

CONSULTA NUMERO 1/1992, de 13 de febrero

INTERPRETACION DEL PARRAFO 2.º
DEL ARTICULO 93 DEL CODIGO CIVIL

Se ha elevado Consulta a esta Fiscalía General del Estado, con el fin de que puedan fijarse criterios interpretativos unitarios sobre el contenido del artículo 93 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 11/90, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

La Fiscalía que plantea la Consulta pone de relieve que, hasta la nueva redacción del artículo citado, en las resoluciones de los Juzgados del territorio no existía uniformidad sobre el procedimiento, la cuantía e incluso sobre la subsistencia de las prestaciones alimenticias de los hijos que, conviviendo con uno de los padres, cumplieran la mayoría de edad y quedaban en consecuencia fuera de la esfera del derecho-deber en que la patria potestad consiste. Algunos Juzgados mantenían la deuda alimenticia asignada, siempre que permanecieran las circunstancias económicas y de convivencia que justificaron su fijación. Otros acordaban expresamente la extinción de la prestación de alimentos para la fecha en que se alcanzaba la mayoría de edad y otros, en fin, disminuían la pensión por vía de los incidentes de modificación.

En la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986, de 15 de diciembre, partiendo de la continuidad de la prestación en favor del alimentario mayor de edad, se estableció que la fijación de alimentos no deberá hacerse en los procedimientos especiales de separación o divorcio, sino en el ordinario que corresponda, como obligación basada en el parentesco y cualquiera que sea la situación matrimonial de los padres. Sin embargo, con la introducción

del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil por la Ley 11/90, se autoriza al Juez para fijar alimentos a los hijos mayores de edad o emancipados siempre que concurren dos presupuestos. Uno, que carezcan de ingresos propios y, otro, que convivan en el domicilio familiar. Por lo demás, la determinación del *quantum* de los alimentos se hará conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes de aquel cuerpo legal.

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

I
El derecho de alimentos reconocido en los artículos 142 y siguientes del Código Civil —a los que se remite el artículo 93—, es de carácter restringido, pues se concede a determinadas personas que, ligadas por vínculos de parentesco o estado de familia (art. 143 del CC), necesiten lo indispensable para el sustento, habitación, asistencia médica, vestido y educación. Subsiste para los hijos, aún después de la mayoría de edad, si permanece la situación de necesidad por causa no imputable al alimentario. De igual modo, el artículo 144 limita la reclamación de la deuda alimenticia a personas circunscritas al ámbito familiar y, si existen varios de los obligados a prestarla, como es unipersonal, se establece un orden de prelación.

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

Ahora bien, la llegada a la mayoría de edad, a partir de la cual la persona adquiere plena capacidad —electoral, de obrar y pro-

cesal—, no puede mermar —y la ley no lo permite— el derecho de alimentos cuando existan medios económicos familiares y se demuestre el estado de necesidad del hijo, no pudiendo proveer por sí mismo a cubrir las necesidades que integran el contenido del derecho.

Siendo por tanto titulares del derecho a la prestación alimenticia los hijos mayores de edad, no puede desconocerse que ese derecho a recibir alimentos futuros es *irrenunciable* (aunque puedan renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, art. 151 del Código Civil), *intransmisible*, aunque puede transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandar las mismas (art. 151 citado), *imprescriptible* (si bien el art. 1.966 del mismo texto legal establece que la acción para exigir el pago de las pensiones alimenticias prescribe a los cinco años), debiendo de otro lado entenderse que el precepto se refiere a las pensiones ya devengadas, como así lo ha interpretado el Tribunal Supremo, entre otras sentencias la de 7 de octubre de 1970, y un derecho, en fin, que *no puede transigirse* (art. 1.814: «no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros»).

De lo anteriormente expuesto, se ha de concluir que la única persona a quien se atribuye el derecho subjetivo familiar de exigir los alimentos es al hijo que ha llegado a la situación de la mayoría de edad; derecho que no se confiere a ninguno de los ascendientes con los que convive ya que, al extinguirse el vínculo jurídico de la patria potestad, el mayor de edad queda fuera del ámbito de dependencia que por imperativo legal existía hasta ese momento. No teniendo en tal supuesto aplicación el principio de representación legal de los padres (art. 162 del CC), sólo estará legitimado dentro del ámbito familiar para reclamar los alimentos que establece el artículo 93 del Código Civil el descendiente que ha cumplido la mayoría de edad.

II

La segunda cuestión planteada queda resuelta si se tiene en cuenta lo analizado en el apartado anterior.

Cierto es que, por razones de interés público, el Juez puede de oficio fijar alimentos a los hijos menores de edad aunque no haya habido petición de parte. Pero no lo es menos que el párrafo segun-

do del artículo 93 «... el Juez, en la misma resolución *fixará...*» no puede interpretarse rígidamente, no sólo por lo ya razonado con anterioridad —que parece tener fuerza suficiente— sino porque, de otro lado, estamos en presencia de un derecho rogado, de forma que muy difícilmente podría admitirse la posibilidad de fijar el Juez de oficio la cuantía alimenticia. Nadie, pues, que no sea la persona legitimada,—el mayor de edad—, conocedora de sus auténticas necesidades y titular de plena capacidad procesal, puede instar la reclamación, sin perjuicio, claro está, de lo que el Juez acuerde tras las alegaciones de las partes y la prueba en su caso practicada.

III

La tercera cuestión que suscita la Consulta se refiere a quién ha de ser el destinatario o perceptor de los alimentos fijados conforme al artículo 93.2 del Código Civil. Y, en concreto, si lo será el descendiente que haya cumplido la mayoría de edad o, por el contrario, el progenitor con el que convive.

Si de lo anteriormente argumentado se desprende que en estos casos el único titular del derecho de alimentos —y legitimado formalmente para reclamarlos— es el hijo que ha alcanzado la mayoría de edad, sería incongruente sostener ahora que otra persona que no sea él —en este caso el progenitor con el que convive— tiene derecho a percibirlos e incluso a disfrutarlos.

Si, como ya se ha puesto de manifiesto, en la hipótesis contemplada del descendiente mayor de edad no rige el principio de la representación legal para la reclamación de alimentos, con mayor motivo no cabrá la misma en cuanto a su disfrute se refiere. Alcanzada la mayoría de edad y con ella la plena capacidad de administración y disposición, será ese descendiente el único destinatario de la prestación objeto de la obligación de alimentos que haya fijado el órgano jurisdiccional a través de la petición efectuada.

IV

La última cuestión a la que la Consulta se refiere gira en torno —tal como se resaltó en la introducción— al procedimiento o cau-

ce procesal a través del cual ha de instarse la reclamación de alimentos por el descendiente que ha cumplido la mayoría de edad y que, conviviendo en el domicilio familiar, carece de ingresos propios, como exige el artículo 93 del Código Civil. Es de notar que la pretensión de alimentos a ejercitar por el hijo mayor de edad, objetivamente, será viable tanto en los procedimientos matrimoniales causales como en los consensuales o de mutuo acuerdo.

En este punto —el procedimiento que ha de seguirse—, la interpretación del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil —como la de todas las normas en general— ha de hacerse conforme al artículo 3.1 del citado cuerpo legal y presidida, además, por criterios de gran flexibilidad, con tendencia, siempre que ello sea posible, a apoyar que la fijación de una pensión alimenticia al hijo mayor de edad tenga lugar en el procedimiento matrimonial. Lo contrario podría originar serios perjuicios a esas personas que carecen de medios para subsistir y que serían obligadas a acudir a otros procedimientos para ver satisfechas sus legítimas aspiraciones, algo añadido al trauma originado no pocas veces por la separación o divorcio de los padres. Mas no ha de olvidarse que en determinadas situaciones no será posible evitar que el ejercicio de su pretensión tenga lugar en el juicio de alimentos provisionales que la Ley de Enjuiciamiento Civil regula en los artículos 1.609 y siguientes o en el declarativo ordinario, según los casos.

Así pues, frente a la postura maximalista según la cual la reclamación y fijación en su caso de una pensión alimenticia al hijo mayor de edad ha de tener lugar siempre en el procedimiento matrimonial, o ante la que, por el contrario, defiende que en cualquier caso ha de acudir a los otros procedimientos ya indicados, la solución correcta y prudente pasa por distinguir diferentes supuestos que en la práctica pueden presentarse, así como por tener en cuenta el momento procesal en que dicha reclamación se plantea.

En efecto, no será idéntico el supuesto del hijo que tiene ya cumplidos los 18 años al iniciarse el procedimiento matrimonial, que aquél en el que la mayoría de edad se alcanza durante su tramitación, ni el de cumplir esa edad después de recaer sentencia firme o cuando la causa se encuentra ya archivada tras haberse ejecutado la misma.

La solución al problema que abordamos —el procedimiento que ha de seguirse— no será tampoco la misma si en la demanda,

contestación o, en su caso, reconvencción, se solicita alimentos para él que en el supuesto contrario. Y la situación variará sustancialmente según que el hijo mayor de edad ejercite la pretensión alimenticia durante la fase de alegaciones o si, por contra, ello acontece en fase procesal posterior, pues en este caso podría alegarse indefensión por la persona que resulte obligada al pago lo que, obviamente, ha de evitarse.

Cuestiones todas ellas que surgirán cuando el procedimiento matrimonial sea contencioso, pues si fuera de mutuo acuerdo, nada impedirá que el hijo mayor de edad suscriba el convenio regulador o muestre su conformidad con el mismo en momento posterior.

Analicemos pues, separadamente, cada una de las situaciones ya apuntadas, referidas a los procedimientos contenciosos.

a) Que el descendiente sea mayor de edad al iniciarse el procedimiento.

Habrá que distinguir dos supuestos según que alguno de los cónyuges haya o no solicitado una pensión alimenticia para él.

1. Si en la demanda, contestación o reconvencción se hubiera solicitado una pensión alimenticia para el hijo mayor de edad, éste podrá comparecer y mostrar su conformidad con dicha cantidad o bien otorgar un poder *apud acta* al progenitor que hubiere solicitado para él la pensión. Si no estuviere conforme por entender que la cantidad debe ser superior, deberá acudir al juicio declarativo ordinario de alimentos definitivos o al juicio de alimentos provisionales.

2. Si en la demanda, contestación o reconvencción no se hubiera solicitado para él pensión alimenticia alguna, no podrá reclamar alimentos en el procedimiento matrimonial y deberá acudir a los ya señalados en el apartado anterior.

b) Que el descendiente cumpla la mayoría de edad durante la tramitación de la causa matrimonial sin que se haya dictado sentencia.

Habrá también que distinguir dos supuestos:

1. Si en la demanda, contestación o reconvencción, se solicitaba para él el pago de una pensión alimenticia, nada impide que comparezca en el procedimiento y reclame el pago de la misma o incluso una cantidad superior si el procedimiento se encuentra en

fase de alegaciones. Si se encuentra en fase posterior a la de alegaciones, sólo podrá comparecer en el procedimiento matrimonial para mostrar su conformidad con la cantidad que para él se había solicitado en la fase procesal en la que todavía era menor de edad. De no ser así deberá acudir al juicio de alimentos provisionales o al declarativo ordinario.

2. Si no se hubiera solicitado para él cantidad alguna cuando era menor de edad podrá personarse en el procedimiento matrimonial y reclamar el pago de una pensión alimenticia durante la fase de alegaciones, pues en otro caso deberá acudir a los procedimientos mencionados en el apartado anterior.

c) Que el hijo alcance la mayoría de edad después de recaer sentencia firme.

1. Razones de economía procesal —que podrían también invocarse en los supuestos contemplados en el apartado anterior cuando no producen indefensión— aconsejan que el Juez, al dictar sentencia, si el hijo es menor de edad y próximo a cumplir los 18 años, pueda acordar el pago de una pensión alimenticia a su favor y que la misma se continúe pagando en lo sucesivo, siempre que las circunstancias no cambien y no muestre su disconformidad el hijo ya mayor de edad.

2. Si el Juez, en la sentencia en que fije una pensión alimenticia al descendiente menor de edad, no contemplase la previsión anteriormente descrita, idénticas razones de economía procesal conducen a concluir como razonable que el hijo pueda personarse durante el período de ejecución y reclamar que continúe el pago de la misma. En caso de solicitar una pensión de cuantía superior, deberá acudir al juicio que determina el artículo 1.609 de la LEC. tratándose de alimentos provisionales o al declarativo ordinario.

d) Que el descendiente haya cumplido la mayoría de edad después de haberse ejecutado la sentencia de separación, nulidad o divorcio, encontrándose la causa archivada. Lógicamente en este supuesto no podrá renacer el proceso matrimonial, sobre todo si se tiene en cuenta que esa persona no ha sido parte en el mismo y, en consecuencia, el procedimiento a seguir será el de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulado en los artículos 1.609 y siguientes o el declarativo ordinario, según los casos.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la pensión alimenticia en favor de los hijos mayores de edad sólo podrá fijarse en las sentencias que pongan fin a los procedimientos iniciados a partir del día 7 de noviembre de 1990, fecha en la que entró en vigor la Ley de 15 de octubre de ese año, la cual —al guardar silencio sobre ese extremo— no tiene efecto retroactivo, conforme a lo dispuesto en el número 3.º del artículo 2 del Código Civil.