

Juzgado de 1.ª Instancia Palma de Mallorca, n.º 20, de 4 de marzo de 2014

EXTRACTOS

Cuestión de inconstitucionalidad del art. 148 CC, para resolver si el hijo tiene derecho a recibir alimentos de ambos progenitores durante el período en que era menor de edad, sin que sea relevante la fecha de presentación de la demanda de esta Litis.....

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Elementos relevantes a efectos de la cuestión de inconstitucionalidad planteada .- Para el mejor entendimiento de la cuestión de inconstitucionalidad que este Juzgado plantea es necesario subrayar determinados aspectos fácticos y jurídicos del presente litigio, cuales son:

En 1º lugar, queda acreditado en autos que el actor y la demandada contrajeron matrimonio el día 29 de agosto de 1987, de cuya unión viven dos hijos, llamados Ángel Daniel (nacido el día NUM000 de 1991) y Pablo Jesús (nacido el día NUM001 de 1993). Dicho matrimonio fue disuelto mediante divorcio por la sentencia nº 600/2008 dictada por este Juzgado el día 6 de octubre de 2008 en los autos número 490/2008, en la cual se acordó la aprobación del convenio regulador suscrito por las partes en fecha 3 de abril de 2008.

En lo que ahora importa, la custodia del hijo menor Pablo Jesús fue atribuida a la madre, estableciéndose la obligación del padre de contribuir a los alimentos de ambos hijos.

En 2º lugar, es un hecho pacífico que en el mes de febrero de 2011 el hijo menor Pablo Jesús pasó a residir en el domicilio paterno, por lo que el demandante pasó a asumir "de facto" la condición de progenitor custodio. Pablo Jesús alcanzó la mayoría de edad el día NUM001 de 2011, y en la actualidad continúa residiendo en compañía del padre, sin haber alcanzado la independencia económica.

En 3º lugar, por razón de este hecho modificativo el actor instauró la demanda que nos ocupa, en el apartado II de cuyo "petitum" solicita que la demandada le abone la cantidad adeudada en concepto de alimentos para dicho hijo común desde febrero de 2011 hasta la fecha de su presentación, a razón de 550,72 euros mensuales.

Cabe recordar que en el período febrero- octubre de 2011 Pablo Jesús era menor de edad. En los fundamentos jurídicos de la demanda se citan los art. 142 , 144 , 146 y 147 del Código Civil .

Conviene subrayar en este punto que la cuestión de inconstitucionalidad planteada no resulta alterada por el hecho de que estemos ante un procedimiento de modificación de medidas y no ante un juicio de divorcio. De otra parte, tampoco es relevante que el hijo para el cual se solicita la pensión haya adquirido la mayoría de edad con anterioridad a la fecha de instauración de la demanda iniciadora de esta litis, pues sigue dependiendo económicamente de sus padres y reside en el domicilio paterno. Esta circunstancia otorga al demandante legitimación activa para solicitar la pensión de alimentos en favor del hijo, aunque sea éste quien ostente la titularidad del derecho y la condición de alimentista. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo a través de una línea jurisprudencial unánime que nace con la sentencia nº 411/2000, dictada el día 24 de abril de 2000.

Además, debe recordarse que no estamos ante una acción resarcitoria ejercida por el padre contra la madre para hacerse pago el 1º de las cantidades no satisfechas por la 2ª en concepto de alimentos para el hijo menor, como lo demuestra el hecho de que ni el art. 1.158 párrafo 2º ni el art. 1.894 del Código Civil aparezcan mencionados en el escrito de demanda.

Y en 4º y último lugar, ante dicha petición del demandante la respuesta de la demandada consiste en negarse al pago de alimentos a favor del hijo común para las mensualidades anteriores a la fecha de interposición de la demanda, como se deduce del "petitum" de su escrito de contestación.

Tras la práctica de las pruebas, durante las conclusiones orales de este juicio la parte demandante afirmó que dicha negativa no es admisible, puesto que el derecho de alimentos de los hijos durante

su minoría de edad es de origen constitucional, y frente a él no puede prevalecer la limitación impuesta por el art.148.1 del Código Civil.

La parte demandada sostuvo que no es posible otorgar a la prestación de alimentos carácter retroactivo, y que conforme al art. 148.1 del Código Civil los menores también están sujetos a la necesidad de interponer demanda para obtenerla.

SEGUNDO.- Art.148.1 del Código Civil versus art. 39.3 de la Constitución , en los hijos menores de edad.-

El Código Civil fue publicado en 1889. Uno de los preceptos que conserva su redacción originaria es el art.148, cuyo párrafo 1º enseña que la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero **no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.** Como se observa, la "ratio legis" del precepto es la inexigibilidad del derecho de alimentos antes de planteada la reclamación correspondiente ante los Tribunales, que responde a la máxima "in praeteritum non vivitur", pues como el alimentista ha sobrevivido hasta la fecha con otros medios, ya no es necesario abonarlos.

De otra parte, se trata de una norma que responde también al principio "favor debitoris", pues la condena al pago de las cantidades acumuladas en el pasado supondría para el alimentante en muchos casos una carga insoportable.

Lo que ahora se plantea es la vigencia, 120 años después, del mencionado principio "**in praeteritum non vivitur**" frente al **actual derecho constitucional de alimentos de los hijos menores**, expresamente reconocido por el art. 39.3 de la Constitución Española.

En contra de lo alegado por el Ministerio Público en su citado informe, **la Carta Magna especifica claramente que la obligación de los padres se extiende a toda la minoría de edad de sus hijos.** A mayor abundancia, durante el pasado siglo se ha promulgado numerosa legislación tuitiva de los menores, algunos de cuyos hitos más relevantes son **la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989** o **la Ley Orgánica 1/1996**, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. De otra parte, **el citado art. 148 párrafo 1º del Código Civil está claramente pensado para los supuestos de alimentos entre parientes derivados de la necesidad, pero no de la filiación.**

TERCERO.- La sentencia del Tribunal Constitucional nº 57/2005, de 14 de marzo .-

En lo que hace específicamente a la colisión de los 2 preceptos que nos ocupan, el Tribunal Constitucional no ha recibido demanda alguna capaz de generar un pronunciamiento expreso sobre la vigencia del art. 148.1 del Código Civil, para los casos en que el alimentista es un hijo menor de edad del alimentante. Esto no obstante, su Sala IIª ha **matizado las diferencias entre el derecho legal de alimentos de los parientes y el derecho constitucional de alimentos de los hijos menores** en la sentencia nº 57/2005, dictada el día 14 de marzo de 2005 para resolver un recurso de amparo, cuya finalidad era decidir sobre si existe discriminación tributaria entre el trato dispensado por el legislador a personas que, por decisión judicial, tienen que abonar pensiones de alimentos a los hijos y que no pueden deducirse en la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas, frente a quienes satisfacen pensiones compensatorias a los cónyuges o de alimentos a familiares distintos de los hijos, que sí admiten deducción.

El Tribunal Constitucional considera que no puede apreciarse desigualdad alguna, por cuanto los términos de comparación aportados no son homogéneos al ser ambos supuestos de distinta naturaleza. En lo que ahora importa, en el Fundamento de Derecho VIº de dicha sentencia puede leerse lo siguiente:

"SEXTO.- Por lo que respecta a la pensión de alimentos a los parientes -el otro elemento de comparación alegado-, su fundamento descansa únicamente en la situación de necesidad perentoria o "para subsistir" (art. 148 CC) de los parientes con derecho a percibirlos -cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 143 CC)-, se abona sólo "desde la fecha en que se interponga la demanda" (art. 148 CC), y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista (art. 152 CC). Por el contrario, los

alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos ".

CUARTO.- El tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia.-

Salvo excepciones, esta clara diferenciación entre el derecho de alimentos derivado de la filiación y el derivado de la necesidad no ha encontrado acogida en nuestra jurisprudencia, que sigue aplicando la decimonónica regla "in praeteritum non vivitur" también al derecho de alimentos de los hijos menores frente a sus padres.

El ejemplo más relevante de dicha doctrina es la sentencia de la Sala Iª del Tribunal Supremo nº 328/1995, de 8 de abril de 1995 , que sigue la línea interpretativa sostenida en otras anteriores de fechas 21 de junio de 1935 , 21 de diciembre de 1951 , 14 de mayo de 1971 y 24 de febrero de 1989

El Tribunal examina una reclamación de alimentos interpuesta por una persona mayor de edad contra su padre, reconocido como tal mediante sentencia judicial. El hijo reclama una cantidad fija mensual por 18 (desde su nacimiento hasta alcanzar la mayoría de edad), pues el progenitor jamás ha contribuido a sus gastos. En su sentencia el Alto Tribunal diferencia entre el derecho de alimentos del niño (que existe con anterioridad a la interposición de la demanda) y la exigibilidad de la prestación alimenticia al progenitor deudor, que requiere del ejercicio de una acción judicial reclamándolos, por lo cual desestima íntegramente la pretensión del alimentista en virtud del art.148.1 del Código Civil .

Se trata de una sentencia ampliamente citada en la llamada "jurisprudencia menor".

No se trata de un caso aislado. Los operadores jurídicos de los Juzgados de Familia sabemos que no son infrecuentes los supuestos de ruptura de la pareja en los que uno de los progenitores deja desatendida desde ese mismo momento su obligación constitucional de subvenir a las necesidades de los hijos menores. En tales casos, el progenitor que haya cubierto en solitario las necesidades del niño se verá abocado a otra de las indeseables consecuencias del art. 148.1 del Código Civil , cual es el "peregrinaje procesal", pues deberá entablar 2 demandas judiciales:

En la 1ª (y en representación del niño) solicitará por el procedimiento de los art. 769 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil el establecimiento de una pensión mensual que satisfaga el derecho de alimentos del menor, pero sólo con efectos a partir de la fecha de su presentación.

En la 2ª demanda, a sustanciar mediante el proceso declarativo correspondiente por razón de la cuantía, ejercerá en su propio nombre y derecho la acción de reembolso que le otorgan los art.1.158 y 1.894 del Código Civil , para que el progenitor moroso le restituya las cantidades no aportadas durante el período previo a la interposición de la 1ª de ambas demandas.

QUINTO.- Las 2 vías jurídicas para analizar la posible inconstitucionalidad sobrevenida.-

En este escenario aparecen 2 vías jurídicas para salvar la eventual colisión entre la norma fundamental y la norma legal.

Como es sabido, una de las consecuencias de la promulgación de la Constitución Española de 1978 fue la llamada "**inconstitucionalidad sobrevenida**" de algunos de los preceptos incluidos en las leyes ordinarias publicadas con anterioridad a su entrada en vigor, en cuanto **su contenido pudiera ser contrario a cualquiera de los artículos de la Carta Magna**.

Así pues, la 1ª de las soluciones está en manos de los Tribunales de justicia (art. 9.1 de la Constitución y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y consiste en aplicar directamente el art. 39.3 de la Constitución al supuesto enjuiciado, interpretando que el preconstitucional art.148.1 ha sufrido una derogación parcial tras la entrada en vigor de la Constitución , pues su extensión al derecho de alimentos de los hijos menores resulta contraria al referido precepto de la Carta Magna; y ello en aplicación del apartado IIIº de su Disposición derogatoria.

Esta solución ha sido acogida por este juzgador en algunos casos anteriores al que ahora nos ocupa, con el resultado de que dicha interpretación ha sido revocada por la Audiencia Provincial al enjuiciar el correspondiente recurso de apelación. Un claro ejemplo de ello es la sentencia nº 183/2012, dictada por la Sección IVª de la Audiencia Provincial de Baleares el día 2 de mayo de 2012 en el rollo de

apelación número 672/2011, que exonera al padre de pagar alimentos a su hijo durante las mensualidades previas a la fecha de la demanda, aplicando para ello el principio "in praeteritum non vivitur", pues el menor consiguió sobrevivir gracias a la exclusiva aportación económica de la madre.

Así las cosas, tan solo resta obtener un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre la posible inconstitucionalidad sobrevenida del art. 148.1 del Código Civil, promoviendo para ello la presente cuestión de inconstitucionalidad conforme a los art. 163 de la Constitución Española y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Conviene recordar en este punto la sentencia nº 224/2006 dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional el día 6 de julio de 2006 sobre un supuesto similar, en cuyo Fundamento de Derecho IIº puede leerse: *"Ahora bien, así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma, aunque pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. Por tanto, el carácter preconstitucional de la norma legal cuestionada, por sí mismo, no impone en modo alguno que el Juez o Tribunal deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad (STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 4). Siendo ello así, si el órgano judicial tiene dudas sobre la constitucionalidad de un precepto preconstitucional y opta por elevar la cuestión ante este Tribunal, como ocurre en el presente caso, deberemos conocer de la misma (STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 2)"*.

SEXTO.- Relevancia para la litis de la cuestión constitucional planteada .-

Por consecuencia de todo lo expuesto, para que este Juzgado pueda dictar sentencia sobre la solicitud formulada por el actor en el apartado II del "petitum" de su demanda es necesario aclarar antes la posible contradicción existente entre el art. 39.3 de la Constitución española y el art. 148.1 "in fine" del Código Civil.

El correspondiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional permitirá a este Juzgado pronunciarse posteriormente acerca de si el hijo común Pablo Jesús tiene derecho a recibir alimentos de ambos progenitores durante el período que media entre febrero y octubre de 2011, en que aún era menor de edad; sin que para ello sea relevante la fecha de presentación de la demanda instauradora de esta litis.

Si, por el contrario, el Tribunal Constitucional considera que el art. 148.1 "in fine" del Código Civil no ha sido afectado de inconstitucionalidad sobrevenida cuando el alimentista es menor de edad, y que los hijos menores continúan sujetos al mismo régimen jurídico que los alimentistas mayores de edad, la petición incluida en la demanda podría ser desestimada por aplicación al caso de la regla "in praeteritum non vivitur", que anima dicho precepto del Código Civil.

Vistos los citados preceptos, así como los art. 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional,

FALLAMOS

ACUERDO : Promover cuestión de inconstitucionalidad sobre la posible contradicción existente entre el art.39.3 de la Constitución y el art.148 párrafo primero "in fine" del Código Civil, en los supuestos en que el alimentista es hijo menor de edad del alimentante.

Remítase al Tribunal Constitucional testimonio de los autos, así como de las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal.

Queda en suspenso el curso de las presentes actuaciones hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre dicha cuestión de inconstitucionalidad.

Contra este Auto no cabe recurso.

Así por este Auto lo manda y firma S. Sª. DOY FE.