



PENSIÓN DE ALIMENTOS EN FAVOR DE LOS HIJOS

Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona

Diciembre 2016

Existen dos superpotencias en el mundo; una es Estados Unidos; otra, eres tú.

José Saramago

Este trabajo trata seis aspectos de la regulación vigente en el Código Civil sobre la pensión de alimentos en favor de los hijos:

I.- CONCEPTO. II.- REGULACION EN CÓDIGO CIVIL. III.- REGULACION CON ELEMENTO EXTRANJERO. IV.- HIJO CON DISCAPACIDAD. V.- CARACTERES DE LA PENSION DE ALIMENTOS. VI.- AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y DISTINCIÓN CON EL CONTRATO DE ALIMENTOS.



I.- CONCEPTO

Cabe definir la pensión de alimentos como la obligación legal, personal e indisponible, de asistencia de todo orden a los hijos menores o con capacidad judicial modificada (artículos 93.1 y 154 del Código Civil -CC en adelante-, y 39.3 Constitución Española -CE-).

El artículo 39.3 CE dice: *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.”*

El fundamento de la obligación alimenticia en favor de los hijos menores es la **filiación**, no la solidaridad familiar, ni siquiera la patria potestad, aunque es uno de los deberes de esta.

Artículo 110 del CC 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.

Cuando existen dos progenitores reconocidos, su **obligación es mancomunada, es decir ambos tiene obligación de contribuir de forma efectiva**. No es solidaria, pues el **artículo 145 CC** señala que cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación se repartirá entre ellas en proporción a su caudal respectivo.

Esta naturaleza mancomunada de la obligación está relacionada con que el hijo mayor de edad no tiene por qué demandar al progenitor que ya está contribuyendo (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14, de 18 de mayo de 2016 -ROJ: SAP M 8924/2016-, y Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de febrero de 2016 -ROJ: SAP B 1255/2016-), y también con que esté legitimado un progenitor para demandar al otro el pago de una pensión de alimentos para el hijo menor de edad o mayor que con el conviven y todavía dependa económicamente.



II.- REGULACION EN EL CÓDIGO CIVIL

Se regula, fundamentalmente en los **artículos 93, 96 y 154 del CC (TVII CC)**. Es de aplicación **supletoria la regulación de la obligación de alimentos entre parientes, de los artículos 142 a 153 del CC** (Título VI del CC). Esta regulación distingue el que los hijos sean menores o mayores de edad.

A) Contribución de los alimentos de los hijos menores (artículo 93.1 del CC):

El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (deuda de valor).

B) Contribución de los alimentos de los hijos mayores de edad (artículo 93.2 del CC):

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de julio de 2.014, de la que fue ponente el Excmo. Magistrado Sr. Arroyo Fiestas, señala que los padres pueden pedir alimentos para los hijos que convivan con ellos, pese a su mayoría de edad, si los precisan, sin necesidad de que sean los hijos los que acudan a otro proceso declarativo independiente.

El párrafo segundo del artículo 93 del CC fue añadido por la Ley 11/1990, sobre reforma del CC en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, para permitir a un progenitor reclamar en el procedimiento matrimonial o de relaciones paternofiliales, la prestación en el cumplimiento de la obligación alimenticia que le corresponde al otro, al ser una obligación mancomunada (artículo 145 CC).

Por ello, quien en situación de separación, divorcio, o quien tiene conviviendo consigo un hijo mayor de edad que depende económicamente de esa persona, se encontrará en situación subsumible en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), estando plenamente legitimado en los procedimientos matrimoniales y de relaciones paternofiliales, para solicitar al otro progenitor su parte en la contribución de los alimentos del hijo mayor de edad e incluso que se la pague a él para administrarla en beneficio del hijo, aunque no debemos olvidar que el titular del derecho a alimentos siempre es el hijo.

En estas demandas de un progenitor contra otro reclamando una pensión de alimentos para el hijo mayor de edad, se entiende que hay un consentimiento tácito del hijo para tal solicitud, derivado de su voluntaria convivencia, en favor del progenitor demandante de la pensión, que además será quien tenga la carga de la prueba de la convivencia y de la dependencia económica del hijo, por ejemplo con sendos certificados de empadronamiento y de estudios, y la testifical del hijo mayor de edad (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de julio de 2014, y sentencia de la

Audiencia Provincial de Granada de 16-09-2016, ROJ: SAP GR 1682/2016-).

En las separaciones o divorcios de mutuo acuerdo, en que solo existen hijos mayores de edad o menores emancipados, competencia Notarial o del Letrado de la Administración de Justicia, los hijos mayores o menores emancipados que convivan en el domicilio familiar y carezcan de independencia económica, deberán otorgar consentimiento ante el Secretario Judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten, y por tanto respecto de la pensión de alimentos fijada en el convenio regulador (artículo 82.1 CC).

Sin embargo, en el procedimiento de mutuo acuerdo judicial, no se prevé la audiencia de los hijos mayores de edad o con discapacidades, sin perjuicio de la exploración judicial respecto de los discapacitados.

En cuanto a la pensión de alimentos fijada en el convenio regulador, hay que considerar que los convenios reguladores son el resultado de los acuerdos de las partes como un todo, y en muchos casos van entrelazados unos pactos con otros. La no autorización o aprobación en bloque puede dividir la continencia de la causa y resultar contrario a lo realmente querido por los propios contratantes.

Por lo anterior, el artículo 777.10 de la LEC señala que el decreto del Letrado de la Administración de Justicia no será recurrible, pues el decreto no puede denegar la separación o el divorcio, ni tampoco apartarse de los términos del convenio propuesto por los cónyuges, ni por lo tanto modificar la cuantía de la pensión de alimentos fijada en los mismos, como sí cabe en un procedimiento de mutuo acuerdo judicial (artículo 777.7 de la LEC), y en sentencia resolutoria de un procedimiento contencioso matrimonial o de responsabilidad parental y alimentos del artículo 770 de la LEC.

Cuando el LAJ o el Notario considerasen que alguno de los acuerdos del convenio regulador pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los cónyuges, que pueden subsanarlo, modificando la estipulación sobre la pensión de alimentos del convenio regulador, o incluso renunciar a su fijación, sin perjuicio de la demanda que pueda interponer el hijo mayor de edad en reclamación de alimentos, que ya no sería un procedimiento competencia especial de los juzgados de familia, sino un procedimiento verbal del artículo 250.1.8 de la LEC, pero si así no lo hicieren se dará por terminado el procedimiento, y los

cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta del mismo convenio regulador (artículos 90.2 del CC y 777.10 de la LEC), no siendo recurrible el decreto.

En ambos supuestos de pensión de alimentos convenida ante el Secretario Judicial o en escritura pública Notarial, podrá ser modificada por un nuevo acuerdo, que estará sujeto a los mismos requisitos exigidos que para su fijación (art. 90.3 CC).

Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcanzan la "suficiencia" económica. La suficiencia económica se alcanza cuando tienen ingresos que les permiten satisfacer el mínimo vital.

Pero siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo. No procede mantener la pensión de alimentos de los hijos mayores cuando han abandonado definitivamente sus estudios, y no se encuentran en una actitud de búsqueda activa de un empleo (artículo 152 CC y sentencia de la AP Pontevedra, sección 1ª, de 5-02-2015), en otro caso se favorecería el parasitismo social.

En cuanto a la modificación o extinción de estas pensiones en favor de hijos mayores de edad, si no hubiere acuerdo entre los progenitores para su modificación o extinción, debe acudirse al procedimiento de modificación de medidas del artículo 775 de la LEC, sin perjuicio de que pueda en un incidente de ejecución forzosa dinerario declararse que son cantidades inexigibles por abuso de derecho o enriquecimiento injusto, dada la evidente causa de extinción de dicha pensión.

Las causas de extinción de la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad se establecen en los artículos 150 y 152 del CC, pero cabe también que en la resolución judicial que la fije se limite el abono de una pensión de alimentos con relación a una edad del hijo, que se considere adecuada como para formarse y acceder al mercado laboral.

La demanda de modificación o extinción de la pensión de alimentos del hijo mayor de edad

debe efectuarse contra el otro progenitor, pues queda perpetuada la relación jurídica procesal entablada en su día, no siendo necesario demandar también al hijo mayor de edad (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de junio de 1999, ROJ: SAP M 7728/1999, recurso nº 764/1998, Sección 1; y sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14-12-2005, Roj: SAP SE 4104/2005).



III.- REGULACION CON ELEMENTO EXTRANJERO

De forma resumida decir que en cuanto a la competencia del órgano judicial hay que estar al Reglamento (CE) nº 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (Reglamento 4/2009).

En cuanto a la regulación de la ley aplicable, hay que señalar que el Reglamento 4/2009 no contiene propiamente normas de conflicto, sino que se limita, en su artículo 15, a efectuar una remisión al Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007.

Por tanto, en cuanto al derecho aplicable entre todos los Estados Miembros de la Unión debe estarse al Protocolo de la Haya de 2007, y en cuanto al reconocimiento de resoluciones extranjeras debemos estar al Reglamento 4/09, a partir del 18 de junio de 2011, pero con dos regímenes diferenciados: se exige declaración de ejecutividad para las decisiones de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda; y para el resto, ejecución inmediata. Respecto de los restante países hay que estar a los Convenios bilaterales y en su defecto al Convenio de la Haya de 2007.

Si son Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio -AELC, también conocida por sus siglas en inglés EFTA (Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein) se aplica el Convenio de Lugano de 2007.

La Comunidad Europea esperó a finalizar el Reglamento 4/09, hasta que se adoptara el Protocolo de La Haya de 2007, que se elaboró y adoptó junto con el Convenio de La Haya de 2007, para que la nueva disposición europea fuera lo más compatible posible con las nuevas normas internacionales. Todos estos instrumentos requieren para su aplicación un pormenorizado análisis con relación a cada supuesto.

Pero de manera genérica, podemos decir que, en reclamaciones de alimentos, cuando los progenitores viven en diversos estados de la Unión Europea, se aplica el **Reglamento (CE) nº 4/2009**, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las

resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (Reglamento Bruselas III). El Reglamento Bruselas III en realidad es un reglamento doble: competencia por un lado y ejecución por otro lado, y es de aplicación a partir del 18 de junio de 2011.

Conforme a su artículo 3, el foro de la residencia habitual del demandado es el foro natural, pero también cabe el foro de la residencia habitual del acreedor de alimentos.

Por ejemplo: Ciudadana rumana que reside en Madrid, y que está casada con un rumano que vive en Rumanía, puede demandar en España (residencia habitual del acreedor de alimentos).

En caso de divorcio o acción de paternidad, rige el **foro de accesoriedad**, de forma que los apartados c y d del artículo 3 establece que son competentes también los tribunales que conocen de una acción de responsabilidad parental o de una acción de paternidad.

El artículo 6 establece como foro residual, el foro de la nacionalidad común de las partes. Si de todos los anteriores foros, no se deduce la competencia de ningún Estado miembro de la Unión Europea, entonces es posible aplicar el foro de la nacionalidad común de las partes. Esto está pensado para casos en los que las personas en cuestión residen en el extranjero pero que pudieran tener la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea.

Por ejemplo.: Dos españoles que residen en Turquía, pueden litigar en España por la pensión alimenticia, en virtud del artículo 6, aunque no tengan residencia en España, ni ningún otro Estado miembro de la Unión Europea.

Para la **modificación de la medida de alimentos o compensatoria**, debe estarse al artículo 8 del Reglamento (CE) nº 4/2009, que establece que el tribunal que ha sido competente anteriormente también lo sea para conocer de la posible modificación o extinción de la pensión de alimentos, mientras el acreedor continúe residiendo habitualmente en el Estado en que se dictó la resolución.

Por ejemplo: Un ciudadano rumano es condenado en España a pagar a una compatriota una pensión de alimentos para su hijo común, y el alimentante regresa a Rumanía, donde el salario medio es inferior, y allí interpone una demanda para reducir la pensión, no sería competente Rumanía, si la madre sigue residiendo en España.

REGLAMENTO SOBRE OBLIGACIONES DE ALIMENTOS – COMPETENCIA

Disposiciones generales (Art. 3)

- Órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado o el acreedor tengan su residencia habitual; o
- Órgano jurisdiccional competente de conformidad con su propia ley) para conocer de una acción relativa al estado de una persona o a la responsabilidad parental relevante si la demanda relativa a una obligación de alimentos es accesoria a dicha acción (salvo si la competencia se basa únicamente en la nacionalidad*)

Elección del foro (Art. 4)

➢ Acuerdo de las partes sobre la competencia de:

- Órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que una de las partes tenga su residencia habitual;
- Órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad* de una de las partes;
- En caso de obligación de alimentos de cónyuges (incluidos los excónyuges)
- Órgano jurisdiccional competente para conocer de litigios en materia matrimonial; o
- Órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio hayan tenido su última residencia habitual común los cónyuges durante al menos 1 año

No se aplica a las obligaciones de alimentos para menores de 18 años

Sometimiento (Art. 5)

➢ el demandado comparece ante el órgano jurisdiccional sin impugnar la competencia

Competencia subsidiaria (art. 6)

➢ son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que las partes tengan nacionalidad* común, si no hay competencia de ningún órgano jurisdiccional del Estado miembro en virtud de los art. 3-5 y en virtud del Convenio de Lugano de un Estado parte del Convenio de Lugano

Forum necessitatis (art. 7)

➢ es competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro con suficiente relación, si ningún Estado miembro es competente en virtud de los art. 3-6 y no se pueden iniciar procedimientos en un tercer Estado

*En lo que respecta a los Estados miembros que utilizan el concepto "domicilio" como factor vinculante en materia familiar, este concepto sustituye al de "nacionalidad" en los artículos 3, 4 y 6 (véase el art. 2(3))

El Reglamento no afecta a la aplicación de los Convenios y acuerdos bilaterales o multilaterales de los que sean parte uno o más Estados miembros y terceros Estados en el momento de adopción del presente Reglamento, y que se refieran a materias reguladas por él. (artículo 69.1 del Reglamento 4/2009).

El Convenio General en materia de cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia es el **Convenio de la Haya de 2007**.

Las disposiciones del Convenio de la Haya de 2007 se aplican a los menores con independencia de la situación conyugal de sus padres (artículo 2, apartado 4 del Convenio 2007).

Como indicamos, junto con este convenio, los miembros de la Conferencia de La Haya, adoptaron el **Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias**.

En el Diario Oficial de la Unión Europea de 16.12.2009 se publicó la Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Este Protocolo entró en vigor el 1 de agosto de 2013.

Pero, aunque el Protocolo de La Haya de 2007 entró en vigor el 1 de agosto de 2013, se ha aplicado de forma provisional en la Unión Europea (salvo en Dinamarca y el Reino Unido) desde el 18 de junio de 2011.

La Unión Europea tomó esta decisión inusual para no retrasar la aplicación del Reglamento 4/2009 sobre obligaciones de alimentos, que entró en vigor el 30 de enero de 2009, pero comenzaba a aplicarse a partir del 18 de junio de 2011, tal como indica su artículo 76, siempre y cuando sea aplicable el Protocolo de la Haya de 2007.

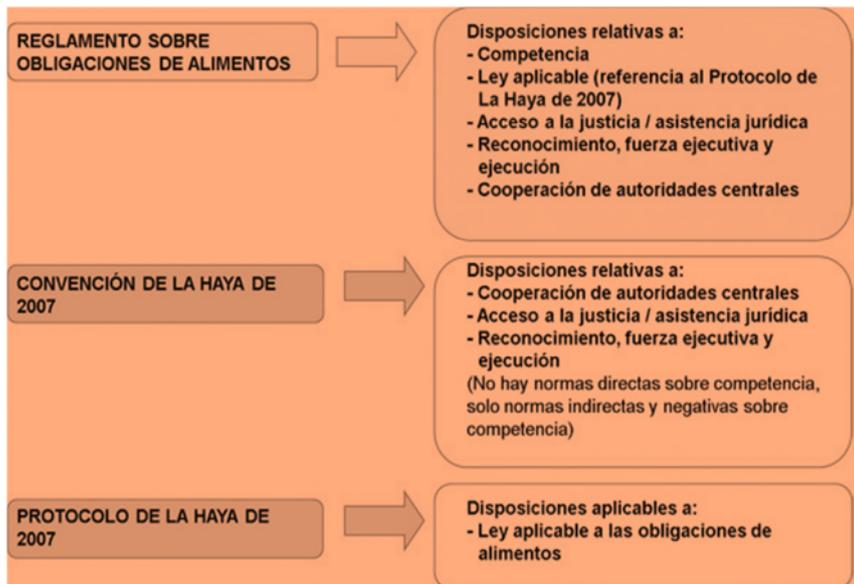
Conforme al **Protocolo de la Haya de 2007** en primer lugar se aplica la Ley elegida por las partes (artículos 7 y 8 del Protocolo), y a falta de elección, bajo el principio “favor creditoris”, la regla general es la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor, salvo que el propio Protocolo disponga lo contrario (artículo 3, apartado 1 del Protocolo).

Las resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a proceso alguno, es decir, sin necesidad de exequatur, y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento.

Esto significa que las resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007, básicamente, ya no se tratan como “resoluciones extranjeras ordinarias” en el resto de Estados miembros, sino que adquieren el estado de fuerza ejecutiva en otros Estados miembros en el momento en que se vuelven ejecutivas en el Estado de origen.

A sensu contrario, los Estados miembros que no sean parte en el Protocolo continuarán aplicando sus normas de conflicto, de origen interno o convencional, en materia de alimentos.

El siguiente cuadro resume las cuestiones reguladas por el Reglamento sobre obligaciones de alimentos, el Convenio de La Haya de 2007 y el Protocolo de La Haya de 2007:



IV.- HIJO CON DISCAPACIDAD

A los efectos del reconocimiento al derecho de alimentos, los hijos con discapacidad en grado importante, aun siendo mayores, **deben equipararse a los menores de edad, mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos (conforme a la STS 17-07-2015 ROJ: STS 3441/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3441, y STS 7 de julio de 2014).**

La equiparación se otorga **al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación, o aunque no se haya prorrogado la patria potestad.**

Si la discapacidad existe, no es posible resolver el procedimiento bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado (STS 7 de julio de 2014).

Además, cuando el hijo es discapacitado, la separación o el divorcio siempre debe ser acordada judicialmente y requiere la intervención del Ministerio Fiscal, bien en procedimiento de mutuo acuerdo, bien en procedimiento contencioso (artículo 82.2 y 87 del CC).

La concesión de una pensión al beneficiario, no determina la supresión de la pensión de alimentos, aunque puede tener proyección en cuanto a su cuantificación (Conforme a la STS de 02 de junio de 2015- ROJ: STS 2383/2015).

Tener en cuenta que la **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006**, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida.



V.- CARACTERES DE LA PENSION DE ALIMENTOS

La obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos menores de edad y a los mayores en los casos del artículo 93 párrafo segundo, es también una carga del matrimonio, de ahí que en el número 1 del artículo 1.362 del Código Civil, se establece que, en el ámbito de la sociedad de gananciales, la alimentación y educación de los hijos de uno sólo de los cónyuges, correrá también a cargo de la sociedad de gananciales, cuando el hijo conviva en el hogar familiar (artículo 1362.1 del CC).

Cabe señalar como caracteres de la obligación alimenticia con los hijos menores:

- a) En materia de hijos menores es de orden público, en la que se presume la necesidad de los hijos, y es de carácter imperativa.
- b) Es relativa, es decir, no tiene un contenido concreto, y dependerá de las necesidades del alimentista y de las posibilidades de los alimentantes.
- c) La contribución, debe ser efectiva por parte de ambos progenitores (artículo 145 del CC, y SAP-Madrid, sección 24, de 21 ene 2010. Rec. 1062/2009).

El hecho de que no se fije una cuantía a pagar por el progenitor que tiene la custodia, no significa que quede exonerado de la obligación, ni que el hijo deba ser alimentado sólo con lo que percibe por pensión alimenticia.

La prestación de los alimentos puede realizarse en metálico, en especie, incluso por el trabajo o dedicación en los cuidados de este (artículos 103.3ª.2 y 154.1º del CC), o combinarse estas diferentes formas de contribución a la asistencia de todo orden a los hijos.

La forma de cumplimiento de la obligación en especie es la normal antes de la ruptura.

El artículo 149 CC establece un derecho de opción a favor del obligado al pago de alimentos al establecer que podrá a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Pero excluye la posibilidad de esta opción si esta es contraria a la ley, a la resolución judicial o al interés del alimentista menor de edad.

Por eso la contribución de cada progenitor depende del régimen de guarda establecido en el convenio regulador, auto o sentencia, y además de los ingresos y patrimonio de cada progenitor y las necesidades de todo orden de los hijos menores, siendo un factor importante para la fijación de la pensión en su caso la atribución que se efectúe del uso de la vivienda y la contribución a las cargas familiares ineludibles, como es el pago de una hipoteca que grave la vivienda cuyo uso se atribuye a los hijos (artículos 92, 93, 96 y 146 del CC).

d) Su fijación queda en gran medida al arbitrio judicial. La competencia para tal fijación corresponde a los tribunales de instancia, pero es revisable mediante el recurso de apelación cuando se hubiere vulnerado claramente el canon de proporcionalidad de los artículos 93 y 146 del CC (STS de 21 de octubre de 2015 - ECLI:ES:TS:2015:4291- ROJ: STS 4291/2015, entre muchas).

e) Es personal e indisponible; la obligación se impone a un concreto alimentante y a favor de un concreto alimentista.

f) No es compensable, ni renunciable, ni transferible a un tercero, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 151 del Código Civil. Los alimentos futuros no pueden ser objeto de transacción (artículo 1.814 del CC).

Por ejemplo, no sería válido por ser contrario al orden público, el pacto de no exigibilidad de las pensiones futuras de alimentos del artículo 93 del CC en favor de hijos menores derivados de un convenio regulador homologado judicialmente. Cosa distinta es el desistimiento o la renuncia a exigir los atrasos anteriores a la fecha de dicho convenio o de las cantidades devengadas y no abonadas derivadas del mismo, sobre las que sí cabe la compensación, el desistimiento, o incluso la renuncia.

g) Es imprescriptible, si bien las pensiones vencidas prescriben a los cinco años, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1966, 1º del Código Civil.

h) En la relativa a los hijos menores de edad existe un debilitamiento del principio dispositivo, y de congruencia de la resolución judicial que la fija con lo pretendido por las partes. No obstante, se aprobará la fijación efectuada en el convenio regulador cuando no fuere dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para el alimentante. En defecto de convenio o aprobación de este, será fijada por el Juez en todo caso (90.1, 91, 93.1 CC).

La falta de acuerdos en cuanto a la contribución a los alimentos de los hijos menores, por ser una obligación imperativa, ineludible e incondicional, materia de “ius cogens”, debe ser suplida por el órgano judicial (93.1 CC), no rigiendo respecto de la misma plenamente la autorregulación y el principio dispositivo, ni la necesaria congruencia de la resolución judicial (art. 218 LEC).

De hecho, hay resoluciones que fijan pensiones alimenticias en cuantía superior a la solicitada por la parte, o incluso aunque no se haya llegado siquiera a solicitar. La incongruencia no existe o no puede reconocerse, cuando la sentencia del tribunal versa sobre materias que, de acuerdo con la Ley, éste está facultado para introducir de oficio (STC 7-7-86).

En cuanto a los hijos mayores o emancipados, si convivieran en el domicilio, y carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código (artículo 93, párrafo segundo).

La fijación de los alimentos respecto de los hijos mayores de edad se basa en la solidaridad familiar, y respecto de su demanda la sentencia sí requiere ser congruente con el petitum.

Respecto de estos hijos mayores de edad, salvo que fuere una extensión de la ya concedida cuando los hijos eran menores de edad, para su concesión judicial debe ser solicitada, y el progenitor que la demanda en procedimiento matrimonial o de relaciones paternofiliales debe probar la dependencia económica por causa no imputable al hijo y la convivencia con el demandante (217.2 LEC).



VI.- AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y DISTINCIÓN CON EL CONTRATO DE ALIMENTOS.

El artículo 1323 del CC proclama el principio de libre contratación entre cónyuges, y así lo viene admitiendo la jurisprudencia, señalando la STS de 19 de octubre de 2015, ROJ STS 4175/2015, de la que fue ponente el Magistrado D. Eduardo Baena, que la autonomía de voluntad de los cónyuges despliega su eficacia en muchas ocasiones a efectos de regular y ordenar situaciones de ruptura conyugal.

Los progenitores cabe que pacten alimentos de diversa naturaleza:

1) Los basados en la necesidad del hijo.

Esta pensión de alimentos puede ser fijada en una resolución judicial, tras una contienda entre los progenitores, en un procedimiento contencioso del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el desgaste que ello supone en su relación; o también puede que ellos mismos pacten la forma de su contribución, haciendo uso de la autonomía de su voluntad que se les reconoce (artículos 90.2 y 91 del CC y STS de 17 octubre 2007), en un **convenio regulador** (artículo 90.1 d del CC), cuya homologación judicial pueden pedir con la demanda solicitando se declare el divorcio o separación judicial o fijación de medidas relativas a la relación paternofamiliar (artículo 777 de la LEC).

El convenio regulador, al ser expresión del principio de autonomía de la voluntad consagrado en los artículos 1255 y siguientes del Código Civil, aun antes de ser aprobado judicialmente, como negocio jurídico bilateral, obliga a los que a él se someten, siempre y cuando no vulnere lo dispuesto en el referido artículo 1255 del Código Civil, es decir, no sea contrario a la ley, a la moral o al orden público, y por lo tanto no sea contrario a los intereses de los hijos menores de edad, y cuando no se establezca cláusula que supedita la vigencia del mismo a la aprobación judicial, y así lo entiende también el Tribunal Supremo (STS 12-02-2002 y STS 31-03-2011, Roj: STS 2158/2011).

Estos acuerdos, negocios jurídicos de derecho de familia (STS 22 abril 1997), tienen también carácter contractual, aunque si el hijo es menor de edad a la vez son de orden público, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general en el artículo 1.261 del CC, además del cumplimiento de las

formalidades especiales exigidas por la ley con carácter "ad solemnitatem" o "ad substantiam" para determinados actos de disposición, y su cumplimiento no quede al arbitrio de una de las partes del convenio, porque el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una parte contratante conforme al artículo 1256 del CC.

Si se pactan, el acuerdo sería una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia, que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial (sentencia AP Cádiz, de 01 de abril de 2016, ROJ: SAP CA 197/2016).

Pero para la validez de lo pactado en el convenio, su cumplimiento no debe quedar al arbitrio de una de las partes, por lo que tales pactos deben prever su efectividad y obligación de cumplimiento, de forma que no queden supeditados a la actuación de una sola parte, pues el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una parte contratante, conforme al artículo 1.256 del CC.

Por ejemplo, se puede considerar que la medida pactada en un convenio regulador, se deja al arbitrio de una de las partes, y por lo tanto ser nula (artículo 1115 del CC), cuando su eficacia depende de un acto que efectúe una de esas partes, como es interponer la demanda de divorcio.

2) No sólo cabe el pacto respecto de alimentos derivados de la obligación legal asistencial de los padres sobre los hijos, propios del artículo 93 del CC, sino también como contenido atípico del convenio regulador, cabe pactar **alimentos voluntarios y gratuitos, no basados en la necesidad, ni en el cumplimiento de una obligación legal, y no sólo respecto de los hijos comunes, sino incluso en favor del otro cónyuge, como pensión distinta a una pensión compensatoria, o incluso en favor de un tercero, lo que constituiría una donación (STS, Sala de lo Civil, 785/2011 de 4 de noviembre, recurso de casación número 1722/2008), e incluso con eficacia posterior al divorcio o la separación (STS 758/2011 del 4 de noviembre).**

Es conveniente ser precisos con la terminología de lo pactado, para no perjudicar la expectativa de otros derechos que se relacionan con tales pactos, como la posible concesión de ayudas, subsidios o pensiones.

Por ejemplo, un pacto de alimentos en favor del exconyuge, sería distinto al de pensión compensatoria basada en el reconocimiento del desequilibrio económico que produce la ruptura, prevista en el artículo 97

del CC, que se exige como requisito para causar viudedad, en el artículo 220 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, TR de la ley General de la Seguridad Social, que regula la pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

El pacto de alimentos en el convenio regulador sería para paliar un estado de necesidad, independientemente que la ruptura no fuere la causa del desequilibrio económico. Por ejemplo, el divorcio respecto de un cónyuge con una dependencia a una sustancia o con una enfermedad, puede pactarse de forma compatible a que uno de los cónyuges se obligue a una pensión de alimentos temporal al cónyuge que sufre esa dependencia o enfermedad.

3) También cabe pactar alimentos con carácter oneroso, en documento distinto al convenio regulador, de naturaleza contractual y sinalagmática, derivados de un **contrato de alimentos**, regidos por lo dispuesto en el artículo 1.791 CC

La obligación de alimentos derivada de la filiación o de la sociedad familiar, es distinta de la derivada del contrato de alimentos regulado en los artículos 1.791 a 1.797 del CC.

Por el contrato de alimentos una parte se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos (artículo 1791 del CC).

El contrato de alimentos es un contrato oneroso consensual, en el que las partes no han de ser necesariamente parientes, mientras que la obligación alimenticia es una obligación legal y gratuita entre parientes.

El **artículo 1.793 del CC** dice que *"la extensión y la calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe"*.

Este contrato de alimentos o de cesión por alimentos, de naturaleza aleatoria, puede ser una modalidad prudente en la fijación de los alimentos de los hijos mayores de edad, cara a la vejez, pues los hijos cuando se independizan, no siempre pueden, o quieren asumir el cuidado efectivo de sus padres enfermos o mayores.

Finalizo aquí este trabajo amigo lector, no sin antes agradecerle el tiempo que ha empleado en su lectura, y desearle felices fiestas. Si alguna aportación quiere efectuar, puede hacerlo al correo justiciahispana@gmail.com

