



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

LA PRETENSIÓN DE ALIMENTOS EN EL PROCESO MATRIMONIAL

Autor:

Melchor L. Solano Moliner

Director:

JUAN FRANCISCO HERRERO PEREZAGUA

Facultad de Derecho
Año: 2016

LA PRETENSIÓN DE ALIMENTOS EN EL PROCESO MATRIMONIAL

Sumario

I. INTRODUCCIÓN:	4
II. FUNDAMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LOS ALIMENTOS	5
1. FUNDAMENTOS:.....	5
2. CARACTERÍSTICAS.....	7
III. BREVE REFERENCIA AL PROCESO DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES	10
IV. LOS ALIMENTOS EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES	11
1. LOS PROCESOS MATRIMONIALES.....	11
2. EL PROCEDIMIENTO DE MUTUO ACUERDO: EL CONVENIO REGULADOR.....	14
3. MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS Y SIMULTÁNEAS A LA DEMANDA	16
4. MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS.....	16
5. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA DE ALIMENTOS.....	18
V. LAS PARTES EN EL PROCESO	19
1. CUESTIONES GENERALES SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS PARTES EN EL PROCESO DE ALIMENTOS.....	19
1.1. Capacidad de las partes:.....	19
1.2. Legitimación activa.....	19
1.3. Intervención del Ministerio Fiscal.....	20
1.4. Litisconsorcios.....	20
1.5. La sucesión de partes.....	21
2. LAS PARTES DE LA PRETENSIÓN DE ALIMENTOS EN EL PROCESO MATRIMONIAL.....	21
2.1. Legitimación activa.....	21
VI. FIJACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA	26
1. INTRODUCCIÓN.....	26
2. GASTOS CUBIERTOS.....	27
3. LA ACTUALIZACIÓN DE LA PENSIÓN.....	28
4. HIJOS MENORES DE EDAD.....	28
5. HIJOS MAYORES DE EDAD.....	30
VII. CONCLUSIONES	30
VIII. BIBLIOGRAFÍA	32

ABREVIATURAS

- AC:** Aranzadi Civil.
- AP:** Audiencia Provincial.
- Art:** Artículo.
- CC:** Código Civil.
- CE:** Constitución Española.
- LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil.
- IPC:** Índice de Precios al Consumo.
- MF:** Ministerio Fiscal.
- RJ:** Repertorio de Jurisprudencia.
- SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial.
- STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.
- TS:** Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN:

La pretensión de alimentos a los hijos puede dar lugar a un proceso con ese exclusivo objeto o acumularse a la principal en los procesos matrimoniales. Estos procesos especiales, regulados en el libro IV de la LEC, se caracterizan por su naturaleza no dispositiva al entrar en juego el interés público y el principio de oficialidad, lo que comporta importantes limitaciones en lo que a la disposición del objeto procesal respecta. La presencia del Ministerio Fiscal, las especialidades en materia probatoria y el régimen específico de los actos dispositivos sobre el objeto del proceso son manifestaciones de lo que se acaba de apuntar.

La obligación de alimentos presenta un perfil digno de atención, pues si por una parte ha de afirmarse que tiene un contenido patrimonial, por otra ha de matizarse de inmediato que no es una obligación meramente patrimonial: no constituye un crédito en el patrimonio del acreedor (el alimentista) del que pueda disponer, ni que sirva de garantía a sus acreedores, como tampoco se configura como un elemento pasivo del patrimonio del deudor (alimentante), dado que no se computa en la evaluación económica de los patrimonios de uno y otro. Estas apreciaciones exigen que nos preguntemos por el fundamento de la obligación como elemento condicionante e informador de su régimen jurídico al que han de atender, por su carácter instrumental, las normas procesales que disciplinan el ejercicio de la pretensión.

Este trabajo se basa en el análisis de jurisprudencia, textos legales y reflexiones de distintos autores sobre el tema tratado. Se comienza explicando la fundamentación civil de los alimentos para llegar finalmente a cuestiones procesales respecto de los mismos, todo ello teniendo como referencia los procesos matrimoniales.

II. FUNDAMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LOS ALIMENTOS

1. FUNDAMENTOS

La obligación de alimentos se encuentra en el artículo 39 CE, artículo que fundamenta nuestro derecho de familia, que establece el deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos dentro o fuera del matrimonio. Hay un deber jurídico de ciertas personas que consiste en proporcionar a otras una serie de bienes.

En ocasiones, queda integrado como parte de otras relaciones. Así, por ejemplo, tenemos la patria potestad, que integra la obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos cuando los mismos estén en esta relación.

El Título VI del Código Civil comprende del artículo 142 al 153. La obligación de alimentos se basa en principio en la relación parental, con el fin de procurar a quien lo necesite, la satisfacción de sus necesidades. Se distingue la obligación alimenticia propiamente dicha de la del mantenimiento del cónyuge y de los hijos menores. Entre cónyuges y respecto de los hijos menores hay deberes distintos y más exigentes que simplemente el de procurar su subsistencia. Su contenido es patrimonial, pero su finalidad de protección de la vida de una persona, por lo que puede considerarse de naturaleza no patrimonial. Se le reconocen los caracteres de ser personalísima, lo que la hace irrenunciable e intransmisible, imprescriptible, recíproca, relativa o dependiente de la necesidad del alimentista y posibilidad del obligado, variable a las circunstancias, y no solidaria entre los obligados¹. Lo que prescriben son las concretas pretensiones a pensiones ya vencidas: cinco años, según lo dispuesto en el artículo 1966.1 del Código Civil.

En cuanto al contenido, el artículo 142.I CC presenta una enumeración de las necesidades de las personas que han de atenderse con la prestación de alimentos. La obligación se cumple, bien manteniendo al alimentista en casa del alimentante, bien en dinero. Se incluyen los gastos en educación. El adelantamiento de la mayoría de edad y el retraso de la independencia económica, así como el aumento generalizado de la formación superior ha hecho que la obligación se extienda a los hijos en mayoría de edad. Estas necesidades de los hijos no tienen por qué cubrirlas exclusivamente los padres, sino que están obligados potencialmente todos los parientes obligados. En cuanto a la necesidad educativa, tiene un límite. Puede seguir costeándose sus estudios a

¹ DELGADO ECHEVERRÍA JESÚS, *Comentario del Código civil*, «Artículo 142», Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 523.

costa del alimentante quien no desaproveche los mismos, es decir, quien no haga una dejación de los mismos y se aproveche de esa situación simplemente para conseguir la pensión².

El artículo 143 CC enuncia los tipos y grados de parentesco que fundamentan la obligación de alimentos. La obligación y derecho de alimentos se basa en la reciprocidad entre los parientes obligados a prestárselos. La enumeración de parientes obligados es cerrada. Fuera de los unidos por matrimonio y de los parientes consanguíneos en línea recta o colateral, en segundo grado no hay obligación legal de alimentos entre parientes.

El deber de socorro mutuo entre los cónyuges surge cuando se rompe la unidad de vida, es decir, durante el proceso de separación, divorcio o nulidad, sujeto a las disposiciones de los artículos 90 y 93 del Código Civil. En cuanto a ascendientes y descendientes, la reforma del Código Civil de 1981 suprimió las diferencias entre ascendientes y descendientes basadas en las clases de filiación. Antes de la reforma, la obligación de alimentos sólo derivaba de la filiación «legítima» entre ascendientes y descendientes. Con los hijos naturales producían parentesco sólo respecto del padre, el hijo y los descendientes legítimos de éste. Los hijos ilegítimos naturales sólo tenían derecho a los «auxilios necesarios para la subsistencia». Por los artículos 39 y 14 CE, todos los hijos son iguales ante la ley, independientemente de su origen. Por último, el artículo 143 CC señala que los hermanos sólo se deben auxilios cuando uno de ellos los necesite por cualquier causa no imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

Conviene hacer ahora una referencia al artículo 92 CC, que regula las relaciones paterno-filiales en una situación de conflictividad matrimonial. Las medidas que se tomen en un proceso de separación o divorcio deberán ser en interés del hijo. Teniendo en cuenta que los deberes de los padres permanecen inalterados, pueden darse diversos casos respecto a los hijos tras un proceso de crisis matrimonial: a) Que la patria potestad sea compartida, b) Titularidad compartida de la patria potestad, con el ejercicio exclusivo de uno de los progenitores: la representación de los hijos corresponde al progenitor encargado del ejercicio de la patria potestad, lo mismo que la administración de sus bienes, c) Privación de la patria potestad, d) Mantenimiento por los dos progenitores de la patria potestad y atribución de la guarda a un tercero.

2 DELGADO ECHEVERRIA JESÚS, *Opus cit*, p. 524.

Por último, la determinación del progenitor que debe ostentar la guarda y custodia y el ejercicio de la patria potestad pueden hacerse mediante convenio regulador o mediante decisión judicial, siempre bajo el control del juez.

El artículo 93 CC deriva del artículo 92 CC. Esta disposición se utiliza tanto con los hijos menores de edad, como con los mayores que no puedan proveerse por sí mismos, ante la necesidad del juez de fijar alimentos para los hijos en supuestos de crisis matrimoniales. Antes de la reforma de 1981, esta disposición se aplicaba únicamente a los hijos menores de edad, lo que les obligaba a plantear nuevos pleitos al llegar a la mayoría de edad. Con la reforma, se permite al juez acordar resoluciones sobre los hijos mayores de edad en un proceso matrimonial. Están obligados a prestar alimentos ambos progenitores, los cuales pueden utilizar el convenio regulador para regular esta obligación, sin, desde luego, ser lícito el pacto que excluya a uno de los progenitores de la obligación de prestar los mismos.

Los progenitores deben contribuir según sus capacidades económicas, y la titularidad del derecho de alimentos corresponde a los hijos frente a sus padres. Cuando son menores de edad, son sus padres quienes actúan procesalmente para su reclamación, como representantes legales, por lo que no pueden renunciar a los mismos. En el caso de los hijos mayores de edad, no será mediante esta representación mediante la cual se pidan, ya que los hijos mayores de edad son plenamente capaces de obrar en el proceso.

2. CARACTERÍSTICAS

La forma de hacer efectivos los alimentos será mediante aportación en dinero, la forma más común. La atribución de la vivienda familiar es el otro concepto que forma el contenido del derecho de alimentos, según el artículo 142 CC.

Los alimentos son funcionales, es decir, comprenden necesidades concretas, como la educación, vestido, vivienda, etc... que deben adecuarse al nivel de vida tanto del alimentista como del alimentante. Se permite que los padres puedan prever mediante convenio la situación del hijo al llegar a la mayoría de edad, pero no su extinción definitiva. Si la separación o divorcio afectara a menores, se podrán reclamar alimentos con el mismo procedimiento, quedando afectado un mayor de edad, mientras dure esta situación.

Hay que tener en cuenta también la capacidad económica del alimentante. El caudal o

medios del alimentante comprenden las rentas tanto del capital como del trabajo, el propio capital y la capacidad o posibilidad de trabajar. La STS de 18 de marzo de 2016 [RJ 1288/2016] discute la proporcionalidad entre lo que posee el alimentante y las necesidades del alimentista. En esta sentencia se establece que, ante la penosa situación del mínimo vital de la unidad familiar, resulta ilusorio querer salvar el mínimo vital del hijo. En situaciones así, lo viable es que las Administraciones Públicas, a través de los servicios sociales, remedien las situaciones en que tales mínimos no queden cubiertos.

En cuanto a las necesidades del alimentista, éste habrá de gastar todo su patrimonio antes de pedir los alimentos. Cesará el derecho cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria.

En situaciones equiparables de necesidad del alimentista y los medios del obligado, la pensión debe ser fijada sensiblemente igual. Tanto la necesidad como los medios son cuestiones de hecho sometidas a la libre apreciación de los tribunales de instancia.

El artículo 147 del Código Civil establece la variabilidad de la deuda alimenticia, al cambiar la situación económica tanto del alimentante como del alimentista.

Las unidades monetarias en las que se presta la pensión alimenticia han de aumentar en la medida en que la moneda pierde valor adquisitivo, a fin de mantener integrada la prestación. Ello sugiere la adopción de medidas de protección frente a las alteraciones monetarias. Suele utilizarse el IPC. Ahora bien, la adecuación de esos índices se entiende siempre que el aumento no exceda de la proporción en que se hayan aumentado los ingresos del obligado, o teniendo en cuenta la cantidad menor de la elevación producida.

La obligación legal de alimentos requiere la concurrencia de tres supuestos o requisitos: a) un vínculo de parentesco, b) un estado de necesidad del alimentista, c) una posibilidad económica en el pariente obligado.

El pago debe hacerse por meses anticipados. Con el fallecimiento del alimentista se extingue la obligación de alimentos. Los herederos del mismo sólo tendrán derecho a reclamar lo que se deba hasta el día del fallecimiento del alimentista, cuando éste no hubiere recibido antes de su muerte la pensión alimenticia.

Se podrán establecer también medidas cautelares para el cobro de las pensiones, fortaleciendo así el derecho del alimentista. Es el propio alimentista quien está legitimado para solicitarlas y el Ministerio Fiscal, en su caso.

Por el artículo 149 CC el obligado podrá optar, bien por mantener en su casa al alimentista a su mera conveniencia, bien mediante el pago de pensión en dinero. La casa en la que cabe que el alimentante cumpla su obligación es la suya propia, no la de terceros³.

La obligación de suministrar alimentos es personalísima, y no se transmite a tercera persona ni constituye carga o gravamen a que estén afectos los bienes del que deba darlos. Por tanto, el fallecimiento del alimentante extingue su obligación, pero tiene el alimentista un crédito de alimentos frente a las personas a que corresponda según el artículo 145 CC. Es decir, fallecido el único o todos los de un grado, nacerá la deuda para los del siguiente. En ocasiones, los nuevos obligados serán herederos del fallecido, pero no como herederos, sino como parientes. En estos casos, es precisa nueva demanda a los efectos del artículo 148.I CC. Pasan a los herederos como deudas del causante las pensiones atrasadas y no pagadas, pues ya no son personalísimas y se equiparan al resto de patrimoniales.

Conforme al artículo 151 CC, no es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho de alimentos, ni compensable con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Un problema se plantea a propósito de las pensiones alimenticias atrasadas. «El precepto citado permite su renuncia y compensación, al igual que la transmisión a tercero por título oneroso o lucrativo del derecho a demandarlas»⁴. Ello es porque el legislador ya no las considera fundamentales para el alimentista. Constituyen, pues, un crédito ordinario. Es por ello también, y teniendo en cuenta el carácter de la deuda alimenticia, que el artículo 1814 del Código Civil dispone que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.

Dentro del ámbito de pensiones alimenticias a los hijos nos encontramos con dos tipos dependiendo de la edad de los hijos, las pensiones a los mayores de edad y a los menores de edad. Las pensiones a los hijos menores de edad están relacionadas con la obligación que deriva de la patria potestad de los padres de cuidar de sus hijos. En cuanto a los hijos mayores, serán preceptivos estos alimentos cuando se encuentren sujetos a una «patria potestad prorrogada», es decir, en quienes concurren los presupuestos del artículo 154 CC.

Conviene hacer una pequeña referencia a este concepto. Parentesco es el vínculo que

3 Ibid, p.537.

4 DIEZ PICAZO LUIS y GULLÓN ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia*, vol IV, tomo I, Tecnos, 11ª ed, Madrid, 2012, p.43.

une a dos personas por descender una de otra, o por tener un ascendiente común. En este sentido, la relación básica de parentesco, de la que derivan todas las demás, es la que une a padres y a hijos: la relación de filiación⁵. Es irrelevante que la filiación sea por adopción o consanguínea (art 108 CC). Nada importa también (al contrario que en la regulación anterior a la reforma de 1981), que la filiación sea o no matrimonial, ya que está establecida constitucionalmente la igualdad de todos los hijos en cuanto a derechos, sean cuales sean sus orígenes (arts 14 y 39 CE).

La mayor protección que tiene el hijo menor como consecuencia del interés público que se le otorga es casi indiferente con su estado de necesidad. Es por ello que el artículo 93, párrafo primero del Código Civil permite al tribunal fijar de oficio los alimentos debidos a los hijos menores aun cuando no hubieran solicitado nada los cónyuges en el proceso de nulidad, separación o divorcio.

Por último, hay que decir que no todos los potenciales alimentistas pueden ser sujetos activos de la declaración alimenticia en el curso de un proceso matrimonial. En los procesos de nulidad y divorcio sólo pueden fijarse alimentos para los hijos comunes de los cónyuges, y en los de separación, tanto para uno de los cónyuges como para los hijos.

Los cónyuges pueden acudir a un proceso de alimentos del artículo 250.1.8 LEC si están separados de hecho y no pretenden obtener la declaración judicial de su separación.

La pensión compensatoria del cónyuge responde a distinto fundamento, y encuentra su justificación en otros motivos distintos a la pensión alimenticia de los hijos⁶. «La pensión compensatoria no puede calificarse de alimenticia»⁷.

III. BREVE REFERENCIA AL PROCESO DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

En este trabajo me baso en los procesos matrimoniales, por lo que no voy a profundizar en el proceso de alimentos entre parientes. No obstante, conviene hacer una referencia al mismo en lo que respecta a los alimentos debidos a los hijos mayores de edad.

5 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho civil IV, Derecho de familia*, Colex, 4ªed, Madrid, 2011, p. 37.

6 GUTIÉRREZ BERLINCHES ÁLVAR, *Los procesos de alimentos*, Ed Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 297.

7 *Ibid*, p. 298.

Según el artículo 250.1.8º de la LEC, se deciden en juicio verbal las demandas que soliciten alimentos debidos por disposición legal o por cualquier otro título. Están excluidos de estos procesos los supuestos de reclamación de alimentos que se sustancien dentro de los procesos matrimoniales.

El proceso verbal de los alimentos se prevé en los casos en que se soliciten alimentos por disposición legal o por otro título, cuando no exista un cauce procesal específico para pedirlos. Es decir, no entran en este proceso los alimentos pedidos en un proceso matrimonial. Cabe sustanciar por estos trámites la petición de alimentos en las uniones de hecho.

La demanda por la que se pidan los alimentos en este proceso se debe ajustar al artículo 437 LEC. Existe una especialidad procesal en este proceso, que lo hace característico, y que comentaré posteriormente cuando trate los procesos matrimoniales. Esta especialidad es la aportación de documentos junto a la demanda (documentos que acrediten el título en cuya virtud se piden alimentos). La falta de aportación de los mismos comporta la inadmisión de la demanda, por el artículo 269.2 LEC.

Los alimentos se devengan desde el momento de la interposición de la demanda, por el artículo 148 CC.

IV. LOS ALIMENTOS EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

1. LOS PROCESOS MATRIMONIALES

La mayoría de sentencias recaídas en juicios de alimentos son sobre procesos matrimoniales⁸ (nulidad, separación y divorcio).

El artículo 81 del Código Civil faculta a ambos cónyuges, de común acuerdo, o a uno con el consentimiento del otro para pedir la separación, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio.

Por el artículo 85 CC, el matrimonio se disuelve por divorcio. Cualquiera de los cónyuges puede solicitarlo, sin tener que invocar causas legales ni situaciones de falta de convivencia conyugal. Según el artículo 86 CC, se decreta judicialmente cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro.

⁸ *Ibid.*

Los artículos 769 a 778 LEC se ocupan de los procesos matrimoniales, disposiciones que se completan con las de los artículos 748 a 755 LEC, sobre los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Estos últimos artículos dotan de protección a los intereses públicos en relación con los procesos donde sean parte menores de edad e incapaces.

En estos procesos, las partes no pueden disponer del objeto del mismo, pues sobre sus intereses particulares debe prevalecer el interés público. Es por ello que la renuncia, el allanamiento y la transacción son ineficaces. En cuanto al desistimiento, no implica una decisión definitiva sobre el asunto, al no producir fuerza de cosa juzgada material. Se permite su existencia, pero se exige como regla que cuente con la aprobación del Ministerio Fiscal. En los procesos en los que no interviene, no es preceptiva su conformidad.

Por otra parte, existen especialidades en cuanto a la prueba, contempladas en el artículo 752 LEC. Este precepto establece especialidades reguladas en este Título. No les es aplicable a estos procesos la norma general que señala que la realización de un acto debe ajustarse a los plazos establecidos para ello, ni que la presentación de los hechos está sujeta a plazo preclusivo.

La conformidad de las partes no vincula al tribunal. También puede el Tribunal no fundar una sentencia cuando no exista prueba que demuestre la existencia de los hechos alegados⁹. Esta disposición hace recaer sobre las partes que alegan un hecho una especial carga probatoria, ya que para fijar un hecho no basta con que la parte contraria lo admita expresa o tácitamente. Es necesario que sea objeto de una prueba directa que convenza al tribunal sobre su contenido. El propio Tribunal puede ordenar la realización de una prueba relativa a un hecho admitido por las partes sobre el que no se ha propuesto prueba, pero también puede no hacerlo. Es recomendable entonces que tanto el demandante como el demandado dirijan su actividad a probar los hechos, pues se arriesgan a que no se tengan en cuenta.

Característica de este proceso es también la inaplicabilidad de las normas de valoración tasada de algunos medios de prueba, como la declaración de partes y documentales.

Estas especialidades en cuanto a la prueba operan en la primera y segunda instancia. En la segunda instancia las partes pueden alegar todos los hechos que deseen (no existe

⁹ BANALOCHE PALAO JULIO, *Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, «art 752», Civitas, Madrid, 2001, p.1269.

preclusión en la primera instancia). Todas estas disposiciones sobre la prueba no son aplicables cuando no se encuentra el interés público en juego. Es decir, cuando en estos procesos matrimoniales no concurran ni menores de edad ni incapacitados.

El artículo 770 LEC establece el procedimiento que debe seguirse en todos los procesos matrimoniales. Ese procedimiento es el juicio verbal, con la demanda y contestación escrita. Hay también especialidades en cuanto a los documentos que deben presentarse en la demanda. Deben aportarse las certificaciones registrales relativas a la celebración del matrimonio y al nacimiento de los hijos. Si no se acompañan, el tribunal debe inadmitir la demanda.

Deducida la demanda, el juez emplaza a las partes, y al Ministerio Fiscal en su caso, para que contesten a la demanda en el plazo de veinte días.

En la contestación, el demandado puede instar la adopción de medidas provisionales si no se han adoptado anteriormente y no lo ha solicitado el actor, o su modificación.

En cuanto a la reconvenición, se propone con la contestación a la demanda (art 770.2ª LEC), y se admite, bien cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio, bien cuando el cónyuge demandado de separación o nulidad pretenda el divorcio, bien cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

Los cónyuges pueden solicitar la transformación del proceso en consensual o la suspensión para someterse a la mediación. De forma simultánea a la tramitación procesal, se sustancia lo relativo a las medidas provisionales, que se deciden en auto, no susceptible de recurso, y que mantienen su vigencia hasta su sustitución por las medidas definitivas o hasta la finalización del proceso de otro modo.

Posteriormente se celebra la vista, siendo obligatoria la asistencia de las partes y la presencia de los abogados de las partes. La vista sigue la ordenación procedimental establecida en el artículo 443 LEC.

Por el artículo 770.5º LEC, las partes, en cualquier momento del proceso contencioso, pueden solicitar que se continúe el procedimiento por el artículo 777 LEC, siempre que concurran los requisitos establecidos en dicho precepto, es decir, el consentimiento de ambos cónyuges y la presentación de la propuesta de convenio regulador.

La sentencia se dicta finalizada la fase de prueba en el plazo de diez días. Debe

pronunciarse sobre la pretensión principal (nulidad, separación o divorcio), y sobre las pretensiones accesorias (adopción de medidas definitivas, por ejemplo).

Las medidas definitivas deben fijarse en la sentencia. La regulación concede preferencia a los acuerdos que puedan concertar los cónyuges. Si hay acuerdo, el tribunal resuelve en la sentencia sobre las medidas solicitadas por los cónyuges, tanto si han sido solicitadas en concepto de provisionales, como si se han propuesto con posterioridad. En el caso de no aprobarse, o cuando no hay acuerdo entre los cónyuges, el tribunal determina en la sentencia las medidas que van regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio, con relación a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas. Son inmediatamente ejecutivas. Los recursos que se interpongan contra la sentencia no suspenden su eficacia.

Contra la sentencia dictada cabe recurso de apelación. Ya he comentado anteriormente las especialidades de este proceso en la segunda instancia en relación con las materias indisponibles. La sentencia en segunda instancia es recurrible por recurso extraordinario de infracción procesal y casación.

2. EL PROCEDIMIENTO DE MUTUO ACUERDO: EL CONVENIO REGULADOR

El procedimiento de mutuo acuerdo de separación y divorcio se encuentra dispuesto en el artículo 777 de la LEC. Es un procedimiento más ágil y sencillo que el contencioso. El artículo 750.2 LEC permite que en este proceso las partes actúen con la misma defensa y representación. El artículo 90 CC establece dos limitaciones a la aprobación judicial del convenio: que los acuerdos sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. «Si los beneficiarios son mayores de edad, el tribunal debe quedar vinculado por lo que las partes hayan pactado, sin que pueda conceder una cuantía mayor en concepto de alimentos»¹⁰. Las partes pueden con posterioridad modificar la cuantía pactada, ejercitando la acción de disminución o aumento de la cuantía de los alimentos. No obstante, se deberá probar un cambio de circunstancias para que dicha acción sea estimada.

Se deberán presentar los documentos iniciales ya citados por las partes. Entre esos documentos iniciales de encuentra la propuesta de convenio regulador, cuya regulación

¹⁰GUTIÉRREZ BERLINCHES ÁLVARO, *Opus cit*, p. 311.

sustantiva se encuentra en el artículo 90 CC.

El juzgador no se encuentra vinculado por las decisiones de las partes, es decir, puede modificar las medidas adoptadas por los cónyuges. Si lo hace, o no concede la separación o el divorcio, los cónyuges pueden presentar un recurso de apelación. La sentencia sólo puede ser recurrida por el Ministerio Fiscal si entiende que perjudica a los menores o incapacitados.

El tribunal puede modificar las medidas acordadas por los cónyuges. Si los cónyuges están conformes con la variación, se sigue el mismo esquema que para la aprobación del convenio inicial. Si existen discrepancias, se seguirán los trámites del procedimiento contencioso.

El artículo 770.7ª de la LEC contempla la posibilidad de suspensión el proceso para someterse a mediación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo.

La naturaleza del convenio se viene entendiendo como un negocio jurídico de derecho de familia que requiere aprobación judicial, determinante para su eficacia jurídica¹¹. Entre los acuerdos que impone el artículo 90 CC que deben encontrarse en el convenio está la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización, y garantías en su caso (art 90.1.d CC).

Las facultades del juez en orden a la aprobación del convenio se limitan a supuestos en que el convenio sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. La prueba se refiere fundamentalmente al contenido de las medidas no dispositivas, en relación con los hijos menores o incapaces¹².

El juez examina primeramente la demanda. Si la entiende procedente, mandará citar a los cónyuges en el plazo de tres días para que se ratifiquen por separado. Si uno de los cónyuges no se ratifica, se archivan las actuaciones, sin perjuicio de que pueda instarse el proceso matrimonial contencioso.

En el caso de que haya menores o incapaces, el Tribunal debe recabar informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos.

El procedimiento finaliza con una sentencia, que se pronuncia sobre la aprobación o no del convenio regulador. Se pueden dar tres resultados, o bien la estimación de la separación o divorcio y el convenio regulador, o bien la estimación de la separación o

11 SOSPEDRA NAVAS FRANCISCO JOSÉ, *Los procesos de familia*, Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 119.
12 *Ibid*, p. 121.

divorcio pero no del convenio regulador, o bien la desestimación de la separación o divorcio. En el caso en que se estime la aprobación del convenio, la sentencia sólo puede ser recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal en interés de los hijos menores o incapaces.

En el caso en que se estime la separación o divorcio y no se apruebe el convenio, el pronunciamiento de separación o divorcio alcanza firmeza, en tanto que se abre un trámite para que las partes puedan proponer un nuevo convenio respecto a los puntos no aprobados por el tribunal, en un plazo de diez días. También que manifiesten si desean continuar con una representación y defensa únicas, concediéndoles el plazo de cinco días. Se proponga o no se proponga, el juez, en el plazo de tres días, debe dictar auto, recurrible en apelación. En el caso que el auto apruebe la propuesta de convenio, sólo puede ser recurrido en apelación por el Ministerio Fiscal en interés de los hijos.

Si no se da un cumplimiento voluntario de uno de los cónyuges del convenio, el artículo 90 párrafo segundo CC establece que desde la aprobación judicial podrán hacerse efectivas las medidas por vía de apremio.

3. MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS Y SIMULTÁNEAS A LA DEMANDA

Antes de iniciarse el proceso contencioso es posible la solicitud por el actor las medidas enumeradas en el artículo 103 CC, entre las que se incluyen la petición de la pensión alimenticia. Las medidas provisionales previas se acuerdan en la comparecencia que dispone el artículo 771.3 LEC, y se deciden mediante auto. Están sujetas a confirmación o modificación posterior. Concluso el proceso matrimonial, las medidas deben ser confirmadas en la sentencia que decida sobre el objeto principal del proceso. Contra las mismas no cabe recurso.

4. MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS

El artículo 775 LEC señala que la variación de las circunstancias que determinaron la adopción de unas medidas definitivas puede originar una nueva comparecencia dirigida a acomodar dichas medidas a una nueva situación. La legitimación para pedir la modificación de las medidas definitivas corresponde tanto a los cónyuges como al Ministerio Fiscal, el último en beneficio de los hijos menores o incapaces. Si hay

acuerdo entre los cónyuges en relación con las nuevas medidas, el procedimiento debe seguirse por los trámites del artículo 777 LEC. Si no lo hay, conforme a lo dispuesto en el artículo 771.

La ley permite solicitar la revisión de unas medidas definitivas al inicio de un segundo proceso matrimonial (un proceso de divorcio que se desarrolle después de uno de separación). Deberán seguirse en este caso los trámites del artículo 773 LEC. Se equipara la situación a la que tiene lugar cuando se han acordado medidas provisionales previas a la presentación de la demanda.

En la interpretación de los tribunales, se destaca la necesidad de que la modificación se funde en la alteración sustancial de las circunstancias, para que la modificación de las medidas no se convierta en una vía para instar la revisión de la sentencia¹³. Me remito a lo expuesto en los procesos contenciosos y de mutuo acuerdo para explicar los trámites de modificación de las medidas definitivas según uno u otro caso.

Según GUTIÉRREZ BERLINCHES, en el caso de que sólo se pretenda la modificación de la medida relativa a los alimentos, debe admitirse la tramitación de un proceso autónomo de alimentos del artículo 250.1.8º LEC, en el caso de que vayan destinados a hijos mayores de edad. El autor lo justifica exponiendo que si un hijo mayor de edad pretende modificar una pensión fijada en un proceso matrimonial en el que no intervino, si se le impone acudir a un proceso matrimonial nuevamente, no podrá solicitar la modificación de las medidas, ya que carece de legitimación activa.

En cambio, la SAP de Zaragoza de 1 de abril de 2002 [AC 2002/598] excluye esa idoneidad del juicio verbal de alimentos. Según esta sentencia, el proceso idóneo para que el hijo obtenga la modificación de las medidas relativas a los alimentos de un proceso de divorcio anterior, es el del artículo 775 LEC, exponiendo que el hijo es parte procesal legítima.

La modificación los alimentos originados en un proceso matrimonial no puede entenderse como una incidencia de la sentencia dictada en su día, ni como ejecución de ésta. «Son nuevas pretensiones de tutela que se justifican en la variación de las circunstancias que hacen que la acción ejercitada posteriormente sea diferente de la primera»¹⁴.

13 *Ibid*, p. 140.

14 GUTIÉRREZ BERLINCHES ÁLVARO, *Opus cit*, p. 317.

5. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA DE ALIMENTOS

La ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas se encuentra en el artículo 776 LEC. La competencia para conocer del proceso de ejecución forzosa corresponde al juez que ha dictado la sentencia o resolución declarativa.

El artículo 766.1ª dispone que al cónyuge o progenitor que incumple reiteradamente las obligaciones de pago podrán imponérsele multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 LEC. Para fijar la cuantía hay que estar al importe de la deuda no satisfecha, sobre la cual se debe aplicar un porcentaje.

Por otro lado, tenemos el artículo 227 del Código Penal, que tipifica una sanción penal derivada del impago de pensiones. En este caso, el plazo es de dos meses para la conducta típica del delito (dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos). El interesado puede optar por acudir a cualquiera de las dos vías, pero no a las dos. De lo contrario, estaríamos ante un *bis in idem*, que nuestro ordenamiento prohíbe.

La imposición de la multa coercitiva no obsta para que se aplique el artículo 608 LEC, sobre la ejecución por condena a prestación alimenticia. El precepto indica que no rigen las limitaciones del artículo 607 sobre el embargo de sueldos y pensiones, quedando a criterio judicial la determinación de la cantidad embargable. No obstante, tal exclusión no es aplicable a la realización de multas coercitivas impuestas en ejecución de sentencia por un incumplimiento reiterado.

En la relación alimenticia hay otro tipo de obligaciones, las no pecuniarias. No procede en este caso la sustitución por el equivalente pecuniario. Se deberán imponer multas coercitivas mensuales. Se prioriza el objetivo de lograr el cumplimiento de la medida, lo cual explica que se excluya en este caso la compensación por el equivalente pecuniario.

Por último, el artículo 525.1.1ª LEC excluye la ejecución provisional de las sentencias dictadas en procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad del matrimonio, separación y divorcio, salvo los pronunciamientos que regulen obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso, siendo la razón de ser de esta mención que en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no había hecho esta salvedad, dando lugar a interpretaciones contrapuestas acerca de si los mismos eran provisionalmente ejecutables o no¹⁵.

15 DIEZ-PICAZO IGNACIO, *Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, «art 525», Civitas, Madrid, 2001, p. 907.

V. LAS PARTES EN EL PROCESO

1. CUESTIONES GENERALES SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS PARTES EN EL PROCESO DE ALIMENTOS

1.1. Capacidad de las partes

Los sujetos intervinientes en el proceso de alimentos son quienes pretenden la tutela jurisdiccional y aquéllos frente a quien se pretende esa tutela.

Para actuar válidamente en el proceso se debe estar en el pleno ejercicio de los derechos civiles (art 7 LEC).

Debemos estar al tanto de lo dispuesto en el Código Civil sobre quién está en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Le corresponde también al Código Civil establecer qué sujetos jurídicos integran la capacidad de quienes no pueden obligarse válidamente por carecer de capacidad de obrar.

Quienes carecen de capacidad procesal han de comparecer y actuar mediante representación (padres o tutores). Cuando padres o tutores se encuentran en conflicto de intereses con el menor o incapacitado, o el tutor no puede ejercer sus funciones, los menores o incapacitados son representados por un defensor judicial. El Ministerio Fiscal asume la representación de las personas que hayan sido sometidas a tutela, mientras se sustancia el proceso.

El art 9 LEC faculta al tribunal para que aprecie la falta de capacidad para ser parte o la capacidad procesal. Lo normal es que sea en la vista, aunque puede ser en una instancia superior. Puede ser tanto de oficio como a instancia de parte.

1.2. Legitimación activa

Según el artículo 10 LEC, son partes legítimas quienes comparecen y actúan en juicio como titulares de la relación jurídica y objeto litigioso. «Para determinar si se tiene o no legitimación es imprescindible atender a la tutela jurisdiccional concreta que se pretende»¹⁶. Legitimación activa significa, pues, que un sujeto se encuentre en la posición jurídica que fundamente una tutela jurisdiccional. Significa que el legitimado tiene un derecho subjetivo privado (alimentos). Si no existe tal legitimación, la

16 DE LA OLIVA SANTOS ANDRÉS, *Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, «art 10», Civitas, Madrid, 2001, p. 93.

sentencia debe ser absolutoria.

El artículo 266.2 LEC exige que se acompañen junto con la demanda de alimentos los documentos que justifiquen el título en cuya virtud se piden alimentos. La consecuencia, por el artículo 269 LEC, es la inadmisión de la demanda. Es un caso especial, ya que los documentos que se piden de inicio son relativos al fondo del asunto. Se tratará de acreditar al inicio del proceso el parentesco entre el actor y el demandado, requisito indispensable. En el caso de los alimentos a los hijos, consiste en demostrar ser el progenitor, o que el titular del derecho a los alimentos es su hijo.

1.3. Intervención del Ministerio Fiscal

Por el artículo 124 CE, el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa del interés público, de oficio o a petición de los interesados. El interés público se da en el caso de que un progenitor reclame alimentos para hijos menores o incapaces.

Por el artículo 158 CC, cabe admitir como circunstancias que pueden dar ocasión a la intervención judicial el incumplimiento por los padres del deber de prestar alimentos, en el caso de producirse un cambio en el titular de la guarda del hijo menor o el hecho de amenazar al menor de algún tipo de peligro.

1.4. Litisconsorcios

En los procesos de alimentos se pueden dar litisconsorcios en ambas partes, al poder haber una pluralidad de personas en cada parte unidas por relación de conexidad.

En la posición activa, las acciones pueden ser conexas en el caso de haber varios hermanos que reclaman alimentos a sus progenitores.

En la posición pasiva, se exigirá el litisconsorcio pasivo cuando concurra más de un pariente del mismo grado de parentesco que aquél a quien pretende demandarse. Por ejemplo, la demanda de un hijo contra sus dos progenitores (obviamente, de un mayor de edad). En cuanto al litisconsorcio pasivo, puede recaer sobre parientes de diferente grado, llamados, por tanto, en diferente orden de prelación a satisfacer los alimentos, o bien que el litisconsorcio se forme porque exista más de un pariente obligado en el mismo grado de parentesco. La STS de 2 de marzo de 2016 [RJ 769/2016] afirma que los abuelos tienen la obligación de afrontar los gastos que generen sus nietos ante la insolvencia de sus padres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142 CC.

Una causa de exclusión que se aprecia es que uno de los demandados se encuentre contribuyendo a las cargas alimenticias prestando los alimentos al hijo o hijos con quien convive. En estos casos se carece de acción para demandar a quien ya cumple la obligación. La obligación se ha extinguido por su cumplimiento, conforme establece el artículo 1156 CC, ya que el pago o cumplimiento se encuentra entre las causas de extinción de las obligaciones. No es necesario llamar a juicio a quien judicial o extrajudicialmente se halla cumpliendo con sus obligaciones, ya que en tal supuesto falta el principio de interés legítimo, esencial para viabilizar toda acción.

1.5. La sucesión de partes

El derecho de alimentos no se hereda, se tiene derecho al mismo por razón de parentesco. Tampoco puede ser transmitido ni cedido. En el caso de fallecimiento de una de las partes mientras se sustancia el proceso, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 22 LEC, que se refiere a la carencia sobrevenida de objeto del proceso. Se puede dudar si podrían admitirse casos de sucesión por muerte en alimentos convencionales, si se hubiera pactado una duración que exceda de lo que viviera el alimentista, o sucesión por transmisión del objeto litigioso, si la reclamación fuera por las pensiones atrasadas debidas al transmitente del derecho (art 151.II CC)¹⁷.

2. LAS PARTES DE LA PRETENSIÓN DE ALIMENTOS EN EL PROCESO MATRIMONIAL

2.1. Legitimación activa

Los alimentos a los hijos se pueden fijar en un proceso matrimonial cuando sean comunes de ambos cónyuges. No obstante, existen diferencias entre los hijos mayores y menores de edad. En el caso de los hijos mayores, nos encontramos ante una especie de alimentos entre parientes. En el caso de alimentos a los hijos menores, se encuentran afectados por un interés público. No obstante, por el artículo 93 CC y en un mismo proceso matrimonial, el juez puede fijar alimentos para hijos de ambas edades, sin tener los hijos mayores la necesidad de acudir a un proceso de alimentos independiente para pedirlos.

A) *Hijos menores de edad*: El artículo 39 CE protege directamente los alimentos debidos a los hijos menores. Diferentes preceptos así lo establecen. El artículo 110 CC

¹⁷GUTIÉRREZ BERLINCHES ÁLVARO, *Opus cit*, p. 208.

señala que «el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores, y a prestarles alimentos». Por su parte, el artículo 111 CC dispone que «quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos».

Los progenitores deben alimentos a sus hijos menores de edad en todo caso. Es por ello que el artículo 93, párrafo primero CC permite al tribunal fijar de oficio los alimentos debidos a los hijos menores en un proceso de nulidad, separación o divorcio. El cónyuge privado de la guarda y custodia de los menores es quien debe prestar los alimentos. El otro contribuye teniéndolos en su compañía. La petición del cónyuge se basa en la representación legal de los hijos, atribuida al progenitor con quien conviva el menor de edad, o a ambos si es compartida. Quien tiene legitimación para pedir los alimentos es el hijo menor de edad, ya que es el beneficiario y destinatario de la prestación alimenticia. Es por tanto que la legitimación que se debe acreditar por el artículo 266.2º no es la del progenitor, sino la del hijo menor. Pero ese hijo menor carece de capacidad para pedirlos en el proceso, y es por ello que necesita de representación, y será esa representación la del progenitor, que deberá acreditar por el artículo 264.2 LEC. Es importante recordar que el litigante o la parte procesal es el representado, y no el representante¹⁸(el menor o incapaz, en este caso).

B) *Hijos mayores de edad*: los alimentos debidos a los hijos mayores de edad deben ser pedidos en un proceso matrimonial sin que el juez pueda declararlos de oficio. La STS de 24 de abril de 2000 [RJ 2000/3378] resumió dos posturas que tomaban las Audiencias Provinciales respecto de aspectos procesales que el artículo 93 CC no resolvió. Una posición reconoce legitimación al cónyuge progenitor, bien como legitimación por sustitución, o de la gestión de negocios ajenos sin mandato. La contraria niega esa legitimación, y la atribuye al hijo como titular del derecho a los alimentos, admitiendo el ejercicio de esa acción en el proceso matrimonial.

Conceptualmente, con respecto a los hijos mayores de edad, la acción no puede prosperar, porque el progenitor no está legitimado por la ley, ni tiene atribuida la representación de los hijos mayores¹⁹ A juicio de GUTIÉRREZ BERLINCHES, si convivieran en el domicilio del progenitor hijos mayores y menores de edad, sería posible la acumulación subjetiva, constituyéndose un litisconsorcio en la posición

18 DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ IGNACIO, *Opus cit*, p. 491.

19 GUTIÉRREZ BERLINCHES ÁLVARO, *Opus cit*, p. 188.

activa, formado por el progenitor que representa a los hijos menores y los hijos mayores que convivan con el progenitor actor. No es viable, en cambio, que el propio progenitor pida los alimentos en nombre de los hijos mayores sin que los mismos lo soliciten en propio nombre. Se podría iniciar un litisconsorcio activo entre el progenitor (que represente a hijos menores de edad) y el hijo mayor de edad, o bien, el hijo mayor de edad podría iniciar un proceso de alimentos autónomo.

Según DE LA OLIVA SANTOS, la diferencia entre representación y legitimación indirecta es que, en la representación, el sujeto actúa en nombre e interés ajeno, pretendiendo la tutela para el otro, que es la verdadera parte procesal. En el caso de la legitimación indirecta, es la verdadera parte del proceso, porque pide el objeto en interés propio, ya sea por sustitución, ya sea por legitimación representativa.

La legitimación indirecta es por la cual la ley permite, en determinadas ocasiones, que personas que no sean titulares del derecho o interés legítimo puedan estar legitimadas en un proceso²⁰. El ejemplo más claro es el de la acción subrogatoria, del artículo 1111 CC, donde se faculta al titular de un derecho de crédito a subrogarse en los derechos y acciones de su deudor para poder satisfacer su derecho, valiéndose del derecho de crédito que a su vez tiene el deudor contra otro deudor. El hecho de que se le atribuya este tipo de legitimación es que actúa en el proceso en nombre propio, por interés propio y ejercitando un derecho ajeno.

En cambio, con la representación nos referimos al fenómeno jurídico por el cual una persona actúa en nombre de otra en virtud de una legitimación que ésta le otorga, produciéndose en su patrimonio los efectos de tal actuación²¹. En estos procesos hablamos de representación legal, supuesto en que la ley confiere a ciertas personas la legitimación para ejercitar derechos cuya titularidad corresponde a otros. Implica la total sustitución de la voluntad de una persona por la de otra que actúa por ella, en orden a la realización de actos jurídicos que la ley previene.

La cuestión es quién está legitimado para pedir los alimentos al hijo mayor de edad en un proceso matrimonial. Para tratar de resolver esta cuestión es conveniente profundizar en el contenido del segundo párrafo del artículo 93 CC. El párrafo segundo del artículo 93 CC tiene una naturaleza procesal. Para que se pueda aplicar este precepto, deben

20 DE LUCCHI LÓPEZ TAPIAYOLANDA, *Conceptos básicos de derecho procesal civil*, Tecnos, 2013, p. 202.

21 DE PABLO CONTRERAS PEDRO, *Curso de Derecho civil I, Derecho privado, Derecho de la persona*, Colex, Madrid, 2011 p. 266.

darse varios requisitos. Aparte de que el hijo tenga una edad mínima de dieciocho años, debe convivir en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios. Cuando nos referimos a la convivencia en el domicilio familiar, ésta ha de ser tal que legitime al cónyuge con el cual convive el hijo a demandar del otro progenitor la contribución a los alimentos del mismo. Si esta convivencia no se diera, ni siquiera el hijo podría acumular su pretensión de alimentos a la matrimonial. La convivencia continúa existiendo incluso cuando se produce periódicamente un traslado del hijo a otra ciudad por motivos de estudio, ya que la residencia a la cual se dirija tendrá el carácter de eventual, porque se limita a ciertos períodos de tiempo, y sin finalidad de estabilidad. El domicilio familiar es únicamente el que comparte con sus progenitores²².

En cuanto a la carencia de ingresos propios, significa que el hijo, pese a su mayoría de edad, sigue dependiendo económicamente del núcleo familiar. Ello no significa que, necesariamente, el hijo carezca de ingresos propios de forma absoluta, sino que los mismos, si los hay, deben ser insuficientes para que el hijo se mantenga por sí mismo. A esto se refiere la SAP de Barcelona de 7 de julio de 1999, [AC 1999/1201]. No cuenta que el hijo trabaje tres horas diarias para afirmar que posee unos ingresos propios que le permiten subsistir por sí mismo.

Es cuando el hijo percibe una cantidad fija mensual cuando desaparece el supuesto de aplicación de la norma, independientemente de la naturaleza jurídica por la que se perciba el dinero. Ahora bien, se computarán, por ejemplo, pensiones de la Seguridad Social como la pensión por incapacidad laboral transitoria como consecuencia de un grave accidente de circulación (SAP Tarragona de 7 de septiembre de 1995 [AC 1995/1998]).

Pero no sólo nos referimos a la existencia efectiva de los ingresos por el desempeño de un trabajo. Está también la posibilidad de desempeñar un empleo, lo cual se pone en relación con la continuación de los estudios. A este respecto, la SAP Navarra de 20 de diciembre de 1995, [AC 1995/2454], se refiere al hijo de 23 años que ha finalizado los estudios y resuelve que no es objetivamente exigible que ese hijo recién terminada su carrera universitaria obtenga un empleo y sea económicamente independiente, ya que hay obvias dificultades al respecto.

No siempre que se continúan los estudios se tiene derecho a alimentos. Si se hace un

22 MONTERO AROCA JUAN, *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 p. 211.

aprovechamiento escaso o nulo de los mismos, no hay derecho a ellos. La SAP de La Rioja de 1 de abril de 1998 [AC 1998/4585], fijó una limitación temporal de tres años a una hija, partiendo de que tenía 23 años, salvo que se independizase en ese período de tiempo. La STS de 21 de noviembre de 2014 [RJ 5817/2014], resuelve un recurso suscitado por una hija mayor conviviente con uno de sus progenitores, a la que se le deniega la pensión de alimentos tras un proceso de divorcio de sus padres al considerar suficiente su formación para desempeñar un empleo y vivir emancipada. Entiende el Tribunal Supremo que la sentencia anterior que deniega los alimentos a la hija mayor de edad infringe el segundo párrafo del artículo 93 CC. También considera infringido el artículo 152.3º CC, en el sentido de que, para que cese la obligación de alimentos, es preciso el ejercicio de una profesión, oficio o industria, y que sea una posibilidad objetiva, y que las normas se deben interpretar atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. La hija también ha demostrado interés en formarse, a pesar de que no ha conseguido acceder al mercado laboral. Es por ello por lo que, a pesar de su edad, tiene derecho a percibir la pensión de alimentos de su progenitor.

Si algo resolvió el artículo 93.II CC es la no extinción del derecho a los alimentos cuando se adquiere la mayoría de edad. Ello significa que, si en un proceso de crisis matrimonial se habían acordado alimentos para el hijo menor, la adquisición de la mayoría de edad no implica la extinción automática del derecho, de modo que la carga de la prueba de la no concurrencia de los requisitos del artículo 93.II CC recae sobre el progenitor que afirma la existencia de los mismos (SAP Valladolid, de 17 de abril de 1999 [AC 1999/4806]). La STS 21 de septiembre de 2016 [RJ 4101/2016] sostiene que los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que alcanzan la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo. Según esta sentencia, el derecho de alimentos continuado y sobrevenido a la extinción de la patria potestad conforme dicta el artículo 93.II CC se apoya en lo que se llama principio de solidaridad familiar. La sentencia concluye que «carece de sentido y no es razonable que aduzca la dificultad del mismo para acceder a un empleo cuando precisamente ella tenía en su mano facilitárselo. Siendo ello así no puede accederse al derecho de alimentos solicitado por la madre para el hijo».

El problema radica en determinar si la extinción de los alimentos al hijo mayor de edad tiene que producirse necesariamente por resolución judicial o se puede dar por la

conurrencia de hecho del artículo 152 CC. Hay que distinguir. Por ejemplo, en el caso de que se produzca la muerte, no será necesaria esa resolución judicial, como es obvio. Tampoco existirá en casos de conformidad de las partes en la concurrencia de alguno de los otros supuestos del artículo. En caso de que no exista esta conformidad, el alimentante (el progenitor), tendrá que modificar la medida por medio del artículo 775 LEC, por lo cual, será necesario una resolución judicial.

VI. FIJACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

1. INTRODUCCIÓN

Los alimentos en los procesos matrimoniales se dan sólo si existe un pronunciamiento sobre los mismos en la sentencia que estime la pretensión principal. Produce efectos desde su firmeza, estando en vigor las medidas provisionales acordadas. Por el artículo 148 CC, los alimentos deben producir efectos desde la interposición de la demanda.

El artículo 219 LEC prohíbe la limitación de la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa cuando se reclama el pago de una cantidad de dinero. Es decir, se prohíben las sentencias con reserva de liquidación. En la sentencia al menos tienen que sentarse las bases por las cuales se efectúe la liquidación.

El artículo 770 LEC no admite dejar para la ejecución de la sentencia la determinación de las medidas definitivas. El artículo 774.3 LEC dispone que el tribunal debe determinar en la propia sentencia las medidas relativas a los hijos, la vivienda familiar y las cargas del matrimonio.

El alimentante debe abonar una cantidad líquida mensual. Dicha pensión puede consistir en un capital cuyos intereses deben abonarse de un progenitor al otro, o entregando en usufructo bienes que produzcan rentas. Lo no admisible es la sustitución de la pensión por la entrega de un capital en bienes o dinero, ya que ello implicaría un pacto sobre alimentos futuros²³. Tampoco puede condicionarse a la productividad de bienes privativos o comunes de los litigantes.

2. GASTOS CUBIERTOS

Los gastos que se cubren a la hora de fijar los alimentos no sólo cubren la mera

²³ *Ibid*, p. 75

subsistencia del alimentista. Es decir, cubren también gastos extraordinarios, de los cuales hay dos tipos, los estrictamente necesarios, y los que dependen del nivel económico de la familia. La obligación de contribuir a estos gastos se contempla tanto para los hijos menores como para los mayores de edad no independizados y que convivan con uno de sus progenitores, independientemente de que se hayan previsto en la sentencia o convenio regulador.

Se establece un porcentaje de contribución de los progenitores a los gastos. A falta de previsión legal, se dan casos de contribución dispares, llegando a tener que contribuir uno de los cónyuges al 100% de los gastos, o al 50%²⁴.

Siguiendo a ILLÁN FERNÁNDEZ, podemos enumerar como gastos ordinarios los gastos en educación (gastos en colegio privado, libros, uniformes,...). Respecto de enviar a un hijo a un colegio, instituto o universidad privados, hay que estar al tanto de la situación económica de los progenitores en el momento de la crisis matrimonial. En cuanto a los gastos universitarios, se deberá acudir a la modificación de medidas en cuanto el hijo termine la educación secundaria y acceda a la universitaria. En el caso de que el hijo acceda a estudios de intercambio en el extranjero u oposiciones, nos encontramos ante unos gastos que no tienen el carácter de extraordinarios²⁵. También son gastos ordinarios los de vestuario, enfermedad y farmacéuticos. La STS de 21 de septiembre de 2016 [RJ 4097/2016] establece que los gastos en educación son ordinarios.

Dentro de los gastos extraordinarios se comprenden las actividades extraescolares, campamentos y viajes al extranjero, clases particulares, gastos médicos extraordinarios, los invertidos en enfermedades de larga duración, de psicólogo o de comedor de colegio.

3. LA ACTUALIZACIÓN DE LA PENSIÓN

La actualización de la pensión se suele hacer con referencia al IPC, y debe hacerse sobre la pensión acumulada exigible, sobre las actualizaciones precedentes. No obstante, el órgano judicial que resuelve sobre un divorcio no tiene por qué basarse en una sentencia anterior de separación, si la hubo, ya que el divorcio es un nuevo pronunciamiento independiente. Para que se dé una modificación de la pensión deben haberse alterado

24 ILLÁN FERNÁNDEZ JOSÉ MARÍA, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 5ª edición, 2009, p. 548.

25 *Ibid*, p. 549.

sustancialmente las circunstancias.

Se debe haber producido un cambio objetivo respecto de las circunstancias que concurrieron, y que se tuvieron en cuenta cuando se dictó la sentencia matrimonial anterior. Debe ser un cambio de circunstancias alegado y probado.

Puede haber un aumento de la cuantía de la pensión, o una reducción o incluso una suspensión de la misma. El nacimiento de nuevos hijos también se considera una alteración de las circunstancias.

La alteración en el caudal del progenitor guardador puede ser una causa de modificación de la prestación dineraria, a cargo del progenitor no guardador, ya que el aumento o reducción de los ingresos del progenitor guardador puede significar la reducción o el aumento de la cantidad abonada por el no guardador.

El cambio de circunstancias debe ser de carácter sustancial, y por tanto, esencial. Ello significa que, si se mantiene la pensión en los términos fijados en la sentencia anterior, puede haber una lesión para una de las partes, alimentista o alimentante. También debe ser permanente, es decir, debe perdurar en el tiempo. Debe ser también imprevisible, lo que significa que no puede estar prevista en un convenio regulador, o en las alegaciones que determinan la sentencia. También tiene que ser involuntario.

4. HIJOS MENORES DE EDAD

Cuando se pretenden alimentos a los hijos menores de edad, la actuación judicial es fundamentalmente de oficio. Se excluyen, pues, decisiones que los progenitores hayan podido realizar por convenio regulador (el juzgador puede desconocerlo). También quedan excluidos los actos de disposición objeto del proceso por las partes. No es necesaria tampoco la congruencia. La posible adopción de oficio por el órgano judicial de medidas sobre los alimentos excluye el principio de congruencia²⁶. Por ejemplo, una de las partes puede pedir la disminución de los alimentos del hijo menor, y el juez, de oficio, aumentarlos.

La fijación es necesaria, y la falta de recursos del alimentante no es causa de exclusión de la pensión. Aun partiendo de la precariedad económica de los progenitores, se acoge que «ante la más mínima presunción de ingresos cualesquiera que sean su origen y circunstancias, se ha de fijar un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, aún a costa de un gran

²⁶ *Ibid*, p. 41

sacrificio del progenitor alimentante.

Se fijarán incluso sin actividad laboral del progenitor. La SAP de Tarragona de 4 de febrero de 1999 [AC 1999/3625], expone que se trata de una medida de *ius cogens*, que puede decretarse de oficio, a prevención de que el obligado adquiriera mayor fortuna. No obstante, puede tener relevancia para suspender temporalmente su exigibilidad.

La SAP de Málaga de 5 de marzo de 1999 [AC 1999/4154] establece que la falta de recursos debe fundarse en una total acreditación de insolvencia e insuficiencia notoria de medios.

Por otro lado, tenemos la SAP de Madrid de 24 de marzo de 1998 [AC 1998/5163], que expone que, aunque el artículo 93 CC establece que en todo caso el juez debe determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos de los hijos menores de edad comunes, ello no debe suponer un pronunciamiento ilógico, poniendo en peligro la subsistencia del alimentante. En el caso de que un hijo menor posea ingresos, se deben valorar esos ingresos, y si son suficientes para cubrir por sí solos las necesidades del hijo menor, lo que podría excluir la necesidad de que el alimentante los preste (SAP de Gerona de 18 de diciembre de 1996, [AC 1996/2402]). En la SAP de Tarragona de 1 de febrero de 1999 [AC 1999/4409], se da el supuesto de que dos hermanas son copropietarias de dieciocho inmuebles, que comprenden fincas rústicas, locales comerciales, viviendas..., bienes inmuebles que les fueron cedidos por sus progenitores. La sentencia, debido a la cantidad de recursos que poseen las hijas, considera no necesarios los alimentos.

La actualización se hace de oficio, sin necesidad de petición por las partes. Aparte del IPC, se debe tener en cuenta la variación en los ingresos del alimentante.

5. HIJOS MAYORES DE EDAD

La pretensión de alimentos a los hijos mayores de edad se debe acumular a la matrimonial. La acumulación procesal se produce cuando hay una pluralidad de objetos procesales en un único procedimiento. Se produce con objetivos de economía procesal y evitar sentencias contradictorias. En este caso nos encontramos ante una acumulación accesoria, que se da cuando el actor interpone una pretensión como principal y otra u

otras como complementarias. Las complementarias, como es obvio, sólo son estimadas si la principal es estimada. Es decir, se pide primero la separación o divorcio, y luego las accesorias (los alimentos).

Por otro lado, el hijo mayor de edad puede pedir los alimentos en un proceso independiente del artículo 250.1.8º, es decir, en un proceso de alimentos entre parientes. En cuanto a la modificación posterior de los alimentos, la SAP de Madrid de 1 de febrero de 2000 (AC 2000/110), establece que una vez que la obligación de alimentos ha sido declarada, no puede prolongarse indefinidamente. La alteración de la pensión puede venir motivada, bien por un cambio de circunstancias económicas en la posición del alimentante, bien por un cambio de circunstancias en el alimentista. Puede ser también por el inicio de un proceso de divorcio tras uno de separación. La alteración de circunstancias económicas del alimentista tiene carácter definitivo, no caben suspensiones provisionales. No cabe alegar por un hijo para no extinguir la pensión que su puesto de trabajo es temporal, por ejemplo.

La causa más normal de extinción es que el hijo obtenga ingresos propios, y haya adquirido la independencia económica en estos supuestos.

VII. CONCLUSIONES

Como hemos podido observar a lo largo del trabajo, se pueden extraer las siguientes conclusiones.

Hay una obligación de alimentos basada meramente en la relación de parentesco y regulada civilmente en los artículos 142 a 153 del Código Civil, y una especial, entre los hijos menores y sus progenitores, sobre los que hay un interés público, amparado por el artículo 39 de la Constitución española, lo que justifica la intervención del Ministerio Fiscal y la oficialidad en estos procesos.

La obligación de alimentos para con los hijos incluye más gastos que los de mera subsistencia. Entre ellos están los gastos en formación educativa, tanto en hijos mayores como menores de edad. Por el segundo párrafo del artículo 93 del Código Civil se pueden acordar alimentos de los padres debidos a los hijos mayores en un proceso matrimonial.

Para fijar los alimentos en el proceso se deben tener en cuenta tanto los medios del alimentante como las necesidades del alimentista. Los alimentos tampoco son algo invariable o inmodificable. Se modifican según las circunstancias.

Hay dos tipos de pensiones de alimentos a los hijos, dependiendo de su edad: las pensiones a los menores de edad y las pensiones a los mayores de edad. Las pensiones a los hijos menores de edad están estrechamente relacionadas con la patria potestad. Los debidos a los hijos mayores de edad tienen que ver con la patria potestad prorrogada, y se basan en los alimentos entre parientes.

Los alimentos pedidos a los hijos mayores de edad en un proceso matrimonial no se encuentran afectados por el interés público que afecta a los hijos menores. Tampoco el progenitor con quien conviven tiene legitimación para pedirlos, ya que la misma es del propio hijo, ni los puede pedir en representación del mismo, ya que el hijo tiene capacidad para pedirlos por sí mismo. La solución viable entonces parece que es, o bien que el hijo mayor de edad forme un litisconsorcio activo junto con el progenitor con el que convive para pedir los alimentos, cuando el progenitor los pida a su vez para un hijo menor de edad, o bien que el hijo mayor de edad inicie un proceso autónomo de alimentos entre parientes.

El problema suscitado por los alimentos debidos a los hijos mayores que están bajo la patria potestad prorrogada quedó resuelto por la STS de 24 de abril de 2000 [RJ 2000/3378], que afirma que el cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad está legitimado para demandar al otro cónyuge la contribución de alimentos a la que se refiere el artículo 93.2 CC, basándolo en una especie de *cargas familiares*, y desvirtuando la naturaleza de los alimentos entre parientes. El progenitor, entonces, ejercita una acción en interés propio, pero en beneficio de su hijo.

Finalmente, y basándome en todo lo expuesto, concluyo que el artículo 93 del Código Civil no resuelve las dificultades en cuanto a la pretensión de alimentos a los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales, y que el Tribunal Supremo ha llegado a una solución conceptualmente incorrecta, aunque tal vez socialmente práctica, ya que los alimentos a los hijos mayores de edad se fundamentan en los artículos 142 y ss. del Código Civil, es decir, en los alimentos entre parientes.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

-Obras:

-ARMENTA DEU TERESA, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, 7ª edic, Madrid, 2013, pp. 517 a 524.

-BANALOCHE PALAO JULIO, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ IGNACIO, DE LA OLIVA SANTOS ANDRÉS, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

-DELGADO ECHEVERRIA JESÚS, *Comentario del Código Civil*, PAZ-ARES RODRIGUEZ CÁNDIDO et al (dir), tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

-DIEZ-PICAZO LUIS y GULLÓN ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil: Derecho de familia* (vol IV, tomo I), Tecnos, 11ª edic, Madrid, 2012.

-DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA YOLANDA, «Las partes en el proceso civil (tema 13)», *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, ROBLES GARZÓN JUAN ANTONIO (Dir-Coord), Tecnos, 5ª edic, Madrid, 2013.

-DE PABLO CONTRERAS PEDRO, «Legitimación y representación (cap 9)», *Curso de Derecho Civil (I), Derecho Privado: Derecho de la persona*, DE PABLO CONTRERAS PEDRO (coord.), Colex, 5ª edic, Madrid, 2011.

-GUTIÉRREZ BERLINCHES ÁLVARO, *Los procesos de alimentos*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

-ILLÁN FERNÁNDEZ JOSÉ MARÍA, *Los Procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 5ª edic, Aranzadi, Pamplona, 2009.

-JIMÉNEZ MUÑOZ FRANCISCO JAVIER, «La regulación española de la obligación de alimentos entre parientes», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIX, fascículo II,

Ministerio de Justicia, Madrid, 2006, pp. 743 a 790.

-MONTERO AROCA JUAN, *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

-SOSPEDRA NAVAS FRANCISCO JOSÉ, «Los procesos matrimoniales y de menores (cap II)», MIRALLES BELTRÁN SOFÍA, «Juicios de alimentos, comunicación y visitas (cap V)», *Los procesos de familia*, SOSPEDRA NAVAS FRANCISCO JOSÉ (Dir), Civitas, Pamplona, 2006.

-Legislación:

-MORENO CATENA VICTOR y COLMENERO GUERRA JOSÉ ANTONIO, *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, 17ª edic, Madrid, 2014.

-*Constitución Española de 29 de diciembre de 1978* (BOE).

-DE P.BLASCO GASCÓ FRANCISCO, *Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil*, 19ª edic, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.