

## 1.2. Derecho de Familia

# La pensión de alimentos. Nuevos criterios en su determinación

*The alimony.  
New criteria in his determination*

por

MÓNICA MUÑOZ-ALONSO LÓPEZ

*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil Universidad Francisco de Vitoria.  
Mediadora en asuntos civiles y mercantiles*

**RESUMEN:** La pensión de alimentos puede originarse por distintos motivos y ello dará lugar a aplicar diferentes normas y acciones. El criterio a seguir en la determinación de la cuantía ha ido cambiando; las situaciones de desempleo, reducción de salarios, la crisis económica plantea problemas para el obligado a prestar alimentos y, correlativamente, también para el que los recibe. El Consejo del Poder Judicial ha ideado un sistema para establecer unas pensiones más homogéneas y facilitar el cálculo de su cuantía, tratando de armonizar los criterios tan dispares existentes. Por otra parte, también se estudia el caso de pago de pensión sin tener que haber pagado y que por error se paga.

**ABSTRACT:** *The alimony can be caused by various reasons and this will lead to apply different rules and actions. The way of knowing and determinated the amount has changed; situations of unemployment, wage cuts, the economic crisis poses problems for the obligation to pay maintenance and correspondingly also for receiving them. The Judicial Council has devised a system to establish more uniform pension and facilitate the calculation of the amount, trying to harmonize disparate existing criteria. Moreover, the case of pension payment is also studied without paying and mistakenly paid.*

**PALABRAS CLAVE:** Pensión alimenticia. Mínimo vital. Modificación. Pago de lo indebido.

**KEY WORDS:** *Alimony. Vital minimum. Modification. Undue payment*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA. MÍNIMO VITAL. MODIFICACIÓN. BAREMACIÓN.—III. ALIMENTOS PRESTADOS INDEBIDAMENTE.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

La relación obligacional de alimentos puede tener su origen, en un negocio jurídico, sea contrato (arts. 1791 a 1797 del Código Civil), sea testamento; también puede surgir en los casos en que se declare en sentencia de separación o divorcio. Y a partir del 23 de julio de 2015, si se trata de separación o divorcio de mutuo acuerdo cabe acordarlo formulando el convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia (a partir del 1 de octubre ha entrado en vigor la Ley 7/2015, de 21 de julio de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los secretarios judiciales reciben el nombre de Letrados de la Administración de Justicia) o, en escritura pública ante Notario.

Los hijos mayores o menores emancipados otorgaran su consentimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten, (pensión de alimentos-vivienda), si carecen de ingresos y conviven en el domicilio familiar<sup>1</sup>; también surge la obligación alimentaria de las obligaciones derivadas de la patria potestad<sup>2</sup>, esta obligación no cesa aunque los padres no ostenten la patria potestad<sup>3</sup>; en la tutela, procurando alimentos al tutelado<sup>4</sup>; en el supuesto de acogimiento de menores<sup>5</sup>; el caso de parentesco<sup>6</sup>. Cabría apuntar también que el deber de alimentos durante el matrimonio queda inmerso en el deber de socorrerse mutuamente<sup>7</sup>.

El artículo 153 del Código Civil permite, en todos estos casos, la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 142 a 152 del Código Civil, englobados bajo el Título «De los alimentos entre parientes».

Cabe afirmar «que a la obligación de alimentos respecto de los hijos, como derivación de la patria potestad, tampoco le son aplicables las limitaciones que se observan en el régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes.

Sin embargo, desde la señalada naturaleza propia y diferenciada, tampoco se puede inferir un argumento totalmente excluyente que rechace una lógica razón de especialidad entre ambas figuras en la medida en que la obligación de alimentos a los hijos participa, conceptualmente, de la caracterización general de la acción implícita en el régimen de la obligación de alimentos entre parientes.

Esta razón de especialidad, si que quiere de cierta compatibilidad de las figuras, en el sentido de que no es sostenible la absoluta incompatibilidad de la totalidad de lo dispuesto en el Título VI, del Libro I del Código Civil, relativo a los alimentos entre parientes, respecto de los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en el contenido de la patria potestad<sup>8</sup>.

En el mismo sentido la sentencia del TS de 19 de enero de 2015. «El artículo 93 del Código Civil establece que en el caso de los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, el Juez fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del mismo Código. Estos artículos regulan los alimentos entre parientes. En el matrimonio, en la patria potestad y en la tutela el Código Civil hace referencia a los alimentos, como deber dentro de cada una de estas instituciones. Pero los alimentos —y de ellos trata el Título Sexto del Código Civil— tienen entidad independiente y surgen como obligación entre determinados parientes y en determinadas circunstancias. Pues bien, tras establecer el artículo 146 que la cuantía de esos alimentos se fijará en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, el artículo 152 dispone que la obligación de dar alimentos cesará «cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades»

Pero respecto al contrato de alimentos debe tenerse en cuenta que de la interpretación del artículo 1793<sup>9</sup> debe entenderse que queda excluido el juego de los artículos 145 y 147, referidos a la forma de determinar la cuantía de los alimentos y su aumento o disminución.

En caso de donación, se establece como causa de revocación la ingratitud del donatario por negar indebidamente al donante alimentos<sup>10</sup>.

Por otra parte, cabe señalar el artículo 47 de la Ley concursal y el artículo 84<sup>11</sup>. Se refieren al concursado que está obligado a prestar alimentos por los artículos 142 y siguientes del Código Civil, si no los pudiera prestar otra persona se hará con cargo a la masa del activo. Si los alimentos son por Resolución judicial recaída antes del concurso se cargarán a la masa activa. Si los alimentos son para el concursado, su cónyuge o descendientes se cargarán en la masa activa si hay bienes, y, en todo caso con los límites que establezca la administración concursal.

En caso de acogimiento se impone como obligación legal al acogedor la prestación de alimentos. La privación de la patria potestad no supone el cese de la obligación de contribuir a las necesidades de los hijos. Los acogedores, al tener la obligación de prestar alimentos a la menor, no pueden, señala la sentencia de la AP de Asturias<sup>12</sup>, «dejar de hacerlo transfiriendo tal obligación a los padres biológicos».

La no prestación de alimentos si se trata de persona con discapacidad se considera causa de indignad para sucederle<sup>13</sup>.

## II. DETERMINACIÓN DE LA CUANTIA. MÍNIMO VITAL. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS. SU BAREMACIÓN

No hay duda que la situación de crisis económica da lugar a que la cuantía de las pensiones alimenticias sean bastantes reducidas, ello plantea problemas tanto para el que los presta, ya que sus ingresos son mínimos y suponen una carga excesiva que le impide, en ocasiones, vivir dignamente, y, para el alimentado, porque con la escasa pensión no puede cubrir, a veces, sus necesidades.

Es cierto que cada vez hay más casos de reducción de sueldos, desempleo y, a veces, un correlativo incremento de las pensiones por la aplicación del índice corrector para su actualización.

La supresión temporal de una de las pagas extraordinarias a los funcionarios públicos no puede ser motivo para la reducción de la pensión alimenticia, tal y como señala la sentencia de la AP de Albacete de 12 de febrero de 2013, «La reducción de sueldo que han sufrido los funcionarios no es causa para reducir la pensión alimenticia de los hijos».

Mismo criterio y con mayor razón, la AP de Albacete en sentencia de 12 de julio de 2013, en un caso en que los dos progenitores eran funcionarios, niega la reducción de la pensión solicitada por uno de ellos, al entender que también en el otro se habría producido la merma de ingresos en la misma proporción.

Por el contrario, la sentencia de la AP de la Coruña, de 27 de junio de 2013 (sigue un criterio opuesto) al establecer: «Es de todos conocidos que en el año 2012 se suprimió para los funcionarios la paga extra de Navidad y que se les rebajó el sueldo para paliar el déficit público de la Administración, sin que se hubiese recuperado en la actualidad. Por el contrario la pensión de alimentos se ha elevado por razón de su actualización anual, lo que ha causado una evidente descompensación, concurriendo por tanto causa para reducir la cuantía de la pensión alimenticia».

El inconveniente de esta sentencia y, de aquellas otras que no han seguido el criterio seguido por la mayoría de las AP, es que la recuperación de esa paga y el pago de las cantidades atrasadas va a provocar una nueva demanda de modificación de las medidas pidiendo volver a la situación anterior.

El cambio en la situación económica que pueda conllevar a una reducción de la pensión debería mantenerse durante un periodo de tiempo antes de llevar a cabo la modificación, al final es al hijo al que se le traslada la situación o problema económico del progenitor. En este sentido, la sentencia de la AP de Lugo, de 24 de septiembre de 2013 «no se puede perjudicar a las alimentistas». El cese en el cargo de diputado supuso una merma de ingresos por lo que se solicitó la reducción de la pensión. Se admite la reducción. A pesar de tratarse de una dimisión voluntaria y tratarse de una actividad o profesión temporal, con un periodo mínimo de cuatro años, cuya prorroga es incierta. Por el contrario, no se admitió la reducción a pesar de la perdida de trabajo, al entender la AP de Barcelona, en sentencia de 5 de febrero de 2013, que la venta de la vivienda que tenía en copropiedad le permite tener dinero para pagar la pensión, porque «los alimentos no dependen de los rendimientos netos del trabajo únicamente, sino del conjunto de sus posibilidades económicas».

La sentencia sienta la doctrina jurisprudencial de que «el hecho de recibir una herencia es una circunstancia no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario, y como tal determinante de su modificación o extinción<sup>14</sup>».

Cuando se trata de trabajadores por cuenta propia el problema que se plantea es probar la disminución de ingresos que puedan justificar la modificación de las medidas, y, a la inversa, también es difícil probar los ingresos para fijar la pensión alimenticia en un primer momento. En este sentido, la AP de Córdoba, sentencia de 14 de marzo de 2013, «Está acreditada su participación en empresas que han de producir beneficios, sin que sea de recibo la afirmación de que se destinaban a reservas de las sociedades, hoy conduce un automóvil cuyo titular es una sociedad mercantil, por lo que sigue disfrutando de semejante nivel de vida».

En el caso de la sentencia de AP de Cuenca, sentencia de 24 de enero de 2013, se trata de un publicista que solicita la reducción de la pensión de sus tres hijos argumentando la crisis económica que azota el país, se señala que «esto no significa que sea notorio que el sector de la publicidad sea el más afectado..., y le sea imposible hacer frente a los alimentos».

Sin una prueba clara de disminución de los ingresos el trabajador por cuenta propia no podrá obtener una reducción de la pensión alimenticia prevista inicialmente; en el caso de la AP de Ciudad Real, de 30 de septiembre de 2013 se consideró que alegar un deterioro económico y presentar una contabilidad no sirve para concluir que hay un cambio sustancial en las condiciones económicas que obliguen a una reducción de la pensión alimenticia.

Se ha generalizado el criterio de establecer un mínimo vital en los casos en que el progenitor no tenga ingresos o perciba un subsidio o prestación social. El problema es determinar ese mínimo vital, porque en lo que si existe acuerdo es en la necesidad de establecer una pensión de alimentos.

El mínimo vital no es una cantidad fija, en las Audiencias Provinciales se puede apreciar una oscilación mínima de 50 euros, como es el caso de la AP de Albacete, sentencia de 12 de febrero de 2013.; o la cuantía de 90 euros, como es el caso de la sentencia de 31 de mayo de 2013, de la AP de Vizcaya; hasta la sentencia que fija 200 euros (AP Barcelona, sentencia de 27 febrero de 2013, o la AP de Murcia, sentencia de 22 de marzo de 2013. A mayor abundamiento,

tampoco hay un criterio uniforme en cuanto que, unas Audiencias optan por la suspensión o bien por fijar un índice porcentual y, otras, una cuantía en concepto de mínimo vital.

La sentencia del TS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 22 de julio 2015, que cita la sentencia de 2 de marzo de 2015, declara con respecto al mínimo vital que: «Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, habrá que acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante». El supuesto de hecho es una madre que solicita la pensión de alimentos para su hija menor, el padre está en paradero desconocido y, por tanto declarado en rebeldía. La sentencia entiende que la no localización del progenitor no puede exonerarle de su obligación de prestar alimentos a su hija y, por otra parte, el Tribunal no puede no tener la posibilidad de establecer un mínimo por el hecho de su rebeldía. Si bien es cierto que la fijación de una cantidad podría generar responsabilidades penales por incumplimiento, no lo es menos que la obligación de prestar alimentos viene impuesta no solo por el Código Civil sino también por mandato constitucional, en su artículo 39.3. Se puede fijar una pensión sin concretar el importe, así el 10% de los ingresos que se acreden percibidos.

Esta generalización en la aplicación de un mínimo vital ha dado lugar a que se presenten demandas de modificación de las medidas solicitando la reducción en la cuantía de las pensiones alimenticias.

La situación de paro laboral o pérdida de ingresos no es motivo para que automáticamente se produzca la reducción en las cuantías fijadas en la pensión de alimentos o en la pensión compensatoria, se precisa, además, que se trate de una situación prolongada en el tiempo; así la AP de Málaga, en sentencia de 6 de febrero de 2013, en la que se solicita la supresión de la pensión compensatoria y la reducción a la mitad de la pensión alimenticia, fundamentado todo en la situación de desempleo, dice que: «se había producido tres meses antes, y este corto transcurso de tiempo, no puede considerarse como una modificación estable en la situación laboral del demandante sino meramente coyuntural».

O bien que no se haya percibido cantidad alguna como indemnización como consecuencia del despido; así, la AP de Alicante, en sentencia de 14 de enero de 2013, «El padre ha percibido por el despido una indemnización de 82.058,39 euros, por lo que la circunstancia de que se encuentre en situación de desempleo no es causa, por el momento, para reducir la cuantía de la pensión alimenticia, máxime cuando durante un tiempo será perceptor de la prestación por desempleo».

El mismo criterio sigue la AP de Valladolid, en sentencia de 11 de febrero de 2013, en la que se solicitaba una reducción de la pensión alimenticia al señalar que: «tan solo un mes antes de promover la demanda percibió, en concepto de liquidación y cese en su anterior empresa, la suma de 118.048 y desde entonces no ha dejado de percibir ingresos en su condición de desempleado. Todos los compromisos económicos (voluntarios) que manifiesta haber hecho frente con buena parte de la suma recibida, no pueden afectar en lo más mínimo al pago de la pensión alimenticia de sus hijas».

Es de destacar el sistema de baremación de las pensiones alimenticias para los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo del Poder Judicial. Este sistema tiene carácter orientador y no vinculante. El sistema de tablas

seguido se asemeja al que se aplica, que al final ha terminado imponiéndose y también nació como orientador, en las indemnizaciones por daños sufridos en accidentes con vehículos a motor. Determinados los ingresos de los progenitores y en función del número de hijos se obtiene una cantidad. Esta cantidad es facilitada directamente por el manual orientador; a dicha cantidad se aplican unos índices correctores unos en función de la Comunidad Autónoma en que se tenga el domicilio familiar, y otros índices en función del tamaño del Municipio. Con ello se obtiene el importe de la pensión alimenticia. En estas tablas no se incluyen los gastos extraordinarios. Tampoco los gastos derivados del alquiler de la vivienda o del préstamo hipotecario. Se excluyen, igualmente, los gastos referidos a la enseñanza, como colegio, transporte escolar, comedor, alojamiento por razón de la enseñanza.

El juez tiene un cálculo del gasto medio del hogar en función del número de hijos y de los ingresos de los progenitores. A partir de ahí deberá ir incrementando la pensión en función de las circunstancias de cada caso a resolver.

Este sistema facilitará la labor a los Letrados de la Administración de Justicia y a los Notarios cuando se formule Convenio Regulador ante ellos, solicitando la separación o divorcio de común acuerdo. Las tablas no distinguen entre hijos menores o mayores de edad.

Un punto no establecido en las tablas de baremación es el relativo a los hijos con discapacidad. Se establece coeficientes correctores por Comunidad Autónoma y por número de habitantes en el municipio pero no se hace mención a ningún cálculo sobre las rentas medias a tener en cuenta en caso de hijos discapacitados. En el supuesto de hijo discapacitado psíquico menor, la pensión de alimentos se establecerá en la sentencia de separación o divorcio. Pero si es mayor y no constando la incapacidad y, por tanto, no existiendo patria potestad prorrogada, su derecho a alimentos será el de los artículos 142 del Código Civil y siguientes. Pero ello no impide que siendo mayor de edad tenga derecho a pensión alimenticia. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad sino que la obligación se extiende hasta que tengan suficiencia económica y la necesidad no haya sido creada por la conducta del hijo; pero en estos casos, la posibilidad de no encontrar trabajo es casi nula, especialmente en los casos de grados de discapacidad superior al 33%. La sentencia de incapacidad determinará la patria potestad prorrogada y se derivarán los alimentos del deber de la patria potestad.

La sentencia del TS de 7 de julio de 2014, sienta la siguiente doctrina jurisprudencial, respecto a la pensión de alimentos, «La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos»<sup>15</sup>.

Por último reseñar que si el obligado al pago obtuviera ingresos inferiores a 700 euros se aplicaría la pensión mínima vital o de subsistencia, que hemos visto que varía jurisprudencialmente, y no se aplicaría el baremo.

### III. ALIMENTOS PRESTADOS INDEBIDAMENTE. IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN

Alimentos abonados en virtud de la relación paterno filial que luego resulta no existir. Se cuestiona si esas cantidades deben o no ser reintegradas, ya que se estaría produciendo un enriquecimiento injusto o sin causa; se podría considerar

un pago o cantidad indebida y, en consecuencia, se podría ejercitar la acción de cobro de lo indebido con fundamento en el artículo 1895 y concordantes del Código Civil.

Igualmente esa retroacción se debería desde el nacimiento o desde la sentencia de impugnación de la filiación con fallo estimatorio.

Cabría también, en su caso, exigir responsabilidad extracontractual vía 1902 (Existe contradicciones en la interpretación del artículo 1895 del Código Civil en las AP).

La sentencia del 22 de julio de 1999 exige para estimar la demanda que se acredite una conducta dolosa en la parte que ocultó el fruto de unas relaciones extramatrimoniales.

El problema que se plantea es determinar si es aplicable el 1895 o el 1902. Y entiende la sentencia de 22 de julio de 1999 que la acción no puede fundamentarse en el 1895 al no concurrir los presupuestos del cobro de lo indebido ya que el pago de la pensión alimenticia que se reclama obedece al cumplimiento de una resolución judicial por tanto existe justa causa para su pago o abono; esa justa causa desaparece cuando se declara judicialmente la no filiación matrimonial. «No existe base jurídica para estimar la acción de reembolso por cobro de lo indebido de pensiones alimenticias establecidas judicialmente».

Otro problema es el carácter retroactivo si se admitiera la acción de enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895.

La sentencia de 29 de septiembre de 2015 señala que «En el caso que se plantea no existe pronunciamiento expreso sobre la acción que debe ejercitarse para reclamar los alimentos pagados por quien se creía progenitor y tampoco sobre la retroactividad de los efectos de la sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial en relación a la devolución de alimentos que fueron fijados en la sentencia de divorcio».

Las únicas sentencias las de 22 de julio de 1999 y 14 de julio de 2010 del TS que presenta casos a considerar no responden a situaciones iguales: Ya que ejercitan acciones dirigidas a obtener indemnización por una contribución indebida a las cargas del matrimonio. La acción que se ejercita no se discute por las partes y pide 1902. En ninguna sentencia se admite la de 1999 porque no se prueba la conducta dolosa que exige el artículo 1902 para obtener la indemnización. Y, en el caso de la sentencia de 14 de julio de 2010 porque había prescrito la acción de reclamación.

El problema de este caso es que ejercita acción del 1895 como cobro de lo indebido y, además, tampoco se plantea la posible justa causa de la sentencia que fija los alimentos.

En las AP existe gran discrepancia en cuanto al tipo de acción a ejercitar: por el cauce del 1895, cabe citar las siguientes sentencias: AP de Cádiz, de 3 de abril de 2008; AP de León, de 2 de enero de 2007; AP de Asturias, de 28 de septiembre de 2009 y 15 de octubre de 2010.

Las que creen que es por el 1902: AP de Valencia, de 5 de septiembre de 2007 y 2 de noviembre de 2011; AP de Barcelona, de 16 de enero de 2007; AP de Baleares, de 20 de septiembre de 2006.

Sentencias que entienden que solo a partir de la sentencia que declare que no es el padre se podría reclamar por aplicación del cobro de lo indebido, pero hasta ese momento los alimentos eran debidos: AP de Ciudad Real, de 29 de febrero de 2012; AP de Toledo de 7 de noviembre de 2002; AP de Granada, de 13 de junio de 2014.

La sentencia del TS de 29 de septiembre de 2015, acepta esta última solución, ya que no cabe aplicar el 1895 sino el 1902 y la acción de este último ya ha prescrito.

Para el ejercicio de la acción del 1902 debe fundamentarse en «un daño causalmente vinculado a la infidelidad de la madre que da lugar al nacimiento de un hijo y, que hasta la impugnación de la filiación se consideraba matrimonial, y, la indemnización que se exige es lo pagado por alimentos».

En el caso de la acción vía 1895, cobro de lo indebido, lo que se reclama es la devolución de lo pagado indebidamente; conforme a la sentencia del TS, de 14 de junio de 2007, que recoge la doctrina del TS (SSTS de 21 de noviembre de 1957, 6 de julio de 1968, 12 de noviembre de 1975; 30 de enero de 1986 y 8 de julio de 1999) la obligación de restituir surge si se dan los siguientes presupuestos:

- A) *Ánimus solvendi*, intención de cumplir un deber jurídico, se hace el pago con intención de extinguir una deuda.
- B) Inexistencia de esa obligación, bien porque no es la persona a la que paga el acreedor, porque ya esté pagada...
- C) Error que debe probarse, salvo en caso de las presunciones legales.
- D) Prueba del pago.

Por tanto, lo que falta es la causa, no hay causa que justifique el pago.

Las sentencias del TS de 24 de abril de 1976 y 26 de marzo de 1986 exigen dos elementos para la existencia del cobro de lo indebido: entrega y error. Entrega de las cantidades y un error por el cual se hace el pago; sin la existencia de ese error no habría habido pago.

La sentencia de 25 de noviembre de 1989 se centra en «la necesidad de una atribución sin causa producida por error».

Pero esta acción de cobro de lo indebido no siempre es aplicable a la materia de alimentos. El hecho de pagar alimentos al hijo deriva de su deber como padre y no puede considerarse que hubo error al pagarlos, por lo menos, hasta que hay sentencia declarando que no es el padre biológico y tampoco puede decirse que la madre haya Enriquecido su patrimonio y, por tanto, quepa reclamación puesto que se destinó a la alimentación de la hija que hasta ese momento se creía común.

En cuanto al momento de la devolución de lo indebido por alimentos debería ser desde la vida del menor no desde la sentencia de separación o divorcio ya que se produciría una incongruencia «...pues tan indebido sería lo invertido antes como después, puesto que ambos cónyuges, aun divorciados, seguían comprometidos al pago de los alimentos por el deber de patria potestad».

La sentencia del TS de 18 de abril de 1913, cuyo criterio fue el seguido por las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos.

La hija tenía derecho no solo a los alimentos, sino también a los demás derivados de la patria potestad, hasta el momento que se destruye la paternidad por la sentencia que se dicte en el proceso de impugnación de la filiación matrimonial.

La aplicación de la retroactividad perjudicaría al menor e iría en contra del espíritu de las normas de familia que van encaminadas al interés del menor, a su protección. Así, la determinación de la filiación tiene carácter retroactivo siempre que no perjudique al menor<sup>16</sup>, por esa razón, en caso de extinción de la adopción no tiene efectos retroactivos los efectos patrimoniales que se hubieran producido<sup>17</sup>, igualmente cabe decir en el caso que el matrimonio se declare nulo: que no afectará a los hijos, conforme a lo dispuesto en el artículo 79; o, en el caso

del artículo 148,3 que al morir el alimentista no hay que devolver lo percibido anticipadamente, sino que a partir de su muerte ya no hay obligación de pagar; los herederos no pueden reclamar lo pagado pero no quedan obligados a pagar a partir de la muerte del alimentista, ¿y lo debido y no pagado con anterioridad?

Cabe también fundamentar el carácter irretroactivo de los alimentos en la sentencia del TS, de 18 de noviembre de 2014 que señala «la extinción de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad no puede tener efectos retroactivos desde la fecha de la demanda de modificación de medidas, sino desde el día siguiente a la notificación de la sentencia».

Hay un voto particular en la sentencia de 29 de septiembre de 2015, que dice: «el alcance de la retroacción de los efectos lo es en consideración a la posición jurídica del menor afectado, no respecto de la posición de la madre y su posible responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad, o en las consecuencias derivadas de su propia patria potestad respecto con su hijo».

Contra todo ello cabe cuestionarse, como hace el voto particular de esta sentencia, que si alguien paga por error algo que no debía pero que creía que debía, de ahí el error, y cuando conoce el error, reclama; si no se admite la reclamación, alguien se está beneficiando de ello. Si entendemos que no cabe reclamar los alimentos a la menor ni a los progenitores biológicos que debieron y no pagaron. Si no se permite reclamar al verdaderamente obligado al pago las cantidades que estaba obligado a pagar, que eran de su cuenta, pero que por error son pagadas por otro, se estaría aprobando el ilícito beneficio que ha obtenido el que debería haber pagado y no pagó, su obligación legal ha sido satisfecha por otro.

Por tanto, sí encajan estos casos de reclamación de alimentos en el artículo 1895, ya que el artículo 1891 presume que hubo error cuando se entregó algo que nunca se debió, no permitir el ejercicio de la acción dirigida a obtener el resarcimiento del daño implica que si el padre lograra ser conocido tampoco podría reclamar aquello que este debía pero que por error fue pagado por el padre no biológico. Dando lugar a un enriquecimiento injusto que no tiene reparación. Se premia, dice la sentencia «la impunidad de actuación y la ausencia de la responsabilidad tanto respecto de ella, como del verdadero progenitor».

No hay duda que ha habido mala fe y que la madre cobró unos alimentos cuya responsabilidad de darlos era solo suya, incumpliendo su deber de pagarlos íntegramente, de conformidad a los deberes derivados de la patria potestad.

#### IV. CONCLUSIONES

I. El derecho a alimentos puede tener diferentes causas. Según el origen de ese derecho las normas a aplicar son diferentes. En el caso de pensión alimenticia derivada de la patria potestad se aplica un mínimo vital. En caso de obligación legal de alimentos entre parientes se aplica la regla proporcional; la cuantía se determina en función del caudal del que los presta y de las necesidades del que los recibe.

II. La cuantía de la pensión alimenticia puede modificarse pero no hay un criterio uniforme. Las situaciones de crisis han puesto de manifiesto que es necesario arbitrar un sistema que equilibre la cuantía. El criterio de establecer un porcentaje de los ingresos como cuantía de la pensión permite que se adapte a las nuevas situaciones que puedan aparecer.

III. Con el nuevo sistema de baremos o tablas en el cálculo de las pensiones se facilitará la determinación de la cuantía.

IV. En caso de impugnación de la paternidad se produce una situación injusta, respecto de la persona que creyendo que estaba obligado al pago de la pensión, descubre que no lo está por no ser el padre biológico. El enriquecimiento se produce en el progenitor biológico. El artículo aplicable al caso no es cuestión pacífica. Vía pago de lo indebido, o vía responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*. Madrid. Edisofer.
- CARRASCO PERERA, A. y UREÑA MARTINEZ, M. (2013). *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de familia*. Madrid. Tecnos
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. Tomo I, Madrid. Tecnos.
- MESA MARRERO, C. (2006). *El contrato de alimentos. Régimen Jurídico y Criterios jurisprudenciales*. Navarra. Thonson-Aranzadi.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012). *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*. Madrid. Ramón Areces.

## VI. INDICE DE SENTENCIAS

- AP Valencia, Sec. 10.<sup>a</sup>, sentencia de 16 de enero de 2013
- AP Córdoba, Sec. 2.<sup>a</sup>, sentencia de 21 de enero de 2013
- AP Albacete, Sec. 1.<sup>a</sup>, sentencia de 12 febrero de 2013
- AP Albacete, Sec. 1.<sup>a</sup>, sentencia de 12 de febrero de 2013
- AP Barcelona, Sec. 12.a, sentencia de 27 de febrero de 2013
- AP Ciudad Real, Sec. 2.a, sentencia de 28 de febrero de 2013
- AP Cádiz, Sec. 5.a, sentencia de 11 de marzo de 2013
- AP Málaga, Sec. 6.a, sentencia de 21 de marzo de 2013
- AP Murcia, Sec. 4.a, sentencia de 22 de marzo de 2013
- AP Vizcaya, Sec. 4.a, sentencia de 31 de mayo de 2013
- AP Álava, Sec. 1.a, sentencia de 27 de junio de 2013
- AP Murcia, Sec. 5.a, sentencia de 16 de julio de 2013
- AP Pontevedra, Sec. 1.a, sentencia de 23 de septiembre de 2013
- AP Málaga, Sec. 6.a, sentencia de 6 de febrero de 2013
- AP Alicante, Sec. 9.a, sentencia de 14 de enero de 2013
- AP Valladolid, Sec. 1.a, sentencia de 11 de febrero de 2013
- AP Albacete, Sec. 1.a, sentencia de 12 de febrero de 2013
- AP Albacete, Sec. 1.a, sentencia de 12 de julio de 2013
- AP Madrid, Sec. 22.a, sentencia de 27 de septiembre de 2013
- AP A Coruña, Sec. 4.a, sentencia de 27 de junio de 2013:
- AP Lugo, Sec. 1.a, sentencia de 24 de septiembre de 2013
- AP Barcelona, Sec. 12.a, sentencia de 5 de febrero de 2013
- AP Córdoba, Sec. 2.a, sentencia de 14 de marzo de 2013
- AP Cuenca, Sec. 1.a, sentencia de 24 de enero de 2013
- AP Ciudad Real, Sec. 1.a, sentencia de 30 de septiembre de 2013
- AP Málaga, Sec. 6.a, sentencia de 31 de enero de 2013
- AP Madrid, Sec. 22.a, sentencia de 27 de septiembre de 2013

- AP Valencia, Sec. 10.a, sentencia de 17 de enero de 2013
- AP Córdoba, Sec. 2.a, sentencia de 30 de septiembre de 2013
- AP de Asturias, Sec. 5.<sup>a</sup>, sentencia de 2 de junio de 2014
- AP de Madrid, Sec. sentencia de 18 de mayo de 2012
- AP de Madrid, Sec. sentencia de 15 de junio de 2012
- AP de Asturias, Sec. 5.<sup>a</sup>, sentencia de 27 de noviembre de 2013
- AP de Asturias, Sec. 5.<sup>a</sup>, sentencia de 27 de junio de 2013
- AP de Sevilla, Sec.2.<sup>a</sup>, sentencia de 17 de septiembre de 2012
- AP de Sevilla, Sec. 2.<sup>a</sup>, sentencia de 9 de marzo de 2013
- AP de Valencia, Sec. 10.<sup>a</sup>, sentencia 29 de abril de 2013
- AP de Valencia, Sec. 10.<sup>a</sup>, sentencia 11 de junio de 2013
- Sentencia del TS de 14 de junio de 2011 núm. 402
- Sentencia del TS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 7 de julio de 2014
- Sentencia del TS, sala 1.<sup>a</sup>, de 27 de noviembre de 2013
- Sentencia del TS, sala 1.<sup>a</sup>, de 5 de octubre de 1993
- Sentencia del TS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 3 de octubre de 2008
- Sentencia del TS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 17 de marzo de 2014.
- Sentencia del TS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2014
- Sentencia del TS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 17 de julio de 2015
- Sentencia del TS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 19 de enero de 2015
- Sentencia del TS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 12 de febrero de 2015

## NOTAS

<sup>1</sup> Artículo 82 y 87 del Código Civil.

<sup>2</sup> El artículo 154 del Código Civil, señala, entre otros, como deberes derivados de la patria potestad. «Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral». En caso de incumplimiento, el artículo 158 del Código Civil, permite al juez tomar las medidas necesarias para asegurarle la prestación de alimentos

<sup>3</sup> Sentencia núm. 157/2014, AP de Asturias, Sección 5.<sup>a</sup>, 2 de junio de 2014, entre otras.

<sup>4</sup> Artículo 269 núm. 1, del Código Civil: «El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular, a procurarle alimentos».

<sup>5</sup> El artículo 173 del Código Civil, «El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral».

<sup>6</sup> El artículo 143 del Código Civil enumera a los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos, en menor extensión.

<sup>7</sup> Artículo 68 del Código Civil «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente».

<sup>8</sup> Sentencia del TS, Sala 1.<sup>a</sup> de 27 de noviembre de 2013. En el mismo sentido se pueden citar las sentencias del TS, Sala 1.<sup>a</sup> de 5 de octubre de 1993 y 3 de octubre de 2008.

<sup>9</sup> Artículo 1793 del Código Civil «La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe».

<sup>10</sup> Artículo 648 núm. 3 del Código Civil.

<sup>11</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que ha sufrido varias reformas por Ley 3/2010 de 10 de octubre; por Ley 11/2014, de 30 de septiembre; la última por Ley 9/2015 de 25 de mayo. El artículo 47 de la Ley concursal «Derecho a alimentos. 1. El concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y

descendientes bajo su potestad. Su cuantía y periodicidad serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. En este último caso, el juez, con audiencia del concursado o de la administración concursal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos.<sup>12</sup> Las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos, con excepción de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad, solo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos y siempre que hubieran ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse, previa autorización del juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía. La obligación de prestar alimentos impuestos al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez de concurso, teniendo en cuanto al exceso la consideración de crédito concursal ordinario.

El artículo 84, 4.<sup>º</sup>, de la misma Ley: «Los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el juez de primera instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tendrán también esta consideración los créditos de este tipo devengados con posterioridad a la declaración del concurso cuando tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad».

<sup>12</sup> Sentencia núm. 157/2014, AP de Asturias, Sección 5.<sup>a</sup>, 2 de junio de 2014.

<sup>13</sup> Artículo 756 núm. 7 del Código Civil «Son incapaces para suceder por causa de indignidad... Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil».

<sup>14</sup> Sentencia del TS, Sala 1.<sup>a</sup> de 17 de marzo de 2014.

<sup>15</sup> Se reitera la doctrina en la sentencia de 10 de octubre de 2014 y 17 de julio 2015.

<sup>16</sup> Artículo 112 del Código Civil «Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la Ley no dispusiere lo contrario».

<sup>17</sup> Artículo 180.2 del Código Civil.