


LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES CON
DISCAPACIDAD EN CASO DE CRISIS MATRIMONIALES

*THE FOOD PENSION OF OLDER CHILDREN WITH DISABILITIES IN
CASE OF MARRIAGE CRISIS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 330-349



Raquel PÉREZ
DÍAZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de junio de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objeto dar respuesta a la posibilidad de obtención o no de una pensión de alimentos los hijos mayores de edad con discapacidad en el caso de nulidad, divorcio o separación. Previamente, se analizará el concepto de discapacidad para posteriormente abordar la normativa actual existente en el Derecho civil y finalizar con la casuística jurisprudencial más relevante.

PALABRAS CLAVE: Hijos mayores; discapacidad; pensión de alimentos; separación; divorcio; nulidad.

ABSTRACT: *The present work aims to respond to the possibility of obtaining or not an alimony for children of legal age with disabilities in the case of annulment, divorce or separation. Previously, the concept of disability will be analyzed to subsequently address the current regulations in civil law and end with the most relevant case law.*

KEY WORDS: *Older children; disability; alimony; separation; divorce; annulment.*

SUMARIO.- I. EL TÉRMINO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- II. MEDIDAS DE APOYO DE LAS PERSONAS MAYORES CON DISCAPACIDAD.- III. REGULACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES CON DISCAPACIDAD EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL.- IV. CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL.

I. EL TÉRMINO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

En cuanto al término de discapacidad, con anterioridad a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal como afirma CHARLEZ ARÁN¹ se podían incluir dentro de este concepto diferentes deficiencias como por ejemplo, de carácter psíquico (síndrome de down, autismo...) o físico (deficiencia visual grave, paraplejía...) siendo situaciones que en el caso de los hijos mayores con discapacidad les impedían gobernarse por sí mismo, necesitando por tanto asistencia de sus progenitores.

Sin embargo, tras la citada ley, surgida como consecuencia de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (CDPD) y ratificada en España el 21 de abril de 2008, no se trata, de un simple cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio.

En ese sentido, el art. 12 de la citada Convención ya indicaba “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. En el

¹ CHARLEZ ARÁN, C.: “Ruptura del matrimonio con hijos discapacitados”, *Academia Aragonesa de jurisprudencia y legislación*, 22 diciembre 2020, p. 11.

• Raquel Pérez Díaz

Doctora en Derecho Cum Laude 2016, Actualmente, Profesora Ayudante doctora en la Universidad de Oviedo desde el año 2020 en exclusiva a labores docentes y de investigación en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa, Área civil. Anteriormente ha ejercido la abogacía en despacho propio desde el año 1995 hasta el año 2020, y profesora asociada desde el año 2015. Principal línea de investigación la protección de los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Correo electrónico: perezdraquel@uniovi.es.

apartado E de su Preámbulo reconoce que la discapacidad es “un concepto que evoluciona, y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Y en el párrafo segundo del art. 2 CDPD realiza una definición amplia de lo que considera que son personas con discapacidad “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Incluidas, por tanto, a aquellos en quienes concurran las “causas de incapacitación” del anterior art. 200 Código Civil (CC), es decir, que padezcan “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”, planteamiento seguido por la doctrina española, citando entre otros a MARTÍNEZ DE AGUIRRE².

Consecuencia de la mentada Convención, se produce un cambio de terminología en leyes posteriores³ adecuando la misma a las personas con discapacidad, cómo, por ejemplo, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, tal como establece su Disposición Adicional octava⁴.

Cabe recordar, que la nueva regulación está inspirada, en el art. 10 de nuestra Constitución (CE), concretamente en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. En relación con lo que se trata, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de

2 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *El Tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, p. 35.

3 Ahora bien, cabe recordar que la reforma del ordenamiento jurídico español, ya se inició con la Ley 26/2011, llamada precisamente de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno. Continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones) o las más recientes Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

4 Al decir que “Las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominarlas”.

las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercerlos.

Por ello, en el preámbulo de la citada ley, nos recuerda que esta reforma normativa debe ir unida, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas.

Por lo tanto, tras la nueva Ley, se deben eliminar de forma absoluta conceptos utilizados hasta ahora, tales como minusválido⁵, inválido, subnormal, incapacitado, incapaz, disminuido (pese a que el art. 49 de la CE haga referencia a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales), o personas con capacidad restringida, debiendo sustituirse por el término de personas con discapacidad.

II. MEDIDAS DE APOYO DE LAS PERSONAS MAYORES CON DISCAPACIDAD.

El Título XI del Libro Primero del Código Civil se titula “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”. Coincido con CHARLEZ ARÁN en que la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que le sea necesario. No estamos únicamente ante un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de incapacidad por otros más precisos, sino de un nuevo enfoque más acertado de la realidad, que consiste en que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones y por tanto se trata de una cuestión de derechos humanos⁶.

Ya en relación a los hijos mayores, el art. 81 CC establece que “Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio”.

Por su parte, el art. 91 indica que “cuando al tiempo de la separación, divorcio o nulidad existieran hijos comunes mayores de diecisiete años que se hallaren en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad. La sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá sobre el establecimiento y modo y ejercicio de éstas, las cuáles en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad”.

5 Asimismo, la nueva normativa se remite a lo recogido en la Ley 41/2003, estableciendo en su art. 2 que serán personas con discapacidad: “a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100; b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

6 CHARLEZ ARÁN, C.: “Ruptura”, cit. p. 37.

Como se puede observar, la nueva redacción de los preceptos citados, no incluye referencia alguna a la ruptura de pareja de hecho, es decir parejas no casadas con hijos, cuestión objeto de crítica, dado que también son modelos actuales de familias.

El art. 249 expone que “Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”.

Asimismo, señala que “Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”.

“Sólo en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación...”.

Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad, según la redacción del art. 250 CC son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Igualmente, en relación al tema objeto de estudio, cabe decir, que el art. 254, establece medidas voluntarias de apoyo cuando deje de ser menor de edad, al suprimirse la patria potestad prorrogada o rehabilitada, y en tal sentido, dice que “Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de

edad. Estas medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias provisiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”.

Respecto a la figura de la guarda de hecho, para el caso de que no exista ninguna resolución judicial que la determine, expone el art. 263 CC que “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente”. Ahora bien, “cuando excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad”.

En cuanto a la figura de la curatela, indica el art. 268 que “Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”. Añade el art. 269 que “La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”.

Finalmente, en relación al defensor judicial, el art. 295 enumera los casos en los que se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad cuando se precise apoyo⁷.

En lo referente a la cuestión objeto de estudio, en el ámbito de la discapacidad se ha eliminado la patria potestad prorrogada o rehabilitada y la tutela. Por consiguiente, cuando se produce la crisis matrimonial y hay hijos mayores con

7 1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.

2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.

4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.

5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

discapacidad que convivan en el domicilio familiar, los progenitores les prestarán apoyo mediante figuras tales como la curatela (asistencial o representativa) o guarda de hecho. Para el caso de que fueran discapaces con anterioridad a la nueva normativa y se hubiera producido la crisis matrimonial, habrá que estar a lo establecido en su Disposición Transitoria segunda y quinta, produciéndose la revisión de las medidas en un plazo de uno a tres años máximo desde la solicitud⁸.

Por otra parte, se produce una modificación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en materia de discapacidad cabe citar la nueva redacción del art. 770, en la que se dice que “ En los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán, en su caso, los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad”.

III. REGULACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES CON DISCAPACIDAD EN CASO DE RUPTURA DE MATRIMONIO.

Tras la definición de persona con discapacidad, y las diferentes medidas de apoyo que se pueden prestar en el caso de los hijos mayores de edad con discapacidad procederé a abordar, el asunto principal, cual es dar respuesta a la siguiente cuestión ¿Tienen derecho a la pensión de alimentos los hijos mayores de edad con discapacidad en caso de ruptura de matrimonio?

La Constitución Española, determina en su art. 39 que “1- Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2- Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, (...) 3- 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. (...)”.

8 Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, a los curadores de los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley y de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad se les aplicarán las normas establecidas para el defensor judicial del menor. Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley. Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta: Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

En nuestro Código Civil, establece el art. 92 CC que “I. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. (...)”; y en el caso de hijos mayores de edad específica en el art. 93.2 lo siguiente: “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”. Dicho precepto se refiere a todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, así como formación⁹. Cabe decir, que ninguno de los citados preceptos ha sufrido modificación alguna tras la reforma de la Ley 8/2021, que haga alusión específica a los alimentos de los hijos mayores con discapacidad, pese a que el art. 28.I de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, les reconoce el derecho “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”.

En primer lugar, si bien con anterioridad cuando había hijos con discapacidad, la separación o el divorcio de los progenitores siempre debía ser acordada judicialmente y requería la intervención del Ministerio Fiscal, bien en procedimiento de mutuo acuerdo, bien en procedimiento contencioso (arts. 82.2 y 87 CC)¹⁰. Sin embargo, con la actual reforma, que afecta concretamente al art. 54 ley del Notariado¹¹ y al art. 81.I CC¹², parece ser posible la separación o divorcio ante notario para el caso de que la medida de apoyo sobre el hijo mayor o emancipado no haya sido atribuida a los progenitores, e incluso cuando existan hijos mayores con medidas de protección voluntarias establecidas notarialmente o se tratase de guarda de hecho, pues la norma únicamente hace referencia específica a que existan hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan

9 SAP Gerona 29 noviembre 2019 (ECLI:ES:APGI:2019:1842). “El fundamento y el contenido de los alimentos a cargo de los progenitores varía en función de si el hijo beneficiario es menor o mayor de edad, como se infiere del artículo 233-4.I del repetido C.C. Cat. puesto en relación con el artículo 237-1 del mismo cuerpo legal, ya que en el primer caso comprende los alimentos en el sentido amplio (todo lo indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y los gastos de formación de la persona alimentada) y tiene su fundamento en la responsabilidad parental, mientras que en el segundo ha de acreditarse la situación de necesidad del acreedor y el contenido de la obligación puede sufrir alguna restricción (abarca los gastos de «continuación de la formación» del alimentado en la medida que no haya podido terminarla antes de alcanzar la mayoría de edad por una causa no imputable y supeditado a que mantenga un rendimiento regular)”.

10 CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “Alimentos en hijos mayores de edad. Art. 93. 2 Código Civil”, *Actualidad Civil*, núm. 4, abril, 2022, p. 5. Señala que “La razón de esta reforma deriva exclusivamente del principio de economía procesal, a fin de evitar a los miembros de una misma unidad familiar el tener que acudir a dos procesos simultáneos para resolver todas las consecuencias de la crisis familiar, que deriva en separación o divorcio (juicio verbal de familia, más juicio verbal de alimentos del art. 142 CC). Asimismo, con esta reforma se evitan situaciones incómodas y conflictos de lealtades a los hijos/as, que caso contrario tendrían que plantear ellos mismos, y no a través de un progenitor, una demanda contra ambos progenitores”.

11 “I. Los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes”.

12 “Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: ...”.

establecido judicialmente medidas de apoyo¹³, por ejemplo, sería el caso cuartela representativa o asistencial.

En segundo lugar, para obtener la pensión de alimentos los hijos mayores con discapacidad, al igual que los hijos mayores sin discapacidad, tienen que cumplirse dos requisitos convivir en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios, en consecuencia, comparto con Campo Izquierdo que son alimentos condicionados a que existan, de forma simultánea, ambas premisas¹⁴, sin establecer límite alguno de edad para su extinción¹⁵.

Cabe decir que, conforme a la nueva normativa, se elimina la patria potestad prorrogada o rehabilitada, y por tanto desaparece la guarda y custodia de hijos mayores, ninguna referencia se hace al respecto a ello en relación a los hijos mayores con discapacidad en los arts. 92 o 93 CC. Por consiguiente, los tres únicos pilares sobre los que a mi juicio va a pivotar la resolución del conflicto en caso de ruptura de pareja con hijos mayores con discapacidad actualmente son los siguientes: ver quien es la persona a cuyo cuidado va a quedar el hijo mayor con discapacidad, el uso de la vivienda familiar y determinar cuáles van a ser los gastos de atención y mantenimiento. Es preciso señalar, un cambio que se produce en el art. 94 CC en el que se determina en caso de nulidad, separación o divorcio un régimen de vistas y comunicación respecto al progenitor que no tenga a sus hijos mayores de edad con discapacidad en su compañía¹⁶. Esta modificación afecta a tres cuestiones que en las que cabe especificar: Por un lado, el derecho de visitas de los hijos mayores con discapacidad, que la norma vigente regula de forma separada de los menores (art. 94.1.2. y 3 CC). Por otra parte, el derecho de comunicación y visitas respecto del mayor y del menor discapacitado de otros familiares y allegados diferentes de los progenitores (art. 94.6 CC). Por último, en el caso de existencia de violencia de género en el régimen de visita, comunicación

13 MARIÑO PARDO, F.: "Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Separación y divorcio notarial: presupuestos subjetivos vinculados a la discapacidad de los hijos", 29 septiembre 2021, <http://www.iurisprudente.com>. (última consulta 29 de mayo de 2022).

14 CAMPO IZQUIERDO, A. L.: "Alimentos", cit., p. 5.

15 En tal sentido, se pronuncian las STS 11 febrero 2016 (ECLI:ES:TS:2016:359) la cual dice que "la limitación temporal, la cual tiene sentido en una pensión compensatoria como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el art. 152 CC", 21 septiembre 2016 (ECLI: ES:TS:2016: 4101), añade que "la ley no establece ningún límite de edad y, de ahí, que el casuismo a la hora de ofrecer respuestas sea amplio en nuestros tribunales, en atención a las circunstancias del caso y a las socioeconómicas del momento temporal en que se postulan los alimentos" y 6 noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3613) concluye que "lo que se plantea es la extinción de la pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad por desidia de este para procurárselos. No existe ningún precepto que establezca una edad objetivable, sino que se había de estar a las circunstancias del caso, pues todos no son idénticos, sino que tienen sus singularidades".

16 "Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior".

y estancia de los hijos menores y mayores con discapacidad (art. 94.4 y 5 CC)¹⁷. También, en relación al uso de la vivienda familiar, la cual forma parte integrante de los alimentos conforme al art. 142 CC, se produce una relevante modificación en su art. 96.I CC respecto a los mayores de edad con discapacidad, y así en su párrafo segundo dice: “(...) A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación. Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente”. Es decir, viene a regular lo que ya se venía confirmando por nuestra jurisprudencia, en tal sentido, cabe citar por ejemplo, la STS 19 enero 2017¹⁸, la cual basándose en la anterior STS 30 mayo 2012, equiparaba a los hijos incapacitados con los menores en relación a la atribución de la vivienda familiar porque su interés también resulta el más necesitado de protección, cuando dice “que la salud mental del hijo mayor le hace acreedor de la misma protección que al hijo menor de edad de cara a atribuir la vivienda. A favor de esta protección se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Por consiguiente, el nuevo precepto permite a los hijos mayores continuar en el uso de la vivienda como si fueran menores en el caso de que la situación de discapacidad sea conveniente¹⁹. En todo caso, coincido con MERINO HERNÁNDEZ que serán los tribunales los que de manera individualizada determinarán la persona o personas en cuya compañía haya de vivir el discapacitado, una vez se produzca la ruptura de la unión de sus progenitores: si con uno solo de ellos de forma exclusiva, si con ambos de manera compartida o, incluso, con personas diferentes, sin excluir posibles centros especializados. En relación con ello, si el discapacitado tiene

17 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: “Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios nuevas normas”, en LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LARA, E. (dirs.): *El nuevo Derecho de las capacidades*, La Ley, Madrid, 2022, p. 332.

18 STS 19 enero 2017 (ECLI ES:TS:2017:113).

19 Cabe decir que la referencia a la discapacidad que se hace en el párrafo primero del CC disposición cuarta comprende todas las discapacidades tanto psíquica, física o sensorial. Y en ese sentido, se dice que “La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”.

suficiente juicio o si previamente lo ha hecho constar de forma fehaciente -aquí entra en juego la importancia del mandato preventivo, con especial regulación en la reforma del Código civil-, el juez tendrá que tener muy en cuenta la opción que al respecto haya manifestado aquél. En esta línea, tal como expresamente dispone el art. 19 de la Convención de Nueva York, los Estados Partes de la Convención adoptarán las medidas precisas para garantizar que “las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir y no sea vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”²⁰.

En tercer lugar, será necesario conocer si el hijo mayor con discapacidad, percibe o no una pensión y en caso positivo, habrá que tener presente si ese hijo es totalmente dependiente de un tercero o no para su asistencia. De tal manera que, aunque se perciba una pensión por discapacidad, la obligación de pago de pensión de alimentos puede subsistir si se acredita que la minusvalía del hijo le impide o dificulta enormemente su incorporación al mercado laboral; que el hijo requiera una atención y cuidados importantes y que la pensión que el hijo pueda percibir de los Poderes Públicos no es suficiente para cubrir esos gastos que requieren sus cuidados. Y en este aspecto, la solución dada por los tribunales variará en función de las circunstancias de cada caso, que se pasará a desarrollar en el siguiente apartado.

IV. POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia al igual que en los casos de hijos mayores sin discapacidad, para conceder la pensión de alimentos estudia cada supuesto según la situación económica y patrimonial familiar.

En el caso del hijo con discapacidad se debe tomar en consideración en primer lugar, la existencia o no de sentencia judicial para la prestación de dar alimento. En segundo lugar, para el caso de no existir sentencia judicial, también se debe tener en cuenta a la hora de fijar la cuantía de la pensión de alimentos, la percepción o no de una prestación o pensión del órgano administrativo, ya que su existencia no extingue directamente la aportación de alimentos²¹, en definitiva, para mantener la pensión de alimentos se deberá valorar: situación económica y/o posible situación de precariedad de la unidad familiar, la pensión/ayuda que percibe el hijo/a, como incide la discapacidad en la búsqueda de trabajo/independencia económica²².

20 MERINO HERNÁNDEZ, J. L. contestación al discurso de CHARLEZ ARÁN, C.: “Ruptura”, cit. p. 70.

21 MERINO HERNÁNDEZ, J. L. contestación al discurso de CHARLEZ ARÁN, C.: “Ruptura”, cit. p. 29.

22 CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “Alimentos”, cit., p. 6. Indica, además, que, en el caso de modificación de medidas, para modificar o extinguir la pensión fijada previamente, la disponibilidad económica del alimentante y el importe de esa nueva prestación/ayuda que percibe el hijo/a.

En este sentido, cabe recordar que, con anterioridad a la nueva normativa, se producían dos supuestos: En primer lugar, hijo mayor de edad sin sentencia judicial con o sin minusvalía reconocida vía administrativa, en cuyo caso, ha existido jurisprudencia al respecto que establecía los criterios para obtener una pensión de alimentos de hijos mayores de edad con discapacidad equiparando a los hijos mayores de edad con discapacidad reconocida, pero no declarada judicialmente, con los hijos menores de edad mientras cumplieran con los dos requisitos recogidos en el art. 93 CC. De manera tal, que consideraba que la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determinaba por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. A modo de ejemplo, es necesario citar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 7 julio 2014²³ en la que se establece la obligación a mantener la pensión de alimentos a un padre por la discapacidad del hijo mayor. El progenitor en demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, solicitaba la extinción de la pensión de alimentos acordada en su día a favor de su hijo, de 27 años, alegando como circunstancias la finalización de los estudios de BUP hacía más de diez años, sin que hubiera realizado especialización alguna, encontrándose inscrito como demandante de empleo. En el escrito de contestación a la demanda se indicaba que el citado hijo padecía un "trastorno esquizofrénico paranoide que le incapacitaba para cualquier tipo de trabajo, y le hacía absolutamente dependiente de su madre. Ambas partes reconocían que el hijo sufría una discapacidad superior al 65%. Si bien se le dio la razón y se extinguió en la sentencia del Juzgado por considerar que, con una discapacidad superior al 65%, gozaba de todos los requisitos especificados para acceder a una pensión contributiva por invalidez, y a su vez la Audiencia Provincial confirmó dicho pronunciamiento. Sin embargo, se estimó el recurso casacional siendo a su vez analizado desde una doble perspectiva. En primer lugar, desde la consideración que merece la privación de los alimentos por el simple hecho de haber alcanzado el hijo la mayoría de edad y ser posible perceptor de una pensión contributiva por invalidez por parte de la Seguridad Social, equiparando este derecho a la real y efectiva existencia de recursos económicos del apartado segundo del art. 93 del Código Civil. En segundo lugar, desde la situación personal del alimentado afectado por una grave situación de discapacidad²⁴.

23 STS 7 julio 2014 (ECLI ES:TS:2014:2622).

24 En el primer caso, la Convención 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. Y es evidente que aún cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (STS 5 noviembre 2008), lo que no es del caso. El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como

En el mismo sentido, encontramos supuestos en que solicitándose la modificación medidas sobre aportación de gastos, la Jurisprudencia determina que los hijos mayores de edad con minusvalías se equiparaban a los menores a efectos de determinación y cuantificación de la pensión alimenticia y así, en STS 10 octubre 2014²⁵ se reitera que los hijos mayores de edad con minusvalías se equiparan a los menores a efectos de determinación y cuantificación de la pensión alimenticia. La percepción de pensión no contributiva por aquellos será valorada a tales fines casuísticamente, y se procede a modificación de medidas en cuanto a la pensión alimenticia a hijos mayores de edad, y por tanto, concediéndose alimentos a mayores de edad con minusvalía (discapacitados con pensión), teniéndose en cuenta si existe reducción de ingresos del progenitor, lo que conllevará otra determinación de cuantía de pensión alimentos al hijo mayor edad minusvalía: Se indica que en la STS, 30 mayo 2012, citada por la parte recurrente, se sienta como doctrina que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores por ser también su interés el más necesitado de protección.

Por su parte, en la STS 17 julio 2015²⁶ se solicita por el progenitor la extinción de las pensiones alimenticias establecidas a favor de sus dos hijas, alegando como circunstancias la edad de las hijas, el tiempo transcurrido desde que se acordó la medida en el convenio regulador de 1998 y su inminente jubilación, lo que disminuiría sus ingresos. La sentencia del Juzgado estimó en parte la demanda y extinguió la pensión alimenticia de una de las hijas, dada su incorporación, aunque precaria,

taxativamente establece el art. 39 de la Constitución Española (STS 8 noviembre 2008). Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que en su caso acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente. En el segundo, la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los arts. 142 y siguientes del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los arts. 142 y siguientes del Código Civil como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el art. 93 CC, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico.

25 STS 10 octubre 2014 (ECLI ES:TS:2014:3937).

26 STS 17 julio 2015 (ECLI ES:TS:2015:3441).

al mercado laboral y la próxima jubilación del actor. Pero mantiene la prestación alimenticia en relación a la otra hija dada su situación personal, la enfermedad que le tiene en situación de alta hospitalaria, la minusvalía del 67% que padece, la no incorporación al mercado laboral y el carácter no desproporcionado de la pensión alimenticia. Para la Audiencia dichos alimentos deben mantenerse durante seis meses, tiempo suficiente para que puedan explorarse las vías de solución de atención a la hija mayor de edad, que jurídicamente es plenamente capaz. La sentencia reconoce que la hija de 27 años, padece una enfermedad que ha supuesto varios ingresos hospitalarios. Su largo historial médico revela una precaria salud. Padece, además, una minusvalía, pero, la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. Cabe aplicar tal doctrina en tanto que no consta declarada discapaz conforme al art. 200 CC, en relación con el art. 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que ha sido ratificada por España, reiterando como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

A sensu contrario, para el caso de que no se cumplan ambos requisitos (como, por ejemplo, el hecho de que el hijo mayor con discapacidad pueda incorporarse a un trabajo y desempeñarlo), no cabría el mantenimiento de dicha pensión alimenticia, y en esa línea, cabe citar, la STS 13 diciembre 2017²⁷ en la que se reconoce que el hijo no solo pueda trabajar, sino que trabaja a pesar de la minusvalía física acreditada. Es más, no consta que esta situación haya influido en el desarrollo de su formación, como tampoco consta que no puede integrarse en el mundo laboral. En consecuencia, tal como acertadamente se argumenta en la misma, no todos y cada uno de los supuestos de minusvalía, física, mental, intelectual o

27 STS 13 diciembre 2017 (ECLI: ES: TS: 2017:4371). "Don Augusto interesó en juicio de divorcio la modificación de las medidas acordadas en procedimiento de separación matrimonial concluido mediante sentencia de 16 de febrero de 2016. En concreto, solicita la supresión o reducción de los alimentos fijados en el convenio regulador de separación a favor de su hijo, Augusto, en la actualidad mayor de edad, por importe de 200 euros mensuales, así como la contribución fijada para gastos extraordinarios. El demandante funda su petición en el hecho de que se encuentra afectado por incapacidad física para realizar su actividad laboral que le obliga a hacer frente a gastos farmacéuticos y tratamientos derivados de su enfermedad, y tiene además embargada la nómina de la cantidad de 200 euros por atrasos en el pago de los alimentos, por lo que carece de capacidad económica para pagar la pensión alimenticia fijada a favor de su hijo, que no cursa estudios de formación y que tiene ingresos propios trabajando como fotógrafo. La sentencia del juzgado estima la demanda y extingue los alimentos. Sostiene que el hijo cuenta en la actualidad 27 años de edad y cursa estudios para la obtención del grado de educación secundaria obligatoria para mayores de edad, sin obtener ningún resultado académico al no haberse presentado a ninguna de las asignaturas en las que se matriculó, no existiendo razón alguna que justifique la demora y tardanza en completar los estudios correspondientes a la enseñanza obligatoria".

sensorial, conllevan la misma solución, habrá que ofrecer una respuesta adaptada a las particulares circunstancias de las personas afectada por la minusvalía y valorar si son o no necesarios los apoyos.

En segundo lugar, para el caso de hijo mayor con sentencia judicial de incapacidad, cabe indicar que la incapacidad se determinaba por sentencia judicial, prorrogándose automáticamente la patria potestad de los progenitores con los que convivían los hijos mayores solteros. Ahora bien, cuando la sentencia de incapacidad se dictaba con anterioridad a la ruptura matrimonial lo habitual era que la patria potestad fuera ya otorgada a ambos padres. Si la sentencia de incapacitación era posterior a la ruptura del matrimonio, se debía regular al hijo mayor incapacitado de forma similar al hijo menor de edad, cuestiones tales, como la guarda y custodia, gastos y alimentos, y uso de vivienda, etc. en caso de inexistencia de acuerdo judicial²⁸.

Sin embargo, con la actual normativa, ya no cabe prorrogar automáticamente o rehabilitar la patria potestad sobre los hijos mayores con discapacidad ni se deben por lo tanto equiparar a hijos menores y, en consecuencia, negarles su capacidad jurídica, pues la postura jurisprudencial consolidada choca con el espíritu del Convenio de Nueva York y la propia Ley 8/2021, la cual considera a las personas mayor de edad con discapacidad titulares de cuantos derechos le ofrecen las leyes, para disfrutarlos en igualdad de condiciones que cualesquiera otros ciudadanos.

En consecuencia, tras la citada modificación, los requisitos exigidos para la obtención de pensión de alimentos del hijo mayor con discapacidad, cuáles son que conviva en el hogar familiar y carezca de recursos no han sufrido variación alguna. Si bien, la anterior doctrina de nuestro Tribunal equiparaba los hijos mayores de edad con discapacidad a los menores y establecía que dicha equiparación no era absoluta, con lo cual en última instancia había que acudir al estudio del supuesto concreto, lo cierto es, que con la Ley 8/2021, la actuación de los jueces va a ser incluso si cabe más relevante pues cada caso va a exigir un análisis particular de las circunstancias, especialmente las del alimentante y el alimentista con discapacidad, puesto que, si el hijo con discapacidad es capaz de trabajar a pesar de su discapacidad, no se cumpliría uno de los presupuestos del art. 93.2 CC, esto es, carecer de ingresos propios lo que conllevaría la extinción de la pensión de alimentos²⁹, tal como también se venía afirmando por nuestros Tribunales, y así a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Málaga, Sección 6ª, 28 noviembre 2018, ha mantenido que por mucho que el hijo residiera con la madre, y por mucho que sufriera de esquizofrenia paranoide, enfermedad por la

28 CHARLEZ ARÁN, C.: "Ruptura", cit. p. 57.

29 La cual no puede extinguirse en el caso de los hijos menores de edad, tal como acertadamente indica ECHEVARRÍA DE RADA, T.: "Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 757, 2016, p. 2499.

que tiene reconocida por la Administración una minusvalía del 65%, además de no estar judicialmente declarado incapaz, gozaba de independencia económica, por lo que, no podía sostenerse que careciera de ingresos, y, por tanto, que no gozara de independencia económica, y con ello, que no se cumplieran los presupuestos necesarios para establecer en sede del procedimiento matrimonial pensión alimenticia en favor del mismo³⁰.

Finalmente, respecto a los hijos mayores y en relación al uso de la vivienda y conforme al art. 149 CC³¹, podría surgir la duda de si el obligado a prestar alimentos puede pagarlos en especie mediante la ocupación en su propia casa al que tiene derecho a ellos, la respuesta a esta cuestión se da en la STS 25 octubre 2016³², la cual ha establecido de manera contundente la diferencia que, con respecto al uso de la vivienda y a la obligación alimenticia, existe entre mayores y menores de edad. En tal sentido, el Tribunal Supremo, afirma que ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en lo arts. 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir³³. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3 del art. 96 CC, por lo que, no cabría atribuir el uso de la vivienda al hijo mayor de edad pretendiendo con ello satisfacer la pensión de alimentos, sino que, como establece el citado precepto 149, será necesario que el obligado a prestarlos acoja al hijo mayor de edad en su domicilio y le mantenga en él³⁴. Asimismo, para el caso de hijos mayores con discapacidad citar nuevamente el criterio que venía aplicando el Tribunal Supremo en la Sentencia 19 enero 2017, al afirmar que el interés superior del menor, que es el que inspira el art. 96 CC, no

30 APM 28 noviembre 2018 (ECLI:ES:APMA:2018:2268).

31 “El obligado a prestar alimentos 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.

Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concorra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”.

32 STS 25 octubre 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4640). “A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil [...], y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.

33 STS 5 diciembre 2019, (ECLI:ES:TS:2019:4021). Hija de unos 40 años, con minusvalía física del 87%, reclama a sus padres divorciados 800€ mensuales para gastos de mantenimiento y reforma de una VPO de su propiedad a fin de poder vivir de modo independiente respecto de los dos. La casación, con muy escueta fundamentación jurídica por considerar que el asunto carece de interés casacional, confirma la apelación que había revocado instancia y concede 271€ a cargo del padre (que no recurrió en casación) y 128€ a cargo de la madre; la hija demandante tenía rentas (su pensión de minusvalía) y patrimonio, y situación económica y personal de los progenitores era precaria; no entra a considerar el derecho de los padres a prestar alimentos en su propio domicilio.

34 MORALEDA LÓPEZ V.: “Hijos mayores de edad: Casuística y Análisis Jurisprudencial”, *TFM*, enero 2022, pp. 38 y 39.

es del todo equiparable al caso del hijo mayor de edad con discapacidad, ya que la protección que debe dirigirse a la persona con discapacidad debe ir orientada a la integración de su capacidad de obrar, mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad. Y argumentaba que la atribución de uso tiene un marcado carácter limitado y temporal, de manera que prescindir de tal límite en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al art. 96 CC, y con ello, dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad o, al menos, lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad³⁵. Consecuentemente, establece un límite de tres años del uso de la vivienda, y si una vez transcurrido dicho tiempo, la hija con discapacidad no tuviera cubiertas sus necesidades, es cuando entraría en juego la obligación de alimentos de sus progenitores. Conforme a la nueva redacción del citado precepto, todo parece indicar que la línea mantenida en la reforma ha sido la ya consolidada en nuestra jurisprudencia, por lo que no cabe una atribución de uso indefinida, sino que debe existir una clara conexión entre la situación de discapacidad y la necesidad de mantener la vivienda como hogar familiar, de forma que la fijación del plazo estará en relación directamente proporcional con la intensidad de la necesidad³⁶.

De todo lo anterior, y a pesar de la nueva Ley 8/2021, nuestro derecho sustantivo, concretamente su art. 93.2 CC no ha sufrido modificación alguna, por lo que a mi entender debe mantenerse y compartirse la consolidada doctrina jurisprudencial anterior a la reforma que establecía que los alimentos que deben dar los progenitores a los hijos mayores con discapacidad, deben equipararse a los que correspondan a los hijos menores mientras se mantenga la convivencia en el

35 STS 19 enero 2017 (ECLI:ES:TS:2017:113). “Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores. El alcance del deber alimenticio de cada uno, transcurrido el tiempo de uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, estará en función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos”.

36 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al artículo 96 CC”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir): Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 158.

domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, si bien no de modo absoluto³⁷, pues cuando no se cumplan ambos requisitos, como por ejemplo, puede ser el desempeño de un trabajo ya no cabría por ende el mantenimiento de dicha pensión alimenticia. Sin embargo, tras la nueva redacción del art. 96 CC y en relación a los hijos mayores con discapacidad, se puede concluir que tampoco se les debe atribuir un uso automático e indefinido del domicilio, por ser personas con discapacidad, habrá que analizar las circunstancias particulares de cada caso enjuiciado, teniendo en cuenta las circunstancias de las personas afectadas por algún tipo de discapacidades, cuidados, dedicación, necesidades, etc., debiendo, en base a lo anterior, establecer un plazo proporcional a las mismas.

37 CHAPARRO MATAMOROS, P: "La subsistencia de la pensión de alimentos en el caso de un hijo discapacitado mayor de edad. Comentario a la STS núm. 372/2014, de 7 de julio (RJ 2014, 3540)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1, agosto 2014, pp. 105- 112.

BIBLIOGRAFÍA

CAMPO IZQUIERDO, A. L.: "Alimentos en hijos mayores de edad. Art. 93. 2 Código Civil", *Actualidad Civil*, núm. 4, abril, 2022.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La subsistencia de la pensión de alimentos en el caso de un hijo discapacitado mayor de edad. Comentario a la STS núm. 372/2014, de 7 de julio (RJ 2014, 3540)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1, agosto 2014.

CHARLEZ ARÁN, C.: "Ruptura del matrimonio con hijos discapacitados", *Academia Aragonesa de jurisprudencia y legislación*, 22 diciembre 2020, p. 11.

ECHAVARRÍA DE RADA, T.: "Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 757, 2016.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Comentario al artículo 96 CC", en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *El Tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: "Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios nuevas normas", en LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LARA, E. (dirs.): *El nuevo Derecho de las capacidades*, La Ley, Madrid, 2022.

MORALEDA LÓPEZ, V.: "Hijos mayores de edad: Casuística y Análisis Jurisprudencial", *TFM*, enero 2022.