DERECHO DE FAMILIA

BLOQUE I: EL DERECHO DE FAMILIA. FAMILIA Y CONSTITUCIÓN. EL DERECHO DE ALIMENTOS.

**(MATERIAL DIDÁCTICO PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO
Y DE DOBLE GRADO DERECHO-ADE)**

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Málaga

JESÚS MARTÍN FUSTER
Doctor en Derecho. Profesor Derecho Civil

ACTUALIZADO A OCTUBRE DE 2021
INCLUYE LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL POR LEY 8/2021

LECCIÓN 1. EL DERECHO DE FAMILIA.

1. El concepto de familia. Familia y Derecho.

- Cuestión previa: ¿Debe entrar el Derecho en el ámbito de la familia, y si es así, hasta qué punto?

La respuesta a la primera cuestión, aun cuando pudiera resultar dudosa, por quedar afectado hipotéticamente el derecho a la intimidad personal y familiar de sus miembros (art. 18 CE), debe responderse afirmativamente. No sólo en el ámbito penal, sino también en el civil, resulta conveniente y necesario que el legislador pueda inmiscuirse en el seno de la familia, para resolver conflictos entre sus miembros y dar respuesta a necesidades de sujetos especialmente desvalidos, como los hijos menores.

- En cuanto a lo segundo, hay que resolver, entre otros asuntos, una cuestión importante: el alcance de la autonomía de la voluntad, esto es, determinar hasta qué punto se pueden celebrar negocios jurídicos en el ámbito familiar, o en generar dotar de autonomía a los integrantes de una familia.

Por ejemplo, en materia matrimonial, ¿se pueden establecer en el matrimonio pactos relativos a la convivencia familiar, a la fidelidad conyugal, estipulaciones de orden económico, renunciar a los alimentos, a la pensión compensatoria, penalización económica en caso de pedir la disolución del matrimonio, fomento de la continuación del matrimonio (pago a uno de los cónyuges por el otro por no pedir la disolución del divorcio en un 1 año). O en el ámbito de las relaciones paterno-filiales: ¿se puede renunciar a la paternidad, a la patria potestad, se pueden celebrar acuerdos de delegación de funciones paternas, pueden los menores celebrar contratos sin contar con sus padres o representantes legales?

En general, en los últimos tiempos y en las más recientes reformas legales, se tiende a ampliar considerablemente el campo de actuación de la autonomía privada: un ejemplo evidente es el de la posibilidad de divorcio notarial, introducido en el año 2015.

Por otro lado, la recientísima reforma de 2021 por Ley 8/2021 de 2 de junio, que acaba de entrar en vigor el día 3 de septiembre, ha añadido un plus adicional en este camino de reconocimiento de autonomía de los sujetos: ahora, las personas con discapacidad, que hasta la fecha estaban sujetos a controles mediante las sentencias de modificación de la capacidad de obrar y la imposición de una figura tutelar (tutela, curatela, defensor judicial), hoy se reconoce plena autonomía a estas personas con deficiencias físicas o psíquicas, obligando a los familiares y allegados y a la autoridad judicial a atender la voluntad deseos y preferencias de estas personas. Además, la reforma de la Ley 8/2021 de personas con discapacidad ha establecido la prioridad absoluta de las medidas de apoyo voluntarias, propuestas por el propio discapacitado (y canalizadas normalmente por vía notarial) a las medidas judiciales y legales

- En suma, una cuestión importante para todo legislador es determinar cómo juega la idea de **orden público** en la regulación legal de las cuestiones familiares. Hasta la ley de 2021, era de orden público la protección del superior interés de los menores de edad y de los discapacitados: hoy sólo queda ya la tutela del interés del menor por encima de cualquier otro interés en juego.

- Por lo demás, las dudas también se plantean, ya al margen de la propia autonomía y decisión de los sujetos, alrededor de la manera de intervención: si a través del cauce judicial, o bien a través de intervenciones administrativas. Ya veremos que en unos casos, la intervención judicial será muy importante, resolviendo o autorizando o denegando las posibles decisiones adoptadas por los integrantes de la familia, y en otros, será decisiva la intervención de las administraciones públicas (en materia de protección de menores o de personas con discapacidad).

- Nuestra CE no recoge una definición de familia. La ley regula y puede en el futuro regular aspectos de la familia. No obstante, la CE, en su artículo 39 CE, sí trata la familia de manera amplia, pero sin definirla. Partimos de un concepto prelegal o extraconstitucional de familia, lo cual permite al legislador una adaptación a una realidad social que demuestra ser totalmente cambiante, también en cuanto al concepto de familia.

- La familia no es una persona jurídica de base asociativa: por tanto, no tiene ni ha tenido nunca personalidad jurídica, sino sólo la de sus miembros. Esta idea está mucho más acentuada en la actualidad, donde ni siquiera existe un interés superior (el interés de la familia) por encima del interés particular de cada uno de sus miembros.

- Un dato decisivo en la regulación legal actual de las relaciones familiares es que no existe una jerarquización de intereses de unos miembros de la familia respecto de otros: eso es así, porque podría atentar contra el principio de dignidad de la persona, así como contra el principio de igualdad ante la ley.

Esto es lo que lleva a poner en duda la pervivencia de una rama del Derecho civil denominada “Derecho *de familia*”, ya que de alguna manera no hay una institución que esté por encima o se anteponga a los intereses de sus integrantes (a pesar la subsistencia de alguna norma que se refiere a ello, como el art. 67 CC). Quizás sea preferible empezar a hablar de un Derecho de la persona, más que de un Derecho de familia. Lo cual no significa minimizar la importancia de la familia en el desarrollo de las personas.

- No obstante, aun cuando el principio de igualdad ante la ley parece resplandecer, especialmente tras la Ley 8/2021, si algo es claro en los momentos presentes, como antes se dijo, es la priorización del interés de los hijos menores por encima de cualquier otro interés protegible, sea de otros miembros de la familia, sea de terceros (principio del *favor filii* o de tutela del interés superior del menor: art. 2 de L.O. de Protección del Menor de 1996).

- Por obra de la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha desaparecido de nuestra legislación, el principio

correlativo del interés superior del incapaz: hoy, las personas con discapacidad son equiparadas a las demás, son titulares de los mismos derechos y obligaciones, y deben ser tratadas igual, salvo cuando necesiten medidas de apoyo para ejercitar algunos de sus derechos y facultades.

- Funciones de la familia: Hemos dicho que no se puede minimizar la importancia de la familia. Así, la familia sin duda cumple una serie de funciones, y el legislador se ha preocupado por ella a veces en exceso. La familia antes era una unidad económica relevante, y ahora está diluida, aunque siguen existiendo empresas familiares.

La familia sigue desempeñando funciones económicas, y también una función política, la familia es un grupo de personas en donde se produce de alguna forma la socialización del individuo.

La familia ha sido considerada como una especie de grupo político. No cabe duda de que por esa función de socialización, si el legislador pone un especial hincapié en la familia, la sociedad se proyectará de esa manera. Una familia muy basada en la autoridad paterna, proyecta una imagen o modelo que favorece la reproducción ulterior de un régimen político basado en la jerarquía y en el autoritarismo. Esa función socializadora a veces se produce de manera inconsciente.

Hoy día, en nuestros países mediterráneos, la familia presta una función asistencial de primer orden a sus miembros, en especial en situaciones de crisis económicas y sociales. Debemos tener en cuenta sin embargo la aprobación reciente, en España, del llamado Ingreso Mínimo Vital (IMV), que puede haber modificado esta situación, al asumir en buena parte el Estado la función de asistencia económica mínima a las familias más desfavorecidas, o a los miembros de las mismas necesitados, antes que recurrir a la familia para que preste alimentos a sus miembros necesitados.

Es importante la figura de la familia y el modelo de familia. Los modelos históricos han cambiado mucho. En el orden romano era una familia muy amplia, formada por el *pater familias*, los convivientes y los esclavos, es una familia

totalmente jerarquizada.

En otros lugares, ha existido un modelo de familia muy basada en la familia matriarcal (modelo germánico). La autoridad de la madre, es más importante que la del padre. Es evidente que esta familia tiene también una tradición y origen histórico o prehistórico.

Hemos pasado de una familia muy autoritaria, a una regulación actual basada en las relaciones horizontales y el pleno respeto a las necesidades e intereses cada uno de los integrantes de la familia.

2. Familia y Constitución. Principios constitucionales:

- Preceptos de la Constitución que tratan aspectos relacionados con la familia:

- **Art. 9** (principio de igualdad real)

- **Art. 10** (principio de dignidad de la persona y principio de libre desarrollo de la personalidad): Su importancia reside en ser la base de todos los demás derechos de orden personal o familiar.

- Ha sido utilizado como fundamento para la creación de nuevos derechos de la personalidad, o para reinterpretar los derechos preexistentes en clave más actual y adaptada a las circunstancias de cada momento. Ejemplos:

- El derecho a tener un sexo bien determinado (la transexualidad). Ver la Ley 3/2007 de 15 de marzo, sobre rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas).

- El derecho al matrimonio de los homosexuales.

- El derecho a conocer el propio origen biológico (como alternativa o complemento al derecho a la investigación de la paternidad).
- El derecho a la eutanasia: ya desarrollado en la Ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

- **Art. 14** (principio de igualdad legal): trato igual a los iguales y desigual a los desiguales.

- **Art. 18** (reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar): ¿la familia como ámbito cerrado y vedado al control o intervención pública?

- **Art. 27** (el derecho a la educación): Plantea dos tipos de cuestiones:

a) Posibilidad de educar a sus hijos en el propio domicilio?

b) Conflicto de intereses sobre la formación religiosa/ideológica de los hijos: ¿hasta qué punto tienen los padres derecho a decidir sobre la educación de los hijos? ¿Qué hacer en caso de conflicto entre el interés de los padres y el interés del hijo menor, con cierta capacidad de discernimiento?

- **Art. 32** (matrimonio) y **art.39 CE** (protección de la familia).

- **Art. 32: *El matrimonio en la Constitución:***

Artículo 32. 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

- Se reconoce en el artículo 32 CE como derecho fundamental (de segundo grado) el derecho a contraer matrimonio.
- La garantía institucional del matrimonio: el matrimonio como institución básica de nuestro sistema jurídico, inderogable por el legislador.
- ¿Supone el reconocimiento de este derecho el otorgamiento de un “plus” a la familia matrimonial sobre la no matrimonial? Entendemos que no (con base en el artículo 39 CE).
- Se ha dudado si este precepto constitucional limita el matrimonio al contraído por personas de distinto sexo (matrimonial heterosexual): la duda ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en el recurso planteado contra la reforma del Código Civil por Ley de 8 de julio de 2005.
- El derecho a casarse comprende el derecho a no casarse (de modo que los poderes públicos no pongan cortapisas a tal facultad de elección, o no condicionen el derecho a elegir libremente una de esas opciones, fomentando de manera especial una de ellas). Referencia al “derecho a divorciarse” (a decidir dejar de estar casado) como una manifestación de este derecho constitucional a elegir la forma que cada sujeto desea para desplegar su vida social y su convivencia en un determinado domicilio.
- No se pueden imponer cortapisas que hagan inviable ese derecho o que afecten a su “contenido esencial” (art.53.1 CE). Determinación de qué debe entenderse por tal “contenido esencial”:
 - a) Atender al interés tutelado.
 - b) Aspectos que lo hagan reconocible como tal derecho respecto de los demás.

- Se establece también en el art.32 que el matrimonio se celebra con “plena igualdad jurídica”: el matrimonio no puede ser fuente de discriminación por razón de sexo. (Ello al margen de posibles pactos). Cuestión: ¿sería inconstitucional una ley que exigiese para casarse distinta edad a los hombres y a las mujeres?

- El art.32.2. remite a la ley ordinaria la regulación de la edad y capacidad para casarse, las formalidades del matrimonio y las causas de disolución, incluido el divorcio. Alcance de este apartado:

-a) La ley ordinaria tiene libertad para fijar la edad, pero sin que ello suponga poner cortapisas injustificadas por tal motivo.

-b) En cuanto a la capacidad: también la ley deja libertad al legislador ordinario, pero siempre respetando el “contenido esencial”:

- Limitaciones por razón de salud (aquí entra el parentesco cercano)

- Limitaciones por razón de seguridad del Estado? Son difícilmente admisibles.

- Limitaciones por razones religiosas o sociales: no cabe. Son límites que afectarían directamente al contenido esencial.

-c) La remisión a las formalidades del matrimonio (completado con el art. 149.1.8ª CE sobre “formas de matrimonio”), hace pensar en si sería constitucional una ley que ordenase una única forma de matrimonio (civil), o exigiera (como sucede en Francia, por ej.) que el matrimonio siempre se deba celebrar ante la autoridad civil (aunque luego se permita la forma religiosa respectiva, pero sólo a efectos protocolarios y de orden religioso, sin efectos jurídicos vinculantes). Creemos que no sería inconstitucional.

- Cabe no sólo dos o más formas de contraerlo, o podría ser también constitucional la existencia de dos o más tipos de

matrimonio con regulación diferente para uno y otro tipo?

- ¿Significa, por otro lado, que el matrimonio debe ser siempre un negocio formal? ¿Se admitirían modalidades de matrimonio “aformales”? (de hecho, está sucediendo con los Registros de Uniones de hecho o de Parejas Estables de las CC.AA.). También el matrimonio notarial ha desmitificado la idea del matrimonio como algo cercano a lo sagrado, para identificarlo con un negocio contractual.

-d) Al establecer la remisión a la ley para regular las causas de disolución: está exigiendo que en todo momento debe reconocerse la posibilidad del divorcio (aplicación del principio del libre desarrollo), sea cual sea el tipo de matrimonio.

No obstante, el legislador es libre de regular con más o menos amplitud las causas de divorcio (tanto la antigua regulación de 1981 como la actual han sido perfectamente constitucionales).

- La familia en la Constitución:

Artículo 39. 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

- El artículo 39 establece la protección social, económica y jurídica de la familia.
- No se prejuzga el tipo o tipos de familia a los que se protege: se remite a una concepción social de lo que sea familia en cada momento histórico.
- Eso no significa que todo aquello que la sociedad tolere como forma de convivencia, automáticamente conllevará reconocimiento social y por tanto protección de los poderes públicos: sólo la tendrán aquellos núcleos que la sociedad tengan aceptación social más o menos extensa en cada momento histórico.
- No creemos que la norma facilite un trato desigual a los diversos tipos o modalidades de familia reconocidos socialmente: deben ser tratados igual, con la única particularidad de su propia idiosincrasia (por ej. en una unión de hecho, los derechos y deberes deben ser distintos de los del matrimonio, pero ello no debe suponer un trato discriminatorio en cuanto a la asistencia pública a los diversos tipos familiares).
- Se establece el principio de protección integral de los hijos, sin que pueda haber lugar a discriminación por razón de filiación.
- Este principio implica la prioridad del interés del hijo, sobre todo menor de edad, por encima de los intereses de los otros miembros de la familia. Tiene multitud de implicaciones y consecuencias.

La norma se refiere a los efectos, fundamentalmente; lo cual no excluye en principio la posibilidad de diferencias a la hora de determinarse la filiación o en cuanto a las acciones de filiación. Aunque se tiende doctrinal y legalmente a la equiparación (por ej. posible presunción de paternidad futura del varón de la pareja no casada pero sí registrada).

- Se establece como principio el de la investigación de la paternidad, como cauce concreto para lograr la protección de los hijos, sobre todos los no matrimoniales.

- No se fijan sus límites concretos. Por tanto, podrá ser limitado o excluido en determinados casos, según criterios razonables del legislador ordinario. Esto plantea la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la limitación derivada de las técnicas de reproducción asistida (anonimato del donante impuesto por ley) por chocar contra este principio.

Hay que tener en cuenta que este principio tiene una raigambre histórica, en cuanto tiene su causa en unas determinadas circunstancias históricas (tutela de los hijos extramatrimoniales). Ahora existen otras, en concreto de las citadas técnicas, que exigen un cambio de planteamiento. ¿Pero hasta el punto de excluir totalmente la aplicabilidad de este derecho, tan arduamente conseguido?

- Se dispone la responsabilidad paterna en el cuidado de los hijos, como deber pero al mismo tiempo como facultad. Pero se hace más hincapié en el aspecto de deber: esto ha influido en la regulación actual de la patria potestad y la tutela de menores, y en el tratamiento de los menores en la Ley del Menor. Del mismo modo, tiene o puede tener trascendencia en la regulación legal del deber de alimentos entre padres e hijos, y sus condiciones de eficacia (por ej., la del momento de su devengo, que es una cuestión polémica en la actualidad).

- Hay finalmente una remisión a los Tratados internacionales para protección de los hijos, como complemento de la Constitución y las leyes.

3. El Derecho de Familia como rama del Derecho Civil. Caracteres:

- Se discutió históricamente si esta rama del derecho formaba parte del Derecho Público (CICU). Hoy nadie duda que forma parte del Derecho Privado.

- Caracteres:

Nos referimos a continuación a los caracteres tradicionalmente señalados por la doctrina civilista para diferenciar el Derecho de familia del resto de ramas del Derecho Civil. Hoy deben ser puestas en tela de juicio, dada la evolución de las leyes más recientes en la materia que llevan a una importante normalización y equiparación con las demás ramas, al jugar en todas ellas los mandatos constitucionales y los límites a la libertad negocial derivados del respeto a los principios y derechos fundamentales.

1.- Influencia de concepciones morales.

- Se ha dicho que el Derecho de familia tiene una mayor influencia que el resto de las ramas, de las cuestiones morales y religiosas. Esto es cierto, pero tan solo en parte. La influencia religiosa por ejemplo, ya no es especialmente relevante.

La influencia del cristianismo en el derecho de familia ha sido muy importante. El matrimonio es un negocio solemne que hay que celebrar con una determinada forma y proviene de la influencia cristiana. Antes del cristianismo, los matrimonios no eran negocios solemnes. Hoy todas las CCAA tienen regulación sobre uniones de hecho. Están equiparadas al matrimonio. Sin embargo, no se constituyen las uniones de hecho forma solemne. En algunas CCAA se exige inscripción en el registro de uniones de hecho.

- Se puede decir que el aspecto ético y no jurídico del matrimonio persiste en cuanto a los derechos conyugales. Ej: los cónyuges deben respetarse mutuamente, los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad, compartir las tareas domésticas...etc. Esto son los deberes conyugales. Estos deberes no son coercibles jurídicamente. Ningún poder público puede coaccionar, por ejemplo, para convivir con el cónyuge.

2.- Menor autonomía privada:

Se ha dicho que el Derecho de familia es un derecho donde juega menos la autonomía de la voluntad que en otras partes del derecho privado. Es más, en algunos momentos, se ha dicho que debería de estar fuera del derecho privado por el carácter imperativo de sus normas.

La autonomía de la voluntad tiene tres límites: ley, moral y orden público.

¿Qué podemos decir que es de orden público innegociable, que no se puede negociar entre las partes?

- a) La poligamia no es admitida en nuestro país. Por la protección de la dignidad de la persona, no del polígamo, sino de las personas que contraer matrimonio con el polígamo. Es también una razón de seguridad jurídica, de las expectativas económicas, aunque tampoco es un factor decisivo.
- b) Los deberes conyugales no se pueden alterar, pero el Estado no se puede inmiscuir en cómo se organicen los cónyuges. Existe un único modelo de matrimonio al contraerlo, no se pueden modificar a la hora de prestar el consentimiento en el momento de contratarlo, porque se aplican a todo matrimonio. Una vez celebrado el matrimonio, si los cónyuges pactan que no rija el deber de fidelidad, puede tener consecuencias. Si se puede demostrar que después de casados acordaron sobre el deber de fidelidad, puede tener influencia en el ámbito por ejemplo, de la filiación. Probablemente aquí, el principio de presunción de paternidad ya no existiría. El derecho de socorro mutuo: ¿puede alterarse contractualmente entre los cónyuges el régimen de asistencia económica entre ellos? En el caso del régimen económico matrimonial, existen capitulaciones matrimoniales, y se puede establecer el que se quiera. ¿Hasta el punto de denegar asistencia a uno de los cónyuges? No existe norma que lo prohíba, a pesar que el artículo 67 establezca que haya que socorrerse mutuamente. No obstante, conviene recordar que, incluso en un

régimen de separación de bienes, existe el deber de asistencia entre cónyuges, si uno de ellos no tiene capacidad económica de forma puntual, en cuanto el otro debería contribuir por la totalidad.

¿Son imperativas las normas sobre disolución del matrimonio? Así ha sido hasta ahora. No obstante, conviene recordar la introducción del divorcio notarial (que incluso puede haber adquirido mayor relevancia con la Ley 8/2021, como se verá. Esto ha sido así, para dar seguridad jurídica. ¿Qué valor jurídico tendría el que ellos sin acudir al juez en un momento determinado se establezca dar por disuelto el matrimonio? ¿Qué valor jurídico tendría esa disolución del matrimonio? Probablemente, podría ser vinculante *inter partes*, en cuanto podría producir efectos entre los que lo acordaron, pero no los tendría frente a terceros.

- c) La prevalencia del interés del menor es un principio de orden público. Tanto en el código civil como en la Ley del menor, impera el principio de protección integral del menor o de prevalencia de interés del menor sobre cualquier otro.
- d) La tutela de los derechos fundamentales de cada uno de sus miembros, en cualquiera de los ámbitos regulados por el Derecho de familia.
- e) Como complemento de lo anterior, la prohibición de contratos atentatorios contra la dignidad de las personas (por. El contrato de maternidad subrogada).

4. Las reformas del Derecho de familia y de la persona: la Ley 8/2021 de 2 de junio, sobre personas con discapacidad. Los nuevos principios y reglas derivados de esta Ley:

El Derecho de familia y de la persona está en constante evolución y se encuentra muy influenciado por los principios constitucionales y la necesidad de tutelar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Veamos a continuación las principales líneas de la reforma legal de 2021:

4.1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar

La capacidad jurídica se viene identificando con la personalidad. Es la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones. Se adquiere con el nacimiento, es idéntica para todos los seres humanos que viven en nuestro Estado; no puede sufrir modificaciones ni restricciones durante la vida y sólo se extingue con la muerte.

Tradicionalmente, junto a la capacidad jurídica, se ha distinguido la llamada **capacidad de obrar**, que suele definirse como la aptitud de la persona para ejercitar por sí mismo sus derechos y sus obligaciones. Evidentemente, un recién nacido, aunque sea titular de derechos, no puede ejercitarlos por sí mismo. Le falta capacidad o facultades para hacerlo. Será más adelante, conforme vaya adquiriendo madurez, cuando podrá ir gestionando todos esos derechos por sí mismo. Mientras llega ese momento, la ley le designará para ello los llamados representantes legales, que serán normalmente sus progenitores, o en defecto de éstos, un tutor.

Lo mismo sucedía con las personas que, siendo ya mayores de edad, tenían algún tipo de deficiencia o minusvalía psíquica, física o sensorial, que con frecuencia, eran declarados incapacitados judicialmente, perdiendo total o parcialmente la llamada capacidad de obrar.

Sin embargo, tras la Ley 8/2021 de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad, parece haberse suprimido la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Ahora, **todas las personas con discapacidad**, sea cual sea el motivo de su discapacidad (deficiencias físicas, sensoriales o psíquicas), por influencia de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con

discapacidad, de 13 de diciembre del año 2006, ratificado por España, **pasan a ostentar los mismos derechos y las mismas posibilidades de actuación en la sociedad que los sujetos sin discapacidad, y conservan su capacidad de ejercitar sus propios derechos**, a pesar de tener algún tipo de deficiencia.

Ello implica que, **como regla, van a poder actuar por sí solos en muchos ámbitos jurídicos**, y en aquellos en que pudiera resultar problemático, la ley le facilita la obtención de **una medida de apoyo**, a través de la concurrencia de otro sujeto (sea curador, guardador de hecho, etc.), de modo que el concreto acto o negocio jurídico sea celebrado u otorgado con la concurrencia de ambos sujetos (discapacitado y tercero prestador de apoyo). Sólo excepcionalmente, se dispondrá la representación y sustitución del sujeto discapacitado por otro designado a tal fin.

Como consecuencia de lo anterior, ha perdido en buena medida el sentido de la distinción entre capacidad jurídica y de obrar.

A lo sumo, esa distinción se podría entender que permanece únicamente respecto de los menores de edad no discapacitados, quienes, en función de su edad y del tipo de contrato o negocio, podrán actuar por sí solos, o deberán ser sustituidos por sus representantes legales (casi siempre sus padres o, en su defecto, el tutor del menor).

4.2. El tratamiento de la discapacidad:

Como sabemos, son los mayores de edad los que tienen capacidad jurídica para ejercitar plenamente sus derechos, ya que se entiende que tienen suficiente madurez para realizar adecuadamente cualquier tipo de actividad. Sin embargo, esta afirmación no siempre se corresponde con la realidad. Existen mayores de edad que presentan, desde su nacimiento o de forma sobrevenida, toda una amplia serie de deficiencias físicas, sensoriales o psíquicas, más o menos persistentes, que pueden dificultar sus posibilidades de actuación en el mundo jurídico.

A diferencia de la antigua normativa, la regulación vigente derivada de la Ley 8/2021 de personas con discapacidad

(cuya entrada en vigor se ha producido el día 3 de septiembre de 2021) parte de principios radicalmente distintos.

Por lo pronto, **no existe en el Código Civil ni en las leyes especiales una definición de lo que sea "discapacidad"**, ni existe una remisión a normas o declaraciones administrativas de invalidez o dependencia para calificar a un sujeto como discapacitado. Esto constituye en sí una dificultad, aunque seguramente es sólo aparente. Nos explicamos.

La nueva normativa introducida en el Código Civil sobre discapacidad parte **de la igualdad de derechos y facultades de estos sujetos respecto de los no discapacitados**. Ello trae consigo una consecuencia fundamental: **mientras a un sujeto mayor de edad o emancipado no se le haya otorgado una "medida de apoyo", la ley considera que es plenamente capaz para ejercitar por sí solo sus derechos, como cualquier otro ciudadano**.

Eso significa que **los contratos y actos jurídicos que celebre, se considerarán válidos e inatacables, no pudiendo demostrarse *a posteriori* una supuesta falta de capacidad natural del sujeto para dicho acto**, como sí era posible con la normativa anterior. Esto, aunque pudiera suponer una cierta desprotección del sujeto discapacitado, **no es sino la consecuencia necesaria de su equiparación legal, a todos los efectos, con el resto de sujetos sin discapacidad**.

Esta conclusión se extrae del nuevo artículo 1302 CC, que **sólo en muy concretos casos permite impugnar el acto celebrado por el discapacitado por razón de su discapacidad**.

En concreto, la citada norma sólo permite impugnar los actos o contratos suscritos por un discapacitado **cuando previamente dispusiera de una medida de apoyo, y sin embargo el discapacitado hubiese prescindido de ella**, y hubiera celebrado el contrato. En tales casos podrá ser anulado en el plazo de cuatro años, a contar desde la fecha de celebración del contrato, tanto por el propio discapacitado o sus herederos, como por la persona prestadora de apoyos (el designado voluntariamente, el curador o el defensor judicial), pero en este último caso, sólo si el otro contratante fuera conocedor de la existencia de esas medidas de apoyo o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta.

Conviene ahora explicar qué son **medidas de apoyo**.

La nueva normativa dispone que el discapacitado podrá necesitar para ciertos actos o negocios, en función de su grado de discapacidad, **la asistencia de una persona** (que puede ser tanto **física** como incluso **persona jurídica**) que le asista y complemente, pero **siempre deberá respetar la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado**, en la medida en que pudieran conocerse. Esta última referencia se erige en el centro de la reforma y del tratamiento legal de las personas con discapacidad y que sin duda va a generar más disputas: existe una carga por parte del juez y de los familiares y prestadores de apoyo de atender a esa voluntad, sea la actual, o sea la hipotética, a partir de una reconstrucción de su trayectoria vital.

Sólo en caso de no ser viable una fórmula asistencial poco restrictiva, se le podría nombrar un **curador o prestador de apoyos con funciones representativas**, es decir, sustitutivas de la voluntad de la persona, que tendrá carácter **excepcional**. Pero incluso en este caso la nueva norma obliga a tener en cuenta, en lo posible, la trayectoria vital del sujeto, sus creencias y valores, para tomar la decisión que sea más acorde con lo que hubiera decidido esa persona si hubiera podido actuar por sí sola (art. 249 CC).

La ley (art. 250 CC) considera posibles medidas de apoyo las siguientes: **medidas de apoyo voluntarias, medidas de apoyo informales y medidas de apoyo judiciales**.

Las **medidas de apoyo voluntarias** son prioritarias a las demás, de modo que sólo se podrá recurrir a las demás en defecto de las voluntarias, y son aquellas ordenadas o dispuestas por el propio discapacitado, tanto antes (en previsión de su futura deficiencia) como de forma actual, en tanto le sea posible hacerlo.

Aquí se incluyen a su vez las siguientes: **los poderes y mandatos preventivos** (art. 256 ss. CC), en donde el sujeto otorga un poder a otra persona para el caso de que en el futuro precise su apoyo por una hipotética enfermedad o

deficiencia; y la **autocuratela** (art. 271 a 274 CC), donde el propio discapacitado designa a quien en el futuro va a actuar como curador para el caso de necesitarlo. Finalmente, también cabe la posibilidad de previsión de **otras medidas de apoyo** relativas a su persona y bienes en previsión o apreciación de circunstancias que dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 255 CC), pudiendo por tanto tratarse de una situación actual y no futura. En todos esos casos, se habrá de acudir al Notario para otorgar el correspondiente poder o escritura pública, y se procederá a su inscripción en el Registro Civil, para conocimiento de terceros.

A falta de medidas de apoyo voluntarias, pueden entrar en funcionamiento la **guarda de hecho** (art. 263 a 267 CC), que constituye una **medida de naturaleza informal**, en cuanto no exige nombramiento. La guarda de hecho se erige en una figura que va a tener mucha relevancia práctica, en cuanto lo normal es que no se proceda a designar una medida de apoyo existiendo alguien que se venga ocupando materialmente del discapacitado. El guardador de hecho suele ser en la práctica un familiar cercano (los padres, respecto del hijo discapacitado; o el hijo o hijos, respecto de los padres ancianos con problemas mentales o físicos), o un allegado (pareja de hecho, amigo, incluso un grupo de apoyo institucionalizado), que se va a ocupar, sin tener obligación de hacerlo, del discapacitado. No se trata de una figura coyuntural, sino que la ley la considera dotada de **estabilidad**, y deberá colaborar con la autoridad judicial si fuera preciso. No se determinan en la ley sus facultades específicas, aunque deben considerarse las de apoyar al discapacitado en su vida ordinaria, aconsejarle y asistirle en general, en principio sin vinculación contractual, aunque es muy posible que se incluyan también los posibles vínculos contractuales al uso (contrato de servicios de persona que presta ayuda y/o convive con el discapacitado anciano...). Puede ser preciso que sea dotado de facultades especiales, representativas sobre todo, para determinados actos, en cuyo caso deberá solicitarse autorización judicial.

Finalmente, examinamos brevemente las llamadas **medidas de apoyo judiciales**, que son aquellas en que se le solicita a la autoridad judicial su designación, por parte del propio discapacitado, o de otras personas legitimadas para ello. Son subsidiarias de los dos bloques anteriores (las medidas voluntarias y la guarda de hecho como medida informal). Ha desaparecido totalmente la tutela de los discapacitados, quedando relegada sólo a la tutela de los menores (a falta o por imposibilidad de los padres).

Entre las medidas de apoyo judiciales, se incluye básicamente la **curatela** (arts. 268 ss. CC), cuyas funciones serán sobre todo asistenciales y de complemento de la voluntad del sujeto, atendiendo a lo que haya dispuesto en cada caso la autoridad judicial que la designó, debiendo asistir al discapacitado, con respeto siempre a su voluntad y preferencias. La nueva ley configura la curatela en un sentido muy amplio, no sólo de sujeto que complementa el consentimiento del discapacitado.

Es posible que, en casos excepcionales, el juez pueda atribuir al curador **funciones representativas** (art. 249.III, 269 y 287 CC), en cuyo caso podrá sustituir al discapacitado, pero siempre atendiendo a sus hipotéticas preferencias en función de su trayectoria vital. Existen en todo caso una serie de supuestos recogidos en el art. 287 CC en los que, aun disponiendo de funciones representativas, el curador necesitará autorización judicial para realizar el acto o contrato correspondiente (actos de trascendencia personal o familiar, enajenación o gravamen de inmuebles o bienes de especial significado personal o de considerable valor, etc...). Se trata de una serie de supuestos bastante amplia, al incluir aspectos personales, y ejercicio o interposición de demandas, que antes no se incluían respecto del antiguo tutor.

Junto a la curatela, la nueva normativa incluye como otra medida de apoyo de naturaleza judicial al **defensor judicial** (art. 295 a 298 CC), que sólo podrá ser designado por el juez en determinados casos (imposibilidad de actuar por el prestador de apoyos designado, en caso de conflicto de intereses con el discapacitado, o con carácter provisional mientras se tramita la medida de apoyo correspondiente, etc.). El sujeto designado como tal podrá desempeñar funciones representativas o meramente asistenciales, según lo disponga la autoridad judicial en la resolución que se dicte.

5. Familia y parentesco:

- No hay un tratamiento específico en el Código Civil, fuera de la regulación contenida en materia de sucesión

intestada (arts. 915 a 920 CC).

- Efectos jurídicos del parentesco:
- Por consanguinidad: Derecho de alimentos, derecho sucesorio (intestado y legitimario).
- Por afinidad: Tan sólo se recoge algún efecto muy puntual en el art. 754 CC.

LECCIÓN 2. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

1. La obligación de alimentos entre parientes. Fundamento y caracteres:

Fundamento:

- Fundamento legal: el art. 39 CE, que remite a lo que diga la ley (puede en el futuro ampliar o reducir los sujetos beneficiarios). Se limita a los alimentos de padres respecto de hijos (no respecto de otros parientes, que no se fundamenta en el art. 39 CE).
- Derecho a la vida (excesivamente dramático, y poco adaptado a una sociedad como la nuestra).

- Debe descartarse igualmente una conexión entre los alimentos y los derechos fundamentales: la Constitución no eleva los alimentos a categoría de derecho fundamental exigible frente a los parientes; ni siquiera propiamente frente a los poderes públicos. La excepción sería quizás el derecho de alimentos de padres a hijos menores de edad, que sí que estaría garantizado por el artículo 39.3 CE.

- Principio de solidaridad familiar. Efecto típico del parentesco (aunque sólo surge cuando se dan los dos parámetros básicos: necesidades y medios de quien la presta). Debemos replantear el alcance de la solidaridad familiar en la sociedad actual, dado que puede ser susceptible de revisión, por ejemplo, el deber de alimentos entre hermanos, o incluso entre parientes en línea recta (fuera de los casos de los alimentos de los hijos menores por sus padres), al poder acabar condicionando el libre desarrollo de la personalidad del pariente adulto que se vea obligado a asistir al ascendiente, o al descendiente ya mayor de edad (que debería haber resuelto y organizado su vida). Ello no prejuzga el posible *deber moral* de asistir a tales parientes.

- Relaciones entre familia y Estado en la prestación de alimentos:

a) Hecho evidente: En una sociedad como la nuestra, el Estado cubre muchos aspectos que serían propios del deber alimenticio (asistencia sanitaria gratuita, educación gratuita, etc...).

b) Estas prestaciones permiten excluir en ocasiones el presupuesto de la “necesidad” del alimentista, y por tanto excluir la obligación misma.

En esta dirección, la entrada en vigor del Ingreso Mínimo Vital (IMV) ha supuesto un cambio sustancial en materia de alimentos, al establecerse de hecho una prioridad de la asistencia estatal sobre la familiar, de modo que, no habiendo una pensión de alimentos preestablecida entre dos parientes, las necesidades concretas del alimentista podrían ser cubiertas, total o parcialmente, por este IMV, sin que sea viable recurrir a los alimentos entre parientes, al decaer hipotéticamente la situación de necesidad.

c) La obligación de alimentos coexiste con la asistencia pública (también como “obligación” pública): se puede ir más allá de lo que el Estado proporciona, ya que la obligación de alimentos no se limita al mínimo exigible.

d) Los alimentos entre parientes pueden cubrir, desde un punto de vista cualitativo, más allá de lo que lo hace el Estado, dado que en los alimentos juega la idea de atender al caudal de quien los proporciona, por tanto, en función de su nivel social, que puede ser elevado. Esta idea, no obstante, tiene mayor relevancia cuando hablamos de alimentos de padres a hijos menores o de alimentos entre cónyuges.

- Ambito de aplicación de los arts. 142 ss C.Civil:

- Entre cónyuges, funciona sobre todo en casos de crisis matrimonial (separación). También respecto de hijos mayores de edad y entre parientes en línea recta (mayores o menores de edad: v.gr., alimentos de los abuelos a favor de nietos menores de edad).

- Si no son aplicables los arts. 142 ss., es porque esta obligación queda embebida en otras funciones o potestades más amplias, como la patria potestad o el matrimonio.

- ¿En qué se diferencian los alimentos aisladamente, de los alimentos en la patria potestad o el matrimonio?

- En el matrimonio, los alimentos entre cónyuges no se limitan a las condiciones y límites de los arts. 142 y 146 CC, sino que van más allá. No hay que reclamarlos judicialmente para que nazcan. Estos alimentos se extinguen con la disolución/divorcio. (¿Es constitutiva hoy día una sentencia de divorcio?).

- ¿Podría pactarse una prolongación de la pensión alimenticia más allá del divorcio? ¿Podría acortarse, y darse por extinguida, con la decisión de las partes de divorciarse, pero antes de la sentencia de divorcio?

- Los arts. 142 ss. se aplican al matrimonio en casos de crisis matrimonial (separación de hecho o judicial, pero no en caso de divorcio).

- Los alimentos a los hijos menores de edad: Se aplica el art. 110 CC (Si hay filiación, pero no patria potestad) y el art. 154 CC si hay patria potestad. Particularidades:

- No juegan los límites cuantitativos del art. 146 CC.

- No juega la idea de necesidad (puede que el hijo tenga sus propios medios económicos, pero no por ello dejan de tener los padres obligación de alimentarlos conforme a los arts. 110 y 154 CC, aunque puede jugar el art. 155 CC).

- Muy probablemente, por influencia del mandato contenido en el art. 39.3 CE, el derecho de alimentos de los hijos menores de edad respecto de sus padres, es irrenunciable (e incluso habría que plantearse su imprescriptibilidad, al menos mientras sean menores de edad).

- No se aplican las mismas causas de extinción del art. 152 CC.

- No hay que reclamarlos judicialmente para que nazcan, aunque el Tribunal Supremo ha mantenido otra tesis en STS de 30 de septiembre del año 2016. Debemos pensar en el supuesto en que la filiación (paterna sobre todo) haya sido ya establecida, a través del reconocimiento del hijo o de una sentencia judicial, en cuyo caso no es muy lógico exigir una ulterior reclamación judicial, al saber de antemano el progenitor de su deber de alimentar a su hijo.

- Entonces, ¿cuándo se aplica a los menores el art. 142 ss CC? Se afirma que cuando no hay convivencia con los hijos menores (lo cual es muy dudoso, dado que se aplicaría el art. 110 CC), o más probablemente, cuando se trata de alimentar a los nietos menores de edad por parte de los abuelos. Por tanto, seguramente, los arts. 142 ss. no se aplican en ningún caso a los hijos menores, tengan o no los padres la patria potestad, mientras éstos existan. En cambio, sí se aplican a los hijos pero a partir de la mayoría de edad.

- Tradicionalmente se ha considerado que los alimentos subsisten en casos de separación, pero se extinguen con el divorcio, sin perjuicio de la posibilidad de pensión compensatoria en el divorcio. Sin embargo, algunos autores han puesto en tela de juicio esa posición, y consideran que también en la separación se extingue el derecho de pensión de alimentos entre cónyuges (salvo pacto al efecto), y sólo sería viable la pensión compensatoria.

Caracteres:

- Obligación legal: Se le aplican las normas generales de las obligaciones, salvo regulación específica.

- Contenido patrimonial: No es propiamente una obligación de contenido patrimonial, pero en la práctica lo es, al menos en cuanto se incumple. (Su efectividad se percibe justamente cuando hay alguien que la reclama y alguien renuente a cumplirla).

- Personalísima: Se extingue con la muerte. No cabe su transmisión *mortis causa* (ni de la obligación, ni de derecho a los alimentos).

- Intransmisible: No se puede transmitir en vida con carácter genérico. No obstante, cabe cesión de prestaciones concretas ya vencidas y exigibles. Cabría la licitud de los pactos sobre el modo de ejecución o cumplimiento.

- Irrenunciable e intransigible: La explicación de la irrenunciabilidad, sobre todos entre alimentistas mayores de edad, no es sencilla. Seguramente, lo que se prohíbe es el pacto sobre alimentos, en cuanto podría ser inmoral la imposición de renuncia a cambio de otra prestación (tal como en buena medida regula el art. 1814 CC, sobre prohibición de transigir sobre alimentos futuros), y de ahí la irrenunciabilidad. Por otro lado, hay quien ha pensado que la posibilidad de renunciar a los alimentos frente a un determinado alimentante, sería una renuncia nula en cuanto sería seguramente en perjuicio de tercero (el otro pariente obligado, o el de grado posterior, o incluso, en perjuicio del propio Estado, quien se vería obligado a proporcionar alimentos, en caso de renuncia frente a todos los parientes posibles).

No obstante, la ley permite que sean renunciables las prestaciones ya vencidas. ¿Podría ser válido un pacto de reducción del contenido de la prestación (por debajo de las necesidades reales, o con cobertura sólo parcial de las mismas)? El art. 1814 CC lo prohíbe. Respuesta flexible: cabría, pero en un determinado momento; no sería vinculante de cara al futuro (pero seguramente no podría reclamarse retroactivamente).

- Recíproca: No en el sentido del art. 1124 CC, sino que es de doble dirección, pero en momentos diferentes. No puede subsistir a la vez en una y otra dirección (no se darían sus presupuestos).

- Excepción a la reciprocidad: art. 110 y 111 CC, art. 154 CC, o causa del art. 152.5º CC.

- Imprescriptible: El derecho de alimentos en abstracto no desaparece con el tiempo por su no ejercicio, ni con la llegada a determinada edad (aunque esto podría modificarlo la ley ordinaria ex art. 39.3 CE). Es consecuencia del vínculo de parentesco, que no desaparece con el tiempo (salvo adopción). Sí prescriben las prestaciones concretas (art. 1966.1º CC: cinco años).

- Proporcionalidad: Art. 146 CC.

El artículo 146 CC también sirve para fijar las condiciones de nacimiento del derecho de exigir alimentos: tiene que haber una necesidad, en los términos del art. 142 CC (incluso parcial: sólo de vivienda, por ej.), para que nazca el derecho a alimentos; del mismo modo, tiene que haber una capacidad del alimentante, de modo que, aunque haya necesidad, no habrá derecho a exigir alimentos respecto de este concreto alimentante, si no tiene ninguna capacidad actual de prestarlos.

- Irretroactividad: art. 148.1 CC.

-Fundamento de la irretroactividad: La protección del deudor de alimentos, según reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (finalidad de evitar sorpresas).

- Los hijos cuya filiación sea determinada, no pueden reclamar alimentos a su padre ya declarado con efectos retroactivos, sino sólo a partir de la demanda judicial, lo cual resulta bastante discutible. En otros ordenamientos se

admite a partir del requerimiento extrajudicial. (Quizás podría ser viable una acción de enriquecimiento sin causa por tercero que los ha cubierto, si no lo hizo de forma gratuita, aunque es bastante dudoso jurídicamente).

- Por las mismas razones, en teoría, tampoco cabría reclamarlos retroactivamente si por pacto se fijó cuantía, pero resultaba insuficiente o era inferior a la legal.

- Modificable en función del cambio de circunstancias: (¿aplicación de la Cláusula *rebus sic stantibus*? No exactamente: la ley en su art. art. 147 CC es más flexible en cuanto a los presupuestos de modificabilidad).

2. Los sujetos obligados:

- Los parientes en línea recta ascendente y descendente.

- Los cónyuges.

- Los hermanos.

- Alimentos entre hermanos: auxilios necesarios para la vida (luego los alimentos respecto de los demás parientes engloba algo más, no sólo en cuanto a las prestaciones concretas, sino también en cuanto a la intensidad de las mismas).

- No hay deber legal de alimentar a otros parientes o extraños: por ej., no cabe respecto de sobrinos, o primos hermanos. Cabe prestarlos de forma voluntaria y gratuita (sin posibilidad de reembolso) o mediante acuerdo o contrato de alimentos (en cuyo caso se atenderá a lo pactado: art. 153 CC). El caso de los sobrinos es dudoso (¿habría derecho de representación en línea colateral, por la remisión del art. 144 CC a las normas intestadas? No parece defendible).

- Pluralidad de alimentantes: Principio de *mancomunidad o parciariedad*, y *no solidaridad*: cada alimentante contribuirá de forma separada y en función de sus posibilidades patrimoniales.

- En principio, debería haber litisconsorcio pasivo necesario, en los procedimientos de reclamación de alimentos (si están en el mismo grado).

- Orden de prestación en art. 144 CC: Regla general: art. 144 CC (cuando son varios los posibles obligados, respecto de un único alimentista, o varios los sujetos con derecho a alimentos, se sigue ese orden).

Excepción: Si son varios los alimentistas simultáneamente respecto de un mismo alimentante, y no haya bienes suficientes, se preferirá a los hijos menores antes que al cónyuge.

3. Contenido de la obligación de alimentos y modos de cumplimiento:

- Ver el artículo 142 CC: prestaciones concretas.

- El art. 149 CC: Principio de elección por parte del alimentante, salvo excepciones. Puede elegir entre pago de pensión en metálico (mensual) o acoger en casa al alimentista.

- Excepciones a los alimentos en el domicilio del alimentante:

a) Cuando vaya en contra de la situación de convivencia según las normas aplicables.

b) Cuando vaya en contra de una resolución judicial.

c) Cuando concurra justa causa o perjudique el interés del menor de edad.

4. Incumplimiento y extinción de la obligación de alimentos:

-Incumplimiento:

El incumplimiento supone una infracción de la ley, por lo que debe ser objeto de sanción:

- Vía de embargo de los bienes del deudor y vía de ejecución forzosa. No es una sanción sino exigir el cumplimiento. La sentencia firme de alimentos, es un título ejecutivo judicial, por lo que, si la pensión ya ha sido fijada, no será necesario un juicio declarativo para obtener su pago.
- Puede constituir delito conforme al art. 226 C.Penal
- Puede ser causa de privación de la patria potestad, art. 170 CC
- Es justa causa de desheredación
- Es justa causa de revocación de las donaciones

- Extinción de la Obligación de alimentos:

1.- Muerte: tanto del deudor como acreedor, por su carácter personal

2.- Insuficiencia patrimonial del deudor: cesa la obligación cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta el punto de no poder cubrir sus necesidades *y las de su familia*. Aclaración: El alimentista también es familia (“pariente”, para ser más exacto), sin embargo la norma se refiere a la familia más próxima (por ejemplo: si tengo que alimentar al abuelo, primero tiene que cubrir las necesidades de sus hijos, antes de alimentar a su abuelo).

3.- Desaparición de la necesidad del alimentista. El fundamento de obligación de alimentos está en la necesidad; si la

necesidad se reduce, se reduce también la obligación. Se refiere la norma a cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, de suerte que no necesite alimentos. Ha de ser una posibilidad real y actual, no remota.

4.- Cuando el alimentista ha incurrido en causa de desheredación: remisión al art. 853 CC y la reciente doctrina jurisprudencial sobre desheredación. Existe ya una reciente **STS de fecha 19 de febrero de 2019**, que se refiere a la desheredación como causa de extinción de los alimentos. Es previsible que funcione esta causa en el futuro con más asiduidad.

5.- Cuando el alimentista sea descendiente, y no trabaja lo suficiente (cuando la necesidad de él procede de su mala conducta o de su falta de aplicación al trabajo). No debería haber motivo si se diera el caso de que fuera un ascendiente. En la práctica no suele aplicarse. Parece que se refiere a un trabajo autónomo.

Prescripción: art. 1966 CC: las prestaciones vencidas y no pagadas, prescriben a los 5 años. La prescripción no es propiamente una causa de extinción.

5. Pacto de alimentos

Art. 153CC respecto a pactos de alimentos. Se regirá por lo establecido en el contrato y subsidiariamente se regirá por la ley en lo no previsto en el acuerdo. En la medida en que hablemos de pactos de alimentos sin fundamento en la ley, o pactos adicionales a los alimentos legales, se regirá por lo pactado y no por los dos parámetros básicos de necesidad y capacidad económica.

-Remisión al contrato de alimentos (art. 1791 ss. CC).

JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE ALIMENTOS:

Sentencia del TS de 19 de febrero de 2019:

PRIMERO. Resumen de antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Se ha seguido procedimiento de modificación de medidas a instancia de don Demetrio contra doña Esmeralda , en el que se solicitaba en la demanda la extinción de la pensión alimenticia de los dos hijos mayores de edad por tres razones:

(i) por disminución de la capacidad económica;

(ii) por falta de aprovechamiento en los estudios de los hijos;

(iii) y por nula relación personal de los alimentistas con el alimentante.

2.- La parte demandada, al contestar a la demanda, se opuso a la pretensión del actor.

*3.- La sentencia dictada en primera instancia descarta variación en la solvencia del obligado al pago y descarta falta de aprovechamiento en lo estudios por no haber existido por parte de los hijos, Hilario de 25 años de edad (nacido el NUM000 de 1991), ni de Miriam de 20 años de edad (nacida el NUM001 de 1996), desidia en la dedicación a sus respectivas formaciones, y **considera que procede la extinción de la pensión alimenticia, declarando hecho probado el total desapego de los hijos con el padre con el que no hablan y al que no ven, desde hace años (10 y 8 años) sin interés alguno en hacerlo.***

Literalmente razona lo siguiente:

"La nula relación personal de los alimentos con el alimentante y la absoluta desafección entre los hijos y el padre que .se expone como tercera causa para el cese del deber de prestar alimentos ha de recibir un tratamiento distinto al de los dos motivos anteriores ya que si bien es cierto que la ausencia de relaciones paternofiliales no se contempla expresamente como motivo tasado en el art. 152 del Código Civil (LEG 1889, 27)

ni en otro precepto para dar por extinguida la obligación alimenticia, no lo es menos que las "circunstancias" a las que se refieren los arts. 90 y 91 del Código Civil y el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) pueden ser diversas y de distinta naturaleza, sin que de ningún modo constituyan "númerus clausus".

"Establecido lo anterior, ha de tenerse por acreditado el total desapego hacia el padre que exteriorizan los hijos y que han manifestado sin ambages al ser interrogados en calidad de testigos. Por un lado, el hijo Hilario asegura que no habla con su padre desde hace 10 años y que no ha intentado ponerse en contacto con él. Refiere que en la jefatura de estudios de la Universidad en la que cursa su carrera le dijeron que su padre había solicitado datos sobre su evolución académica pero que él, como mayor de edad, no permitió que facilitasen ninguna información. Por otro lado, la hija Miriam afirma que no ve a su padre desde hace 8 años y proclama que no tiene interés en volver a verle.

"Abstracción hecha de si la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación es achacable al padre o a los hijos, aspecto éste que es irrelevante en este momento dada la mayoría de edad de éstos, ha de tenerse presente que aunque los padres tienen una obligación moral con sus hijos para ayudarles a lo largo de su vida como estimen conveniente, dicho deber queda constreñido al ámbito de la conciencia y la ética de cada persona, siendo, en todo caso, recíproca para los ascendientes y descendientes la obligación de darse alimentos en toda la extensión si se impusiera judicialmente al amparo de lo previsto en el art, 143 del Código Civil . Por ello, siendo la negativa a relacionarse con el padre una decisión libre que parte de los hijos mayores de edad y habiéndose consolidado tal situación de hecho en virtud de la cual el padre ha de asumir el pago de unos alimentos sin frecuentar el trato con los beneficiarios ni conocer la evolución de sus estudios, se considera impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas por cuanto que se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas.

"En definitiva, la mayoría de edad de los hijos y su manifiesto y continuado rechazo a su padre puede y debe calificarse como una alteración de las circunstancias de verdadera trascendencia por sus repercusiones en el ámbito personal de los implicados, siendo además una situación duradera y no coyuntural) o transitoria, que puede ser imputable a los alimentistas, sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades, y que ha acaecido con posterioridad al momento en que se adoptó la medida cuya modificación se pretende."

4.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia.

Correspondió conocer de él a la sección vigésimocuarta de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, que dictó sentencia el 23 de enero de 2018 por la que desestimó el recurso.

5.- Literalmente motivó su decisión en los siguientes términos:

"En el presente caso de autos dada la mayoría de edad de los hijos, dada la nula relación afectiva, continuada y consolidada en el tiempo entre el progenitor no custodio y los hijos; la negativa de éstos de relacionarse con su padre como así pusieron de manifiesto, decisión libre, querida y voluntaria; todo ello debe considerarse como una alteración y modificación sustancial de las circunstancias y de verdadera repercusión al ámbito personal de los implicados y de carácter permanente, que justifica que dentro del procedimiento matrimonial se deje sin efecto el deber de contribución del progenitor no custodio, al amparo del artículo 91 in fine en relación con los artículos 93 , 152 del C.Civil (LEG 1889, 27) y extensible al apartado 4 de dicho artículo.

"Por lo que la resolución dictada por el Juez de Instancia es ajustada a Derecho y conforme a los hechos probados a tenor del resultado probatorio sin que se dependa error en la valoración de los mismos por el juez de instancia."

6.- *El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC y se estructura, en cuatro apartados: el primero para identificar el pronunciamiento que se impugna, que es la extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad; en el segundo se alega infracción de los artículos 142 y 152 LEC (ha de entenderse CC), éste último en relación a los artículos 90 y 91 CC ; el tercero por interés casacional por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la cesación de la obligación de prestación de alimentos a hijos mayores de edad, con cita y extracto de sentencias del Tribunal Supremo (558/2016, de 21 de septiembre (RJ 2016, 4443) ; 700/2014, de 21 de noviembre (RJ 2015, 6567) y 184/2001, de 1 de marzo (RJ 2001, 2562)); el cuarto apartado por interés casacional por existir sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión de fondo que resuelve la sentencia recurrida, a saber, la extinción de la pensión de alimentos del hijo mayor de edad por falta de relación con el alimentante. Cita las que aplican el Código Civil de Cataluña (LCAT 2010, 534), con mención de dos sentencias de la sección 1.º de las Audiencias Provinciales de Barcelona y otra de la sección 18.ª de Tarragona. También cita una sentencia de la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Málaga y otra de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, tribunales sometidos al derecho común.*

7.- *La sala dictó auto el 19 de septiembre de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación.*

La parte recurrida, tras el oportuno traslado, formuló escrito de oposición al recurso, si bien previamente hizo alegaciones sobre su inadmisibilidad.

SEGUNDO. Admisibilidad del recurso.

1.- El requisito sobre la cita de sentencias de Audiencias Provinciales se flexibiliza por el Acuerdo sobre criterios de admisión del Pleno de la sala no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 (RJ 2017, 367).

No será imprescindible cuando, a criterio de la sala, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado, aunque, en este caso, por la singularidad del supuesto no puedan ser muchas.

Para ello será necesario, y es el caso, que el problema haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se hayan citado sentencias contrapuestas.

2.- Como argumento de refuerzo cabe citar que, a criterio de la sala, se encuentra justificada la necesidad de establecer jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado por mor de la evolución de la realidad social.

Según criterio del auto del pleno de esta sala de 6 de noviembre de 2013 , reiterado en sentencias posteriores (entre ellas, las sentencias 222/2017, de 5 de abril (RJ 2017, 2664), y 37/2019, de 21 de enero (RJ 2019, 154)), puede ser suficiente para superar el test de admisibilidad la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso.

3.- En el caso planteado así es. Se identifica el problema, a saber si la negativa de hijos mayores de edad a relacionarse con el progenitor alimentante es causa de extinción de la pensión alimenticia.

TERCERO. Decisión de la sala.

1.- La sentencia de la primera instancia, aunque más extensa en su motivación, no alcanza a encontrar un encaje normativo a la extinción que acuerda de la pensión alimenticia del padre a favor de los dos hijos mayores de edad.

Se limita, y de ahí el interés de la sala en que literalmente se recoja en el resumen de antecedentes, a constatar la negativa de los hijos a relacionarse con el padre, situación de hecho que aparece consolidada, y por la que éste carece de trato con ellos y conocimiento de la evolución de sus estudios.

De ello colige que, en tales circunstancias, es impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas, por cuanto se estaría

propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas.

2.- La sentencia de apelación, que es la que aquí se recurre, aunque con motivación más breve, si es la que se acerca normativamente a la cuestión.

Cita el art. 152 CC (LEG 1889, 27), y en concreto el apartado 4 de dicho artículo.

3.- El arts. 152. 4.º dispone que cesará la obligación de dar alimentos "cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación".

Este precepto hay que ponerlo en relación con el art. 853 CC, que prevé que serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el art. 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º, y 6.º, los siguientes: "2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra".

4.- Entre las iniciativas que propugnan la revisión de la legítima, una de ellas es la tendente a que se extiendan y modernicen los casos legales de desheredación de los legitimarios, pues las modernas estructuras familiares propician e incluso no hacen extrañas, situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con alguno o todos de sus hijos.

Otras veces ya no es tanto la pérdida de contacto, sino relaciones entre progenitor e hijo francamente malas.

Estas tensiones no son nuevas, pero hoy día pueden haberse incrementado, pues, con frecuencia, existen sucesivos matrimonios, que conlleva sucesivos núcleos familiares, con hijos de un vínculo anterior y otros del posterior, con intereses no siempre uniformes.

5.- En esta línea de pensamiento el C.C. Cat. ha introducido en el art. 451-17 e) una nueva causa de desheredación consistente en la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre causante y el legitimario, si es por causa exclusivamente imputable al legitimario.

En nuestro Código Civil no ha existido modificación, y ha sido tradicional que la sala, al ser las causas de desheredación de naturaleza sancionatoria, las haya interpretado y aplicado de forma restrictiva.

Sin embargo, ha hecho un esfuerzo para adaptar dichas causas a la actual realidad social.

El punto de inflexión se sitúa en la sentencia 258/2014, de 3 de junio (RJ 2014, 3900), que califica el maltrato psicológico como justa causa de desheredación.

*Desestimó el motivo del recurso razonando que "aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; **no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.***

*En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993 , esta última expresamente citada en el recurso por la parte recurrente. **En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004"***

La citada doctrina ha sido confirmada por la sentencia 59/2015, de 30 de enero, en la que el maltrato psicológico que provocó el hijo en la madre al forzarla a donarle la mayoría de su patrimonio se considera como causa de desheredación.

Hay quienes han resaltado que parece una contradicción que de un lado se afirme que las causas de desheredación se han de interpretar de forma restrictiva y, de otro, se haga extensión de las previstas, a que se ha hecho mención.

Creemos que se han de diferenciar dos planos.

De un lado admitir esa extensión de las concretas causas previstas haciendo una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen, a la espera de que el legislador aborde la reforma legislativa para su positivación

De otro, hacer una interpretación rígida y restrictiva a la hora de valorar la existencia de tales causas, en atención al espíritu sancionador que las informa. A saber, si tomásemos como referencia el precepto citado del CC Cat., a la hora de valorar "si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario". Esta valoración si ha de hacerse de forma restrictiva.

Estos dos planos se reflejan también en la sentencia 231/2016, de 8 de abril (RJ 2016, 3659), que se ocupa de las incapacidades relativas para suceder, aunque para algún sector sea más exacto hablar de prohibiciones, al aplicar el art. 412-5 CC Cat (LCAT 2008, 607). y ponerlo en relación con el art. 752 CC.

El artículo 752 CC es una manifestación de la protección que el ordenamiento jurídico proporciona al testador vulnerable en defensa de su libertad de testar.

Dispone que "no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su Iglesia, cabildo, comunidad o instituto".

Se trata de una norma preventiva que tiene su fundamento en garantizar la total libertad dispositiva del testador, evitándole sugerencias o captaciones en un trance que le hace vulnerable a las presiones de quien, por razón de su ministerio, puede ejercer una gran influencia en el ánimo del enfermo.

La jurisprudencia (SSTS de 25 de octubre de 1928 ; 6 de abril de 1954), por tratarse de una disposición que disminuye la libertad del testador, ha mantenido una interpretación restrictiva, y, por ende, es preciso que la disposición testamentaria se haya hecho u otorgado por el testador durante su enfermedad postrera y que el sacerdote favorecido con la disposición del testador le hubiese confesado en ella.

De la sentencia de 6 de abril de 1954 se infería que no sólo la confesión sino también la asistencia espiritual podía ser fuente de influencia en la disposición testamentaria del causante.

A ello se añade por la sentencia de 19 de mayo de 2015 , por mor del derecho fundamental de libertad religiosa y por la aconfesionalidad del Estado, que, por analogía, sea aplicable este precepto a la asistencia espiritual postrera que se preste al testador por ministros o pastores de cualquier Iglesia, confesión o comunidad no católica.

De tales criterios, producto de la cambiante realidad social, se hace eco la letra c) del apartado primero del artículo 412-5 CC Catalán que incluye dentro de la rúbrica "inhabilidad sucesoria" como inhábil "el religioso que ha asistido al testador durante su última enfermedad, así

como el orden, la comunidad, la institución o la confesión religiosa a que aquel pertenece".

Emplea el término "religioso", sin adjetivarlo, y el de "... asistido al testador. . . ", sin mención a la confesión.

Así mismo afloran estos dos planos en la sentencia 422/2015, de 20 de julio de 2017 , que conoció de un supuesto de revocación de donación por ingratitud.

Fija como doctrina jurisprudencial de la sala que "el maltrato, de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 del Código Civil ".

Para llegar a dicha interpretación y formación de doctrina jurisprudencial sienta su fundamentación en los siguientes pilares:

(i) En que la doctrina jurisprudencial de esta Sala, SSTS de 3 de junio de 2014 (núm. 258/2014 (RJ 2014, 3900)) y de 30 de enero de 2015 (núm. 59/2015 (RJ 2015, 639)) la interpretación del sistemática del artículo 648.1 del Código Civil , en cuanto al maltrato de obra o psicológico se refiere, debe realizarse conforme a las siguientes directrices o criterios de interpretación. En primer lugar, y en orden a la caracterización de la figura, **debe precisarse que aunque las causas de revocación de la donación sean únicamente las que expresamente contempla la norma (artículo 648 del Código Civil), y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que los elementos conceptuales contemplados por la norma, deban ser, asimismo, objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva.**

En segundo lugar, y en la línea de lo anteriormente expuesto, debe señalarse que la doctrina jurisprudencial de esta Sala a propósito del contenido y alcance del artículo 648.1 del Código Civil , entre otras, STS de 18 de diciembre de 2012 (núm. 747/2012 (RJ 2012, 11277)), ya ha destacado la interpretación flexible que cabe realizar de este precepto tanto respecto a la falta de precisión técnica con la que se refiere al concepto de delito y a los concretos derechos o bienes protegidos ("persona, honra y otros bienes"), por lo que el precepto debe interpretarse, en sentido laxo, con relación a todo posible delito por el que pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, como a la innecesariedad que, a tales efectos, se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado; bastando la existencia de una conducta del donatario socialmente reprobable, que revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante.

Por último, y en tercer lugar, debe concluirse que, de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado

en la causa de ingratitud del artículo 648.1 del Código Civil .

(ii) En el marco interpretativo expuesto, no cabe duda de que en la actualidad el maltrato de obra o psicológico del donatario, como conducta socialmente reprobable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante. Del mismo modo que su comisión atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción impuesta a los donatarios que infringen dicho deber básico de consideración hacia el donante.

6.- Con tal exordio alcanzamos el núcleo del debate, a saber, si la conducta que tenga un hijo mayor de edad hacia su progenitor puede, en función de su intensidad, amparar que se extinga la pensión alimenticia que recibe de él o ha de seguir manteniéndose ésta.

Si la causa es una de las previstas para la desheredación no cabe la menor duda de que así sea, por aplicación del art. 152.4.º CC , en relación con el art. 853...2.º CC .

Pero la interrogante, a efectos de cese de la obligación alimenticia, es si también aquí se podría acudir a una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social.

7.- El CCCat (LCAT 2010, 534). (arts. 237-13) prevé como el Código Civil que la obligación de prestar alimentos se extingue por el hecho de que el alimentado incurra en alguna causa de desheredación.

Lo que sucede es que, como hemos expuesto anteriormente, entre las causas de desheredación contempla (arts. 451-17 e) "La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario".

Causa ésta que el Código Civil no recoge.

8.- Para decidir si tal circunstancia, en su esencia se podría integrar en el art. 853 del Código Civil , por vía de interpretación flexible de la causa 2.ª, es de interés lo sostenido por la sala sobre la fundamentación del derecho de alimentos.

La sentencia 558/2016, de 21 de septiembre (RJ 2016, 4443), citada por la recurrente, afirma que "el derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la 'extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 del Código Civil se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado "principio de solidaridad familiar" que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (art. 152 C.C); y de este modo, se concluye que el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores.

"Por ello en tales supuestos el juez fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil (STS de 19 enero 2015, Re. 1972/2013), pues como recoge la STS de 12 febrero 2015 , se ha de predicar un tratamiento diferente "según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.

"Tal distinción es tenida en cuenta en la sentencia 603/2015, de 28 octubre ."

La sentencia 184/2001, de 1 de marzo (RJ 2001, 2562), que también cita la recurrente, ya había dicho que "la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución Española ", así como que, a tenor de lo dispuesto en el art. 3-1 CC , las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Por ello sería razonable acudir a ese primer plano a que hacíamos referencia, sobre interpretación flexible a efectos de la extinción de la pensión alimenticia, conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen, en tanto en cuanto el legislador nacional no la prevea expresamente, como así ha sido prevista en el C.C. Cat.

Como algún tribunal provincial ha afirmado "cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales".

Esta argumentación, que se hace al aplicar la normativa del CC Cat., es perfectamente extrapolable al derecho común, en la interpretación flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia que propugnamos, porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad, según la doctrina de la sala ya mencionada.

9.- Ahora bien, admitida esta causa, por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de la pensión alimenticia, entraría en consideración el segundo plano a que hacíamos mención.

Sería de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo.

Precisamente por esta interpretación restrictiva, las Audiencias Provinciales de Cataluña, que sí tienen un precepto expreso que prevé esa causa de extinción de la pensión de alimentos, han desestimado la extinción cuando, constatada la falta de relación manifiesta, no aparecía probado que tal circunstancia se atribuyese única y exclusivamente al hijo alimentista (sin ánimo de una cita prolija, SAP Lleida, sec. 2.ª, 385/2014, de 24 de septiembre (PROV 2014, 299298) ; SAP Tarragona, sec. 1.ª, 147/2017, de 23 de marzo (PROV 2017, 162838) ; SAP Barcelona, sec. 12.ª, de 2 de enero de 2018 , y SAP Barcelona, sec. 18.ª de 29 de junio de 2017 , entre otras.).

CUARTO. Si se aplica la doctrina expuesta a las sentencias de las instancias, pues, aunque la recurrida es la de la audiencia, lo cierto es que ésta remite a la de primera instancia en lo fáctico y en lo jurídico, hemos de hacer dos consideraciones:

(i) No se comparte, por lo ya expuesto, que se afirme "abstracción hecha de si la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación es achacable al padre o a los hijos, aspecto éste que es irrelevante en este momento dada la mayoría de edad de ésta".

Por el contrario, mantenemos que sí es relevante, pues para apreciar esa causa de extinción de la pensión ha de aparecer probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, sobre la que no existe duda, era, de modo principal y relevante, imputable a éstos.

(ii) Este carácter principal y relevante, de intensidad, no lo da por probado la propia sentencia, pues recoge que "puede" ser imputable a los alimentistas, esto es, categóricamente no lo tiene claro, y añade "sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades".

Se colige de esto último que esa falta de relación no es imputable a los hijos, con la caracterización de principal, relevante e intensa, a que hemos hecho mención.

Si la interpretación, según lo ya reiterado, ha de ser restrictiva y la prueba rigurosa, no puede apreciarse que concurra causa de extinción de la pensión alimenticia.

Sentencia del TS de 20 de julio de 2017:

La sentencia 184/2016, de 18 de marzo , en que se apoya la parte recurrente, establece, en efecto, un cuerpo de doctrina para supuestos de esta naturaleza.

Se pronuncia en los siguientes términos:

1.- *La sentencia de 17 de febrero de 2015 contiene las siguientes declaraciones: i) De inicio se **ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE**, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). **De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.***

*Por tanto, ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014). ii) **Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación**, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante.*

2.- *Tal doctrina se reiteró en la sentencia de 2 de marzo de 2015, en la que recoge que:*

*«El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y **en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo «en todo caso»**, conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil , y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC . Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades.*

»La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra las que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa "Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia", que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres.»

3.- En esta línea jurisprudencial se ha venido pronunciando la Sala en sentencias posteriores, como la de 10 de julio de 2015, 15 de julio de 2015 y 2 de diciembre de 2015.

TERCERO

Si se aplica la anterior doctrina al supuesto enjuiciado, con respeto a los hechos probados, cualquier obligación exigible en la actualidad será ilusoria por la pobreza absoluta de la recurrente.

Tal circunstancia, por respeto al orden público y al interés del menor no puede suponer la supresión de la obligación de la madre de prestar alimentos a la hija menor, pero sí su suspensión hasta que se encuentre en condiciones de prestarla para los gastos más imprescindibles de aquella.

Como recogía la sala en la sentencia antes citada «en tales situaciones el derecho de familia poco puede hacer, a salvo las posibilidades que se recogen en las sentencias citadas, debiendo ser las Administraciones públicas a través de servicios sociales las que remedien las situaciones en que tales mínimos no se encuentren cubiertos».

Sentencia del TS de 22 de junio de 2017:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes .

*D. Antonio, hoy recurrente, interpuso demanda de modificación de medidas contra Dña. Ariadna en la que solicitaba la extinción de la obligación del demandante de abonar pensión de alimentos a favor de su hijo mayor de edad (nació en 1994), así como el pago del alquiler y gastos de la vivienda, y, subsidiariamente, la limitación temporal de los alimentos **hasta que el hijo beneficiario de la pensión alimenticia cumpliera los 23 años de edad, reduciéndose su cuantía a la suma de 150 euros mensuales.***

La sentencia de primera instancia, tras su aclaración, estimó parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas, y acordó el mantenimiento de las medidas acordadas (en concreto la obligación del pago del alquiler de 625 euros y gastos de la casa de luz, agua, gas y basuras) salvo en lo que respecta a la pensión de alimentos de 600 euros fijada a favor de Emilio , la cual se mantendría en su integridad mientras Emilio cursase sus estudios de formación profesional o análogos, y que en el plazo de los tres años siguientes a la notificación de esa resolución, dicha pensión se reduciría, en todo caso, al 50%.

La sentencia fue recurrida en apelación por los dos progenitores.

La Audiencia, por sentencia de 28 de octubre de 2016, acordó desestimar el recurso del demandante y estimar el de la demandada, y, revocando la sentencia apelada, desestimó la demanda.

La sentencia parte de los siguientes hechos no controvertidos o suficientemente acreditados: Emilio es hijo común de los litigantes, nació en 1994. Convive con la madre y carece de medios económicos. Con ocasión del divorcio de los litigantes, por sentencia de 24 de julio de 2008 , se estableció como contribución del padre en concepto de pensión de alimentos la cantidad de 600 euros mensuales y la mitad de los gastos extraordinarios del hijo. Además el padre debía abonar 625 euros en concepto de alquiler de la vivienda donde reside Emilio , más los gastos de luz, agua, basuras y gas de dicho domicilio. Durante su adolescencia Emilio ha sido pésimo estudiante. Consiguió el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria en 2015, con 20 años cumplidos. En julio de 2015 se matriculó en el primero de los dos cursos del ciclo formativo de grado medio de FP, desconociéndose su aprovechamiento actual.

La Audiencia entiende que existen ejemplos diversos entre las Audiencias Provinciales, del establecimiento de limitaciones temporales de las pensiones alimenticias de los hijos mayores de edad -limitaciones que suelen operar sobre la base de una previsión cierta de terminación de la

fase de formación académica, con posibilidades de incorporación inmediata al mercado de trabajo, o ante conductas de escaso aprovechamiento escolar, estableciéndose un acicate, o seria advertencia al alimentista para modificar su actitud-, pero que el Tribunal Supremo, sin diferenciar entre hijos mayores y menores de edad, aunque el caso resuelto afectaba sólo a menores, ha proclamado que la limitación temporal «no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el art. 152 del C. Civil» (STS de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016, 249)).

Por esta razón, la Audiencia concluye que no es posible extinguir o, al menos, limitar temporalmente, la contribución alimenticia establecida en su día en interés de Emilio . Parece que ha madurado y la mala conducta y falta de aplicación al trabajo de los años de adolescencia no subsiste en este momento, en el que, presumiblemente está cercano el momento en que ha de concluir sus estudios y estar en condiciones de incorporarse al mercado laboral.

Contra la anterior sentencia D. Antonio ha interpuesto recurso de casación en la modalidad de interés casacional.

El recurso contiene dos motivos.

Motivo primero: por oposición en la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los arts. 93.2 , 142 y 152.5 CC . Inaplicación de los criterios jurisprudenciales respecto a la pensión de alimentos para hijos mayores de edad, su condicionalidad y extinción por generar la necesidad alimenticia el alimentista debido a su propia conducta. STS 703/2014, de 19 de enero de 2015; STS 55/2015, de 12 de febrero; STS 603/2015, de 28 de octubre y STS 558/2016, de 21 de septiembre .

Argumenta que la sentencia recurrida infringe la doctrina del Tribunal Supremo al identificar plenamente el derecho alimenticio de los hijos mayores de edad con este mismo derecho respecto a los menores de edad, cuando es reiterada la jurisprudencia de esta sala que los diferencia y configura de manera diversa, generándose diferentes consecuencias para los hijos mayores respecto a los menores en el derecho de alimentos, pues al ser menores, más que una obligación propiamente alimenticia, lo que existe son deberes insoslayables, inherentes a la filiación, con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención. Alcanzada la mayoría de edad por los hijos, la obligación alimenticia se mantiene, si bien ya no de manera incondicional sino condicionada a unas determinadas circunstancias de convivencia y falta de recursos y con un contenido económico distinto. La sentencia recurrida aplica una jurisprudencia de esta sala delimitada en un procedimiento de guarda y custodia compartida y, por tanto, con hijos menores de edad sometidos a patria potestad que conlleva la incondicionalidad de la prestación alimenticia.

En este caso resultaría de aplicación lo dispuesto en el art. 152.5 CC respecto a la extinción de la pensión de alimentos cuando el alimentista descendiente del obligado a dar alimentos genere la necesidad de estos por su mala conducta o falta de aplicación al trabajo. Según los hechos probados, el hijo finaliza los estudios de la ESO con 20 años de edad, cuando normalmente se finalizan con 15 años. En los años sucesivos han existido dos en los que no se ha matriculado en nada y al iniciarse este procedimiento se matricula en estudios de Formación Profesional, que consta de dos cursos lectivos.

Motivo segundo: respecto a los criterios interpretativos de los arts. 93.2 y 142 CC . Posibilidad de limitación temporal del derecho alimenticio al no configurarse la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad con carácter incondicional. STS 558/2016, de 21 de septiembre, y STS 55/2015 de 12 de febrero.

Argumenta que la Audiencia Provincial aplica erróneamente la jurisprudencia de esta sala respecto a la pensión de alimentos a favor de los hijos menores de edad que, como consecuencia de tratarse de una obligación derivada de la patria potestad del art. 154 CC tiene el carácter de derecho incondicional. Reitera lo manifestado en el anterior motivo del recurso de casación en cuanto a la diferenciación efectuada por el Tribunal Supremo entre la pensión de alimentos de los hijos menores de edad y los mayores.

La temporalidad de la pensión de alimentos, vinculado con su actitud personal en su aprovechamiento académico, supone un acicate para realizar un esfuerzo inexistente hasta el momento, ante la certeza de la supresión de la pensión a una fecha determinada. Esta temporalidad de la pensión de alimentos en los supuestos de establecerse para hijos mayores o a los que ésta sobreviene en el procedimiento de familia, se encuentra presente dentro del art. 93.2 CC , sobre todo en aquellos supuestos en los que, si bien todavía no existe causa de extinción de los alimentos, se trata de alimentistas en condiciones de obtener a corto plazo, con un esfuerzo que no se está realizando, una ocupación laboral que garantice su propia subsistencia. Si pese a un intento real de incorporación al mercado laboral éste no se consigue, el hijo siempre tendría la posibilidad de solicitar alimentos a sus progenitores por causa de efectiva y real necesidad en el procedimiento declarativo correspondiente.

SEGUNDO

.- Motivos primero y segundo.

Motivo primero.- Recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC, por oposición en la

sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los arts. 93.2 , 142 y 152.5 del Código Civil . Inaplicación de los criterios jurisprudenciales respecto a la pensión de alimentos para hijos mayores de edad, su condicionalidad y extinción por generar la necesidad alimenticia el alimentista debido a su propia conducta. STS 703/2014, de 19 de enero de 2015, STS 55/2015, de 12 de febrero, STS 603/2015, de 28 de octubre y STS 558/2016, de 21 de septiembre .

Motivo segundo.- Recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.3 de la LEC, respecto a los criterios interpretativos de los arts. 93.2 y 142 del Código Civil . Posibilidad de limitación temporal del derecho alimenticio al no configurarse la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad con carácter incondicional. STS 558/2016, de 21 de septiembre y STS 55/2015, de 12 de febrero.

Argumenta que la sentencia recurrida infringe la doctrina del Tribunal Supremo al identificar plenamente el derecho alimenticio de los hijos mayores de edad con este mismo derecho respecto a los menores de edad.

Añade la posibilidad de establecer un límite temporal a la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad, que sirva de acicate para la consolidación de los estudios y que impida que los efectos de la indolencia recaigan sobre los progenitores.

TERCERO

.- Decisión de la sala.

Se estiman los motivos.

El art. 93 del C. Civil establece la necesidad de que los padres atiendan económicamente los alimentos de los hijos mayores de edad, si carecieran de ingresos propios, alcanzando a los que aún no hayan terminado su formación, por causa que no les sea imputable a los hijos (art. 142 del C. Civil).

El art. 152 del C. Civil establece la cesación de la obligación de prestar alimentos, cuando el hijo pueda ejercer una profesión u oficio.

El apartado 5 del art. 152 del C. Civil establece la cesación de la obligación de prestar alimentos:

«Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa».

Art. 142:

«Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

»Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable».

En la interpretación de esta normativa se entiende en la resolución recurrida que no puede establecerse un límite temporal a los hijos mayores de edad, relativo a la conclusión de sus estudios.

En la resolución recurrida, para llegar a tal solución se cita la sentencia de esta sala de 11 de febrero de 2016, desconociendo que la misma se dicta en un supuesto de hijos menores de edad, cuando en el presente se trata de mayores de edad.

Esta sala en interpretación de los preceptos mencionados, ha dictado, entre otras, la sentencia núm. 700/2014, de 21 de noviembre y la núm. 372/2015, de 17 de junio, en las que se analiza el supuesto de alimentos a hijos mayores de edad, cuando prolongan sus estudios mas allá de la mayoría de edad.

Igualmente en sentencia núm. 558/2016, de 21 de septiembre, se declaró:

«Esta Sala, acudiendo a las circunstancias mencionadas del caso concreto, ha decidido, bien por negar los alimentos para no favorecer una situación de pasividad de dos hermanos de 26 y 29 años, bien por concederlos (STS 700/2014, de 21 noviembre) a una hija de 27 años por entender que no es previsible su próxima entrada en el mercado laboral, cuando la realidad social (artículo 3.1 CC) evidencia la situación de desempleo generalizado de los jóvenes, incluso con mayor formación que la hija de la que se trata».

CUARTO

.- En la resolución recurrida consta como probado por directa mención o por acogimiento de lo declarado en la instancia que:

- 1. Emilio nació el NUM000 de 1994.*
- 2. «Durante su adolescencia Emilio , ha sido un pésimo estudiante».*
- 3. Terminó la ESO con 20 años.*
- 4. En 2011 tuvo siete insuficientes.*

5. *En 2012 y 2013 no cursó estudios.*

6. *Al interponerse la demanda de modificación de medidas Emilio se matriculó en formación profesional, rama de automoción, cuyo aprovechamiento no consta.*

7. *Convive con su madre.*

Partiendo de estos hechos ha de acogerse la pretensión esgrimida en el recurso, como principal, declarando la extinción de la pensión alimenticia, incluida la contribución al alquiler, en su día fijada, dado que no consta aprovechamiento alguno del hijo mayor de edad (Emilio), pues pese a estar en edad laboral ni trabaja ni consta que estudie con dedicación, ya que solo se acredita la matriculación en fechas inmediatas a la interposición de la demanda de modificación de medidas.

Esta sala, debe declarar que la no culminación de estudios por parte de Emilio es por causa imputable a su propia actitud, dado el escaso aprovechamiento manifestado de forma continuada, pues no se trata de una crisis académica coyuntural derivada del divorcio de los padres.

De lo actuado se deduce que el hijo mayor de edad reunía capacidades suficientes para haber completado su formación académica, debiéndose las interrupciones y la prolongación en el tiempo a su escasa disposición para el estudio. Tampoco consta intento de inserción laboral.

Sentencia del TS de 30 de septiembre de 2016:

“...PRIMERO. Los hechos declarados probados en la instancia y antecedentes procesales relevantes para resolver el presente recurso de casación han sido los siguientes:

- 1. En el año NUM000 , nació Hipolito , fruto de la relación sentimental mantenida por su madre, doña Clara , con don Cosme .*
- 2. La paternidad de don Cosme quedó determinada legalmente por sentencia dictada el 15 de septiembre de 2008 por el del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao , confirmada por la sentencia 174/2009, de 6 de mayo, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de*

Bizkaia . Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal que interpuso don Cosme se inadmitieron por auto de esa sala de 2 de marzo de 2010 (PROV 2010, 95748) (Rec. 1394/2009). El 9 de junio de 2011 la filiación paterna de Hipolito fue inscrita en el Registro Civil.

En la demanda iniciadora del proceso de filiación, interpuesta por doña Clara en 2007, no se acumuló a la acción de reclamación de la paternidad de don Cosme una acción de reclamación de alimentos para Hipolito .

3. El 6 de mayo de 2012 doña Clara formuló frente a don Cosme demanda de medidas paterno filiales. En ese procedimiento, recayó la sentencia 532/2012, de 29 de noviembre, del Juzgado de Familia núm. 6 de Bilbao , que, en lo que interesa en esta sede, estableció a cargo del padre una pensión de alimentos de 600 euros al mes, que «conforme al artículo 148 del Código Civil» don Cosme debería abonar «desde la fecha de presentación de la demanda». Ninguna de las partes recurrió contra dicha sentencia, que quedó firme.

4. Desde el nacimiento de Hipolito hasta el 6 de mayo de 2012, don Cosme no había contribuido en modo alguno al mantenimiento de su hijo.

5. En febrero de 2013, doña Clara interpuso contra don Cosme la demanda iniciadora del presente proceso, en la que ejercitó la acción de reembolso, al amparo del artículo 1158 CC , del 80 por 100 de las cantidades que ella había empleado en el mantenimiento de Hipolito desde el nacimiento de éste hasta el día 6 de mayo de 2012, esto es, durante 78 meses.

La actora cuantificó en 1.000 euros el coste mensual del mantenimiento de Hipolito . Alegó que la abismal diferencia entre su posición económica y la de don Cosme durante el periodo relevante justificaba, conforme al artículo 145 CC , asignar don Cosme un 80 por 100 del referido coste. En consecuencia, pidió que se condenase a éste a pagarle un total de 62.400 (0,8 x 78 x 1.000) euros.

6. El Juzgado desestimó la demanda por dos grupos de razones:

Declaró en primer lugar que, para que proceda la acción de reembolso contemplada en el artículo 1158 CC , se requiere que existiera una obligación de pago de aquel frente a quien la acción se ejercita: la obligación que habría cumplido, por cuenta del deudor, quien ejercita la acción; que la jurisprudencia de esta sala (STS de 14 de junio de 2011 ha declarado que lo prescrito en la frase final del párrafo primero del artículo 148 CC («pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda») es también aplicable a la obligación de alimentar a los hijos no emancipados, que el artículo 154.1º CC impone a los titulares de la patria potestad; y que, por lo tanto, antes del 6 de mayo de 2012 el demandado, don Cosme , no tenía una obligación de prestar alimentos a su hijo, Hipolito , que la actora, doña Clara , pudiera haber pagado por cuenta de don Cosme .

A mayor abundamiento, declaró el Juzgado que la acción de reembolso ejercitada sólo procede cuando un tercero paga una obligación ajena, y que la demandante tenía, como progenitora de Hipolito , la obligación propia de prestar alimentos al menor.

En fin, no dejó el Juzgado de señalar que:

«Debe recordarse, además, que, si la parte actora lo hubiese tenido por oportuno, podría haber acumulado la acción de filiación que ejercitó [...] con la acción de reclamación de alimentos (en este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 3, de 31 de marzo de 2010 (PROV 2010, 400098) ; de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4, de 28 de septiembre de 2007 (AC 2008, 53) ; y del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9995))».

7. Contra la referida sentencia del Juzgado, la representación de doña Clara interpuso recurso de apelación, alegando en esencia que: la sentencia de esta sala de 14 de junio de 2011 declaró que el artículo 148 CC es aplicable a las acciones de reclamación de alimentos, también si a favor de los hijos menores de edad; pero no, a una acción de reembolso como la ejercitada a favor de la actora; que la viabilidad de tal acción ha sido reconocida por la jurisprudencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales; y que todos los requisitos exigibles para que una acción de reembolso pueda prosperar concurren en el presente caso, ya que, durante seis años y medio, doña Clara estuvo pagando una deuda ajena: la que don Cosme tenía, a tenor de los artículos 110 y 154.1º CC , de prestar alimentos a Hipolito ; aunque pagase a la vez una deuda también (en una proporción mucho menor) propia.

8. La Audiencia desestimó el recurso, acogiendo los dos razonamientos de la sentencia apelada:

«[E]n un supuesto cual de autos no cabe obviar que la Sr. Clara viene obligada legalmente (artículo 154 CC) a la prestación alimenticia a su hijo menor en toda su extensión por lo que esta atención por ella dispensada lo ha sido por una obligación propia y no como pago de una deuda ajena; y como se razona en la sentencia de primera instancia con cita de la SAP de Girona de 22 de septiembre de 2010 (PROV 2010, 386460) ninguna norma reconoce al obligado que voluntariamente ha prestado alimentos el derecho de reintegro.

»Por otra parte, tampoco existía deuda alimenticia del Sr Cosme en el periodo de referencia, y en ese sentido sí hace al caso lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil puesto que la actio in rem verso o de provecho obtenido, se concede a quien ha hecho el pago, liberando al deudor de su obligación (por todas, STS de 12 de marzo de 2010).

»Según el citado precepto la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda; y es criterio jurisprudencial el de su aplicación a los

hijos menores de edad, criterio seguido por el Tribunal Supremo en Sentencias de 5 de octubre de 1993; 3 de octubre de 2008; y doctrina declarada en Sentencia de 14 de junio de 2011 en los siguientes términos: "Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 Cc , de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda". Todo lo cual se reitera en SSTS de 26 de octubre de 2011 y 30 de octubre de 2012.

»Por ello, en el periodo aquí objeto de reclamación no existía, tal y como se aprecia en la sentencia apelada, ninguna obligación del demandado cuyo pago fuese asumido por la actora; por lo que no procede sino su confirmación con íntegra desestimación del recurso contra la misma interpuesto».

SEGUNDO. Contra la sentencia de la Audiencia, la representación de doña Clara ha formulado recurso de casación por razón de interés casacional en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. En su motivo único denuncia infracción, por aplicación indebida, del artículo 148 CC en detrimento del artículo 1158 del mismo cuerpo legal . Y cita las sentencias firmes de 8 de enero de 2008 (AC 2008, 592) y 5 de julio de 2013 (PROV 2013, 267201) , ambas dictadas por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Baleares , aduciendo que, en casos idénticos al de autos, reconocieron la procedencia de la acción de reembolso a favor del progenitor que había asumido en exclusiva el coste del mantenimiento del hijo menor de edad.

La parte recurrida objeta en primer lugar la inadmisibilidad del recurso, alegando que es la Audiencia de Baleares la única se ha pronunciado en tal sentido, contrariamente a como lo han hecho todas las demás Audiencias; y que, por tanto, no existe «jurisprudencia contradictoria de distintas Audiencias Provinciales».

Ese óbice debe ser desestimado: para que concurra el referido interés casacional, no es en modo alguno necesario que sean por lo menos dos las Audiencias o las secciones de la misma Audiencia que vayan decidiendo de modo reiterado el problema jurídico planteado en sentido contrario a como lo ha hecho la sentencia recurrida; la propia parte recurrida admite, y ya adujo a su favor en la instancia con abundantes citas, lo que esta sala bien conoce: que, además de la sección de la Audiencia Provincial de Bizkaia que dictó la sentencia recurrida, otras de diferentes Audiencias han dictado sentencias en igual sentido; y también consta así en la reciente sentencia del Pleno de esta sala 573/2016, de 29 de septiembre (PROV 2016, 209799) (Rec. 3326/2015) , que decidió sobre el fondo de un recurso de casación de la misma modalidad que el

presente.

TERCERO. Ese recurso, que contempló un caso sustancialmente idéntico al de autos, fue desestimado; y, por las mismas razones, ha de desestimarse el que ahora examinamos:

1.º) También este caso se refiere a la obligación de prestar alimentos que, como una de las concreciones del deber de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad» establecido en el artículo 39.3 CE, imponen al padre y a la madre los artículos 110 y 154.1º CC.

2.º) Aunque la naturaleza y el régimen jurídico de dicha obligación son sustancialmente diferentes a los de la obligación de alimentos entre parientes regulada en el título VI del libro I del Código Civil, es también de aplicación a aquella obligación lo que dispone la frase final del artículo 148.I CC : «pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda»; porque, a tenor del artículo 153 CC :

«Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código [...] se tenga derecho a alimentos, salvo [...] lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate».

Lo que acabamos de exponer sintetiza la doctrina jurisprudencial que esta sala ha sostenido desde hace años sin fisuras [SSTS 918/1993, de 5 de octubre (Rec. 536/1991), 328/1995, de 8 de abril (Rec. 3099/1991), 917/2008, de 3 de octubre (Rec. 2727/2004), 402/2011, de 14 de junio (Rec. 1027/2009), 653/2012, de 30 de octubre (Rec. 2352/2011), 742/2013, de 27 de noviembre (Rec. 1159/2012), 746/2013, de 4 de diciembre (Rec. 2750/2012), y 688/2014, de 19 de noviembre (Rec. 758/2012)]; que ha recibido el aval del Pleno del Tribunal Constitucional (ATC 301/2014, de 16 de diciembre (RTC 2014, 301) , compatible con la precedente STC 57/2005, de 14 de marzo (RTC 2005, 57)); y ha quedado confirmada, en fin, por ya mencionada sentencia 573/2016, de 29 de septiembre, del Pleno de esta sala .

Como dice la compendiosa sentencia 742/2013, de 27 de noviembre:

«La valoración del presente caso debe partir de la diferente naturaleza existente entre la obligación de alimentos entre parientes y la obligación de alimentos a los hijos manifestada claramente, entre otros extremos, en el distinto fundamento que las informa, el valor referencial del principio de solidaridad familiar, por una parte, frente a un contenido básico derivado directamente de la relación de filiación (39.3 CE y 110 y 111 de Código Civil), la diferente finalidad y contenido de las mismas, el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista, por una parte, frente a una asistencia mucho más amplia que se extiende, estén o no estén en una situación de necesidad, a los

gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad de menor (10 CE y 154.2 del Código Civil) y, en suma, la distinta determinación y extinción según sea la naturaleza de la obligación de alimentos.

»Conforme a lo anteriormente señalado se llega a la conclusión de que, dada la diversidad de su naturaleza jurídica, se trata de situaciones no homogéneas que en técnica constitucional impide alegar el elemento de comparación entre ambas obligaciones a los efectos de poder apreciar una posible vulneración del principio de igualdad (art. 14 en relación con el 31.1 CE , tal como ilustra la STS 57/2005, de 14 de marzo (RTC 2005, 57)). Del mismo modo que, en parecidos términos, cabe afirmar que **la obligación de alimentos respecto de los hijos, como derivación de la patria potestad, tampoco les son aplicables las limitaciones que se observan en el régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes.**

»Sin embargo, desde la señalada naturaleza propia y diferenciada, tampoco se puede inferir un argumento totalmente excluyente que rechace una lógica razón de especialidad entre ambas figuras en la medida en que la obligación de alimentos a los hijos participa, conceptualmente, de la caracterización general de la acción implícita en el régimen general de la obligación de alimentos entre parientes. Máxime, teniendo en cuenta que nuestro Código, a diferencia de otros de la época, regula la obligación de alimentos entre parientes en sede propia, fuera de las obligaciones nacidas del matrimonio, y con una proyección, pese a su dificultad de aplicación práctica, claramente generalizadora a tenor del artículo 153 del Código Civil y en aplicaciones prácticas como la del párrafo último del artículo 145 de dicho Cuerpo legal , en caso de pluralidad de alimentistas que reclamen a la vez su derecho respecto de una misma persona obligada legalmente a prestarlo.

»Esta razón de especialidad, si se quiere de compatibilidad de las figuras, en el sentido de que no es sostenible la absoluta incompatibilidad de la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro Primero del Código Civil, relativo a alimentos entre parientes, respecto de los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en el contenido de la patria potestad, ya fue apreciada por esta Sala en la Sentencia de 5 de octubre de 1993, siguiéndose idéntico criterio en la Sentencia de 3 de octubre de 2008 (núm. 917/2008).

»Sobre la base de esta razón de compatibilidad cabe plantearse si lo dispuesto para la obligación de alimentos entre parientes respecto del momento para el abono de dicha pensión, estos es, desde la fecha en que se interponga la demanda, artículo 148, párrafo primero, del Código Civil , como norma general, resulta aplicable a los supuestos de obligación de alimentos a los hijos. De lo anteriormente expuesto se comprende que el fundamento de la posible respuesta descansa en valorar si la efectividad del derecho a la pensión reclamada judicialmente

se integra ya en el núcleo conceptual de la naturaleza propia y diferenciada de la obligación de alimentos a los hijos, o en la esfera de su diferenciación básica, o por el contrario, participa de la caracterización general de la acción de prestar alimentos.

»La opción por esta última consideración, conforme al elemento condicional que subyace en este tipo de obligaciones, a la exigencia de intimación al deudor, o a razones prácticas de respuesta a las necesidades presentes y futuras del alimentista, también ha sido resaltada por esta Sala en las sentencias de 8 de abril de 1995 (núm. 328/1995 (RJ 1995, 2991)), 3 de octubre de 2008 (núm. 917/2008), 14 de junio de 2011 (núm. 402/2011) y 26 de octubre de 2011 (núm. 721/2010) , destacándose que para la efectividad de este tipo de obligaciones legales conviene diferenciar entre el tiempo o momento de nacimiento de la obligación propiamente dicho, y el tiempo o momento de exigibilidad de dicha obligación, siendo la reclamación judicial el cauce por el que se concreta la prestación debida (cuantía y modo de pago) y su exigibilidad desde la fecha en que se interpuso la demanda.

*»En el marco de este desarrollo doctrinal esta Sala, sentencia de 14 de junio de 2011 (núm. 402/2011) dictada para la unificación de la doctrina, ya apreció esta razón de compatibilidad derivada de la caracterización de estas acciones en orden a **la aplicación del artículo 148, párrafo primero, a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada.** Doctrina que, por lo anteriormente señalado, también debe aplicarse como fundamento determinante en la reclamación de alimentos por hijos menores cuya filiación no matrimonial ha resultado declarada».*

Y en el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 diciembre, se lee en la misma línea:

«El órgano proponente [de la cuestión de inconstitucionalidad] plantea la potencial contradicción del artículo 148, párrafo primero, in fine, del Código Civil que establece que los alimentos solo se deben a partir de la demanda, con la obligación de los progenitores de prestar alimentos a los hijos menores, que dimana del art. 39.3 CE , y se extiende a toda su minoría de edad. En este contexto, puede entenderse la invocación hecha en el Auto de planteamiento de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño, de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712) y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, sin más precisión. Sin embargo, el inciso último del art. 148 del Código Civil cuestionado no pone en duda la obligación constitucional de alimentos a los hijos menores, sino que regula el momento en que la obligación resulta exigible cuando hay un litigio entre los obligados a prestar alimentos y el alimentado.

»El juicio de constitucionalidad, por tanto, debe referirse a este último caso, es decir, a la limitación temporal de la exigibilidad de los alimentos, prevista en el inciso cuestionado, y su aplicación a los supuestos de alimentos debidos a los hijos menores de edad, en la medida en

que este supuesto no se excepta en la norma. El órgano proponente sostiene que este supuesto requiere una solución especial y no la general, prevista en el artículo 148 del Código Civil, en relación con el artículo 39.3 CE y habida cuenta de las diferencias entre el derecho de alimentos entre parientes y la obligación constitucional de alimentos a los hijos menores. En puridad, no puede considerarse que estemos ante dos posibles interpretaciones que cabría atribuir al precepto legal (inclusión o exclusión de los alimentos a hijos menores), pues el contenido del mismo y su vocación general son claros. **Además, ha de recordarse que los preceptos relativos a los alimentos entre parientes, entre ellos, el art. 148 del Código Civil, se aplican en los supuestos de alimentos que dimanen de la patria potestad (art. 154.1 del Código civil) con carácter supletorio, de conformidad con el art. 153 del Código civil, también de significado unívoco».**

El referido Auto inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

3.º) Claro está que legislador ordinario bien podría haber añadido un nuevo párrafo al artículo 153 CC, que exceptuase la aplicación de lo que ese precepto siempre ha dispuesto a la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad que los artículos 110 y 154.1º CC imponen al padre y a la madre. Pero no ha considerado oportuno hacerlo así. En consecuencia, esta sala debe mantener la doctrina jurisprudencial arriba expuesta; la que, por lo demás, nunca ha sido cuestionada a lo largo del proceso por la parte ahora recurrente.

4.º) La norma del artículo 148.I in fine CC, arriba citada, no implica que la obligación de alimentos entre parientes no exista y sea exigible - como ese mismo artículo empieza diciendo- «desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos». Y la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a los hijos menores de edad nace y es exigible desde el nacimiento del hijo, aunque la filiación no esté entonces legalmente determinada (art. 112.I CC).

No son, así, exactas las declaraciones contenidas en las sentencias de instancia en el sentido de que, en el periodo relevante, don Cosme no tenía la obligación de prestar alimentos a Hipolito: la tenía, lo supiese, o no -supiese, o no, que era el progenitor de Hipolito -, o albergase, o no, dudas razonables al respecto durante cierto tiempo. Lo exacto es decir que, conforme al artículo 148.I in fine CC, finalizado el periodo relevante Hipolito carecía de acción para exigir a su padre el abono de los alimentos correspondientes a dicho periodo: al periodo que medió entre el día su nacimiento y el 6 de mayo de 2012.

Inexacto nos parece también que la desestimación de la demanda se justifique con la afirmación de que doña Clara estaba legalmente obligada a la prestación alimenticia a su hijo en toda su extensión, y que, por lo tanto, no pagó una deuda ajena. La demanda tampoco podría haber prosperado, si la actora hubiera fundado jurídicamente su pretensión en el artículo 1145.II CC, sobre la base de considerar solidaria la

obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad. Ni, tampoco, si la hubiese fundado en una aplicación analógica de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 145 CC , sobre la base de considerar mancomunada aquella obligación.

5.º) La justificación exacta para la desestimación de la demanda es la que alegó la representación de don Cosme en su contestación y reiteró, con las mismas palabras, en su oposición al recurso de apelación: «ninguna petición de reembolso cabe de cantidades cuyo pago no puede ser exigible»; o, dicho con mayor precisión aún: cuyo pago ya no podría ser exigido.

*Si el legislador, con la norma del artículo 148.I in fine CC , ha querido proteger al deudor de alimentos -don Cosme , en el presente caso- frente al acreedor de los mismos - Hipolito , en nuestro caso-, denegando a éste acción para exigir los alimentos correspondientes al periodo mediante entre la fecha en que se produjo el supuesto de hecho generador de la obligación -en este caso, el nacimiento de Hipolito -, y la fecha en que se interpuso la demanda -el día 6 de mayo de 2012, en el presente caso-, **comportaría una contradicción valorativa palmaria que tal protección legal decayera a favor de quien prestó aquellos alimentos -en este caso, doña Clara - en lugar del deudor, y viene luego a reclamar a éste que le reembolse su importe.***

6.º) Cabe ciertamente discutir si es, o no, excesiva la protección que la repetida norma del artículo 148.I in fine CC concede al deudor de alimentos.

Tradicionalmente, se ha justificado con la máxima « in praeteritum non vivitur ». Pero, si fuese esa la justificación, el alimentista nunca podría exigir al alimentante el pago de pensiones alimenticias atrasadas: vivió sin ellas; y lo contrario se desprende del artículo 1966.1ª CC . A lo que habría que añadir, contemplando la aplicación de aquella norma a la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a sus hijos menores de edad, que esa obligación no requiere que el hijo necesite los alimentos para subsistir.

La ratio de lo dispuesto en la frase final del artículo 148.I CC , lo que el legislador ha querido con tal disposición, es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero (hasta cinco años de pensiones, a tenor del art. 1966.1ª CC) a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe era, deudor de alimentos.

Así lo ha explicado la doctrina científica más autorizada en la materia; que, sin embargo, critica al legislador por no haber llevado la «retroactividad» de los alimentos a la fecha de una reclamación extrajudicial de los mismos, y por no haber tenido en cuenta si el retraso en la reclamación se debió, o no, a una causa imputable al deudor de los alimentos. El artículo 237-5 del Código Civil catalán dispone:

«1. Se tiene derecho a los alimentos desde que se necesitan, pero no pueden solicitarse los anteriores a la fecha de la reclamación judicial o

extrajudicial.

»2. En el caso de los alimentos a los hijos menores, pueden solicitarse los anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, hasta un periodo máximo de un año, **si la reclamación no se hizo por una causa imputable a la persona obligada a prestarlos**».

Pero no corresponde a esta sala aconsejar al legislador civil estatal la adopción, o no, de normas semejantes.

7.º) Doña Clara ha insistido en que su pretensión merece prosperar por «razones de Justicia material». Nos cumple responder:

En un Estado de Derecho, los Jueces y Magistrados no pueden hacer descansar sus resoluciones en tales razones, decidiendo en contra de lo que dispone la ley aplicable al caso, interpretada por ellos conforme a los criterios que el artículo 3.1 CC establece (art. 117.1 CE ; art. 3.2 CC).

Y no sobraría, ante dicha invocación a la Justicia, recordar el reproche que el Juzgado dirigió a la ahora recurrente: que bien pudo haber reclamado judicialmente antes los alimentos, acumulando la acción correspondiente a la acción de reclamación de la paternidad (STS 1153/2001, de 11 de diciembre). Además, el artículo 768.2 LEC dispone que «reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado». En fin, no consta en autos la razón por la que doña Clara no ejercitó la acción de reclamación de paternidad hasta el año 2007, habiendo nacido Hipolito en NUM000: si ello fue, o no, imputable a don Cosme .

8.º) Parece oportuno concluir citando nuevamente al Pleno del Tribunal Constitucional. En concreto, el razonamiento final de su Auto 301/2014, de 16 de diciembre :

«A mayor abundamiento, la norma cuestionada [la contenida en la frase final del art. 148.I CC] parece superar el juicio de ponderación con otros intereses, en concreto, el de los progenitores, que aun siendo de menor rango con relación al menor, deben ser tomados en consideración (STC 185/2012, de 27 de octubre, entre otras). Respecto al progenitor custodio la norma no es excluyente, pues nada le impide formular la demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación. Respecto al progenitor no custodio, tampoco es excluyente pues puede cumplir voluntariamente la obligación desde que ésta nace y, en los supuestos de cumplimiento forzoso, una delimitación temporal de la exigibilidad de los alimentos parece proporcionada para evitar una situación de pendencia, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)».