

1.2. Derecho de Familia

La patrimonialización del derecho de familia. La acción de reembolso entre progenitores por los alimentos del hijo común asumido en exclusiva por uno de ellos

*The action of reimbursement between for
progenitors for the expenses assumed one of
them*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: En materia alimenticia, el artículo 148.1 Código Civil establece una excepción expresa a la retroactividad cuando dispone que, aunque la obligación de dar alimentos es exigible desde que la persona que tenga derecho a percibirlos los necesite para subsistir, solo se abonarán desde la fecha de la demanda en que se reclamen. Esta norma es también de aplicación a la obligación de alimentos a los hijos menores por la remisión del artículo 153 del citado cuerpo legal. Consecuencia de ello, se ha planteado ante la determinación de la filiación paterna no matrimonial la posibilidad de poder reclamar por la vía del artículo 1158 del Código Civil al progenitor cuya filiación ha quedado determinada, los alimentos debidos al hijo y abonados en su totalidad por el otro progenitor desde un momento anterior a la demanda, en concreto, desde el nacimiento del hijo. Asimismo, se ha cuestionado ante situaciones de ocultación de paternidad y de percepción indebida de alimentos el poder considerar subsumible tales supuestos en figuras tales como el cobro de lo indebido, enriquecimiento sin causa o abuso del derecho. Sobre tales materias se va a centrar el presente estudio.

ABSTRACT: *In matter of food, the article of the civil code establishes an express exception of the retroactivity of the food when he arranges that though the food obligation is demanded since the person who has right to perceive them needs to survive only they will subscribe from the date of the demand in which they proclaim themselves. This norm is also of the application to the food obligation of the minor children for the reference of the article 153. Consequence of it has stood firm before the determination of the paternal not matrimonial filiation the possibility of being able to claim for the route of the article 1158 of the civil code the progenitor whose filiation has remained certain the food for to the son and paid in its totality by another progenitor from a moment previous to the demand in I make concrete from the birth of the son. Likewise one has spoken before situations of negative paternity and of collection not owe of the food the power to apply the figures of undue payment, unjust enrichment. On such matter to is going to centre on the present study.*

PALABRAS CLAVE: Pensión de alimentos. Nacimiento y exigibilidad. Retroactividad. Reembolso. Modificación. Cobro de lo indebido. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad civil.

KEY WORDS: *Pension of food. Birth and demand. Modification. Undue payment. Undue enrichment. Civil responsibility.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL NACIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 148 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LA ACCIÓN DE REEMBOLSO ENTRE PROGENITORES POR LAS CANTIDADES ABONADAS EN CONCEPTO DE ALIMENTOS POR UNO DE ELLOS.—IV. EL COBRO DE LO INDEBIDO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y ABUSO DEL DERECHO EN LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La prestación alimenticia familiar se configura como una relación jurídica obligatoria entre dos sujetos unidos por vínculos conyugales o de parentesco, que tiene por objeto la prestación por el deudor de los medios precisos para proveer las necesidades del acreedor. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (2002, 33) define la obligación alimenticia como «aquella relación jurídica que une a dos partes en virtud de la cual una de ellas debe prestarle a la otra lo necesario para su subsistencia»¹. Una definición en la que no solo se engloba la obligación alimenticia típica de «alimentos entre parientes», sino también cualquier otra obligación de carácter alimenticio. Los alimentos se dividen en dos grandes categorías: alimentos legales y alimentos voluntarios. Los primeros, son aquellos que nacen por imperativo de la ley, y surgen cuando el supuesto de hecho que determina la relación tiene lugar, y ello con independencia de la voluntad de los sujetos a los que vinculan. Así, los que son consecuencia directa del matrimonio, y se refiere el artículo 68 del Código Civil, cuando impone a los cónyuges el deber de socorrerse mutuamente, obligando a cada uno de ellos a atender a las necesidades materiales del otro. Mientras se mantiene la convivencia, tal deber se materializa en el levantamiento de las cargas del matrimonio asumidas de forma conjunta y a través de las respectivas aportaciones (art. 1318 del Código Civil), sin que tal obligación de alimentos entre los cónyuges se configure, por tanto, como una obligación autónoma e independiente. Una vez que, la convivencia se rompe, es cuando opera la obligación de alimentos entre parientes como obligación independiente; de forma que, en las situaciones de crisis matrimonial, y mientras se mantenga el vínculo matrimonial, el deber de socorro, se transforma en una estricta obligación de alimentos². Del mismo modo, la satisfacción de las necesidades de los hijos menores de edad se sustancia en el deber general de los padres de mantener a sus hijos, y, por ende, de alimentarlos, derivado de la relación paterno-filial (art. 154 del Código Civil), y reconocido en el artículo 39.3 de nuestra Constitución³. Un deber que, conviene precisar, no está vinculado a la patria potestad, sino deriva de la relación de filiación (matrimonial o no, y adoptiva), pues, son, igualmente, exigibles, aunque los padres no ostenten la patria potestad (arts. 110 y 111 del Código Civil). Cuando la patria potestad se extingue, con la emancipación o la mayoría de edad de los

hijos, el estado de necesidad en que puedan incurrir estos, se deriva para su cobertura a la obligación legal de alimentos entre parientes, en su condición de descendientes (art. 143 del Código Civil) de quienes hasta ahora han ostentado la patria potestad. De todas formas, estas obligaciones legales de base estrictamente familiar, integradas en los deberes conyugales y deberes paterno-filiales, constituyen un modo de financiación de las necesidades en general de los miembros del grupo familiar, previo a las estrictamente alimenticias, y de diferente régimen y configuración, como son las obligaciones de alimentos entre parientes. Aunque, tales obligaciones conyugales o paterno-filiales tienen una regulación específica, en lo no previsto en la misma, se aplica subsidiariamente el régimen general de alimentos entre parientes, como se deduce del artículo 153 del Código Civil que predica esta subsidiariedad respecto a «lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate»⁴. Por otra parte, esta obligación de alimentos entre parientes tiene, asimismo, una importante relación con los alimentos a los que se refieren los artículos 90 y 93 del Código Civil.

En este contexto, se ha cuestionado desde cuando nace y es exigible la prestación de alimentos —retroactividad de los alimentos— y, por otra parte, existe una tendencia hacia la patrimonialización del derecho de familia, en concreto, en el ámbito de la pensión de alimentos de los hijos donde se ha planteado la posibilidad de trasladar la aplicación de determinados institutos jurídicos propios del derecho de obligaciones como el ejercicio de la acción de reembolso de cantidades satisfechas en concepto de pensión de alimentos ante una reclamación de paternidad, el enriquecimiento injusto, abuso del derecho o el cobro de lo indebido o devolución de las cantidades satisfechas en los casos de impugnación de la paternidad, o de ocultación de la misma, y, asimismo, la aplicación en este último supuesto de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en la determinación del momento de nacimiento y exigibilidad de la prestación de alimentos y en la posible aplicación en el ámbito de la prestación alimenticia de tales institutos jurídicos propios del campo del derecho de obligaciones.

II. NACIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 148 DEL CÓDIGO CIVIL

Como señala la doctrina tres son los presupuestos que se exigen para surja la obligación de alimentos: 1. La existencia de una relación de parentesco o de carácter familiar; 2. La existencia de un estado de necesidad en el alimentista, unida a la imposibilidad actual de obtener recurso con los que hacer frente. A estos efectos deben ser también valorados los recursos potenciales del alimentista, incluida la posibilidad concreta de obtener los medios de subsistencia mediante su trabajo; 3. La capacidad económica del alimentante (art. 152.2 del Código Civil); de forma que, si el eventual obligado carece de medios con lo que hacer frente a los alimentos, la obligación no llega a nacer a su cargo⁵.

En cuanto al primero de los requisitos, resulta esencial que los sujetos estén unidos por una relación conyugal o de parentesco⁶. En el artículo 143 se enumeran taxativamente quienes están obligados a darse alimentos. Acreedor y deudor han de ser, por tanto, miembros de una misma familia, entendiendo esta como familia extensa; y no más allá del círculo familiar establecido por el legislador. Solo las personas unidas por matrimonio, las que desciendan unas de otras, o

las que tengan los progenitores en común, o, incluso solo uno de ellos (art. 144.4 del Código Civil) pueden ser sujetos recíprocamente de esta obligación legal. Cualquier otro tipo de relación queda al margen de la misma.

Ahora bien, aunque el parentesco sea un requisito imprescindible para que surja la obligación, no genera más que la posibilidad de una obligación potencial, que no será definitiva, si no se acompaña de la concurrencia del resto de los requisitos expuestos, que son los que, en definitiva, determinarán, si aquella nace, y, en consecuencia, quien asumirá el papel de acreedor y de deudor de esta obligación.

El concepto de alimentos va sustancialmente unido al estado de necesidad del sujeto. Su finalidad es asistencial, y, por tanto, orientada a satisfacer las necesidades del acreedor de una obligación de alimentos. El estado de necesidad que padece un sujeto, viene determinada por la insuficiencia de medios para subsistir. Por ello, para constatar, si realmente existe una situación de necesidad, y la determinación de la cuantía en que se concreta la obligación, se ha de verificar por el Juez, tanto la carencia actual de medios para atender a su mantenimiento, como la imposibilidad de conseguirlos⁷.

Junto al estado de necesidad del acreedor, es también presupuesto básico del nacimiento de la obligación de alimentos la posibilidad del deudor de atender a esa necesidad, esto es, disponer de recursos suficientes⁸.

Una vez que concurren los presupuestos indicados opera de forma automática el nacimiento de la obligación⁹. Surge *ope legis* cuando, al existir entre las partes una determinada relación familiar, una de ellas deviene necesitada, pudiendo la otra hacer frente a esa situación. Así la concurrencia de tales requisitos determina el momento a partir del cual la obligación de alimentos es perfecta y, en consecuencia, exigible¹⁰. Se dispone en este sentido en el artículo 148.1 del Código Civil que «la obligación de alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos...». De forma que, la obligación de alimentos nace desde la concurrencia de los citados presupuestos y desde entonces, es exigible. Una obligación que se puede cumplir voluntariamente ante la simple reclamación del acreedor; incluso, previo requerimiento extrajudicial.

Si bien, el citado artículo 148.1 parece aparentemente entrar en contradicción cuando a continuación señala que «estos no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda». Se indica un momento distinto para el abono de los alimentos, esto es, para su exigibilidad. Señala MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (2002, 269-274) que, al respecto caben dos interpretaciones en torno al binomio nacimiento y exigibilidad de la obligación de alimentos¹¹. Una primera, supone que, la obligación nace con la necesidad y la obligación es exigible desde ese momento, sin que sea precisa una Sentencia judicial que la determine. El alimentista necesitado tiene derecho a la prestación de alimentos antes de que el juez se pronuncie en la correspondiente resolución, esto es, desde que tiene necesidad de alimentos. No obstante, es posible que el alimentante obligado cumpla voluntariamente con su obligación alimenticia y, en consecuencia, nos encontramos ante un verdadero cumplimiento sin que haya de repetirse lo pagado —en esencia, proceder a la devolución de lo pagado—. Estamos ante el cumplimiento de un deber jurídico y no de una simple obligación de contenido ético, moral, pero antes de la decisión judicial que, fije la cuantía, e, incluso, desde la misma interposición de la demanda, ya estamos ante una obligación jurídicamente exigible, susceptible de cumplimiento voluntario por parte del alimentante. La resolución judicial lo único que constata es la existencia de una obligación que, ya ha nacido en un momento anterior, cuando surge la necesidad

en el alimentista¹². Y, la segunda posición opta por considerar que, el nacimiento de la obligación no tiene lugar cuando surge la necesidad del alimentista, sino que esta determina el momento a partir del cual se puede exigir la prestación de los alimentos —judicial o extrajudicialmente—. De forma que, hasta que no haya Sentencia judicial, no hay obligación de prestarla, y, en consecuencia, no tiene el alimentista derecho a recibirla. Por lo que, el nacimiento y la exigibilidad de la prestación de alimentos tiene lugar cuando se dicta la correspondiente resolución judicial. Aquí, a diferencia de la posición anteriormente expuesta, coinciden ambos momentos, y, donde el cumplimiento voluntario y por ende el nacimiento de la obligación, operan en momentos distintos de su exigibilidad o cumplimiento forzoso. Así, de tener lugar un cumplimiento voluntario de los alimentos por parte del alimentante, no constituye el cumplimiento de una auténtica obligación jurídica y exigible, a lo sumo se estará ante una obligación natural¹³. Igualmente, una reclamación extrajudicial tampoco surtirá efecto, pues, como hemos indicado, desde esta perspectiva no estamos ante una obligación civil. En este contexto, la doctrina de forma casi unánime ha entendido que la obligación nace con la concurrencia de los presupuestos, o más concretamente, de la necesidad del futuro alimentista, y es exigible desde ese momento, sin que sea preciso una reclamación judicial¹⁴. No se acepta que, la interposición de la demanda sea el momento inicial de la obligación, de su nacimiento, como si antes no tuviera relevancia jurídica, y, en consecuencia, de la negación de un posible cumplimiento voluntario, sino simplemente tal momento procesal marca cuando debe efectuarse su abono, esto es, cuando resulta exigible¹⁵. El derecho de alimentos, por tanto, surge desde el momento en que el acreedor los necesita, pues, realmente lo que hace el citado precepto es señalar dos momentos distintos en la relación jurídica: uno el momento en que el derecho nace y es exigible por su titular y otro, el momento a partir del cual los alimentos fijados judicialmente deben ser abonados al alimentista. Se disocia el momento de nacimiento de la obligación de su exigibilidad¹⁶. Y estamos ante una obligación civil y exigible desde que surge la necesidad en el alimentista, que representa el momento de su nacimiento¹⁷. En todo caso, la Sentencia estimatoria de los alimentos reconoce y declara la existencia de la obligación exigible desde que tiene lugar la situación de necesidad, pero sin que esta tenga eficacia retroactiva para el tiempo anterior a la demanda —aunque la necesidad pueda justificar su exigibilidad—¹⁸, pues, los efectos de la misma no van más allá del momento de interposición de la demanda, evitando que la duración misma del proceso perjudique los intereses del demandante¹⁹. La negación de la eficacia retroactiva de la demanda se ha explicado tradicionalmente por la vigencia del principio *in praeteritum non vivitur*, por lo que, se consideraba que si los alimentos eran necesarios para la subsistencia, ello debía conllevar su inmediata exigibilidad, sin comprender los posibles alimentos de épocas anteriores a la reclamación y, asimismo, por consideraciones puramente pragmáticas²⁰.

Desde el momento que, la obligación nace con la concurrencia de los presupuestos, puede exigirse su cumplimiento judicial o extrajudicialmente. El deudor obligado a prestar los alimentos, puede hacerlo voluntariamente antes de la intervención del Juez o sin ella, en cuyo caso estaríamos ante un verdadero cumplimiento de una obligación civil, sin posibilidad de repetir lo pagado. Si opta el alimentista por no cumplir con su obligación, será necesaria su exigencia mediante requerimiento extrajudicial o actuación judicial, incurriendo el deudor en mora a partir de tal momento. Como acertadamente dispone BELTRÁN DE HEREDIA (1982, 44-45) como «en todo derecho subjetivo, habría que distinguir

entre derecho y acción, en definitiva, entre cumplimiento voluntario y cumplimiento forzoso». Por ello «si el alimentista ante la petición de alimentos por parte del alimentario, por vía extrajudicial, comienza a prestarlos, este cumplimiento de una obligación civil en la prestación que realiza será irrepetible. Este cumplimiento puede no ser voluntario y habría que recurrir a la reclamación judicial, como ocurre en todo derecho subjetivo previsto de obligación civil»²¹.

No obstante, la negativa a cumplir puede determinar entre otras consecuencias, el que sea considerada como causa de desheredación a los efectos del artículo 853.1 del Código Civil desheredación de los hijos y descendientes «*por haber negado sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente*»; del artículo 854.2 desheredación de los padres y ascendiente por «*haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo*»; y, del artículo 855.3 desheredación del cónyuge por «*haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge*»; o como causa de revocación de las donaciones por ingratitud conforme establece el artículo 648.3 del Código Civil «*si le deniega indebidamente los alimentos*»²².

Ahora bien, si el alimentante no cumple voluntariamente la prestación, bien porque desconoce la situación de necesidad del alimentista, o conociendo la misma no quiere cumplir con la prestación en tanto no se le exija judicialmente o extrajudicialmente, el alimentista podrá solicitar la prestación de alimentos judicialmente, si quiere que se le presten por el alimentante obligado a ello. De forma un tanto «egoísta» al alimentante le interesa esperar a que se le reclame judicialmente los alimentos que, cumplir voluntariamente.

En este debate, nacimiento y exigibilidad de la obligación, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 1995²³ tras el reconocimiento de paternidad señala que «...La reclamación judicial es la que concreta la prestación (cuantía o modo de pago) aunque exista con anterioridad el derecho a los alimentos y fuera exigible hasta llegar el recurrente a la mayoría de edad, efectivamente pero no los exigió. Precisamente, para este supuesto el artículo 148.1 del Código Civil establece que «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», lo que se concreta en los alimentos que sean solicitados, como es el caso ahora «*sub iudice*», aunque ya con anterioridad derivaran de una relación de patria potestad reconocida en Sentencia firme, puesto que una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que estos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos. Por tanto, no debe confundirse tiempo de nacimiento y tiempo de exigibilidad de los alimentos, los cuales no coinciden en el supuesto contemplado. Y planteada la exigencia de los alimentos ante los Tribunales, clásica «*in praeteritum non vivitur*» y de estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista y no para las de épocas ya pasadas en que el alimentista ha vivido sin alimentos que ahora pide; prescindiendo de las circunstancias que rodean en ese tiempo pretérito». La Sentencia judicial será la que fije la cuantía y modalidad de pago de la pensión, por lo que, como se dispone en la citada resolución, carece de sentido solicitar alimentos para satisfacer necesidades pretéritas, que ya no requieren ser atendidas y cuya cuantía se hallaba indeterminada, ya que la determinación de la prestación de alimentos tiene lugar precisamente en la correspondiente Sentencia. De forma que, solo se conciben los alimentos para satisfacer necesidades presentes y futuras del alimentista.

Por lo que, el legislador dispensa al deudor alimentante de la prestación de pensiones pasadas, pretéritas en las que se entiende que, el alimentista necesitado ha podido vivir sin ellas. Se trata de evitar, aplicando la clásica «*in*

praeteritum non vivitur» que, se reclame una importante cantidad en concepto de deuda atrasada que, en muchas ocasiones se desconoce su cuantía. Como señala DELGADO ECHEVARRÍA (1991, 536) «la condena al pago de cantidades acumuladas supondría una carga insoportable para él, mientras que no serviría para las necesidades futuras del alimentista al estar por hipótesis cubiertas por las pensiones ordenadas para el futuro»²⁴. La obligación nace y es exigible desde que se dan los presupuestos legales, si bien, con la particularidad que, si se reclaman judicialmente, no se abonarán las pensiones, sino desde la interposición de la demanda.

Si los alimentos fueran solicitados y reconocidos judicialmente, el alimentista tiene derecho a las cantidades devengadas, operando la prescripción de cinco años (art. 1966 del Código Civil)²⁵. Sin embargo, carece el alimentante de acción para reclamar las prestaciones debidas y no pagadas por el alimentante voluntario que presta alimentos, pero que en un momento determinado deja de hacerlo²⁶.

Ahora bien, sería recomendable adoptar una posición equilibradora de los intereses del alimentista y alimentante y, en consecuencia optar por la prestación de alimentos cuando el propio alimentante conoce la necesidad, es consciente de su existencia y no hay inacción por parte del alimentista en cuanto se plantea por este una reclamación extrajudicial. Compartimos por ello la posición de aquellos autores que, en la línea del artículo 237-5 del Código Civil catalán, consideran que el abono de los alimentos podría retrotraerse al momento de la reclamación extrajudicial debidamente probada, cuyo incumplimiento constituye en mora al deudor²⁷.

En todo caso, el incumplimiento consciente del obligado a alimentos ante los requerimientos extrajudiciales del necesitado, puede, asimismo, para algunos autores dar lugar a una obligación de indemnizar al alimentista por los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento, en particular, cuando aquel se vio obligado a incurrir en deudas para proveer su mantenimiento, que resultan luego impagadas²⁸. Tal indemnización, como señala MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (2002, 284-285) tendrá su causa, además de «en el deber general de indemnizar por los daños causados por el retraso en el cumplimiento de una obligación (art. 1101 del Código Civil), en la necesidad de no dejar impune de responsabilidad al deudor que, con su comportamiento ha provocado que el cumplimiento de la obligación devenga imposible al no atender a tiempo la reclamación, e incluso, en la necesidad de compensar, de alguna forma, al acreedor del perjuicio que le ocasiona el excesivo rigor del artículo 148.1, al privarle de los alimentos anteriores a la demanda»²⁹.

En cualquier caso, si la prestación de alimentos ha sido anticipadamente satisfecha por un tercero, procede frente al mismo el correspondiente reembolso en los términos señalados en el artículo 1894.1 del Código Civil³⁰. Sobre el alimentante recae una obligación que surge de la existencia de una necesidad, por lo que si los asume un tercero, tiene este derecho a reclamárselos al obligado, aunque el alimentista no hubiese interpuesto demanda³¹.

Ahora bien, el artículo 148.1 del Código Civil resulta, igualmente, aplicable a los alimentos de los hijos menores. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993³² señala, al respecto que, «la norma constitucional (art. 39.2) distingue entre la asistencia debida a los hijos «durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda», y aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro Primero del Código Civil sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como deber comprendido en la patria potestad

(art. 154.1), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así el artículo 145.3 y precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del Código Civil)—, no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados». Por su parte, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal de 3 de octubre de 2008³³ considera aplicable el artículo 148.1 del Código Civil cuando se reclama alimentos en un juicio de separación, nulidad y divorcio, pese a que tiene normas específicas procesales y sustantivas. Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de junio de 2011³⁴ en unificación de jurisprudencia fija como doctrina que «debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 del Código Civil, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda». Se reitera tal doctrina jurisprudencial en las Sentencias de este mismo Alto Tribunal, de 30 de octubre de 2012³⁵ y de 27 de noviembre de 2013³⁶ que, también en unificación de doctrina, señala que, el artículo 148.1 debe aplicarse a la reclamación de alimentos por los hijos menores de edad cuya filiación no matrimonial ha resultado declarada. Dispone, precisamente, esta última Sentencia que «(...) cabe plantearse si lo dispuesto para la obligación de alimentos entre parientes respecto del momento para el abono de dicha pensión, esto es, desde la fecha en que se interponga la demanda, artículo 148, párrafo primero, del Código Civil, como norma general, resulta aplicable a los supuestos de obligación de alimentos a los hijos. De lo anteriormente expuesto se comprende que el fundamento de la posible respuesta, descansa en valorar si la efectividad del derecho a la pensión reclamada judicialmente se integra ya en el núcleo conceptual de la naturaleza propia y diferenciada de la obligación de alimentos a los hijos, o en la esfera de su diferenciación básica, o por el contrario, participa de la caracterización general de la acción de prestar alimentos. La opción por esta última consideración, conforme al elemento condicional que, subyace en este tipo de obligaciones a la exigencia de intimación al deudor, o a razones prácticas de respuesta a las necesidades presentes y futuras del alimentista, también ha sido resaltada por esta Sala en las numerosas Sentencias, destacándose que para la efectividad de este tipo de obligaciones legales conviene diferenciar entre el tiempo o momento de nacimiento de la obligación propiamente dicho, y el tiempo o momento de exigibilidad de dicha obligación, siendo la reclamación judicial el cauce por el que se concreta la prestación debida (cuantía y modo de pago) y su exigibilidad desde la fecha en que se interpuso la demanda. En el marco de este desarrollo doctrinal esta Sala (...) ya apreció esta razón de compatibilidad derivada de la caracterización de estas acciones en orden a la aplicación del artículo 148, párrafo primero, a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada. Doctrina que, por lo anteriormente señalado, también debe aplicarse como fundamento determinante en la reclamación de alimentos por hijos menores cuya filiación no matrimonial ha resultado declarada».

Lo expuesto sintetiza la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que se ha sostenido desde hace años sin fisuras y se reitera sucesivamente en las Sentencias de 4 de diciembre de 2013³⁷, de 23 de junio de 2015³⁸, en relación con la reclamación de alimentos para hijos menores de edad

en procedimientos de nulidad, separación y divorcio y de 14 de julio de 2016³⁹ en lo relativo a la determinación de filiación no matrimonial, que ha recibido, asimismo, el aval del Pleno del Tribunal Constitucional en Auto de 16 de diciembre de 2014⁴⁰ —en una cuestión de constitucionalidad planteada por Auto del Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares) de 4 de marzo de 2014 con el objeto de aclarar la posible contradicción existente entre el artículo 39.3 de la Constitución española el artículo 148.1 *in fine* del Código Civil y, en consecuencia si este último precepto está afectado por una inconstitucionalidad sobrevenida—, y, siendo compatible con la precedente Sentencia de este mismo Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 14 de marzo de 2005⁴¹, ha quedado confirmada por las dos Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil de 29 y 30 de septiembre de 2016⁴² en supuesto de determinación judicial de filiación no matrimonial que, aplicó esta doctrina a favor del padre frente a la acción de reembolso ejercitada por la madre que, había prestado los alimentos ella sola. La primera resolución tras referirse a la vieja Sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las Sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015, que vino a establecer que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida», señala que «cierto es que el artículo 148 del Código Civil establece una mínima retroactividad hasta la fecha de interposición de la demanda y no desde una posible reclamación extrajudicial, por un determinado periodo, como ocurre en el Código Civil de Cataluña, siendo así que hasta ese momento los alimentos ya se han prestado o han sido atendidos por quien los reclama, y como tales se han consumido, desapareciendo la necesidad. Se trata, sin embargo, de una previsión legal establecida en beneficio del alimentante que atiende a la especial naturaleza de la deuda alimenticia y a un momento en que este conoce su deber de prestación frente al alimentista que ha dejado de cumplir y que finalmente le impone la Sentencia. La reclamación fija el momento a partir del cual si el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. Y si el alimentista carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, porque lo impide el artículo 148 del Código Civil, con mayor motivo no la tendrá su madre a través de la acción de reembolso ejercitada al margen de las reglas propias que resultan de la obligación de proveer alimentos en orden a satisfacer las múltiples necesidades de los hijos. Puede haber, sin duda, una obligación moral a cargo de quien finalmente es declarado padre, pero lo cierto es que la ley no concede acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase y considera igualmente justo negar acción para compensar una situación que puede considerarse injusta y pedir la devolución de lo pagado en aras de una regulación más ajustada al artículo 39 CE; solución que solo sería posible mediante una modificación del artículo 148 del Código Civil, que extendiera la obligación de prestar alimentos a los hijos menores más allá de lo que la norma autoriza, al menos desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda en un determinado tiempo, e incluso facilitando la acción de reembolso de lo gastado al progenitor que asumió el cuidado del hijo en la parte que corresponde al progenitor no conviviente, con el límite de la prescripción, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos». Y, refiriéndose al Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2014 dispone que «es cierto que la retroactividad de los alimentos facilitaría procesalmente el resarcimiento del

progenitor que cumplió su obligación *ex* artículo 154.1 del Código Civil como vía para reclamar la deuda al progenitor incumplidor. Pero la retroactividad de la obligación de prestación de alimentos al menor no se orientaría a su asistencia, como fin constitucionalmente relevante del artículo 39.3 CE, pues el menor ya fue asistido y sus necesidades ya fueron cubiertas, sino a resarcir al progenitor cumplidor, que puede formular demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación frente a una deuda generada a su favor por el progenitor incumplidor, y la limitación temporal de la exigibilidad de los alimentos, ante el incumplimiento voluntario por parte del progenitor no custodio, resulta además proporcionada para evitar una situación de pendencia que no sería compatible con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)». La segunda Sentencia del Pleno señala, asimismo, que «este caso se refiere a la obligación de prestar alimentos que, como una de las concreciones del deber de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad» establecido en el artículo 39.3 CE, imponen al padre y a la madre los artículos 110 y 154.1 del Código Civil y, aunque la naturaleza y el régimen jurídico de dicha obligación son sustancialmente diferentes a los de la obligación de alimentos entre parientes regulada en el título VI del libro I del Código Civil, es también de aplicación a aquella obligación lo que dispone la frase final del artículo 148.1 Código Civil; «pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda»; porque, a tenor del artículo 153 del Código Civil: «Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código (...) se tenga derecho a alimentos, salvo (...) lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate». Ahora bien manifiesta que «el legislador ordinario bien podría haber añadido un nuevo párrafo al artículo 153 del Código Civil, que exceptuase la aplicación de lo que ese precepto siempre ha dispuesto a la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad que los artículos 110 y 154.1 del Código Civil imponen al padre y a la madre. Pero no ha considerado oportuno hacerlo así». En consecuencia, entiende que, esta Sala debe mantener la doctrina jurisprudencial expuesta y que se contiene en la numerosa jurisprudencia citada. Además, considera que, «la norma del artículo 148.1 *in fine* Código Civil no implica que la obligación de alimentos entre parientes no exista y sea exigible —como ese mismo artículo empieza diciendo— «desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos». Y la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a los hijos menores de edad nace y es exigible desde el nacimiento del hijo, aunque la filiación no esté entonces legalmente determinada (art. 112.1 del Código Civil)». Por lo que «cabe discutir si es, o no, excesiva la protección que la repetida norma del artículo 148.1 *in fine* del Código Civil concede al deudor de alimentos. Tradicionalmente, se ha justificado con la máxima «*in praeteritum non vivitur*». Pero, si fuese esa la justificación, el alimentista nunca podría exigir al alimentante el pago de pensiones alimenticias atrasadas: vivió sin ellas; y lo contrario se desprende del artículo 1966.1.^a del Código Civil. A lo que habría que añadir, contemplando la aplicación de aquella norma a la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a sus hijos menores de edad, que esa obligación no requiere que el hijo necesite los alimentos para subsistir. La *ratio* de lo dispuesto en la frase final del artículo 148.1 del Código Civil, lo que el legislador ha querido con tal disposición, es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero (hasta cinco años de pensiones, a tenor del artículo 1966.1.^a del Código Civil) a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe, deudor de alimentos. Así lo ha explicado la doctrina científica más

autorizada en la materia; que, sin embargo, critica al legislador por no haber llevado la «retroactividad» de los alimentos a la fecha de una reclamación extrajudicial de los mismos, y por no haber tenido en cuenta si el retraso en la reclamación se debió, o no, a una causa imputable al deudor de los alimentos como establece el artículo 237-5 del Código Civil catalán». Por todo ello concluye que, «no corresponde a esta Sala aconsejar al legislador civil estatal la adopción, o no, de normas semejantes; y, en un Estado de Derecho, los Jueces y Magistrados no pueden hacer descansar sus resoluciones en tales razones, decidiendo en contra de lo que dispone la ley aplicable al caso, interpretada por ellos conforme a los criterios que el artículo 3.1 del Código Civil establece (art. 117.1 CE; art. 3.2 del Código Civil)».

De nuevo esta doctrina del *dies a quo* de los alimentos a los hijos menores en el supuesto de nulidad, separación y divorcio que deben prestarse desde el momento de interposición de la demanda se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 2016⁴³.

En todo caso, la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad por parte de los progenitores representa una de las concreciones del deber de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad» establecido en el artículo 39.3 CE, imponen al padre y a la madre los artículos 110 y 154.1 del Código Civil. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 2015⁴⁴ señala al respecto que, la obligación de alimentos a los hijos menores de edad constituye «un deber insoslayable inherente a la filiación que resulta incondicional de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención». Por otra parte, aunque la naturaleza y el régimen jurídico de esta obligación es sustancialmente diferente de la obligación de alimentos entre parientes regulada en el título VI del libro I del Código Civil, sin embargo, como señala la citada jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, es también de aplicación a aquella obligación el artículo 148.1 del Código Civil porque, a tenor del artículo 153 del citado cuerpo legal: «*Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código (...) se tenga derecho a alimentos, salvo (...) lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate*», y, además, el artículo 112 del mismo texto legal, señala que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar y su determinación tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no dispusiere lo contrario, como sucede con la deuda alimenticia, pues ello iría en contra del artículo 148.1 del Código Civil. Este precepto se aplica tanto a la reclamación de alimentos en procesos de nulidad, separación y divorcio y, en los relativos a la determinación de la filiación no matrimonial. De forma que, los alimentos solo se pueden reclamar desde la interposición de la demanda. En todo caso, coincido con la profesora CUENA CASAS (2013, 1497) que, resulta un tanto injusto aplicar la máxima «*in praeteritum non vivitur*» cuando el progenitor conoce la existencia del hijo menor de edad y no le atiende. En este supuesto, no parece lógico que, solo se deban abonar los alimentos a partir de la interposición de la demanda cuando tal deber no necesita ser reclamado. Si, en cambio, sería procedente reclamar los alimentos en caso de reclamación judicial de paternidad. En todo caso, quizá, como añade la citada autora, la fijación de la pensión alimenticia en el trámite de medidas provisionales (art. 103 del Código Civil) resolvería más de un supuesto y además tales gastos constituirían cargas del matrimonio (art. 1318 del Código Civil)⁴⁵. O, en fin, reclamar judicialmente ante los alimentos, acumulando la ac-

ción correspondiente a la acción de reclamación de la paternidad⁴⁶. Además, el artículo 768.2 LEC dispone que *«reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado»*.

De todas formas, en algunas resoluciones se excluye el efecto retroactivo tanto en aquellos supuestos en que, aun rota fácticamente la unidad familiar, el alimentante ha venido haciendo frente a las necesidades de los hijos en el periodo transcurrido desde el inicio del pleito hasta la resolución provisional o definitiva del mismo, como en aquellos otros en que se ha mantenido hasta el auto de medidas provisionales, la cohabitación de los esposos bajo el mismo techo, asumiendo quien posteriormente resulta obligado por la resolución judicial el pago de los gastos generados en el entorno familiar; pues, actuar de otro modo implicaría la exigencia de un doble pago, lo que entraría en abierta colisión con la institución de enriquecimiento sin causa, elaborada jurisprudencialmente entorno al artículo 1887 del Código Civil, así como con el artículo 149 del mismo texto legal, dentro de la regulación de los alimentos, que contempla la posibilidad de que el alimentante cumpla su obligación recibiendo y manteniendo en su propia casa al titular del derecho⁴⁷. En fin, en otras se dispone que, en caso de que en la demanda no se determine la fecha a partir de la cual debían prestarse alimentos, la regla general es que se establezcan con efectos desde la Sentencia de primera instancia⁴⁸.

Por otra parte, de fijarse la pensión en convenio regulador concurren, igualmente, dos posturas en relación a la fecha de exigibilidad⁴⁹. Así, para unos, es la fecha en que se suscribió el convenio; para otros, de forma minoritaria, la fecha de aprobación judicial del convenio⁵⁰.

Ahora bien, en este contexto, cabe plantearse si cuando la Sentencia modifica una pensión previamente fijada, resulta también de aplicación a este supuesto el artículo 148.1 del Código Civil, esto es, si opera en las sucesivas resoluciones en las que se pueden modificar los pronunciamientos anteriores, una vez fijada la pensión de alimentos, bien por estimación de un recurso o por tratarse de una Sentencia de modificación de medidas. Centrándonos en este último supuesto planteado, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2008⁵¹ señala que, sobre tal cuestión *«sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: «los efectos y las medidas prevista en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la Sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo»*, y en el artículo 774.5 de la LEC *«los recursos que conforme la ley se interpongan contra la Sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en esta»*, por lo que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dictan, momento en que sustituye a las dictadas anteriormente». Por otro lado, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal de 26 de octubre de 2011⁵² en relación a las sucesivas resoluciones que pueden cambiar las cantidades debidas como alimentos y si debe o no devolverse lo pagado cuando una Sentencia posterior rebaja o aumenta la cantidad debida, precisa que, *«hay que acudir de nuevo a las especialidades que presentan los procedimientos de familia. En relación a las medidas provisionales a las que también se refiere la recurrente al artículo 106 del Código Civil, además, del artículo 774.5 de la LEC. Por ello, las sucesivas resoluciones serán eficaces desde el momento en que se dictan, en que sustituirán las anteriores, por lo que será solo la primera resolución que fije la pensión*

de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación». Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 abril de 2014⁵³ fija como doctrina la siguiente: «cada resolución despegará su eficacia desde la fecha en que se dicte, y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente». Esta doctrina se reitera en las Sentencias de este mismo Alto Tribunal, de 18 de noviembre de 2014⁵⁴, de 19 de noviembre de 2014⁵⁵, de 23 de junio de 2015⁵⁶; de 6 de octubre de 2016⁵⁷; y, de 25 de octubre de 2016⁵⁸ por lo que, esta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional sobre la mencionada cuestión jurídica.

En todo caso, no existe un criterio unánime en las distintas Audiencias Provinciales que, siguen, en principio, tres soluciones distintas y posibles en lo que se refiere a la determinación de la eficacia —retroactiva o no— de las resoluciones por las que se modifica o suprime una pensión fijada en Sentencia firme anterior⁵⁹: 1. Las que establecen el inicio de los efectos en el momento de interposición de la demanda instando la supresión o modificación⁶⁰; 2. Las que fijan el inicio de los efectos en la Sentencia de primera instancia que, acuerda la reducción o extinción de la pensión de alimentos⁶¹; y, 3. La que fija en el momento de la Sentencia firme —la de segunda instancia, si ha existido apelación— negando efecto retroactivo. En esencia, desde la firmeza de la Sentencia que declara la modificación o supresión —en la línea de la doctrina del Tribunal Supremo—⁶².

Por otra parte, en relación con los recursos que se interpongan contra la Sentencia que fije la pensión no suspenderá las medidas acordadas en esta (art. 774.5 de la LEC). La pensión alimenticia que se fije en medidas definitivas y en primera instancia es inmediatamente ejecutiva, no siendo aplicable el régimen de ejecución provisional. En consecuencia, la pensión fijada en tales medidas desplegará sus efectos desde la interposición de la demanda hasta la Sentencia que ponga fin al pleito en primera instancia, aunque sea objeto de recurso de apelación, la Sentencia que se dicte en apelación y que sustituye a la de primera instancia desplegará sus efectos desde que se dicte; de forma que, no puede solicitarse ni adiciones a lo ya abonado en caso de ser la cuantía de la pensión fijada en la Sentencia de apelación superior a la de primera instancia, ni devolver nada en caso de ser la cuantía de la pensión fijada inferior a la de primera instancia⁶³. Las cantidades entregadas en concepto de alimentos tienen la naturaleza de consumibles y por tanto, afectos a necesidades vitales, debiendo considerarse que su importe se destina a dar cobertura a las necesidades del alimentista, con lo que casa mal con la obligación retroactiva de la devolución. Únicamente el abuso del derecho, el enriquecimiento injusto o el destino distinto a los fines alimenticios permitirá esa devolución⁶⁴. De todas formas, desde un punto de vista procesal, resulta imposible que, los efectos de la apelación se puedan retrotraer a un momento anterior; pues, lo determinado en la misma solo surte efecto, como hemos señalado, desde el momento en que adquiere firmeza la Sentencia de apelación, por lo que las cantidades abonadas conforme lo acordado en primera instancia están amparadas por tal título judicial. La Sentencia de apelación podrá modificar la medida de pensión de alimentos, de no confirmarse lo adoptado en instancia. Por lo que lo acordado en instancia no se entenderá modificado sino desde la apelación. De ser confirmatoria la Sentencia de segunda instancia, los efectos se retrotraerán a las Sentencias de primera instancia —ponga fin al proceso de

adopción o modificación de medidas en los procesos de nulidad, separación o divorcio—⁶⁵. En esencia, no existe norma alguna que autorice retrotraer al momento de la demanda o a cualquier otro momento anterior a la firmeza de la Sentencia que, ponga fin al proceso de adopción o modificación de las medidas en los procesos de nulidad, separación o divorcio⁶⁶. El Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia de 6 de octubre de 2016 en su *Fundamento de Derecho segundo* también se refiere a esta cuestión pues, considera que, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta debe ser la misma y se encuentra en la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que «cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que se podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación y las restantes resoluciones será eficaces desde que se dicten momento en que sustituyen a las citadas anteriormente». Dicha doctrina se asiente en el artículo 106 del Código Civil y artículo 774.5 de la LEC, razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte.

Cuestión distinta es que los alimentos se han recibido consecuencia de una resolución provisionalmente ejecutada, establecida en otro tipo de procedimiento, en cuyo caso la posible devolución de los recibido en exceso podría tener amparo legal en el artículo 533.1 de la LEC que, establece que, si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuera de condena al pago de dinero y se revocara totalmente, el letrado de la administración de justicia procedería al sobreseimiento de la ejecución provisional, y el ejecutante debe devolvería la cantidad que hubiera percibido⁶⁷.

Ahora bien, se hayan o no solicitado medidas provisionales estas quedan sin efecto por las que se establezcan definitivamente en la Sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo (art. 773.5 de la LEC)⁶⁸.

Por su parte, el artículo 233.7-3 del Código Civil catalán prevé una medida dirigida a favorecer los acuerdos extrajudiciales en los procesos de mediación, al posibilita que la resolución que modifica las medidas, pueda retrotraer sus efectos a la fecha de inicio del proceso de mediación.

En cuanto a la actualización de las pensiones, como señalamos, se suelen fijar las mimas con carácter anual y operan desde la fecha de la Sentencia, salvo que la misma o el convenio fijen otra distinta. Los incrementos de la pensión procedentes de la actualización operan de forma automática, acumulándose los mismos a la pensión alimenticia inicial, sin la exigencia de una expresa solicitud del preceptor⁶⁹. En caso de apelación y de confirmarse, el *dies a quo* a partir del cual ha de operar la actualización es el de la Sentencia de primera instancia que la declara⁷⁰. El artículo 148.1 del Código Civil resulta aplicable a las pensiones declaradas por primera vez, pero no a las actualizaciones que constituyen una mera ejecución material de un acuerdo firme⁷¹. Y aunque ha habido resoluciones de las Audiencias Provinciales que, han declarando que, los efectos de la actualización se producen *ex nunc* a partir del momento en que procesal o extraprocesalmente en que, las partes haciendo uso de esa previsión revisora, se fija el nuevo importe sin que quepa retrotraer con efectos *ex tunc* el aumento o disminución a aquellos periodos transcurridos sin efectuar la revisión. Sin embargo, la clara evolución de la jurisprudencia en esta materia hace que se considere que, los incrementos

reclamados como consecuencia de actualizaciones de la pensión que fueron establecidos en Sentencia firme, operen automáticamente sin necesidad de solicitud expresa, pues, su atribución no precisa de ulterior resolución, ya que viene la actualización expresamente establecida en la parte dispositiva de la Sentencia⁷².

Finalmente, la falta de mención en el convenio regulador o en la Sentencia sobre el sistema de actualización de la pensión no impide que, la pensión se actualice en ejecución de Sentencia, aplicando el criterio subsidiario de actualización como es el IPC. De todas formas, en caso de hijos menores de edad en relación con la actualización de la cuantía, no rige el principio de justicia rogada, por lo que el juez puede sobre el principio de orden público, acordar todas aquellas medidas que sean necesarias para proteger el interés de los hijos, lo que le habilita para fijar la forma de actualización de la pensión, aunque no hayan solicitado ni fijado nada las partes⁷³.

III. LA ACCIÓN DE REEMBOLSO ENTRE PROGENITORES POR LA CANTIDADES ABONADAS EN CONCEPTO DE ALIMENTOS POR UNO DE ELLOS

Al margen de los obligados al pago, el Código Civil posibilita que el cumplimiento proceda de un tercero, esto es, de una persona que, sin estar obligada, paga de forma voluntaria y a sabiendas una deuda ajena. A este respecto, el artículo 1158.1 del Código Civil dispone que «*puede hacer el pago cualquier persona*». El fundamento de este precepto y de la consiguiente legitimación del tercero «está en la función satisfactiva del pago, siendo la prestación fungible, el interés del acreedor queda igualmente, satisfecho ya pague el deudor o persona distinta»⁷⁴. Por esta razón, «no cabe el pago por tercero cuando la prestación es infungible, como sucede en las obligaciones de hacer personalísimas (art. 1161), pues en tal caso solo el deudor puede ejecutar la prestación que satisface el interés del acreedor»⁷⁵. En todo caso, es preciso que el tercero que paga lo haga cumpliendo los requisitos objetivos del pago y realice correctamente la prestación debida. Por tanto, mediando los requisitos comunes a todo pago, el cumplimiento realizado por el tercero constituye un pago válido. E incurrirá en mora el acreedor que se hubiera negado a recibir la prestación que un tercero le ofrece —*mora creditoris*—⁷⁶. En todo caso, el tercero que paga, ha de hacerlo con ánimo de extinguir la obligación, ha de tener *animus solvendi* y de pagar una deuda ajena, pues, si está cumpliendo una deuda propia no hay pago por tercero⁷⁷. Como señala MARÍN LÓPEZ (2013, 8487) en este caso «habrá que acudir a las reglas de cobro de lo indebido, quedando el acreedor obligado a restituir al tercero la prestación recibida, salvo en el caso previsto en el artículo 1899 que, es el único, además, en el que el tercero que pagó indebidamente dispone de una acción de regreso contra el deudor»⁷⁸.

Ahora bien, para la validez del pago por tercero es indiferente la voluntad del deudor al respecto, y asimismo, los motivos por lo que el tercero cumple la obligación; sin embargo, en la relación entre tercero y deudor, a la hora de fijar el contenido de la reclamación, sí que resulta necesario tener en cuenta la actitud y voluntad del deudor —consentimiento, ignorancia u oposición— en orden al pago realizado por el tercero. Así, si el tercero hubiera pagado con conocimiento y sin oposición del deudor, podrá reclamar de este lo que hubiese pagado —acción de reembolso (art. 1158.2 del Código Civil)—, además de poder subrogarse en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor por quien ha

pagado —acción subrogatoria (art. 1159 *a sensu contrario*)—; si el tercero paga ignorándolo el deudor, podrá reclamar de este lo que hubiera pagado —acción de reembolso, sin poder subrogarse en la posición del deudor—; y, si el tercero paga, oponiéndose el obligado al cumplimiento, solo podrá repetir del deudor aquello en que hubiera sido útil el pago —*actio in rem verso* (art. 1158.3 del Código Civil)—. En este supuesto la oposición del deudor debe ser explícita y anterior o al tiempo del pago⁷⁹.

En este contexto, se ha planteado la posibilidad de aplicar el artículo 1158 del Código Civil, y por ende, ejercitar una acción de reembolso exigiendo los alimentos satisfechos exclusivamente por un progenitor desde el nacimiento del hijo menor de edad hasta la fecha en que se determinó la filiación sobre la base de lo dispuesto en los artículos 112 y 154 del Código Civil, esto es, con efectos retroactivos, cuando la filiación queda determinada respecto del otro en virtud de reclamación judicial de la filiación.

La posición de las Audiencia Provinciales ha sido diversa. Por un lado, las que se muestran favorables al reembolso de las cantidades satisfechas argumentando que, la Sentencia que determina legalmente la filiación tiene naturaleza declarativa, de modo que los efectos que se derivan de la relación paterno-filial, constatada conforme a Derecho, se retrotraen al momento en que la procreación tiene lugar, siempre que sea posible según su naturaleza y la Ley no disponga otra cosa, no pudiendo considerarse como disposición legal contraria a la retroactividad el artículo 148 del Código Civil, puesto que el régimen jurídico aplicable a los alimentos del artículo 110 es el del artículo 154 y no el contenido en los artículos 142 y siguientes, todo ellos, del Código Civil, considerando la doctrina que, en el concreto artículo 148 solo resulta aplicable en algunos casos y con limitaciones. La acción prevista en el artículo 1158 exige como presupuesto, que quien reclama, haya pagado voluntariamente una deuda ajena y cuantifique y justifique el importe satisfecho cuyo reintegro interesa, siendo este último requisito también exigible cuando la reclamación sea amparada en la doctrina sobre enriquecimiento injusto o en el artículo 154 del Código Civil. Por lo que, el progenitor que, antes de presentar la demanda de reclamación de paternidad, ha venido satisfaciendo los alimentos del hijo menor de forma exclusiva, podrá ejercitar la acción de reembolso prevista en el citado artículo 1158, acción personal sometida al plazo de prescripción del artículo 1964 del Código Civil frente al otro progenitor, por recaer la obligación de alimentos sobre ambos progenitores (art. 154 del Código Civil). Si bien dicha reclamación no será en concepto de alimentos, pues por la naturaleza de esta prestación, es evidente que los alimentos consumidos no pueden devolverse, sino por cumplir una deuda ajena —Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, de 8 de enero de 2008, de 2 de mayo de 2012 y de 5 de julio de 2013⁸⁰; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21.^a, de 10 de enero de 2012⁸¹; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 7.^a Melilla, de 25 de noviembre de 2013⁸²—. Otras, por el contrario, rechazan dicho planteamiento, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.^a, de 8 de abril de 2013⁸³ en el que se ejercita una acción de reembolso por cobro de lo indebido que se rechaza —que ha sido objeto de recurso de casación concluido mediante la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2015 en la misma línea—; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 15 de junio de 2015⁸⁴ que, sobre la cuestión de si se pueden reclamar alimentos con efectos retroactivos desde la fecha de nacimiento hasta la fecha en que se determina la filiación, la respuesta es negativa.

En esta última tendencia, se ha posicionado el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en las ya mencionadas Sentencias de 29 y 30 de septiembre de 2016 negando el reembolso por la vía del artículo 1158 del Código Civil al progenitor que ha satisfecho los alimentos en exclusiva desde el nacimiento del hijo menor hasta la Sentencia de determinación de la filiación no matrimonial, alegando la primera de las resoluciones que «según dispone el artículo 148 del Código Civil, en ningún caso se abonarán los alimentos sino desde la fecha de la demanda, aunque con anterioridad se necesiten para subsistir. Esta regla se refiere únicamente a la petición de los alimentos, puesto que, como afirma la STS 320/1995, de 8 de abril, una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que estos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos (Sentencia de 14 de junio de 2011)». Y añade «como dice el Tribunal Constitucional (ATC Pleno de 16 de diciembre de 2014) es cierto que la retroactividad de los alimentos facilitaría procesalmente el resarcimiento del progenitor que cumplió su obligación *ex* artículo 154.1 del Código Civil como vía para reclamar la deuda al progenitor incumplidor. Pero la retroactividad de la obligación de prestación de alimentos al menor no se orientaría a su asistencia, como fin constitucionalmente relevante del artículo 39.3 CE, pues el menor ya fue asistido y sus necesidades ya fueron cubiertas, sino a resarcir al progenitor cumplidor, que puede formular demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación frente a una deuda generada a su favor por el progenitor incumplidor, y la limitación temporal de la exigibilidad de los alimentos, ante el incumplimiento voluntario por parte del progenitor no custodio, resulta además proporcionada para evitar una situación de pendencia que no sería compatible con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)». Por su parte, la segunda resolución alega al respecto que «la norma del artículo 148.1 *in fine* del Código Civil no implica que la obligación de alimentos entre parientes no exista y sea exigible —como ese mismo artículo empieza diciendo— «desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos». Y la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a los hijos menores de edad nace y es exigible desde el nacimiento del hijo, aunque la filiación no esté entonces legalmente determinada (art. 112.1 del Código Civil). No son, así, exactas las declaraciones contenidas en las Sentencias de instancia en el sentido de que, en el periodo relevante, don Cosme no tenía la obligación de prestar alimentos a Hipólito: la tenía, lo supiese, o no —supiese, o no, que era el progenitor de Hipólito—, o albergase, o no, dudas razonables al respecto durante cierto tiempo. Lo exacto es decir que, conforme al artículo 148.1 *in fine* del Código Civil, finalizado el periodo relevante Hipólito carecía de acción para exigir a su padre el abono de los alimentos correspondientes a dicho periodo: al periodo que medió entre el día su nacimiento y el 6 de mayo de 2012. Inexacto nos parece también que la desestimación de la demanda se justifique con la afirmación de que doña Clara estaba legalmente obligada a la prestación alimenticia a su hijo en toda su extensión, y que, por lo tanto, no pagó una deuda ajena. La demanda tampoco podría haber prosperado, si la actora hubiera fundado jurídicamente su pretensión en el artículo 1145.2 del Código Civil, sobre la base de considerar solidaria la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad. Ni, tampoco, si la hubiese fundado en una aplicación analógica de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 145 del Código Civil, sobre la base de considerar mancomunada aquella obligación. Por lo que, «la justificación exacta para la desestimación de la demanda es la que alegó la representación de don Cosme en su contestación y reiteró, con las

mismas palabras, en su oposición al recurso de apelación: «ninguna petición de reembolso cabe de cantidades cuyo pago no puede ser exigible»; o, dicho con mayor precisión aún: cuyo pago ya no podría ser exigido. Si el legislador, con la norma del artículo 148.1 *in fine* del Código Civil, ha querido proteger al deudor de alimentos —don Cosme, en el presente caso— frente al acreedor de los mismos —Hipólito, en nuestro caso—, denegando a este acción para exigir los alimentos correspondientes al periodo mediante entre la fecha en que se produjo el supuesto de hecho generador de la obligación —en este caso, el nacimiento de Hipólito—, y la fecha en que se interpuso la demanda —el día 6 de mayo de 2012, en el presente caso—, comportaría una contradicción valorativa palmaria que tal protección legal decayera a favor de quien prestó aquellos alimentos —en este caso, doña Clara— en lugar del deudor, y viene luego a reclamar a este que le reembolse su importe». Para el Tribunal Supremo en ambos casos resulta claro que, si el propio beneficiario de los alimentos carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior a la demanda, con mayor motivo no la tiene su madre a través de la acción de reembolso contra el padre.

Sobre tales bases, no cabe duda que el artículo 148.1 del Código Civil conserva su redacción originaria de 1889 y determina que la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán, sino desde la fecha en que se interponga la demanda. Como se observa la «*ratio legis*» del precepto es la inexigibilidad del derecho de alimentos antes de plantear la reclamación correspondiente ante los tribunales, que responde a la máxima «*in praetritum non vivitur*», pues, como el alimentista ha sobrevivido hasta la fecha con otros medios, ya no es necesario abonarlos. De otra parte, se trata de una norma que responde al principio «*favor debitoris*», pues, la condena al pago de las cantidades acumuladas en el pasado supondría para el alimentante en muchos casos una carga insoportable. Al ser una norma preconstitucional se planteó en su momento su posible inconstitucionalidad sobrevenida en relación con lo dispuesto en el artículo 39.3 de la CE, siendo resuelta de forma favorable su constitucionalidad por el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2014. Por su parte, con anterioridad, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sendas resoluciones dictadas en unificación de doctrina y que hemos aludido a ellas en líneas precedentes, dispusieron la aplicabilidad del citado artículo 148.1 a la reclamación de alimentos a los hijos menores de edad en situación de crisis del matrimonio o de pareja no casada y ante la reclamación de alimentos por los hijos menores cuya filiación no matrimonial ha resultado declarada. Precisamente, en esta línea, se han pronunciado las Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil, de 29 y 30 de septiembre de 2016 en sendos procesos de reclamación de alimentos tras la determinación de una filiación no matrimonial, donde se protege al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada —hasta cinco años de pensiones a tenor del artículo 1966.1 del Código Civil, a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era o por qué importe, deudor de alimentos. Es cierto que el legislador bien podría haber añadido un nuevo párrafo al artículo 153 del Código Civil que, exceptuase la aplicación de la regla establecida en el artículo 148.1 cuando se trata de prestar alimentos a los hijos menores de edad que, los artículos 110 y 154.1 del citado cuerpo legal imponen a los progenitores. La realidad es que la obligación de prestar alimentos a los hijos menores por parte de sus progenitores nace y resulta exigible desde el nacimiento del hijo, aunque la filiación no esté entonces determinada y, por tanto, tal filiación produce sus efectos desde que tiene lugar y su determinación tiene efectos retroactivos, pero siempre

que, la retroactividad sea compatible con la naturaleza de esos efectos y la ley no disponga lo contrario (art. 112 del Código Civil). Y, precisamente, en materia alimenticia, el Código Civil establece una excepción expresa a la retroactividad cuando dispone en su artículo 148.1 que, aunque la obligación de dar alimentos es exigible desde que la persona que tenga derecho a percibirlos los necesite para subsistir, solo se abonarán desde la fecha de la demanda en la que se reclamen. Esta norma, prevista en el régimen jurídico general de los alimentos entre parientes, es también de aplicación a la obligación de alimentos a los hijos menores por mandato del artículo 153 del Código Civil. Además, el Tribunal Constitucional (en Auto del Pleno de 16 de diciembre de 2014) consideró al respecto que 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. Por otra parte, coincido con aquella parte de la doctrina que, apunta tener en cuenta, a los efectos de reclamar determinadas cantidades en concepto de alimentos, el conocimiento de la situación de necesidad por el alimentante, a si el retraso en la reclamación, precisamente, se debe o no a causa imputable al mismo, o en fin a dotar de una mínima retroactividad hasta una posible reclamación judicial en la línea de lo dispuesto en el artículo 237 del Código Civil catalán. De todas formas, para evitar los posibles perjuicios para el alimentista, se pueden solicitar la prestación de alimentos en medidas provisionales o las provisionales o coetáneas y acumular la acción de reclamación de alimentos a la de reclamación de paternidad.

En este contexto, asimismo, se exige en nuestro Código Civil que para que prospere una acción de reembolso debe existir una deuda exigible y líquida y la cuantía de la pensión y por ende, de los alimentos se establece en la Sentencia. En todo caso, lo que se reclama son cantidades pagadas cuyo importe corresponde al progenitor abonar desde el nacimiento mismo del hijo, con lo que no sería desdeñable el ejercicio de una acción de reembolso sujeta al plazo de prescripción de cinco años, pero de nuevo el artículo 148.1 determina la exigibilidad de las cantidades a abonar en concepto de alimentos desde la interposición de la demanda. Por lo que, la aplicabilidad del citado artículo 1158.1 en este ámbito, choca con el límite infranqueable del artículo 148.1, incluso un eventual cumplimiento voluntario por parte del progenitor previo a la reclamación judicial, que luego se torna en un incumplimiento. No puede exigirse judicialmente tal cumplimiento, pues, solo tiene deber jurídico desde la fecha de interposición de la demanda. Además, si el propio beneficiario de los alimentos —el hijo— carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior a la demanda, con mayor motivo no la tendrá su madre a través de la acción de reembolso interpuesta contra el padre. Sin duda, puede haber una obligación moral a cargo de quien finalmente sea declarado padre —en la correspondiente acción de reclamación de paternidad— por los gastos de manutención y educación anteriores a esa fecha —interposición de la demanda—, y desembolsados por la madre, pero lo cierto es que la ley no le concede a esta acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase.

Por lo que *de lege ferenda* resultaría necesario una modificación del artículo 148.1 en el sentido de extender la obligación de prestar alimentos a los hijos menores más allá de lo que la norma autoriza al menos desde la interpelación al obligado de un modo fehaciente —reclamación extrajudicial—, siempre que se interponga la demanda en un determinado tiempo, o exceptuar del régimen general de los alimentos entre parientes el deber de alimentos a los hijos menores de edad e, incluso, facilitar la acción de reembolso de lo gastado por el proge-

nitor que asumió el cuidado del hijo en la parte que corresponde al progenitor no conviviente con el límite de la prescripción de cinco años; si bien, esta labor corresponde realizarla al legislador.

IV. EL COBRO DE LO INDEBIDO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y ABUSO DEL DERECHO EN LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS

La doctrina y jurisprudencia exigen en relación con el pago de lo indebido los siguientes presupuestos⁸⁵: 1. Que exista un pago efectivo hecho con la intención de extinguir una obligación contractual o no (*animus solvendi*). 2. Inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, esto es, la falta de deber subyacente en la conducta del *solvens* frente al *accipiens*. El error por parte de quien hizo el pago (*solvens*) consistente «en la creencia equivocada de pagar en cumplimiento de una obligación propia y no por liberalidad o en cualquier otro concepto»⁸⁶. Se admite tanto el error de hecho como el de derecho y no es preciso que sea excusable, aunque sí relevante⁸⁷. Sin embargo, algunas resoluciones exigen que error sea excusable, esencial y relevante⁸⁸. Recientemente, la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2015⁸⁹ se ha pronunciado de forma expresa sobre el reembolso de cantidades satisfechas en concepto de pensión de alimentos tras declararse la inexistencia de relación filial en cuanto a la obligación de devolver alimentos cuyo importe había sido fijado previamente en una Sentencia de divorcio y su no encaje en el artículo 1895 del Código Civil como un supuesto de cobro de lo indebido y, por ende, en la retroactividad de los efectos de la Sentencia que, estima la impugnación de la filiación matrimonial. La Sentencia cuenta con el voto particular de dos Magistrados que consideran que la situación del caso, se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 del Código Civil, y, por tanto, consideran que, el recurso de casación debió ser estimado.

Si bien, en el seno de las Audiencia Provinciales no existe una posición unánime. Así hay Sentencias que sostienen que, la reclamación de alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el cauce del artículo 1895 del Código Civil —en la línea del voto particular—⁹⁰; por otro, existen resoluciones que manifiestan que la reclamación de alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por vía de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil⁹¹; y, finalmente, hay Sentencias que consideran que, en tanto no se declare que el padre que, lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos eran debidos. De forma que, el abono de la pensión de alimentos lo es en cumplimiento de una Sentencia que así lo determina; y, tal deber que tiene su fundamento legal en la filiación misma, no se extingue hasta que recae Sentencia firme que, declare la no paternidad —en la línea del Tribunal Supremo—⁹².

Sin embargo, si existe una mayor unanimidad a la hora de admitir la posible devolución (o bien de no abonar las cantidades reclamadas, si estas se exigen en un proceso de ejecución del título judicial) en aquellos casos en que se ha producido un enriquecimiento injusto o bien ha existido un abuso del derecho⁹³, cuando constatada sin ninguna duda la extinción del derecho (que opera de forma automática y sin necesidad de declaración judicial —así en el supuesto del art. 152.3 del Código Civil—) se pretende «con manifiesto abuso del derecho, prolongar, por meros motivos formales, una obligación que legamente se había extinguido, lo que conduciría, de estimarse su pretensión a un enriquecimiento sin causa,

que no puede ser amparado judicialmente»⁹⁴. Ello es así tanto cuando se trata de prolongar esa situación indebidamente, por ejemplo, por el matrimonio de la hija mayor de edad⁹⁵, como cuando se ha manifestado la misma en un estado tal que la percepción de la pensión ha implicado un manifiesto enriquecimiento injusto (derivado de un ejercicio anormal del derecho)⁹⁶. Asimismo, en algunas resoluciones se exige la devolución de las cantidades satisfechas cuando las cantidades abonadas no han sido destinadas a la finalidad alimenticia que les dio causa, con resultado de un enriquecimiento injusto para el alimentista⁹⁷. Finalmente, en otras se exige un pronunciamiento expreso sobre la devolución de las cantidades prestadas en concepto de alimento en la Sentencia que, precisamente, los ha reducido o extinguido, pues, de lo contrario se considera inexigible tal devolución⁹⁸.

Por último, —aunque ello exigiría un estudio más detallado que nos comprometemos a llevar a cabo—, es la cuestión relativa a la aplicación del derecho de daños a las relaciones familiares y así podemos señalar que, se ha transitado desde una versión clásica, en que se predicaba una inmunidad absoluta por la que la mera condición de cónyuge y provocaba la exención de responsabilidad prescindiendo de cualquier otra consideración —lo que se correspondía con una idea patriarcal y de privacidad de la familia—, a una visión mucho más moderna, propia ya del liberalismo, en la que se busca potenciar los derechos individuales de las personas también dentro del ámbito familiar y, se fomenta la propia autonomía privada en la determinación de las relaciones conyugales. Es a partir de dicha configuración del matrimonio y de la familia como comunidad donde cada uno de los integrantes desarrolla su personalidad, y donde, asimismo, comienza a plantearse la exigencia de la responsabilidad civil cuando, como ocurre en el caso español, no existe ninguna excepción a la aplicación de las normas generales sobre derecho de daños que, tenga su previa razón de ser, precisamente, en la existencia de la convivencia o en la relación familiar⁹⁹. Es cierto, en tal sentido, que existen ordenamientos jurídicos, como el alemán, que reconocen reglas que imponen estándares de conducta o de diligencia en el cumplimiento de los deberes familiares, y que determinan incluso las consecuencias que se producen en el orden indemnizatorio cuando se vulneren, si bien se limitan siempre a la exigencia de responsabilidad por dolo o culpa grave; sin embargo, en otros, como el español no parece que, ante la ausencia de normas específicas y aplicando las normas generales sobre la responsabilidad civil, se deba exigir al agente productor del daño la obligación de indemnizar en los mismos supuestos que, debería hacerlo frente a un tercero. Al contrario, el incumplimiento de los deberes conyugales (arts. 67 y 68 del Código Civil, esencialmente) no provoca su coercibilidad integral o por equivalente, ni es susceptible de reparación económica. Quizás el avance progresivo de la visión del matrimonio o de la relación de pareja como comunidad y no como institución, añadido al hecho de que las propias consecuencias del principio de especialidad se van diluyendo y la no exigencia de causas de separación o divorcio —así, el ejemplo más claro es la infidelidad que como causa de separación ha quedado sin efecto desde la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en que la ruptura del vínculo conyugal se asocia ya, frente a un sistema causal, a la mera expresión de su voluntad cuando hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio—, ha permitido que las relaciones en esta materia —derecho de daños y derecho de familia— comiencen a adquirir plena operatividad, lo que ha venido incluso auspiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009¹⁰⁰ —en un supuesto en que se condena a la madre por indemnización por daño moral a un padre por haber causado la privación de todo contacto con su hijo.

No obstante ello, y aunque hoy en día pueda afirmarse que el artículo 1902 Código Civil puede ser fuente de aplicación para reconocer los daños que se originan en las relaciones de familia, nos encontramos ante la discusión sobre si la fuente o criterio objetivo de imputación del daño —en cuanto que el fundamento de la responsabilidad civil es siempre un daño, atribuible a un sujeto civilmente responsable mediante alguno de los criterios de imputación previstos en la ley— es únicamente el dolo en la conducta de la esposa, como parece indicar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1999¹⁰¹ —que consideró inaplicable el artículo 1902 del Código Civil al caso por no apreciar dolo en la conducta de la demandada, que conoció la paternidad biológica de su hijo cuando este ya tenía veinticuatro años—, o es suficiente la culpa, además, lógicamente, del hecho dañoso y nexo de causalidad.

Lo cierto es que en la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales se han sucedido pronunciamientos distintos, unos exigiendo la prueba del dolo —la mayoría, con inevitable dificultad de su prueba—¹⁰²; otros aceptando únicamente la culpa como criterio de imputación, generalmente fundada en la omisión de la diligencia debida en la averiguación de la paternidad del hijo cuando se mantienen relaciones sexuales simultáneas con el cónyuge y un tercero. En tal sentido, ha abandonado la exigencia del dolo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 16 de enero 2007¹⁰³ que, califica de negligencia constitutiva de responsabilidad extracontractual la omisión de la adopción de medidas dirigidas a determinar la paternidad biológica, pues la demandada pudo —en el caso— y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor». Incluso nos encontramos con una resolución que objetivan totalmente la responsabilidad, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, de 3 de abril de 2008¹⁰⁴ que, afirmando mantener un criterio contrario al del Tribunal Supremo, sostiene que «los cambios normativos fuerzan necesariamente una adaptación de la doctrina a la situación normativa actual. Y en este sentido, entendemos que ni resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada y que su mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción a su marido, es hecho que por sí mismo genera su responsabilidad civil».

En todo caso, la infidelidad conyugal no es indemnizable, si lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARCOS VIERA M.ª L. (2013). Comentarios al artículo 1895 del Código Civil, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IX, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1982). Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil, en: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil*, T. III, vol. 2, Madrid: Edersa.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). Reclamación de la pensión alimenticia tras declararse la inexistencia de relación filial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 754, marzo-abril.
- CAÑIZARES LASO, A. (2012). Obligaciones familiares básicas, en: G. Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de Familia*, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código Civil, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch.

- DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, en: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol. I, Madrid: Tecnos.
- DÍEZ PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil*, T. IV Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, 10.^a ed., Madrid: Tecnos.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. IV Derecho de Familia, 14.^a ed., Madrid: Marcial Pons.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). Comentario al artículo 1158 del Código Civil, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. VI, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, en: C. Martínez de Aguirre Aldaz, P. De Pablo Contreras y M.A. Pérez Álvarez (coords.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, Valladolid: Colex.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación de alimentos entre parientes*, Madrid: La Ley.
- PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona: Bosch.
- PARRA LUCÁN, M.ª Á (2011). Los cuasicontratos, en: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. II Derecho de Obligaciones, Valladolid: Colex.
- SÁINZ DÍEZ DE ULZURRUN, J. (2016). La pensión alimenticia a favor de los hijos, *Memento Práctico, Familia (2016-2017)*, Madrid: Francis Lefebvre.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Sala Segunda, 14 de marzo de 2005.
- ATC, (Pleno), 16 de diciembre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de junio de 1988.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de octubre de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de junio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de octubre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de diciembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de noviembre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de marzo de 2015.
- STS, Pleno, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2016.
- STS, Pleno, Sala de lo Civil, 29 de septiembre de 2016.
- STS, Pleno, Sala de lo Civil, 30 de septiembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de octubre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de octubre de 2016.
- SAP Murcia, secc. 5.^a, 16 de abril de 2002.
- SAP Granada, secc. 3.^a, 12 de octubre de 2002.
- SAP Navarra, secc. 2.^a, 28 de junio de 2004.
- SAP Cantabria, secc. 4.^a, 10 de mayo de 2005.

- SAP Barcelona, secc. 18.^a, de 16 de enero de 2007.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, 15 de marzo de 2007.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, 8 de enero de 2008.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, 14 abril 2008.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, 2 de mayo de 2012.
- SAP Cáceres, secc. 1.^a, 15 de junio de 2015.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, 12 de abril de 2016.

NOTAS

¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ N. (2002). *La obligación de alimentos entre parientes*, Madrid: La Ley, p. 33. En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS J. M.^a. (1995). *Derecho civil español, común y foral*, T. V Derecho de Familia, vol. II, 10.^a edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez, Madrid: Reus, pp. 447-448.

² Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1988 (*RJ* 1988, 5138), una cosa son las cargas del matrimonio y otra los alimentos, pues, entre uno y otro deben existir importantes diferencias.

³ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7464); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de junio de 1995 (*AC* 1995, 1267); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.^a, de 4 de septiembre de 1996 (*AC* 1996, 1669); de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.^a, de 20 de febrero de 1997 (*AC* 1997, 390); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.^a, de 16 de enero de 1998 (*AC* 1998, 2990); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 14 de abril de 1998 (*AC* 1998, 821); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, de 2 de octubre de 1998 (*AC* 1998, 8080); de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.^a, de 25 de enero de 1999 (*AC* 1999, 3019); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.^a, de 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 8986); de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 1.^a, de 18 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 7698); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, de 13 de enero de 2000 (*AC* 2000, 3662); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 27 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001, 112839); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 29 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001, 113126); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, de 16 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 176802); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.^a, de 12 de octubre de 2002 (*JUR* 2002, 284022); y, de la Audiencia Provincial del Navarra, secc. 2.^a, de 28 de junio de 2004 (*AC* 2004, 1852).

⁴ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.^a, de 21 de julio de 2004 (*AC* 2004, 1839). De forma expresa, el artículo 237-2.2 del Código Civil de Cataluña dispone que: «los deberes de asistencia entre cónyuges y entre los progenitores y sus hijos, son regulados por las disposiciones específicas y, subsidiariamente, por las establecidas por este Capítulo»; y, el artículo 237-14 del citado cuerpo legal, asimismo, señala que «las normas establecidas en este Capítulo se aplican subsidiariamente a los alimentos ordenados en testamento o en codicilo...».

⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 213; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, en: C. Martínez de Aguirre Aldaz, P. De Pablo Contreras y M.A. Pérez Álvarez (coords.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, Valladolid: Colex, pp. 48-49; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1958). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Salamanca: Universidad de Salamanca, p. 35; del mismo autor (1982), Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil, en: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil*, T. III, vol. 2, Madrid: Edersa, p. 23. *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 1986 (*RJ* 1986, 6574); de 23 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 1169); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 17 de marzo de 1998 (*AC* 1998, 616); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 21 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 84592); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, de 6 marzo 2001 (*JUR* 2001, 150454); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 14 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 92955); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, de 10 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 266155).

⁶ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 21 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 50) se aporta certificación del Registro Civil, y relaciones afectivas entre la madre de la actora y el demandado en la época de la fecundación y nacimiento de la hija.

⁷ En este sentido, PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona: Bosch, p. 108.

⁸ Señala PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 114 que no es tanta la relevancia de la posibilidad económica del obligado en el *iter* de la obligación de alimentos, sobre todo en referencia al nacimiento de la misma; dado que la ley únicamente supedita este, al término inicial que supone la existencia de necesidad por parte del alimentista. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7464); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.^a, de 27 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 242047); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.^a, de 17 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002, 281420) la enfermedad del alimentante condiciona las expectativas económicas del mismo.

⁹ Como precisan Díez Pícazo, L., y Gullón Ballesteros, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil*, T. IV Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, 10.^a ed., Madrid: Tecnos, p. 54, no es carga del que demanda los alimentos probar la no concurrencia de estas circunstancias, sino del demandado para evitar la condena a prestarlos.

¹⁰ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, pp. 267-268.

¹¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, pp. 269 a 274. También plantea ambas posiciones de la doctrina y las dudas en torno al momento de la obligación de alimentos, en cuanto, parece que tal momento es diferente según estemos ante un cumplimiento voluntario o un cumplimiento forzoso de la obligación, CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código Civil, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1494.

¹² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 269; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, *op. cit.*, p. 49.

¹³ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 270.

¹⁴ DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Pícazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol. I, Madrid: Tecnos, p. 535; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 270; LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, pp. 24-25; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, *op. cit.*, p. 49; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. IV Derecho de Familia, 14.^a ed., Madrid: Marcial Pons, p. 370; Díez-Pícazo, L., y Gullón Ballesteros, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 53; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de familia, duodécima edición puesta al día por Silvia Díaz Alabart, Madrid: Edisofer, p. 16.

¹⁵ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 1995 (*RJ* 1995, 2991) señala que, la reclamación judicial es la que concreta la prestación (cuantía o modo de pago), aunque exista con anterioridad el derecho de alimentos y fuera exigible. No debe confundirse el tiempo del nacimiento y el tiempo de exigibilidad de los alimentos; el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 de enero de 1992 (*AC* 1992, 19); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 16 de enero de 1996 (*AC* 1996, 57) dispone que, la redacción del artículo 148 del Código Civil es clara cuando establece que, la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda; el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 1 de febrero de 2000 (*AC* 2001, 2415); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 17 de enero de 2001 (*AC* 2001, 2435); el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.^a, de 23 abril 2002 (*JUR* 2002, 235962); la Sentencia de la Audiencia Pro-

vincial de Pontevedra, secc. 5.^a, de 25 de octubre de 2002 (*AC* 2002, 1853); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 20.^a, de 10 de febrero de 2003 (*JUR* 2004, 160117); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.^a, de 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 190102); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, de 11 de octubre de 2004 (*JUR* 2004, 289751); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.^a, de 30 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 124791); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, de 22 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 91592); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 15 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 120585); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, de 14 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 234436).

¹⁶ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1493.

¹⁷ CAÑIZARES LASO, A. (2012). Obligaciones familiares básicas, en: G. Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de Familia*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, pp. 140-141.

¹⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.^a, de 23 enero 2008 (*JUR* 2008, 228088). Igualmente, se expresa el artículo 237-5.1 del Código Civil catalán. Sin embargo, en el número 2 del citado precepto se señala que «en el caso de alimentos a los hijos o hijas menores también se podrá demandar los anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, hasta el máximo de un año, si la reclamación no es hecha por causa imputable a la persona obligada a prestarlos».

¹⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1982). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 48.

²⁰ DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 535-536 quien precisa que, por un lado, el alimentista ha vivido hasta allí sin los alimentos que pide, de manera que ya no se fundamentan en la necesidad vital del alimentista, que de hecho ha quedado cubierta; y por otra parte, la condena al pago de las cantidades acumuladas en el pasado podría llegar a suponer una carga insoportable, mientras que no serviría para las necesidades futuras del alimentista, por hipótesis cubiertas por las pensiones ordenadas para el futuro. Cosa distinta es que, como asimismo apunta el autor, quepa pedir al alimentante que no cumplió, una indemnización de los daños y perjuicios que su incumplimiento ocasionó al alimentista, pero ya no como una obligación indemnizatoria ordinaria; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 25; PUIG PEÑA, F. (1950). «voz Alimentos», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. II, Barcelona: Seix, p. 585.

²¹ BELTRÁN DE HEREDIA, P. (1982). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 44-45.

²² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, pp. 283-284; DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 535; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 55.

²³ *RJ* 1995, 2991.

²⁴ DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 536.

²⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 1399) dispone que el modulo temporal que, establece el artículo 148.1 del Código Civil se refiere solo a los alimentos que sean solicitados, y no estén todavía reconocidos, pero no a los que estén devengados, por haberse producido ya su reconocimiento, y no hubieran sido abonados por el obligado a hacerlo. Asimismo, *vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 15 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 115831).

²⁶ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1495.

²⁷ PADIAL ALBAS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 234; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 282; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1496. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 26 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 20398).

²⁸ DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 536; PADIAL ALBAS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 236; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 27; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). La obligación legal de alimentos entre parientes, *op. cit.*, p. 284, para quien «está justificada no solo para el resarcimiento de posibles daños, sino también para evitar que la negativa a prestar alimentos libere totalmente al obligado de cualquier responsabilidad hasta que estos sean reclamados judicialmente».

²⁹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). La obligación legal de alimentos entre parientes, *op. cit.*, pp. 284-285.

³⁰ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 21.ª, de 10 de marzo de 1998 (AC 1998, 7015); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 5 de julio de 2005 (JUR 2006, 222902). Asimismo, *vid.*, el artículo 237-11 del Código Civil Catalán.

³¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). La obligación legal de alimentos entre parientes, *op. cit.*, p. 285; DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 535.

³² RJ 1993, 7464. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5794).

³³ RJ 2008, 7123.

³⁴ RJ 2011, 4527.

³⁵ RJ 2012, 10129.

³⁶ RJ 2013, 7855.

³⁷ RJ 2014, 498.

³⁸ RJ 2015, 2655.

³⁹ RJ 2016, 2970.

⁴⁰ RTC 2014, 301. El Tribunal Constitucional hasta esta Sentencia no había recibido demanda alguna capaz de generar un pronunciamiento expreso sobre la vigencia del artículo 148.1 del Código Civil para los casos en que el alimentista es un hijo menor de edad del alimentante. Esta resolución en su *Fundamento Jurídico cuarto* señala que: «(...) en los términos en que se duda de constitucionalidad se plantea, si resulta que la retroactividad de los alimentos facilitaría procesalmente el resarcimiento del progenitor que cumplió su obligación *ex artículo* 154.1 del Código Civil como vía para reclamar la deuda al progenitor incumplidor. Pero no es inmediato como dicha retroactividad sirve al interés superior del menor, los alimentos no se orientarían a la asistencia del menor, el fin del artículo 39.3 de la 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 cubrirlas ya». Por lo que «A mayor abundamiento, la norma cuestionada (la contenida en la frase final del art. 148.1 del Código Civil) 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 [RTC 2012, 185], FJ 4, entre otras). Respecto al progenitor custodio la norma no es excluyente, pues nada le impide formular la demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación. Respecto al progenitor no custodio, tampoco es excluyente pues puede cumplir voluntariamente la obligación desde que esta 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)». Esta Sentencia cuenta con un voto particular que formula el Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos.

⁴¹ RTC 2005, 57. El Tribunal Constitucional ha matizado las diferencias entre el derecho legal de alimentos de los parientes y el derecho constitucional de alimentos de los hijos menores para resolver un recurso de amparo cuya finalidad era decidir sobre si existe discriminación tributaria entre el trato dispensado por el legislador a personas que, por decisión judicial, tienen que abonar pensiones de alimentos a los hijos y que no pueden deducirse en la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas, frente a quienes satisfacen pensiones compensatorias a los cónyuges o de alimentos a familiares distintos de los hijos, que sí admiten deducción. El Tribunal Constitucional considera que no puede apreciarse desigualdad alguna, por cuando los términos de comparación aportados no son

homogéneos al ser ambos supuestos de distinta naturaleza. En lo que ahora interesa, en el *Fundamento de Derecho Sexto* dispone que: «Por lo que respeta a la pensión de alimentos entre parientes —el otro elemento de comparación alegado—, su fundamento descansa únicamente en la situación de necesidad perentoria o «para subsistir» (art. 148 del Código Civil) de los parientes con derecho a percibirlos —cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 143 del Código Civil)—, se abona solo «desde la fecha en que se interponga la demanda» (art. 148 del Código Civil) y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista (art. 152 del Código Civil). Por el contrario, los alimentos a los hijos, en la medida que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 de la CE), ni precisan demanda alguna para que se origina el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos».

⁴² RJ 2016, 4457 y JUR 2016, 210389.

⁴³ RJ 2016, 4737. No consta en los autos testimonio de resolución alguna que acordase medidas provisionales en piezas separadas, ni ninguna de las partes, ni tampoco el Juzgado en su Sentencia, ha afirmado (ni siquiera insinuado) que una tal resolución, llegara efectivamente a producirse. Por otra parte, el progenitor deudor pagó algunas cantidades en concepto de alimentos entre la fecha de interposición de la demanda en la que se le reclamaron pensiones alimenticias y la fecha en la que se dictó la Sentencia que las fijó, por lo que procede el descuento de tales cantidades.

⁴⁴ RJ 2015, 601.

⁴⁵ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1497.

⁴⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9995).

⁴⁷ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2035) de referirse a las Sentencias de 14 de junio de 2011 (RJ 2011, 4527) reiterada en las de 26 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1125) y de 4 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7879) que sientan como doctrina la siguiente «debe aplicarse a la reclamación de alimento por hijos menores de edad en situaciones de crisis de matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 del Código Civil, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deban prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda» añade que, sin duda esta regla podría tener excepciones «cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estará pagando dos veces, lo que no es del caso»; y, de 6 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4737); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 3 de junio de 2003 (JUR 2003, 189613); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 22 de enero de 2004 (JUR 2004, 261307) la pensión de alimentos debe ser desde la fecha de resolución de instancia y no desde la demanda por cuanto el obligado con tal prestación siguió coexistiendo en el domicilio familiar hasta dictarse Sentencia en la instancia; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 1 de junio de 2007 (JUR 2007, 312621).

⁴⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1125).

⁴⁹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 28 de mayo de 2003 (JUR 2003, 182931).

⁵⁰ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, de 11 de febrero de 2000 (AC 2001, 2187).

⁵¹ RJ 2008, 7123.

⁵² RJ 2012, 1125.

⁵³ RJ 2014, 2035.

⁵⁴ RJ 2014, 5948.

⁵⁵ RJ 2014, 6196.

⁵⁶ RJ 2014, 6196 y RJ 2015, 72655.

⁵⁷ *RJ* 2016, 4737. Reitera la doctrina que no se puede confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (...). En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en las Sentencias de 14 de junio de 2011, 26 de octubre de 2011 y 4 de diciembre de 2013 según la cual «debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 del Código Civil, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda». Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habría de retrotraerse a un tiempo distinto, pues que de otra forma se estaría pagando dos veces. En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía ya declarada con anterioridad, bien por estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta debe ser la misma y se encuentra en la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que «cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que se podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente». Dicha doctrina se asienta en el artículo 106 del Código Civil y artículo 774.5 de la LEC, razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo será eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente». Sobre tales bases, considera que «la Sentencia recurrida no se atiene fielmente a la referida doctrina jurisprudencial, al tratar el caso de autos como si perteneciese al segundo de los dos grupos diferenciados por no tener constancia de que la Sentencia del Juzgado fuese la primera resolución que fijó las pensiones de alimentos para los hijos de doña Noelia y don Horacio: por no tener constancia de que no se hubieran fijado antes, mediante auto de medidas provisionales dictado en cualquiera de las piezas separadas. Ciertamente, no hallamos en los autos testimonio de resolución alguna que acordase medidas provisionales en dichas piezas separadas; ni ninguna de las partes, ni tampoco el juzgado en su Sentencia, ha afirmado (ni siquiera insinuado) que una tal resolución llegara efectivamente a producirse. Así las cosas, el presente caso debe sin duda considerarse que pertenece al primero de los dos grupos que ha diferenciado conforme a sus precedentes, la citada Sentencia de esta Sala de 23 de junio de 2015». Por lo que se estima el recurso de casación interpuesto por doña Noelia contra la Sentencia dictada el 9 de julio de 2014 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz y se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por doña Noelia contra la Sentencia dictada el 3 de marzo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Fernando, acordando añadir en el apartado 4 del fallo de dicha Sentencia que, las pensiones alimenticias que en él se fijan deberán pagarse desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso, pero descontando las cantidades que conste probado que, desde esa fecha hasta aquella en la que se dictó la misma Sentencia, abonó don Horacio para el mantenimiento de los hijos comunes.

⁵⁸ *JUR* 2016, 234935.

⁵⁹ SÁINZ DIEZ DE ULZURRUN, J. (2016). La pensión alimenticia a favor de los hijos, *Memento Práctico, Familia (2016-2017)*, Madrid: Francis Lefebvre, p. 628. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.ª, de 23 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 44950).

⁶⁰ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 26 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 224436); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, de 31 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 189409); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 30

de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 214331); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 12 de abril de 2016 (La Ley 2016, 49501) señala que, la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 no es aplicable al supuesto de autos, por cuanto se ha pretendido la extinción de la pensión de alimentos a favor de un hijo ya mayor de edad, en el cauce del procedimiento de modificación de medidas y en revisión de una Sentencia recaída en un anterior y distinto procedimiento de divorcio, por lo que obvio que este caso nada tiene que ver con aquel otro para el que se aplica la doctrina del Tribunal Supremo que, viene referida a la fecha de la vigencia de la pensión de alimentos cuando la cuantía, o bien no se ha establecido en la Sentencia de instancia por primera vez, en cuyo caso la cuantía que establece la Sentencia que dicte la Sala, por vía del recurso de apelación, rige desde el momento, o bien desde la Sentencia de instancia o desde la fecha de la interposición de la demanda, esta última posibilidad en aquellos supuestos en los que no se hubiera dictado auto de medidas provisionales, o bien cuando dicha cuantía ha sido modificada en alzada, en cuyo caso el importe establecido en la Sentencia de instancia rige hasta el momento en el que se dicta la ulterior Sentencia, en el mismo procedimiento, recaída Sentencia en alzada en virtud del recurso de apelación que hubiera podido interponerse contra la Sentencia de instancia. Todo lo anterior conlleva la estimación del recurso y en su virtud, declarar la extinción del derecho de la pensión de alimentos a favor del hijo con efectos desde la interposición de la demanda el 31 de octubre de 2013.

⁶¹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 24 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 206253).

⁶² *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 27 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002, 282599); de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, de 2 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 233576) desde la firmeza de la Sentencia que declara la supresión; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 25 de julio de 2007 (*JUR* 2011, 212061); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 20 de octubre de 2009 (*JUR* 2009, 476925); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 18 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 126091).

⁶³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, de 21 de diciembre de 2001 (*JUR* 2002, 46700).

⁶⁴ SÁINZ DÍEZ DE ULZURRUN, J. (2016). La pensión alimenticia a favor de los hijos, *op. cit.*, pp. 627 a 628. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia de Zaragoza, secc. 4.ª, de 21 de diciembre de 2001 (*JUR* 2002, 46700).

⁶⁵ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, de 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004, 8765) añade, además, que no cabe cobro de lo indebido sino a partir del mes siguiente en que se dicta la Sentencia de la Audiencia Provincial.

⁶⁶ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia de Sevilla, secc. 5.ª, de 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004, 8765); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 25 de julio de 2007 (*JUR* 2011, 212059).

⁶⁷ En este sentido, SÁINZ DÍEZ DE ULZURRUN J. (2016). La pensión alimenticia a favor de los hijos, *op. cit.*, p. 628.

⁶⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987, 8344).

⁶⁹ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 29 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 30032) este derecho a la actualización no está sometido a plazo de prescripción alguno, pues la pensión alimenticia tiene naturaleza de deuda de valor.

⁷⁰ SÁINZ DÍEZ DE ULZURRUN J. (2016). La pensión alimenticia a favor de los hijos, *op. cit.*, p. 629.

⁷¹ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.ª, de 26 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002, 43056).

⁷² *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 31 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 18058); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 9 marzo 2005 (*JUR* 2005, 139047).

⁷³ SÁINZ DÍEZ DE ULZURRUN J. (2016). La pensión alimenticia a favor de los hijos, *op. cit.*, p. 629.

⁷⁴ LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.* (2011). *Elementos de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. I, octava edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid: Dykinson, pp. 132-133.

⁷⁵ MARÍN LÓPEZ M.J. (2013). Comentario al artículo 1158 del Código Civil, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. VI, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 8484.

⁷⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2014). El cumplimiento de las obligaciones, en: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. I, reimpresión de la 4.ª edición 2014, Madrid: Edisofer, p. 137.

⁷⁷ MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). Comentario al artículo 1158 del Código Civil, *op. cit.*, p. 8486 el *animus solvendi* se entiende como «conciencia de la ajeneidad en la deuda en el momento del pago o lo que es lo mismo, como intención de satisfacer una deuda ajena».

⁷⁸ MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). Comentario al artículo 1158 del Código Civil, *op. cit.*, p. 8487.

⁷⁹ LACRUZ BERDEJO J.L., et al. (2011). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 134.

⁸⁰ AC 2008, 592; JUR 2012, 181385 y JUR 2013, 267201.

⁸¹ JUR 2012, 41545.

⁸² JUR 2014, 10443.

⁸³ JUR 2013, 184078.

⁸⁴ JUR 2015, 175018.

⁸⁵ SANTOS BRIZ, J. (1984). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIV, Manuel Albaladejo (dir.), Madrid: Edersa, pp. 74-75; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1991). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1956-1957; ARCOS VIERA, M.ª L. (2013). Comentarios al artículo 1895 del Código Civil, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IX, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 12920-12929; PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2011). Los cuasicontratos, en: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. II Derecho de Obligaciones, Valladolid: Colex, pp. 830-831; TAMAYO HAYA, S. (2011). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *Código Civil comentado*, vol. IV, Navarra: Civitas Thomson Reuters, pp. 1425-1430. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1950 (*RJ* 1950, 1237); de 2 de noviembre de 1957 (*RJ* 1957, 3632); de 30 de junio de 1976 (*RJ* 1976, 3198); de 30 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 341); de 23 de marzo de 1992 (*RJ* 1992, 2277); de 26 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995, 9207); de 8 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 3786); de 18 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005, 7733); de 8 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 812); 10 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 270); y, 30 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6948); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.ª, 20 de junio de 2000 (*AC* 2000, 3960); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 9 de marzo de 2010 (*AC* 2010, 954); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, 2 de marzo de 2012 (*AC* 2012, 1486); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.ª, 4 de junio de 2013 (*AC* 2013, 1352).

⁸⁶ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1991). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1956.

⁸⁷ ARCOS VIERA, M.ª L. (2013). Comentarios al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 12924; TAMAYO HAYA, S. (2011). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1428; DIEZ PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid: Civitas, p. 591. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 1980 (*RJ* 1980, 1957); de 30 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 341); de 8 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 4765); y de 10 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 270); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 23 de enero de 1998 (*AC* 1998, 2709); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4.ª, 14 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 46754).

⁸⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2002.

⁸⁹ La Ley 2015, 55079. Los hechos sobre los que sustenta el presente caso: Don Domingo contrajo matrimonio con Doña Natalia el día 1 de septiembre de 1985. Trascurridos dieciocho años de matrimonio y como consecuencia del deterioro de la relación conyugal, decidieron separarse de mutuo acuerdo. En la Sentencia de separación de 29 de enero de 2003, previo convenio regulador de 14 de noviembre de 2002, se adoptó como medida el pago de una pensión de alimentos a favor de la menor de 300 euros que, debería abonar Don Domingo mensualmente, así como un régimen de visitas. El pago de la pensión de

alimentos se hizo efectivo desde el inicio del convenio regulador (diciembre 2002). Tres años más tarde se concedió el divorcio a Don Domingo. Ante la duda de ser padre biológico de la menor, Don Domingo practicó las pruebas de paternidad. A resultados de las mismas se interpuso demanda de impugnación de la filiación matrimonial que fue estimada por Sentencia de 24 de septiembre de 2008 y confirmada por la Audiencia Provincial de Cuenca en Sentencia de 23 de marzo de 2009. Don Domingo reclama a Doña Natalia los alimentos que ha venido pagando desde el inicio del convenio regulador —diciembre 2002— hasta el 23 de marzo de 2009, fecha en la que se declaró judicialmente la inexistencia de relación filial alguna. En total, 19.285,82 euros. La demanda se fundamenta en el artículo 1895 y concordantes del Código Civil, indicando que se ejercita acción de cobro de lo indebido. En su *Fundamento de Derecho Primero* la Sala tras señalar que, «(...) es innegable que, en situación normal, un pago indebido genera un derecho de crédito en favor del pagador a la devolución de lo indebidamente satisfecho» e, indicar los presupuestos necesarios para que exista cobro de los indebidos, manifiesta que «la no devolución tiene su origen en la vieja Sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las Sentencias de 30 de junio de 1885, y de 26 de octubre de 1897, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver; no en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida». No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan». Argumentan también que «el derecho de alimentos de la hija existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de esa apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por ella, tenerla en su compañía, educarla, formarla, representarla y administrar sus bienes, por tanto, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien paga y quien se beneficiaba de dicha prestación y, es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante Sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido». Igualmente, manifiesta que «conforme al artículo 112 del Código Civil «la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar», y «su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no disponga lo contrario»; efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación que opera cuando este sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como sucede en otros casos, como el de extinción de la adopción (art. 180.3 del Código Civil «la extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanzar a los efectos patrimoniales anteriormente producidos»); en el de la declaración de nulidad del matrimonio (art. 79 del Código Civil: «la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos...»), o en el supuesto de fallecimiento del alimentante (art. 148.3 del Código Civil: «se verificará el pago por meses anticipados y cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que este hubiese recibido anticipadamente») y como también resulta de la propia jurisprudencia respecto al carácter consumible de los alimentos o de Sentencias como la de 18 de noviembre de 2014 conforme a la cual la extinción de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad no puede tener efecto retroactivos desde la fecha de la demanda de modificación de medidas, sino desde el día siguiente de notificada la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial».

Finalmente, pone en evidencia «el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia, y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar». Sobre tales bases, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante, se mantiene la Sentencia recurrida que, afirmaba que en los casos como el presente la vía de reclamación es la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, si bien por los motivos expuestos y no por los argumentos que en aquella Sentencia se esgrimían.

Un análisis de esta Sentencia, vid., BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). Reclamación de la pensión alimenticia tras declararse la inexistencia de relación filial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 754, marzo-abril, pp. 935-967.

⁹⁰ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 2 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 59972); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.ª, de 3 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 234675); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, 28 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 460702); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 18 de noviembre de 2009 (*AC* 2010, 60); y de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 15 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 391646). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 13 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 172541) precisa la imposibilidad de reclamar cantidades devengadas con anterioridad al establecimiento de la pensión. Así señala que «el criterio general es que la prestación voluntaria de alimentos por un obligado es irrepetible, en cuanto supone el cumplimiento de una obligación legal y ninguna norma le reconoce el derecho al reintegro por carecer de la acción correspondiente a tal reclamación. Esto concuerda con la norma del Código Civil común (art. 148) y del Codi Família catalán (art. 262) coincidentes en el sentido de prohibir la petición de alimentos pasados, con anterioridad a la reclamación judicial, al estar concebida esta prestación para cubrir necesidades presentes y futuras, de modo que, la reclamación determina la efectividad de la prestación. El derecho a percibir pensiones solo surge desde la reclamación, que constituye así un requisito de eficacia de la prestación. Mientras no se reclame alimentos no surge la deuda relativa a una pensión y la persona que los ha prestado como obligada no puede solicitar pensiones correspondientes a tiempo anterior».

⁹¹ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.ª, de 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 323682); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 5 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 340366); y de 2 de noviembre de 2011.

⁹² Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 7 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 42414); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, de 29 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 359); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8.ª, de 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 203955) si bien, la Audiencia estima la pretensión referida a los daños morales y psicológicos ya que difícilmente el padecimiento psicológico puede considerarse independiente del daño mora causado. En la base del mismo está la afectación psicológica padecida y ambas indemnizaciones terminan por obedecer a los mismos hechos y se enlazan entre sí de manera inseparable. Y es que la afectación psicológica del actor no es nada más que una secuela del daño moral padecido; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 13 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1628); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 9 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 129380). Y, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, 9 de mayo de 1997 (*AC* 1997, 1321).

⁹³ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 19 de mayo de 2011 (*JUR* 2011, 280564) considera que cuando se reclama la ejecución de unas pensiones para hijos que hace tiempo son independientes, se incurre en abuso del derecho; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 24 de mayo de 2016 (*AC* 2016, 1291), por su parte señala que: «Los principios generales del derecho que prohíbe el abuso del derecho o el enriquecimiento injusto, como mecanismos subsidiarios ante la falta de toda otra norma que obligue o permita la restitución del desplazamiento patrimonial producido (ley o contrato). Precisamente el enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función la de «corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial». Es decir, la doctrina actúa indirectamente: no elimina la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial pero obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar al que se ha empobrecido una cantidad de dinero. Y el abuso del derecho, supone una actuación de beneficiario, que sobrepasa manifiestamente los límites normales de ejercicio del mismo, con daño para tercero, que supone, en el caso, la desatención de las necesidades de la menor a que esta llamada a atender tal deber de alimentos.

⁹⁴ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 26 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005, 35635) acreditación de que los hijos se habrían incorporado, varios años antes de la presentación de la demanda rectora del procedimiento, al mercado de trabajo. Supresión de los alimentos y reclamación de los percibidos indebidamente desde la

interposición de la demanda; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 26 de octubre de 2006 (*JUR* 2007, 123445) hijo que percibe ingresos durante los meses reclamados, lo que constituye enriquecimiento injusto ante lo innecesario de los alimentos.

⁹⁵ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.^a, de 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 118784); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, de 15 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 440123).

⁹⁶ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 12 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 102470); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 10 de enero de 2005 (*JUR* 2005, 140538) hay enriquecimiento injusto cuando la demandada percibe la pensión de alimentos del hijo común de los litigantes, pese a que este había sido expulsado del domicilio en donde convivía con su madre, yéndose a vivir con su padre; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.^a, de 5 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007, 305581); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.^a, de 23 de mayo de 2007 (*JUR* 2007, 295459); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 15 de febrero de 2008 (*JUR* 2008, 370437) reintegración al esposo de la mitad de la pensión de alimentos desde que la hija abandonara el domicilio materno; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, de 22 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 126692).

⁹⁷ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 1 de septiembre de 2000 (*AC* 2000, 4786).

⁹⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 15 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 68946); y, el Auto de 27 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012, 34978).

⁹⁹ En este línea, señala ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad, *Familia y Responsabilidad Civil*, Revista La Ley Derecho de Familia, número 8, p. 1 (www.smarteca.es) que «durante la segunda mitad del siglo XX (...) la familia deja de ser un fin en sí mismo, pasando a considerarse como un medio para proporcionar protección a sus miembros y propiciar el libre desarrollo de la personalidad de los mismos, de tal forma que, ahora va a ser el grupo el que va a estar al servicio de los individuos que lo conforman, en lugar de estos al servicio de aquel. Como consecuencia de ello, la idea de dotar de viabilidad al ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual en el ámbito de las relaciones familiares va arraigando en la conciencia social y, consecuentemente, en las decisiones de nuestros tribunales».

¹⁰⁰ *RJ* 2009, 5490.

¹⁰¹ *RJ* 2009, 5490.

¹⁰² En tal sentido, ha de citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, de 2 de noviembre de 2004 (*AC* 2004, 1994) —reiterada en la de 5 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 340366)—, que en relación con el incumplimiento del deber de Información veía una fuente de aplicación del artículo 1902 del Código Civil y procedería reparar el daño causado si se acreditara una actuación dolosa; y, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.^a, de 16 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 217448); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, de 2 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 59972); y, secc. 1.^a, de 30 de enero de 2009 (*JUR* 2009, 192431); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, de 18 de noviembre de 2009 (*AC* 2010, 60); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, de 23 de noviembre de 2012 (*AC* 2012, 1643); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, de 9 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 129380); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.^a, de 9 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 235882); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, de 3 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 799).

¹⁰³ *JUR* 2007, 323682. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8.^a, de 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 203955).

¹⁰⁴ *JUR* 2008, 234675.