

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1013 *Pleno. Auto 301/2014, de 16 de diciembre de 2014. Cuestión de inconstitucionalidad 1525-2014. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 1525-2014, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Palma de Mallorca en relación con el párrafo primero del artículo 148, párrafo primero en su inciso final, del Código civil. Voto particular.*

Excms. Srs. don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Rios, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez.

AUTO

I. Antecedentes

1. El 13 de marzo de 2014 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Palma de Mallorca por el que se remite testimonio de las actuaciones seguidas en el procedimiento de modificación de medidas supuesto contencioso núm. 554-2013, así como del Auto de 4 de marzo de 2014 por el que acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 148, párrafo primero in fine del Código civil, por posible vulneración del art. 39.3 CE. El art. 148, párrafo primero del Código civil establece: «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».

2. Los antecedentes de hecho de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Palma de Mallorca se siguió procedimiento de modificación de medidas en supuesto contencioso, autos núm. 554-2013. El demandante reclamaba alimentos para los dos hijos comunes, a satisfacer por la madre demandada. En lo que interesa a este proceso constitucional, en el apartado II del petitum el demandante solicitaba, en particular, el pago de los alimentos debidos al segundo hijo, devengados desde febrero de 2011, fecha en la que el hijo se había trasladado a vivir con él, hasta la fecha de presentación de la demanda, el 25 de junio de 2013. El segundo hijo alcanzó la mayoría de edad el 19 de octubre de 2011. La demandada contestó oponiéndose a la reclamación del pago de alimentos anteriores a la fecha de interposición de la demanda.

b) Por providencia de 27 de enero de 2014, de conformidad con el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional el Juzgado acordó dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo de diez días pudieran formular alegaciones sobre la posible inconstitucionalidad del art. 148, párrafo primero in fine del Código civil, por si pudiera ser lesivo del art. 39.3 CE. La providencia pone de relieve que, en el período comprendido entre el 1 de febrero de 2011 y el 19 de octubre de 2011, el hijo era menor de edad. En la vista oral la parte actora basó esta reclamación en el origen constitucional del derecho de alimentos derivado de la filiación, por lo que, frente a él, no podría prevalecer la regla del art. 148, párrafo primero in fine del Código civil. Por su parte, la demandada alegó la irretroactividad de la petición de alimentos, de conformidad con el citado precepto. De esta suerte, el Juzgado se plantea recabar un pronunciamiento del

Tribunal «sobre si la obligación de los progenitores de prestar alimentos a los hijos menores, que dimana del art. 39.3 CE, se extiende a toda su minoría de edad, o si por el contrario dicha obligación sólo es exigible a partir de la fecha en que el representante legal del menor interpone la demanda correspondiente».

c) La representación procesal del actor consideró pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, reiterando su argumento. La parte demandada, tras realizar diversas manifestaciones en relación con el problema planteado, suplicó al Juzgado que dictara Auto «por el que se pronuncie sobre la pertinencia o no de plantear la referida cuestión de inconstitucionalidad». El Ministerio Fiscal se opuso al planteamiento de la cuestión por cuanto considera, en síntesis, que el precepto legal controvertido «no entra en colisión con el contenido esencial del derecho reconocido por el art. 39.3 CE, sino que en ausencia de regulación por parte de ésta, viene a concretar y delimitar el momento en el que, es exigible, dicho derecho constitucionalmente reconocido».

d) El Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Palma de Mallorca dictó Auto de 4 de marzo de 2014 por el que plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 148, párrafo primero in fine del Código civil.

3. El Auto de planteamiento, tras exponer los antecedentes de hecho y las alegaciones formuladas por las partes en el trámite otorgado a estos efectos, argumenta las dudas sobre la constitucionalidad del precepto legal, que concreta en la potencial incompatibilidad entre la limitación temporal establecida por el art. 148, párrafo primero in fine del Código civil, con el art. 39.3 CE, conforme al cual la obligación de alimentos de los padres respecto de los hijos se extiende a toda la minoría de edad. Antes de entrar en el fondo el Juzgado descarta que la pertinencia de la cuestión se vea alterada por el hecho de que estemos en un procedimiento de modificación de medidas (y no ante el procedimiento de divorcio), así como justifica la legitimación del padre, con cita de doctrina del Tribunal Supremo, aunque el hijo sea mayor de edad (pues depende de los padres y vive en el domicilio paterno); asimismo, subraya que no estamos ante una acción resarcitoria del padre contra la madre.

La argumentación del Auto parte del análisis del art. 148, párrafo primero in fine del Código civil, que, se recuerda, data de 1889 y responde a la máxima *in praeteritum non vivitur*, y se plantea su pervivencia a la luz del art. 39.3 CE, con invocación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Así, el Auto subraya que el precepto está pensado para la obligación de alimentos entre parientes derivada de la necesidad, pero no para la obligación de alimentos derivada de la filiación.

En este sentido, el Auto incide en las diferencias entre el derecho legal de alimentos entre parientes y el derecho constitucional de alimentos de los hijos menores, con cita de la STC 57/2005, de 14 de marzo, en la que este Tribunal se pronunció sobre el diverso tratamiento en el impuesto de la renta de las personas físicas de las pensiones de alimentos, en función de la distinta naturaleza de la obligación respecto de los hijos u otros; diferenciación que, sigue el Auto, no ha encontrado, salvo excepciones, acogida en nuestra jurisprudencia (cita como paradigmática la STS 328/1995, de 8 de abril). Pero la realidad evidencia que no son infrecuentes los casos en que, tras la ruptura de la pareja, uno de los progenitores desatiende su obligación de asistencia de los hijos menores. En estos casos, el progenitor que sí cumple su obligación se ve abocado a un «peregrinaje procesal» pues deberá solicitar, por una parte, en representación del niño, la pensión de alimentos para el menor, con efectos a partir de la demanda (vía art. 769 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil) y, por otra, en su propio nombre, el reembolso de las cantidades debidas, anteriores a la interposición de la demanda de alimentos (por la vía del declarativo correspondiente en ejercicio de la acción de reembolso de conformidad con los arts. 1.158 y 1.894 del Código civil).

Lo cual lleva al órgano proponente a sostener la posible inconstitucionalidad sobrevenida del *in fine* cuestionado. Explica que, habida cuenta de que se trata de un precepto preconstitucional, en casos anteriores este Juzgado optó por aplicar

directamente al art. 39.3 CE con preterición del art. 148 del Código civil, pero vio estas decisiones enmendadas por la Audiencia Provincial. Por esta razón, con invocación del art. 163 CE y del art. 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como de la STC 224/2006, de 6 de julio, concluye que «sólo resta obtener un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre la posible inconstitucionalidad sobrevenida del art. 148.1 del Código civil».

El Auto argumenta la relevancia para la *litis* de la cuestión constitucional planteada, por cuanto es necesario aclarar previamente la duda de constitucionalidad sobre el art. 148, primer párrafo *in fine* del Código civil, para que el órgano proponente pueda dar respuesta al apartado II del *petitum* de la demanda en cuanto «el correspondiente pronunciamiento de este Tribunal Constitucional permitirá a este Juzgado pronunciarse posteriormente acerca de si el [segundo hijo] 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*».

4. Mediante providencia de 4 de noviembre de 2014 la Sección Primera de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegase lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuese notoriamente infundada.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado el 21 de noviembre de 2014 en el que interesa la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por ser notoriamente infundada.

Con carácter previo, el Fiscal General acota la cuestión. Así, pone de relieve que el texto cuestionado se limita al último inciso del art. 148, párrafo primero del Código civil; esto es, no se cuestiona el momento en que nace la obligación de alimentos, sino el momento determinante de la exigibilidad de esa obligación. Subraya que el inciso cuestionado se incardina en el título VI del libro I del Código civil, «De los alimentos entre parientes» y que el Auto de planteamiento limita la duda a su aplicación a los supuestos en que el alimentista sea hijo y menor de edad. Consecuente con lo anterior, no se pide la exclusión de la norma del ordenamiento, y sí que se resuelva por el Tribunal Constitucional la posible contradicción.

Igualmente, antes de entrar al fondo, el Fiscal General se manifiesta de acuerdo con el Auto de planteamiento en varios puntos. Así, conviene en que es irrelevante que la duda se haya planteado en el seno de un procedimiento de modificación de medidas y en la legitimación del padre. También sostiene la pertinencia del planteamiento de la cuestión al Tribunal Constitucional, aun siendo el precepto cuestionado preconstitucional. En efecto, el Juzgado ya intentó dejar de aplicarlo al entenderlo derogado por el art. 39.3 CE, pero su decisión fue revocada por la Audiencia Provincial, por lo que la duda de constitucionalidad, en los términos de la STC 224/2006, de 6 de julio, persiste.

A continuación, el Ministerio público entra en el análisis de las razones de fondo. Empieza por señalar que, si bien el Auto refiere la contradicción entre el inciso cuestionado y el art. 39.3 CE, no explica en qué radica dicha contradicción. El argumento del Auto es que la obligación de los padres respecto de los hijos se extiende a toda la menor edad. Pero el Fiscal, que informó en contra de la promoción de la cuestión, no niega esto, sino que la exigibilidad de esta obligación no pueda ser limitada en el tiempo. La genérica mención de convenios internacionales, sostiene el Fiscal General, no altera lo anterior.

Tampoco comparte el Fiscal General que la constatación de la diversa naturaleza de la obligación alimenticia por filiación sea razón para la duda de constitucionalidad toda vez que no se discute esta diferencia, sino que dicha divergencia afecte al momento de la exigibilidad de la obligación. En este sentido, no es un obstáculo la invocación de la STC 57/2005, de 14 de marzo, habida cuenta de que esta Sentencia ha de comprenderse en su contexto, esto es, un recurso de amparo en el que se alegaba la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), lo que hace la comparación ineludible y claramente

circunscrita al ámbito tributario. El Fiscal remata este argumento haciendo suya la evidente diferencia entre la obligación alimenticia de los hijos menores, lo que le lleva a destacar la particularidad de que en dicha obligación siempre hay dos obligados, de manera que, si uno incumple la obligación, se verá obligado a resarcir al otro; no al hijo, cuya necesidad ya ha sido satisfecha.

En cuanto al análisis jurisprudencial, el Ministerio Fiscal pone de relieve que, como reconoce el Auto de planteamiento, salvo excepciones, se aplica el precepto cuestionado. En particular, subraya la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es reiterada y taxativa, y cita, no sólo la paradigmática STS 328/1995, de 8 de abril, sino también la más reciente STS 402/2011, de 14 de junio, dictada precisamente en unificación de doctrina.

Todo ello conduce al Fiscal General a concluir que, en puridad, lo que plantea el órgano proponente no es una duda de constitucionalidad sobre una norma sino sobre la jurisprudencia acogida por el Tribunal Supremo, es decir, no se pide al Tribunal Constitucional que depure el ordenamiento sino que determine cuál de las soluciones debe ser la aplicable. Al fin, no siendo esta la finalidad de la cuestión de constitucionalidad (ATC 59/2013, de 26 de febrero, FJ 3) el Fiscal General del Estado propone la inadmisión de la cuestión por notoriamente infundada.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Palma de Mallorca en relación con el art. 148, párrafo primero in fine del Código civil, por posible vulneración del art. 39.3 CE.

El art. 148, párrafo primero del Código civil establece lo siguiente: «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».

Del precepto transcrito el órgano judicial cuestiona el inciso in fine, en cuanto dispone: «pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda». El Juzgado considera que la aplicación de esta norma en los supuestos de obligación de alimentos a hijos menores es contraria al art. 39.3 CE, conforme al cual: «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 precepto cuestionado establecería, a juicio del órgano proponente, una limitación temporal incompatible con el tenor del art. 39.3 CE, que extiende la obligación de alimentos de los padres respecto de los hijos a toda la minoría de edad.

El Fiscal General del Estado, como se ha hecho constar en los antecedentes, se ha opuesto a la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por considerarla notoriamente infundada, según se resume en el Antecedente 5.

2. De acuerdo con lo previsto en el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, este Tribunal puede rechazar las cuestiones de inconstitucionalidad en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada, en el entendimiento que a esta noción le viene dando nuestra doctrina que no implica un juicio peyorativo sobre la duda de constitucionalidad que traslada el órgano judicial. Por tanto, procesalmente tiene este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, realizando un examen preliminar de la viabilidad de las mismas (por todos, AATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 2; 32/2009, de 27 de enero, FJ 3; y 177/2014, de 24 de junio, FJ 5). En este caso, y por las razones que se expondrán a continuación, puede afirmarse que la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta notoriamente infundada.

3. Con carácter previo conviene acotar los términos del debate. El órgano proponente plantea la potencial contradicción del art. 148, párrafo primero, *in fine* del

Código civil, que establece que los alimentos solo se deben a partir de la demanda, con la obligación de los progenitores de prestar alimentos a los hijos menores, que dimana del art. 39.3 CE, y se extiende a toda su minoría de edad. En este contexto, puede entenderse la invocación hecha en el Auto de planteamiento de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, sin más precisión. Sin embargo, el inciso último del art. 148 del Código civil cuestionado no pone en duda la obligación constitucional de alimentos a los hijos menores, sino que regula el momento en que la obligación resulta exigible cuando hay un litigio entre los obligados a prestar alimentos y el alimentado.

El juicio de constitucionalidad, por tanto, debe referirse a este último caso, es decir, a la limitación temporal de la exigibilidad de los alimentos, prevista por el inciso cuestionado, y su aplicación en los supuestos de alimentos debidos a hijos menores de edad, en la medida en que este supuesto no se exceptiona en la norma. El órgano proponente sostiene que este supuesto requiere una solución especial y no la general, prevista en el art. 148 del Código civil, en relación con el art. 39.3 CE y habida cuenta de las diferencias entre el derecho de alimentos entre parientes y la obligación constitucional de alimentos de los hijos menores. En puridad, no puede considerarse que estemos ante dos posibles interpretaciones que cabría atribuir al precepto legal (inclusión o exclusión de los alimentos a hijos menores), pues el contenido del mismo y su vocación general son claros. Además, ha de recordarse que los preceptos relativos a los alimentos entre parientes, entre ellos, el art. 148 del Código civil, se aplican en los supuestos de alimentos que dimanen de la patria potestad (art. 154.1 del Código civil) con carácter supletorio, de conformidad con el art. 153 del Código civil, también de significado unívoco.

4. Entrando en el análisis de la viabilidad de la duda de constitucionalidad y la solidez de su fundamentación, y en aplicación de la doctrina referida, ha de concluirse que la cuestión planteada resulta notoriamente infundada.

Como se ha dicho, el Juez no plantea la cuestión de constitucionalidad respecto de la compatibilidad del art. 148.1 *in fine* del Código civil con el art. 39.3 CE con relación a existencia o no de la obligación de alimentos a los hijos menores, sino respecto de la limitación temporal de su exigibilidad. En este sentido, hay que compartir con el Fiscal General que el Auto de planteamiento adolece de falta de argumentos que conecten el art. 39.3 CE con dicha limitación, lo cual es particularmente relevante cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia se construye sobre la diferencia entre «el tiempo o momento de nacimiento de la obligación propiamente dicho, y el tiempo o momento de la exigibilidad de dicha obligación» [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 27 de noviembre de 2013, FJ 4]. Dado que hay que evaluar la respuesta del legislador en cuanto no excluye de la norma el supuesto de alimentos debidos a hijos menores, es preciso determinar si esta solución responde a los intereses en presencia, con prevalencia del interés del menor; si bien, teniendo también en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE): STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 7, STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4.

La valoración de la razonabilidad y proporcionalidad del inciso cuestionado ha de partir de la consideración del interés superior del menor, principio que, como ha recordado este Tribunal, con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; y 47/2009, de febrero, FJ 3 entre otras). Pues bien, en los términos en que la duda de constitucionalidad se plantea, sí resulta que la retroactividad de los alimentos facilitaría procesalmente el resarcimiento del progenitor que cumplió su obligación ex art. 154.1 del Código civil como vía para reclamar

la deuda al progenitor incumplidor. Pero no es inmediato cómo dicha retroactividad sirve al interés superior del menor: los alimentos no se orientarían a la asistencia al menor, el fin del art. 39.3 CE, pues el menor ya fue asistido y sus necesidades de todo orden fueron cubiertas. Y si no lo fueron, los alimentos reclamados retroactivamente no servirían para cubrirlos ya.

A mayor abundamiento, la norma cuestionada parece superar el juicio de ponderación con otros intereses, en concreto, el de los progenitores, que aun siendo de menor rango con relación al menor, deben ser tomados en consideración (STC 185/2012, de 27 de octubre, FJ 4, entre otras). Respecto al progenitor custodio la norma no es excluyente, pues nada le impide formular demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación. Respecto al progenitor no custodio, tampoco es excluyente pues puede cumplir voluntariamente su obligación desde que ésta nace y, en los supuestos de cumplimiento forzoso, una delimitación temporal de la exigibilidad de los alimentos parece proporcionada para evitar una situación de pendencia, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1525-2014 planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Palma de Mallorca.

Publíquese este Auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil catorce.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos al Auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1525-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria del Pleno de este Tribunal en que se fundamenta el Auto del que disiento, expongo a continuación las razones de mi discrepancia con la fundamentación jurídica y con la parte dispositiva de aquel, en el cual no se admite por notoriamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 148, párrafo primero, in fine, del Código civil (CC), por la eventual vulneración del art. 39.3 CE.

1. La jurisprudencia constitucional ha ido progresivamente ampliando el ámbito de aplicación de la calificación como «notoriamente infundada» determinante de la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC). Esta ampliación ha gozado de una cierta justificación pragmática relacionada con (i) la suspensión del procedimiento en que se suscita la cuestión hasta su completa resolución (art. 35.3 LOTC) y (ii) la demora que ha venido padeciendo —todavía arrastra— este Tribunal en la resolución de los procedimientos constitucionales que el Pleno tiene asignados, incluyendo las cuestiones de inconstitucionalidad.

Los eventuales efectos negativos de esta progresiva ampliación quedaban en parte mitigados por la doble exigencia legal (art. 37.1 LOTC) de que la decisión de no admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad se produjera (i) tras la audiencia del Fiscal General del Estado y (ii) mediante un auto debidamente motivado. De ese modo, tomando en consideración la regulación histórica del procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad y que no siempre las Cámaras legislativas formulan alegaciones, este motivo para no admitir la cuestión se convertía en una manera de anticipar una

decisión sobre el fondo que de otra forma, sin nuevos elementos de juicio, podía tardar años.

La nueva redacción dada al art. 37.2 LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que posibilita la personación en este procedimiento constitucional de quienes sean parte en el procedimiento judicial, impone reconsiderar esta situación. El requisito objetivo de la especial trascendencia constitucional que se introduce para la admisión del recurso de amparo limita de manera notable la eficacia de este proceso para resolver cuestiones relacionadas con la protección de los derechos fundamentales y relega en ocasiones a la cuestión de inconstitucionalidad la posibilidad de plantear ante este Tribunal asuntos que pueden versar sobre la determinación de su alcance. Tradicionalmente se suele destacar que la cuestión de inconstitucionalidad cumple la esencial labor de colaboración de los órganos judiciales en la depuración de la constitucionalidad de las normas con rango de ley (art. 163 CE). Pues bien, la nueva regulación viene a poner de manifiesto que la cuestión de inconstitucionalidad también se está reforzando como instrumento de la ciudadanía en la labor de depuración de la constitucionalidad de las normas de rango de ley, que antes estaba limitada a la posibilidad de instar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad dentro del procedimiento judicial (art. 35.1 CE). En suma, frente a la llamada objetivación de amparo, el ordenamiento parece inclinarse por una mayor subjetivación de la cuestión de inconstitucionalidad. En ese nuevo contexto, la decisión de no-admisión, aunque sea por Auto (motivado) y con audiencia del Ministerio Fiscal, impide al Tribunal tomar conocimiento de los argumentos sustentados por quienes, habiéndolo sido en el proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria, a partir de la ley citada pueden ser parte legítima en este procedimiento constitucional. Esta circunstancia no se ve remediada por el trámite de audiencia a las partes del art. 35.2 LOTC, tal como fue expuesto en el Voto particular al ATC 178/1996, de 26 de junio.

Entiendo que es necesario reconsiderar la generosa aplicación que viene haciéndose de la calificación de la cuestión de inconstitucionalidad como notoriamente infundada y encontrar un equilibrio entre las razones pragmáticas que han alimentado históricamente su expansión y el actual contexto, en que también resultan relevantes (i) el derecho a que se tomen en consideración las opiniones de quienes pueden legalmente personarse y hacer alegaciones en este procedimiento, entre otros posibles aspectos, sobre la posible vulneración de derechos fundamentales; y (ii) la posibilidad de que el Tribunal tome en consideración esas alegaciones en una decisión que afecte al fondo de la cuestión.

La opinión sustentada por la mayoría del Pleno para justificar el carácter «notoriamente infundado» de la cuestión, como defenderé a continuación, es una muestra de cómo esas razones pragmáticas se han impuesto de una manera desproporcionada frente a la necesidad de un análisis más sosegado de la cuestión con la posibilidad de intervención y audiencia de quienes eran parte en el procedimiento judicial subyacente.

2. El órgano judicial cuestiona que la previsión legal del art. 148, primer párrafo, *in fine*, CC (que establece que la obligación de prestar alimentos de un progenitor a su hijo menor de edad se hace efectiva solo desde el día de la reclamación judicial) resulte conforme con el marco de reconocimiento de un deber constitucional de prestación de asistencia de los padres hacia sus hijos menores de edad previsto en el art. 39.3 CE.

Los argumentos en que se funda la opinión de la mayoría en la que se sustenta la decisión del Tribunal para negar la suficiente solidez a la cuestión son que (i) la retroactividad de la obligación de prestación de alimentos al menor no se orientaría a su asistencia, como fin constitucionalmente relevante del art. 39.3 CE, pues el menor ya fue asistido y sus necesidades ya fueron cubiertas, sino a resarcir al progenitor cumplidor frente a una deuda generada a su favor por el progenitor incumplidor; y (ii) la limitación temporal de la exigibilidad de los alimentos, ante el incumplimiento voluntario por parte del progenitor no custodio, resulta proporcionada para evitar una situación de pendencia que no sería compatible con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

No pretendo, porque no era el objeto de la resolución de la que ahora discrepo, argumentar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado. Me limito a dejar constancia de que los argumentos en que se sustenta la decisión de la mayoría no me parece que

tengan la solidez suficiente para sustentar la no-admisión a trámite de este procedimiento —con las consecuencias, ya mencionadas, que implica este juicio anticipado de fondo— si se contrasta la jurisprudencia constitucional sobre el art. 39.3 CE (una de cuyas consecuencias es la consagración del principio del «superior interés del menor») con la incidencia que la norma cuestionada, en tanto que limitativa de la exigencia constitucional de asistencia parental a los hijos menores, tiene sobre el contenido de aquel precepto constitucional.

3. El art. 39.3 CE establece que «los padres deberán prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legítimamente proceda». Este precepto no deja de ser una proyección de obligaciones ya reconocidas en el Derecho internacional de los derechos humanos, singularmente en el art. 18.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, en que se establece que «[l]os Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño».

El art. 39.3 CE ha sido objeto de análisis en diferentes pronunciamientos de este Tribunal, vinculado siempre a aspectos diversos al que se plantea en la presente cuestión de inconstitucionalidad. Las notas principales que cabe extraer de esa jurisprudencia constitucional son que (i) el art. 39 CE supone la concreción del principio del interés superior del menor, que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativos como judiciales (STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3); (ii) el principio de interés superior del menor debe inspirar la actuación jurisdiccional en los procesos matrimoniales y de familia (STC 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5); (iii) el art. 39.3 CE impone a los padres, por igual, el deber de prestar asistencia a los hijos con independencia de que estos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio, de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio, o incluso de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5); y (iv) el deber constitucional de asistencia incluye la contribución de alimentos y por tales hay que considerar, conforme al art. 142 CC, los que comprenden el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y la educación, y deben satisfacerse en medida proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 CC; STC 33/2006, de 13 de febrero, FJ 4).

Un aspecto relevante de la jurisprudencia, por lo que afecta a esta cuestión de inconstitucionalidad, radica en que, a pesar de reconocer que dentro del deber de asistencia del art. 39.3 CE se incluye la prestación de alimentos con la amplitud definida en el art. 142 CC, ha puesto de manifiesto que el fundamento de la obligación civil de prestación de alimentos entre parientes es distinto al de la obligación constitucional de prestación de alimentos del progenitor respecto de sus hijos menores de edad, que se deriva del deber de asistencia del art. 39.3 CE. Así, en la STC 57/2005, de 14 de marzo, se afirma que, mientras la prestación de alimentos a parientes tiene su fundamento en una necesidad perentoria o de subsistencia, los alimentos de los hijos tienen su origen exclusivamente en la filiación y la obligación de satisfacerlos «no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad» (FJ 6). Igualmente se destaca en esa misma resolución que «tampoco la forma de determinación es la misma, pues si la pensión a otros parientes se determina en función de lo que estos necesiten estrictamente para subsistir (art. 142 CC), los alimentos a los hijos menores deben acomodarse a 'las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento' (art. 93 CC) hasta el punto de financiar no solo los gastos ordinarios de su mantenimiento sino también los de carácter extraordinario (tales como actividades extraescolares, etc.)» (FJ 6).

4. Esta jurisprudencia priva de toda solidez al primer argumento que se utiliza para considerar notoriamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad. La idea de que la retroactividad de la obligación de prestación de alimentos al menor no se orientaría al cumplimiento de la asistencia del art. 39.3 CE, pues el menor ya fue asistido, sino a resarcir al progenitor cumplidor frente a una deuda generada a su favor por el progenitor incumplidor, no resulta convincente. Se parte de una premisa negada por la jurisprudencia constitucional: la de que obligación de prestación de alimentos del progenitor al hijo menor de edad tiene como fundamento una situación de necesidad. Como ya se ha expuesto, la obligación constitucional de asistencia del progenitor al hijo menor de edad reconocida en el art. 39.3 CE está vinculada exclusivamente a la mera circunstancia de la paternidad y la minoría de edad del hijo y los alimentos deben satisfacerse de manera proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. De ese modo, que la necesidad de alimentos hubiera sido cubierta por el cónyuge custodio, por otro pariente, por el Estado o por cualquier otro medio, no impide afirmar que la obligación constitucional de asistencia existía con carácter previo a la presentación de la demanda y permanece vigente con independencia de cualquier otra consideración —incluyendo que concurra o no una situación de necesidad— mientras se cumpla la doble condición constitucional de que entre alimentante y alimentista haya una relación de filiación y de que el alimentista sea hijo menor de edad del alimentante. Por tanto, no creo que sea tan evidente como sostiene la opinión sustentada por la mayoría la supuesta desconexión entre la irretroactividad impuesta por la norma cuestionada y la obligación parental de prestación de asistencia a los menores de edad.

Por otra parte, esta obligación constitucional de asistencia se configura como el deber de cada uno de los progenitores de prestar esa asistencia de manera proporcionada al caudal de cada uno de ellos y a las necesidades del hijo menor de edad y, correlativamente, implica un derecho del hijo menor a que su asistencia sea prestada por ambos progenitores y en la proporción al caudal de cada uno de ellos. En ese sentido, la existencia del cumplimiento de la obligación de asistencia por parte de uno de los cónyuges no permite tampoco afirmar que el menor, por el mero hecho de su subsistencia biológica al tiempo de la demanda, ha recibido la asistencia que es constitucionalmente exigida, toda vez que, al menos, no se habría cumplido la exigencia de que lo fuera con un carácter proporcionado al caudal de cada uno de los obligados a la asistencia. Por tanto, tampoco creo, como se sostiene en la opinión sustentada por la mayoría, que el incumplimiento del impago de alimentos por uno de los progenitores se traduzca simplemente en una deuda a favor del progenitor que hizo frente a dicha obligación. Esta posición, al considerar tan solo una posible consecuencia indirecta del impago por el obligado, parece que no repara en que el titular del derecho a percibir la asistencia es el menor, y en que el progenitor custodio se limita a actuar como su representante en la reclamación de una deuda del hijo menor, que es quien ve frustrado su derecho de asistencia en la proporción debida. Tampoco repara en que la obligación de alimentos puede ser reclamada por el representante del menor en circunstancias muy diversas, no necesariamente ligadas a situaciones de conflicto entre los progenitores. Con ello parece olvidar que la característica fundamental de las decisiones jurisprudenciales radica en que pueden ser aplicadas con carácter de generalidad a todo tipo de situaciones, como expresión de los principios que la sociedad acepta en cumplimiento de un deber de integridad respecto de todos sus miembros, cifrado en este caso en la protección del interés del niño y de su derecho a ser atendido por ambos progenitores.

5. El segundo argumento utilizado por la opinión de la mayoría en que se sustenta el Auto del que discrepo se apoya en imperativos derivados de la seguridad jurídica para considerar proporcionado limitar la exigibilidad de los alimentos al momento de la presentación de la demanda. Tampoco es un argumento que resulte lo suficientemente sólido para concluir la improcedencia de la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad.

Lejos de mi propósito sostener que el deber de asistencia parental al menor de edad no puede resultar modulado en casos de conflicto con otros intereses constitucionales.

Sin embargo, la afirmación de que resulta proporcionado limitar su exigibilidad por razones de seguridad jurídica en los términos en que (salvo que se opte por una acomodación interpretativa) lo hace el precepto cuestionado parece que hubiera exigido un mayor desarrollo argumental. Hubiera sido necesario ponderar si la seguridad jurídica en materia de alimentos a los menores tiene la relevancia que la opinión mayoritaria de que discrepo le atribuye de manera apodíctica, habida cuenta de que (i) la obligación constitucional de prestación de asistencia de ambos progenitores al niño aparece en nuestro ordenamiento formulada de una manera incondicionada, lo que responde a la lógica de que se inspira en el principio del interés superior del menor, al que el ordenamiento viene atribuyendo progresivamente un papel fundamental en las últimas décadas; y que (ii) la regulación legal de la obligación de prestación de alimentos es la expresión de su carácter personalísimo e indisponible, por encima de otras razones que pudieran estar vinculadas directa o indirectamente al principio de seguridad jurídica, cuando se establece que la deuda es intransmisible; que el derecho no es renunciable o compensable; cuando el ordenamiento se refiere a pensiones alimenticias atrasadas (art. 151 CC) y establece que es imposible transigir sobre alimentos futuros (art. 1.814 CC); cuando se declara el carácter no colacionable de los gastos de alimentos (art. 1.041 CC); o cuando la jurisprudencia proclama el carácter imprescriptible del derecho de alimentos antes de la condena a prestarlos.

Con estos presupuestos, habida cuenta de que el ordenamiento ha desarrollado otras soluciones para mitigar los problemas que sobre la seguridad jurídica pueden generar las situaciones de pendencia, algunas propias de esta institución, sobre las que no es necesario extenderse (v. gr., art. 1.894 I CC), a mi juicio era inexcusable, en la mejor tradición de la jurisprudencia sobre protección de los derechos constitucionales, un análisis más profundo del juicio de proporcionalidad, en que no solo se constatará que esta limitación temporal persigue el fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica y que este es legítimo, sino, además, que la restricción operada es necesaria, que es la idónea para la consecución de ese fin y que no existen otros medios menos incisivos o restrictivos de los derechos del niño para su consecución.

En resolución, considero que, al no haberse despejado todas estas dudas en la argumentación para rechazar la cuestión formulada, lo procedente hubiera sido admitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil catorce.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.