

Límite temporal de los alimentos reconocidos a los hijos en sentencias de separación o divorcio; no lo es la llegada de éstos a la mayoría de edad. Atribución ex art. 96 C.c. de dos viviendas, distintas de la última vivienda familiar. Carácter reparador, no alimenticio, de la pensión compensatoria.

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3ª). Sentencia de 13 de diciembre de 1989, nº 333.

Ponente: D. Carlos Gómez Martínez

Doctrina

"A partir de su sentencia de 7 de octubre de 1989, esta Sala ha adoptado la doctrina, que ya se seguía en otros Tribunales, de entender que la pensión alimenticia acordada en un proceso de separación o divorcio puede extenderse más allá de la mayoría de edad del hijo o hija si las necesidades de éste y las posibilidades del alimentante se mantienen. El criterio de la Sala, reiterado en su sentencia de 23 de noviembre de 1989, es el que ha sido acogido por el legislador en la proposición de Ley de Reforma del Código Civil publicada en el Boletín Oficial de las Cortes el 1 de junio de 1989 en cuyo artículo 4º se propone la inclusión en el artículo 93 del Código Civil de un segundo párrafo cuyo texto sería: 'Si concurren en el domicilio conyugal hijos mayores de edad que carecen de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que les sean debidos conforme a los arts. 142 y siguientes de este Código civil'"

"Habiéndose mostrado ambos progenitores conformes en que su hija (...) viva con la madre, es

obvio que el uso de la vivienda ha de concederse a ambas (...)" La atribución a madre e hija del uso de un piso en Palma, copropiedad de los esposos, diferente de la última vivienda familiar, situada en Sa Pobla y en estado de abandono, se justifica por las necesidades académicas de la hija. "La atribución de la casa del Puerto de Alcudia halla su razón de ser en la conveniencia de que la hija continúe gozando del nivel de bienestar conseguido por la familia y procurando que la disolución del matrimonio de sus padres no tenga, en este como en otros aspectos, una influencia negativa en el curso de su vida. Tales medidas han de tener carácter temporal pues la efectiva emancipación de la hija o la definitiva atribución de bienes a la demandada en el proceso declarativo seguido a tal fin, podrán llevar a alterar lo aquí resuelto."

"La pensión regulada en los arts. 97 y 99 del Código Civil no es de naturaleza alimenticia, sino de carácter reparador del descenso que la separación o, en su caso, el divorcio, ocasionan en el nivel de vida de uno de los esposos en relación con el que conserve el otro y

en función del que aquél venía disfrutando anteriormente en el matrimonio, según su posición económica y social, operando como remedio o recurso corrector del desequilibrio generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la crisis matrimonial. No ha de tomarse como referencia el momento inicial del matrimonio sino aquél en que se produjo la separación o divorcio."

Comentario

1. La incidencia de la mayoría de edad del alimentista sobre la contribución de cada progenitor a los alimentos de los hijos fijada en sentencia de separación, divorcio o nulidad plantea diversos problemas, nada inusuales en la práctica, como: A) si en juicio matrimonial pueden otorgarse alimentos a un hijo que ya ha llegado a la mayoría de edad; B) si, concediéndose en juicio matrimonial alimentos en favor de un menor, puede el obligado a prestarlos solicitar su eliminación, mediante acción de modificación de medidas, al llegar el alimentista a la mayoría de edad o, incluso, si dicha "caducidad" opera automáticamente, quedando en ambos casos al (ex)alimentista la posibilidad de reclamar alimentos en juicio independiente; C) si, concediéndose en juicio matrimonial alimentos en favor de un menor, puede establecerse en la sentencia que dichos alimentos se extiendan más allá de la mayoría de edad.

Antes de entrar en el estudio de cada uno de estos supuestos con-

viene sentar algunos presupuestos sobre la naturaleza de la prestación de alimentos *ex art. 93*:

a) En primer lugar, en el sentir unánime de la doctrina (RIVERO HERNANDEZ, ROCA TRIAS, DELGADO ECHEVERRÍA), todas las menciones a los "hijos" que se contienen en los arts. 90 y ss., incluida la del art. 93, deben entenderse referidas exclusivamente a los menores de edad.

b) El titular del derecho a los alimentos concedidos en la sentencia de separación o divorcio es el propio menor y no el progenitor con quien convive —que sólo los administrará— (en este sentido RIVERO HERNANDEZ, ROCA TRIAS). Teniendo en cuenta que la demanda de separación o divorcio la interponen los cónyuges en nombre propio y no en nombre y representación de los hijos, cuya representación legal, además, pueden discutirse recíprocamente, habrá que entender que nos encontramos ante un supuesto de legitimación por sustitución, análoga a la de ciertas Cámaras y Colegios Profesionales; con la particularidad, además, de que dicha legitimación se reconoce a ambos padres, con tal de que reclamen para sí la guarda y custodia de los hijos.

c) El art. 153 del C.c. establece que "las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o

lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate". La normativa contenida en los arts. 142 y ss. del C.c. constituye, por tanto, el Derecho común del derecho de alimentos, papel que también le ha de corresponder en relación con el recogido en el art. 93.

Con estas bases, empezaré examinando el supuesto A). En contra de la posibilidad de que en sentencia matrimonial se conceda a un mayor de edad —al tiempo de interponerse la demanda— derecho a alimentos concurren varios argumentos.

En primer lugar, no es posible acumular en el mismo pleito una acción de separación o divorcio y una acción de reclamación de los alimentos regulados en el Título VI del Libro I del C.c., pues lo impiden los arts. 154 2º y 3º y 156 de la L.E.C.. Tal acumulación sólo la permite excepcionalmente el legislador, en el art. 93 del C.c., para los hijos menores.

En segundo lugar, el progenitor en cuya compañía vive el hijo mayor de edad carece de legitimación o representación legal alguna que le permita litigar por aquél. Si una futura reforma del C.c. admitiera esta posibilidad, se generaría un nuevo supuesto de legitimación por sustitución; pero, mientras tanto, como figura excepcional que es —para reconocerla, el Tribunal Supremo atiende a la existencia de "un vínculo o ligamen legal" o "normas legales denotadoras de la facultad" de sustitución (sentencias de 6 de noviembre de 1941 y

21 de noviembre de 1958, entre otras)—, debe entenderse excluida.

Por otro lado, no se ve qué interés resulta protegido con esta especial legitimación, pues ninguna ventaja específica resulta de la discusión de los alimentos del hijo mayor de edad en el juicio matrimonial, habida cuenta de que el resultado del mismo no es cuestión prejudicial que estorbe el procedimiento específico que dicho hijo, mayor de edad, pueda seguir para el reconocimiento de su derecho a alimentos. Al contrario, la acumulación puede resultarle perjudicial, pues, si en el pleito matrimonial no se estimara la demanda de separación o divorcio, resultaría frustrada la petición alimenticia ejercitada en el mismo.

No parece que la doctrina de la Sala quiera llegar al extremo de reconocer a uno de los progenitores legitimación para reclamar en juicio matrimonial alimentos para un hijo mayor de edad, pues tanto en esta sentencia como en la citada de 7 de octubre de 1989, el alimentista, al tiempo de interponerse la demanda, era menor de edad. En la doctrina, DELGADO ECHEVERRÍA se ha manifestado contrario a la posibilidad de que un progenitor reclame alimentos para el hijo mayor de edad. En la última "jurisprudencia menor", se ha adoptado la posición negativa en la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 8 de febrero de 1988 (R.G.D., 1989, p. 3357), mientras que se ha admitido la reclamación de alimentos para mayores de edad en la de la Audiencia Territo-

rial de Pamplona de 8 de octubre de 1987 (R.G.D., 1988, p. 1508).

Vayamos ahora con la cuestión B): incidencia de la mayoría de edad sobrevenida sobre los alimentos reconocidos en sentencia matrimonial. Las posibles soluciones son cuatro: primera, extinción automática del derecho a alimentos, quedando abierta para el hijo la posibilidad de reclamarlos en un juicio *ad hoc*; segunda, posibilidad para el alimentante de provocar la extinción de la obligación alimenticia ejercitando una acción de modificación de medidas que no admitiría oposición ni reconvencción basada en la subsistencia de necesidades merecedoras de la continuación de la prestación de alimentos; tercera, lo mismo, pero admitiendo que en el pleito sobre modificación de medidas se discuta el mantenimiento de los alimentos con base en lo dispuesto en el art. 142 del C.c.; cuarta, que el progenitor deba acudir al procedimiento ordinario para lograr la extinción de los alimentos con apoyo en el art. 152 del C.c..

Personalmente, me inclino, no sin dudas, por la última de estas soluciones.

En primer lugar, estimo que cualquier corte radical entre minoría y mayoría de edad —soluciones primera y segunda— resulta muy poco ajustada a la realidad de nuestro tiempo, en la que no es normal que la mayoría de edad provoque una modificación tajante en las necesidades del alimentista.

En segundo término, no regulando el art. 93 el tema de la ex-

tingción de los alimentos allí determinados, deberá acudir, en virtud de lo dispuesto en el art. 153 del C.c., al que he denominado Derecho común de los alimentos: los arts. 142 y ss. En concreto, deberá aplicarse el art. 152, que no considera la mayoría de edad, sino sólo la desaparición efectiva de la necesidad, como causa de extinción. Además, con base en este argumento, el procedimiento a seguir debería ser el común y no el específico de modificación de medidas.

A lo mismo conduce, en tercer lugar, la idea de que la acumulación de los alimentos de los hijos menores a la cuestión matrimonial ha sido establecida por el legislador por una mera razón de economía procesal, intentando evitar que el progenitor demandante o demandado en el pleito matrimonial deba iniciar posterior o simultáneamente, aunque sea como representante legal del menor —conforme dispone el art. 156 5º—, contra el mismo oponente, otro pleito sobre alimentos. Esta *ratio* desaconseja toda solución del caso planteado que genere efectos contrarios a la propia economía procesal, como ocurre con las numeradas como primera y segunda.

Presupuesto que el titular del derecho a los alimentos concedidos en la sentencia de separación o divorcio es el propio menor y no el progenitor con quien convive y que el régimen jurídico de dicho derecho es el de los arts. 142 ss. del C.c., la conexión legalmente establecida de dichos alimentos con el

pleito matrimonial es meramente procesal y reside en: a) la posibilidad de acumular al pleito matrimonial una acción de reclamación de alimentos y b) la legitimación por sustitución —combinada con un amplio margen para la intervención del juez— reconocida al progenitor con quien el menor ha de convivir. Con la mayoría de edad del alimentista desaparece el segundo elemento de conexión —la especial legitimación reconocida a uno de los progenitores—. ¿Qué ocurre con el primer elemento de conexión? Si subsiste, la extinción del derecho a alimentos podrá solicitarse mediante acción de modificación de medidas, pero deberá ser demandado el propio alimentista, titular del derecho discutido, toda vez que el otro progenitor carece de legitimación (pasiva) al respecto; el alimentista demandado, lógicamente, podrá oponer la permanencia de la necesidad. Si no subsiste, el litigio sobre extinción del derecho a alimentos deberá sustanciarse por el procedimiento común. En mi opinión, como creo que la acumulación comentada es permitida por el legislador contando con la coincidencia personal en la postulación de la separación o divorcio y de los alimentos, la conexión procesal decae absolutamente cuando el alimentista llega a la mayoría de edad, debiendo tratarse todas las cuestiones que dichos alimentos susciten como si no procedieran de una sentencia recaída en proceso matrimonial.

Pese a no tratarse específicamente el tema en cuestión, el tenor de la doctrina sentada por la

Sala Tercera en esta sentencia y en la de 7 de octubre de 1989 induce a pensar que la Audiencia seguirá, por lo menos en el sentido de no acceder a la modificación de los alimentos por el solo hecho de alcanzar el alimentista la mayoría de edad, la línea apuntada, ya adoptada por otros tribunales — Audiencia Territorial de Oviedo, 8 de febrero de 1988 (R.G.D. 1989, p. 3357), Audiencia Provincial de Oviedo, 9 de mayo de 1989 (A.C., 1989, nº 8); contra: Audiencia Territorial de Bilbao, 12 de abril de 1985 (La Ley, 1985, 3, p. 408), Audiencia Territorial de Burgos, 1 de octubre de 1987 (R.G.D., 1988, p. 6293) —.

Basándose la conexión entre alimentos y juicio matrimonial en una mera razón de oportunidad procesal, no veo inconveniente, respecto del problema expuesto en el apartado C), en que en dicho juicio se señale un plazo de duración de los alimentos que exceda de la mayoría de edad del alimentista. En tal sentido se ha pronunciado la Audiencia Territorial de Pamplona en sentencias de 9 de enero de 1987 (La Ley, 1987, 2, p. 249), 21 de enero de 1987 (La Ley, 1987, 2, p. 416) y 8 de octubre de 1987 (R.G.D., 1988, p. 1508).

2. En relación a la vivienda familiar, esta sentencia contiene tres particularidades a destacar: a) la atribución al cónyuge e hija que vive en su compañía del uso de piso distinto del que constituyó el hogar familiar; b) la atribución del uso de dos viviendas: un piso en Palma y un chalet en Puerto de Alcudia y c)

la posible conservación de dicho derecho de uso, en caso de que se dilate el proceso de división del común patrimonio familiar, más allá de la mayoría de edad de la hija, en tanto ésta no se emancipe efectivamente.

La regulación del uso de la vivienda familiar recogida en el art. 96 del C.c. provoca no pocos problemas interpretativos, para cuya resolución es necesario investigar en la *ratio*, espíritu o finalidad del precepto. Al respecto se pueden defender al menos dos posturas.

En primer lugar, puede entenderse que el sentido del art. 96.1 es mantener un punto de referencia estable para los hijos que disminuya los trastornos psicológicos y afectivos que la crisis de sus padres les comporta (en este sentido, RAMS ALBESA). En favor de esta tesis milita el carácter automático con que el Código ordena la atribución de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos, sin que se exija necesidad ni carencia de medios u otra vivienda. Si se aceptara esta tesis, quedarían carentes de amparo dos de los resultados a que llega la sentencia comentada: a) la atribución del uso de vivienda distinta de la familiar, porque en ella no se encuentra un centro de estabilidad afectiva para el menor, a no ser que se entienda que "vivienda familiar" no equivale a "vivienda habitual o común" (en este sentido, GARCIA CANTERO); b) la continuación en el uso más allá de la mayoría de edad, porque a partir

de ella los padres no tienen obligación alguna de tener a los hijos en su compañía (ver art. 154 C.c) —ni de permitir su permanencia en el (ex)hogar familiar—, pudiendo concederles alimentos en cualquiera de las dos formas que el art. 149 del C.c. admite. En cambio, en casos extremos en los que la condición de morada familiar se repartiera casi equitativamente entre dos viviendas, cabría extender a las dos el uso ex art. 96 (en relación al art. 1320, admiten la posibilidad de una vivienda familiar múltiple LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA y ALBIEZ DOHRMAN).

Una perspectiva distinta —probablemente adoptada en esta sentencia— consistiría en considerar la atribución del uso de la vivienda familiar como un componente *in natura* de la prestación alimenticia o contribución a las cargas familiares debidas por el padre que no tiene la guarda de los hijos (en este sentido, ROCA TRIAS). En favor de esta tesis concurre una razón práctica: ante el dato sociológico del frecuente y difícilmente evitable impago de las prestaciones alimenticias pecuniarias, la atribución de parte de los alimentos *in natura*, es decir, en forma de uso de la vivienda, supone una más segura satisfacción de las necesidades del menor. Además, la inconcreción con que se expresa el art. 93 del C.c. permite comprender dentro del concepto de "contribución" tanto la pecuniaria como la material (la conexión entre los arts. 93 y 96 es destacada por ROCA TRIAS). Concebir el uso

de la vivienda como parte del derecho a alimentos de los hijos permitiría tanto hacerlo recaer sobre vivienda distinta de la familiar o sobre dos o más viviendas, como extender el derecho de uso más allá de la mayoría de edad, pero a cambio exigiría tanto la prueba de la necesidad como la debida proporcionalidad entre la contribución paterna y la materna.

Esta aplicación extensiva de lo dispuesto en el art. 96 ofrece, en casos como el presente en que el patrimonio inmobiliario familiar se encuentra en estado de indivisión, notable trascendencia práctica, al evitar, al menos parcialmente, en cuanto interesa a los hijos, la dificultades que plantea el uso y posesión de los bienes comunes (art. 394 del C.c.), máxime si los copropietarios están enzarzados en un contencioso matrimonial. En parte, entonces, esta medida tiende a solventar un tema inicialmente extraño al juicio matrimonial como es la posesión de los bienes comunes del matrimonio. No es la única manifestación que he encontrado, en la práctica cotidiana de los juicios matrimoniales, de una notable tendencia expansiva en cuanto a su objeto; pueden verse también el ap. 1 de este mismo comentario — en cuanto a los alimentos de los hijos — y el ap. 2 del comentario de la sentencia de la misma Sala de 30 de enero de 1990, en esta misma revista — en cuanto a la liquidación del régimen económico matrimonial —.

3. Sobre la naturaleza no ali-

menticia sino compensatoria o reparadora de la pensión regulada en el art. 97 del C.c. hay unanimidad en la doctrina (DIEZ-PICAZO/GULLON, ROCA TRIAS, GARCIA CANTERO, TORRES LANA, LUNA SERRANO...). Sus diferencias respecto de la pensión alimenticia se manifiestan, por ejemplo, en que en la sentencia de separación — no en la de divorcio — puede señalarse, junto a la pensión compensatoria, otra de alimentos; o en que la muerte del obligado produce la extinción del derecho a alimentos y no ocurre lo mismo con la pensión compensatoria (arts 152 1º y 101 2º C.c.). Precisamente por existir disimilitudes en el régimen jurídico, considero poco adecuada, pese a ser práctica frecuente en algunos juzgados, la condena a cantidad única en concepto de pensión y alimentos para el cónyuge perjudicado o, lo que es más grave, para él y los hijos que quedan bajo su guarda.

La pensión se concibe como "resarcimiento de un daño objetivo" consistente en el desequilibrio económico que la separación o divorcio ocasiona (ROCA TRIAS). El derecho de pensión presupone concebir el matrimonio como una solidaridad de destino, de modo que cada cónyuge adquiere una expectativa al mantenimiento del *status*, indemnizable en términos de responsabilidad objetiva — el *an* y el *quando* no están condicionados a la inocencia o culpabilidad en la causación de la crisis matrimonial —, dependiendo la indemnización — cuya base es el desequilibrio que la separación o

divorcio producen— del grado en que el cónyuge perjudicado haya participado o se haya implicado en dicha comunidad familiar. Es lógico, entonces, que el desequilibrio se mida en el momento de producirse la separación o divorcio; en buena lógica, incluso, debería bastar con la separación de hecho (en este sentido, CAMPUZANO TOMÉ), aunque, quizás, para producir el mismo efecto práctico hayamos de fundarnos en la falta de convivencia como variable cuantificadora de la pensión(art 97.16º).

Santiago Cavanillas Múgica