

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (573/2016)
Y 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (574/2016)**

**Alcance de la Declaración judicial de paternidad
respecto a los alimentos asumidos en exclusiva por la
madre. Reembolso o limitación temporal**

Comentario a cargo de:

CARMEN MUÑOZ GARCÍA

Doctora en Derecho. Acreditada a Titular de Universidad

Profesora de Derecho civil UCM

Codirectora Grupo de Investigación UCM:

“Derecho de Daños. Derecho de la contratación”

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2016

Roj: STS 4176/2016 - **ECLI:ES:TS:2016:4176**

ID CENDOJ: 28079119912016100023

PONENTE: EXCMO. SR. DON JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 septiembre de 2016, confirma la Doctrina jurisprudencial mantenida “sin fisuras” en las últimas sentencias del Alto Tribunal en la misma materia. Entiende que, determinada *ex novo* una filiación, existe la obligación legal de prestar alimentos a los hijos como parte del deber de prestarlos “asistencia de todo orden”, conforme mandato constitucional, pero que estos se abonaran solo “desde la fecha en la que se interponga la demanda” de alimentos (art. 148.1 CC). Por lo que no procede el reembolso de las cantidades abonadas por la madre con anterioridad a dicha demanda.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016

ROJ: STS 4184/2016 - **ECLI:ES:TS:2016:4184**

ID CENDOJ: 28079119912016100024

PONENTE: EXCMO. SR. DON FERNANDO PANTALEÓN PRIETO

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2016, reitera la Doctrina jurisprudencial referida anteriormente. Y si en la anterior la acción de filiación se instó por el hijo cuando alcanzó la mayoría de edad, y a posteriori la demanda de alimentos por la madre, en la que exigía el reembolso de la manutención abonada hasta entonces, en esta segunda Sentencia, ambas acciones se ejercitan por la madre del menor. La obligación de prestar alimentos a los hijos existe desde su nacimiento, pero solo serán exigibles “desde la fecha en la que se interponga la demanda” en la que se reclaman (art. 148.1 CC). Igual respuesta en cuanto a que no procede el reembolso de las cantidades abonadas por la madre con anterioridad a dicha demanda de alimentos.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Posibles supuestos en los que se plantean acciones de reembolso. 5.2. Sobre los alimentos dados por el progenitor hasta una “nueva” determinación de la filiación. 5.3. ¿Finalidad de declararse la retroactividad de los alimentos?. 5.4. Obligación de dar alimentos desde el nacimiento y su exigibilidad. Un símil entre deuda y responsabilidad. 5.5. La acción de reembolso del art. 1158 CC. Regla general. 5.6. La posible acumulación de acciones. 5.7. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Ambas sentencias se pronuncian sobre sendas demandas presentadas por quienes son las madres contra quien ha sido recién declarado progenitor tras obtener declaración judicial de paternidad. En uno y otro supuesto, se reclama el reembolso de cantidades satisfechas en exclusiva por la madre para el mantenimiento, educación y atención del hijo común, principalmente desde el nacimiento hasta la fecha de interposición de la demanda de alimentos.

En el primero de ellos, previamente se había determinado judicialmente la filiación no matrimonial a instancia del hijo, cuando ya contaba con 21 años de edad (sentencia 4 de mayo de 2004), y sin que se hubiesen reclamado

alimentos. Con base en los anteriores hechos, la madre insta un proceso posterior en el año 2011 –del que ahora nos ocupamos–, para a través de la acción de reembolso del art. 1158 CC, recuperar del padre las cantidades desembolsadas en exclusiva por ella para la manutención, educación y cuidado del hijo común. Acción de reembolso que se retrotrae a la manutención de su hijo durante los últimos 15 años (conforme anterior redacción art. 1964 CC), es decir, desde la demanda en 2011, hasta el año 1996.

En el segundo de los supuestos, la filiación legal del menor –nacido en 2005–, quedó determinada en el año 2008, en un procedimiento a instancia de la madre, sin que a la misma se hubiese acumulado acción de reclamación de alimentos. Por la progenitora se inicia demanda de medidas paterno filiales, lo que deriva entre otras, en la fijación de una pensión de alimentos (mayo de 2012), que se abonaran desde la presentación de la demanda. En el año 2013, la madre insta un nuevo procedimiento, con la pretensión de que el progenitor le reembolse, al amparo del art. 1158 CC, el 80% de las cantidades presuntamente abonadas hasta entonces por ella. Y la pretensión se extiende desde el nacimiento –año 2005–, hasta la demanda de medidas paterno filiales en la que se fijan entre otras, los alimentos –mayo de 2012–.

2. Soluciones dadas en primera instancia

En el caso de la Sentencia 576/2016, el Juzgado nº 4 de Torremolinos dictó sentencia de fecha 4 de junio de 2012, en la que estimaba en parte la demanda, y declarando sobre la acción de reembolso del art. 1158 CC, fijó el derecho de la parte actora al reintegro por parte del demandado de la cantidad de 45.000 euros. Se habían fijado unos gastos medios de manutención en los últimos 15 años, y según informe pericial, estos ascendían a 139.148,10 euros.

En el supuesto de la Sentencia 574/2016, del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Bilbao, la sentencia dictada por este desestimó la demanda, declarando no haber lugar a la acción de reembolso.

3. Soluciones dadas en apelación

Respecto al primero de los supuestos, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga dictó Sentencia con fecha 30 junio de 2015, por la que revocaba la del Juzgado de Primera Instancia de Torremolinos, desestimando íntegramente la demanda.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó Sentencia en fecha 3 de julio de 2014, desestimando el recurso de apelación contra la sentencia dictada en Primera Instancia, confirmó dicha resolución.

En ambas sentencias de las Audiencias, los razonamientos dados frente a las acciones de reembolso planteadas al amparo del art. 1158 CC, acogen

alegatos contemplados por nuestros tribunales con anterioridad: (i) la madre –única progenitora mientras no exista declaración judicial de paternidad–, asume una obligación propia de prestar los alimentos, de manera voluntaria, y no como una deuda ajena; y (ii) una vez determinada la filiación existe la obligación de dar alimentos, pero no serán exigibles sino desde que se interpone la demanda para reclamarlos. No se pueden reclamar alimentos con carácter retroactivo más allá de la interposición de la demanda que verse sobre estos.

4. Los motivos de casación alegados

En el caso de la Sentencia de 29 de septiembre (573/2016), el único motivo alegado en el recurso de casación denuncia la infracción del art. 1158 C, en relación con lo dispuesto en lo determinado en los arts. 112 y 154 del Código, y plantea como cuestión jurídica la de si tras la determinación legal de filiación, puede reclamarse pensión de alimentos con efectos retroactivos, es decir, desde la fecha del nacimiento hasta la fecha en la que se determinó la filiación. Se alega Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales con infracción del art. 1158 CC.

En el caso de la Sentencia de 30 de septiembre (574/2016), determinada legalmente la filiación en 2008, la madre que había visto desestimadas sus alegaciones respecto al reembolso de las cantidades satisfechas desde el nacimiento en 2005, hasta la demanda de alimentos en 2013, formula recurso de casación por razón de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. En su único motivo denuncia infracción, por aplicación indebida del art. 148 CC en detrimento del art. 1158 CC.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Posibles supuestos en los que se plantean acciones de reembolso*

Son dos los posibles supuestos en los que planteadas acciones de filiación, o bien para obtener la declaración judicial de paternidad, o bien para impugnar esta, se ejercita la **acción de reembolso**: (i) o bien porque la madre hasta que se determina la filiación ha asumido en exclusiva todos los alimentos a favor del hijo, por lo que determinada la filiación, insta el reembolso de las cantidades abonadas por quien se fija como progenitor (art. 1158 CC); (ii) o bien porque quien hasta ahora se ha creído ser el padre, ha estado abonando pensiones alimenticias que no habría pagado de haber conocido de la no filiación, por lo que el ya no progenitor ejercita la acción de reembolso de las cantidades satisfechas (art. 1895 CC). De unos y otros supuestos, no faltan sentencias del Tribunal Supremo que resuelven acerca de la procedencia o no del reembolso de las cantidades satisfechas.

Así, por un lado, un primer bloque de sentencias estaría formada por aquellas en las que, **se ejercita una acción de reembolso por cobro de lo indebido de pensiones alimenticias establecidas judicialmente** –por aquel que pagó mientras se creía el padre–. De una de ellas, del Pleno, STS de 24 de abril de 2015 (Muñoz García, p. y ss.), ya me ocupé, poniendo especialmente de relieve lo acertado del voto particular de los Magistrados Salas Carceller y Orduña Moreno, que entendieron frente al fallo del Pleno –que entendió que la acción debería haber sido la del 1902 CC–, que la reclamación de lo indebidamente satisfecho se dirige, no contra la menor alimentista, sino contra la madre, que estando obligada a prestar los alimentos en la cuantía cubierta por quien ha resultado no ser el padre biológico, no lo hizo. Esto, entiendo, produce un enriquecimiento injusto en perjuicio de quien por error los abonó, y así debería ser estimado.

Por otro lado, nos referimos a las dos sentencias que ahora nos ocupan, y que determinan que **no cabe acción de reembolso por quién asumió en solitario** –probablemente **por negligencia o pasividad**–, **los gastos de manutención ya consumidos, y que no fueron reclamados con anterioridad a la demanda de alimentos**. Ciertamente que desde que hubo determinación de la paternidad, los alimentos son debidos, al igual que se pueden exigir otras medidas como son el régimen de visitas, la participación en la toma de decisiones, o el fomento de las relaciones paterno-filiales, aunque bien es verdad que ni respecto a unas ni a otras medidas, hay posibilidad de retroacción. Para los alimentos, sin embargo, veremos un tratamiento diferente.

5.2. *Sobre los alimentos dados por el progenitor hasta “nueva” determinación de la filiación*

Si al hilo de la STS de 24 de abril de 2015, nos referimos a los alimentos dados durante la vigencia de la relación paterno-filial por quien se creía progenitor (Muñoz García, p. y ss.), ahora nos referimos a iguales alimentos dados por quien los asumió en solitario, la madre. Será un primer aspecto a resolver, si la manutención del hijo durante ese periodo se realiza como deuda propia o ajena. El art. 1158 del Código civil se refiere a que quien pague por cuenta de otro, podrá reclamar lo que hubiese pagado por él. De ahí, la importancia de determinar si mientras se están satisfaciendo alimentos en calidad de progenitor, se está anticipando lo que es exigible a otro.

Pues bien, mientras el art. 112 CC determina que la filiación “*produce sus efectos mientras 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*”, el art. 154 CC impone entre otros deberes de los progenitores, el de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Incluso se proclama el deber de velar por ellos y alimentarlos, aunque no ostenten la patria potestad (art. 110.1 CC). Por ello, *son los que formalmente ostenta la patria potestad*, los obligados a asistir y satisfacer las necesidades de los hijos, en el contexto de “*prestar asistencia de todo orden a los*

hijos” (art. 39.3 CE). De ahí que el *status quo* del menor ya alimentado, con sus necesidades satisfechas y cubiertas, resulte inalterable.

Así las cosas, y dado que el deber de alimentos recae en ambos progenitores ex art. 154 CC –o en uno, el que esté determinado–, no cabe discusión sobre los alimentos ya consumidos. Al respecto, sobre estos, ya argumentamos el deber que tuvo quien apareció como progenitor (o progenitores), de velar y alimentarle. También aludimos a que quien ha sido el guardador de hecho, ha tenido el deber de cuidar, proteger y amparar al menor, incluso realizando actor en su interés, que “*no podrán ser impugnados si redundan en su beneficio*” (art. 304 CC). Reiterando, como refiere el art. 9 LOPJM, el deber de atender el interés superior del menor (Muñoz García, p. y ss.).

En este contexto, tras las acciones de filiación, se plantean otras posibles acciones para restablecer el equilibrio personal y paterno-filial, principalmente el patrimonial, respecto de quien ha sido hasta ahora el progenitor, o de quien hasta la declaración de filiación no lo ha sido. Entran en juego, el cobro de lo indebido y el enriquecimiento injusto, y en uno y otro caso, aún cuando ambas suponen un enriquecimiento sin causa, ni la ley ni los tribunales lo ponen fácil.

Solo queremos anticipar ahora que determinada la filiación mediante declaración judicial de paternidad, o para excluirla por no ser el progenitor el que hasta ahora creía serlo, se producen nuevos marcos de relaciones respecto del menor, aunque también respecto de la madre de este. Sobre lo que ya no existe ninguna duda, es que no cabe la “devolución de los alimentos” ya consumidos. Nos retrotraemos a sentencias históricas, la de 18 de abril de 1913, que a su vez confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y la de 26 de octubre de 1887, en la que se señala, que “no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida”, como así precisa, entre otras, la STS de 20 de julio de 2017. Sirva pues como un primer argumento para lo que veremos en los puntos siguientes.

5.3. *¿Finalidad de declararse la retroactividad de los alimentos?*

¿Qué fin tendría la retroactividad de los alimentos una vez determinada la filiación? O dicho de otro modo, teniendo en cuenta el contenido del art. 112 CC ¿declarar la retroactividad del deber de alimentos beneficia al menor? Tengamos en cuenta que el menor tanto en un supuesto como en otro (SSTs 29 y 30 septiembre 2016), ha tenido cubiertas todas las necesidades de manutención, educación y asistencia, con independencia de que hayan sido satisfechas por la madre, o con ayudas familiares o institucionales (becas, comedor, etc.). En definitiva, el menor recibió los alimentos de quien asumió el deber legal de manera voluntaria: (i) ni instó antes la acción de filiación; (ii) ni acumuló a dicha acción la de reclamación de alimentos. Dicho esto, declarar la retroactividad de los alimentos solo beneficiaría a quien los asumió en solitario, en cuanto percibiría unas cantidades respecto de unos alimentos ya atendidos y difíciles de concretar.

Imaginemos por un momento que la madre, que asumió en solitario la maternidad, obtuvo ayudas estatales, comunitarias o locales, que pudo matricular al menor en el colegio con puntuaciones extras por “su situación personal”, y que obtuvo también becas de comedor, ayudas para libros, ... Por no decir, ayudas de otros estamentos a nivel profesional o laboral, que según que casos, podrían haber redundado en su beneficio. Posiblemente la retroactividad plena de esos alimentos, darían respuesta a una necesidad que ya no existe. No quiero decir que esto esté bien, que no lo está, pero sí, que para evitar cualquier exceso, sería conveniente reclamar los alimentos –a la vez que se insta la acción sobre la filiación–, desde que se produce el nacimiento, solo así, se produce la obligación legal y el derecho pleno a los mismos, por ser plenamente exigibles.

5.4. *Obligación de dar alimentos desde el nacimiento y su exigibilidad. Un símil entre deuda y responsabilidad*

La **primera de las cuestiones** sobre la que reitera doctrina consolidada la Sala Primera –y que mantiene “sin fisuras”–, es la relativa al *momento en el que son exigibles los alimentos, con la amplitud del art. 142 CC. La premisa es distinguir la obligación de dar alimentos de la exigibilidad*. Y el *punto de partida* lo constituye el primer párrafo del *art. 148 CC*, en virtud del cual: “La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonaran sino desde la fecha en que se interponga la demanda”. De lo que se extrae la doctrina general ya plasmada en la sentencia de 8 de abril de 1995 (328/95), y la dictada con pretensión de unificación de doctrina del TS, de 14 de junio de 2011 (402/2011), en las que a sabiendas de que los alimentos se deben desde el momento del nacimiento, su exigibilidad se reduce al momento en el que se interpone la demanda.

Ya lo advierte la STS de 29 de septiembre de 2016 (576/2016), FJ 1º, que hace suyos algunos de los argumentos de la Audiencia Provincial de Málaga, y entre ellos, el que distingue entre la obligación alimenticia que nace *ope legis* por el hecho del vínculo de parentesco, y con ello la posibilidad de ejercitarlo, y otra cosa muy distinta es que “se puedan reclamar conceptos de manutención de un hijo, devengados antes de haberlo solicitado judicialmente cuando tan solo existía una obligación inconcreta”. Y esta última, continúa diciendo, siendo obligación, no puede servir de base a la acción de reembolso del art. 1158 CC, que exige una deuda exigible y líquida.

Como refiere el Tribunal Constitucional, en el Auto 301/2014, de 16 de diciembre (BOE, 3 de febrero de 2015), “la obligación constitucional de asistencia del progenitor al hijo menor de edad reconocida en el art. 39.3 CE está vinculada exclusivamente a la mera circunstancia de la paternidad y la minoría de edad del hijo” y aunque hubiera sido cubierta por el otro progenitor, u otro pariente, por el Estado o por cualquier otro medio, no impide afirmar que la obligación constitucional de asistencia existía con carácter previo a la presen-

tación de la demanda, pero no es exigible más allá de la demanda, en cuanto existe una limitación temporal (art. 148 CC) que persigue evitar situaciones de pendencia incompatibles con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

El citado Auto del Pleno del TC (FJ 4), advierte que la norma cuestionada (148.1, *in fine*), por posible vulneración del art. 39.3 CE, no lo es respecto al momento en el que nace la obligación, solo respecto a cuando es exigible –último inciso–. El Ministerio Fiscal se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por entender que el precepto controvertido “no entra en colisión con el contenido esencial del derecho reconocido por el art. 39.3 CE, sino que en ausencia de regulación por parte de ésta, viene a concretar y delimitar el momento en el que, es exigible, dicho derecho constitucionalmente reconocido”. En cualquier caso, tal planteamiento de inconstitucionalidad solo cabe en los casos en los que el alimentista sea hijo, y además menor. No afecta pues a los supuestos de alimentos entre parientes (art. 143 CC). Al fin y al cabo, el art. 148 CC está pensado para estos últimos.

En este punto, hemos de admitir, que el art. 148 CC (con sede en la regulación de los alimentos entre parientes), se aplica también a los supuestos de alimentos que dimanen de la patria potestad (arts. 154 y ss.), conforme preceptúa el art. 153 CC que señala el carácter supletorio a todos los supuestos en los que “se tenga derecho de alimentos” salvo lo pactado, o dispuesto por la ley para el caso especial.

Pues bien, este especial deber de alimentos a favor de los hijos menores –deber constitucional conforme art. 39.3, derivado de la relación de filiación, y plasmado entre otros en los art. 110 y 111 CC–, que es distinto del deber legal de alimentos entre parientes derivado de la necesidad y con base en la solidaridad familiar, no está sujeto a norma propia (cfr. Muñoz García, “Alimentos a favor de los hijos”, p. 1 y ss.). De ahí que conforme art. 153 CC, le sea de aplicación la mínima retroactividad admitida en el art. 148.1, *in fine*, del mismo cuerpo legal, mal que nos pese.

Y ciertamente, como refieren ambas sentencias del TS, el obligado al pago pudo hacerlo, es decir, pudo cumplir voluntariamente aquello a lo que está obligado desde que el menor nace y precisa de los alimentos, pero no cabe ejecución forzosa sobre unos alimentos que la ley no fija como exigibles. La primera de las sentencias (573/2016), habla en el FJ 3º, penúltimo párrafo, de que podemos estar ante una obligación moral a cargo de quien finalmente es declarado como padre, nada más, ya que la ley no concede acción para exigir el cumplimiento de la obligación. De ahí, que entendamos trasladable la categoría de las obligaciones naturales al deber moral, también social y familiar de pagar los alimentos. Deuda que es inexigible jurídicamente en tanto no se presenta la demanda, pero que de ser cumplida voluntariamente produce consecuencias jurídicas propias. Ahora bien, el cumplimiento voluntario de la obligación es irrepetible e irrevocable, como así contempla el art. 1901 CC, que admite que quien pago –la manutención del hijo– cumpliendo una obligación “moral” y no exigible, no podrá reclamar lo que pago, y el que la recibió, puede retenerla alegando justa causa.

5.5. *La acción de reembolso del art. 1158 CC. Regla general*

La **segunda de las cuestiones** sobre la que pretende también el Tribunal sentar doctrina tiene que ver con determinar si quien pagó todos los alimentos puede exigir el *reembolso* de quien no los pagó. En coherencia con el art. 1158.2 CC, “*El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad*” (ver al respecto entre otros, Pérez Álvarez en Martínez de Aguirre y otros, p. 138).

De ahí que al amparo del art. 1158, se pretenda por las madres demandantes que, determinada la filiación, esta produzca sus efectos desde que tiene lugar. Es más, entienden que al amparo del art. 112 CC, la determinación legal de la filiación “tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario”. De ahí que, estimando que habiéndose asumido los alimentos en exclusiva desde el nacimiento, están legitimadas para ejercitar frente al otro progenitor la acción de reembolso del citado art. 1158.

Claro que para que opere la acción de reembolso es necesario que se den unos presupuestos, a saber: (i) que quien realice el pago lo haga voluntariamente, sin que tenga obligación legal de hacerlo, (ii) que el pago responda al cumplimiento de una obligación ajena. De ahí que, estando los padres obligados a prestar asistencia de todo orden a los hijos (art. 39.3 CE, art. 154 CC), aunque la filiación no esté entonces legalmente determinada (art. 112.1 CC), será la madre, cuya filiación está legalmente determinada: (i) la que paga porque está legalmente obligada, y (ii) la que lo hace en virtud de una obligación propia, por lo que no procede la pretendida acción de reembolso. Es más, entre el periodo del nacimiento y aquel en el que se determina la filiación, ni siquiera existía una “obligación natural” de pago de la manutención. Por tanto, difícilmente puede pretenderse reclamar “la devolución” de lo pagado por quien no estaba obligado.

Es más, el referido **artículo 1158 CC, que constituye regla general**, sería de aplicación de no existir una **regla específica, la del art. 148** del mismo cuerpo legal, que referida a la obligación de dar alimentos entre parientes, se aplica, por remisión del art. 153, a todas las obligaciones alimenticias que no tengan regla propia; y por tanto, también a los alimentos respecto a los hijos menores. **No procede pues, la acción de reembolso del art. 1158 CC, porque lo impide el art. 148, que admite una mínima retroactividad** a la fecha de la interposición de la demanda en la que se reclaman los alimentos. Este mismo artículo 148 del Código, operaría también como una excepción al deber general de velar por los hijos, alimentarles, ... (art. 154 CC), en cuanto limita temporalmente hasta cuando es exigible ese deber. Y lo es para estos supuestos determinados, en los que existe obligación “moral” de dar alimentos, pero su pago no puede ser exigido en tanto no se inste el procedimiento correspondiente.

La Sala 1ª recuerda en este punto (FJ. 3º de ambas Sentencias del Supremo), que la previsión legal del art. 148 CC se establece en beneficio del ali-

mentante que atienda a la especial naturaleza de la deuda alimenticia (STS 29 septiembre 2016). La *ratio* del final del art. 148.1, defiende Pantaleón (en STS 30 septiembre 2016), es proteger al deudor de alimentos, evitando una reclamación inasumible económicamente, difícilmente compatible con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Tengamos en cuenta el contenido del art. 1966.1 CC en cuanto prescriben por el transcurso de cinco años (antes 15), las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación de pagar pensión alimenticia, cuando esta esté constituida como obligación jurídica. De poder ser exigidos los alimentos de los últimos cinco (antes 15) años desde que se ejercite la acción de reclamación de alimentos, estaríamos frente una consecuencia de difícil justificación, principalmente, como en muchas ocasiones, podría desconocerse que uno está obligado al pago de alimentos, e incluso, ignorar que es el padre.

A esta argumentación se podría haber sumado la **doctrina de los actos propios**, de la que la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 21 de abril de 1988 (nº 73/1988), dio cumplida muestra: “la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium* surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos”.

Precisamente el principio de protección de la confianza legítima ha sido acogido por reiterada jurisprudencial del Tribunal Supremo, y exige para que los denominados actos propios sean vinculantes, “que causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo (SS., entre muchas otras, de 27 de julio y 5 de noviembre de 1987; 15 de junio de 1989; 18 de enero y 27 de julio de 1990), además de que el acto ha de estar revestido de cierta solemnidad, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza (SS. de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988)”, como así recoge sistemáticamente la STS 3 de diciembre de 2013. Pues bien, sobre la voluntad de las progenitoras, no existe ninguna duda. Las acciones de filiación y de alimentos, se instan tardíamente, y además, no se acumulan.

5.6. *La posible acumulación de acciones*

La **tercera de las cuestiones** es objeto de análisis, principalmente, en la segunda de las sentencias del Pleno (30 septiembre 2016). Sobre ella se proyecta uno de los recursos: se trata de que una vez reconocido el derecho de

alimentos (mayo de 2012), y firme la sentencia sobre estos, prospere una acción de reembolso al amparo del art. 1158 CC, pero ahora respecto de aquellas cantidades abonadas en concepto de alimentos, desde el nacimiento del menor hasta que se constituyó la obligación legal de abonarlos. Y esto, sin haber acumulado la acción de reclamación de alimentos a la acción de reclamación de la paternidad. Ni siquiera se planteo la retroactividad cuando se instó una previa demanda de medidas paterno-filiales, que bien es verdad, que con iguales razonamientos tampoco se habría estimado.

La sentencia consolida la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la aplicación del art. 148.1. *in fine* del Código, y sin poner en duda la obligación constitucional de prestar alimentos a los hijos menores desde su nacimiento, estos no son exigibles más allá de la interposición de la demanda de reclamación de alimentos. Ciertamente que el hecho generador de la obligación lo constituye el nacimiento, y que en este segundo supuesto la acción de filiación se había interpuesto en 2007, a la que no se acumuló la del pago de alimentos para el hijo. En 2012 se formula demanda de medidas paterno filiales, y se fija, entre otras, el pago de una pensión de alimentos de 600 euros/mes, que debían abonarse desde la fecha de interposición de la demanda, es decir, desde mayo de 2012. Cabe preguntarse, ¿por qué no se reclamaron cuando se instó el proceso de filiación, en el año 2007? El problema habría dejado de ser el reembolso ahora pretendido.

No hay ninguna imposibilidad normativa, tampoco jurisprudencial, de acumular junto a la acción de reclamación judicial de filiación, la acción de reclamación de alimentos a cargo del progenitor que se reivindica. Los arts. 153 y ss. de la LEC de 1881 no supusieron tampoco ningún obstáculo: (i) no eran acciones incompatibles entre sí, (ii) se fundan en la misma causa de pedir, con base en la existencia de la relación paterno filial, (iii) y ambas acciones eran susceptibles de tramitarse entonces conforme a los cauces del extinto juicio de menor cuantía (cfr. Gascón Ichausti, p.6).

Ahora bien, aunque aquellas razones han variado tras LEC 1/2000 (procedimiento especial para la filiación –arts. 748 y ss.–, y juicio verbal para los alimentos –art. 250.1.8º), no son suficiente obstáculo para la acumulación de las acciones. Así, el autor antedicho señala nuevos argumentos que refuerzan la posible acumulación de acciones (filiación y alimentos): por un lado, el art. 753.1 LEC, señala que los procesos de filiación, aunque especiales, también “se sustanciaran por los trámites del juicio verbal”, si bien en estos casos, y derivados de la propia especialidad de la materia, se “dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente ley”. Por otro, el art. 768.2 LEC de 2000, admite en los procesos especiales sobre filiación –ya sea impugnación, ya reclamación de la paternidad–, que se fijen medidas cautelares, entre otras, los alimentos provisionales a cargo del demandado, cuando presumiblemente se ejerciten ambas acciones.

A lo anterior, hemos de añadir lo que al respecto se refiere en la STS de 30 de septiembre de 2016. Mientras que la madre alega “razones de justicia material” para extender la retroactividad del deber de alimentos hasta la fecha del nacimiento –en la que nace la obligación pero no la exigibilidad–, el Tribunal solo tiene que invocar la norma, y así, en un Estado de Derecho, los Jueces y Tribunales, están obligados a aplicar lo que determina la ley, teniendo en cuenta los criterios generales de interpretación contenidos en el art. 3.1 CC (art. 117.1 CE; art. 3.2 CC). Lo que no puede el Tribunal, para satisfacer intereses singulares, es eludir el cumplimiento del art. 148 CC. Y más teniendo en cuenta la pasividad, o la desidia, o el no saber hacer –o incluso lo que a sabiendas “no quiso hacer”–, de acumular al tiempo de la acción de reclamación de paternidad, la acción de reclamación de alimentos. No se trata de que el derecho ha prescrito, simplemente de que la retroactividad solo alcanza a la fecha de la interposición de la demanda.

El Auto 301/2014, de 16 de diciembre, del Tribunal Constitucional (Pleno, FJ 4), advierte que la norma cuestionada (148.1, *in fine*), tiene en cuenta todos los intereses, los del menor, y el de los progenitores, si bien, es el progenitor custodio el que ostenta la facultad de reclamar los alimentos tan pronto como nace la obligación. También dice –y así lo recoge la STS de 30 septiembre 2016 (FJ 3º, apartado 8º)–, no hay nada que impida al progenitor no custodio, cumplir voluntariamente la obligación”. Si bien, este, el no custodio, podía hasta entonces desconocer el hecho de la misma filiación.

Me parece, que no cabía otra respuesta.

Cuestión distinta es que se plantee la modificación de la norma, por ejemplo, admitiendo que la retroactividad alcance, en lugar de a la fecha de la interposición de la demanda, que también lo sea a la fecha de cualquier reclamación extrajudicial, e incluso, la retroacción a un año anterior a la reclamación judicial o extrajudicial cuando se trata de alimentos a menores. Así lo refiere en el art. 237-5 Código civil catalán, en el que distingue entre el nacimiento del derecho –desde que se necesitan–, y el momento de la exigibilidad. Añadiendo además un régimen especial respecto de los hijos menores. Así:

“1. Se tiene derecho a los alimentos desde que se necesitan, pero no pueden solicitarse los anteriores a la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial.

2. En el caso de los alimentos a los hijos menores, pueden solicitarse los anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, hasta un período máximo de un año, si la reclamación no se hizo por una causa imputable a la persona obligada a prestarlos”.

5.7. Conclusión

No se pueden tomar en consideración hipotéticos gastos pretendidos por quien ha tenido la atención, cuidado y mantenimiento del hijo, menos aun cuando a la demanda que se inició para reclamar la filiación, no se acumuló una

acción de reclamación de alimentos, que sí se podía. De ahí parte el problema. Se pudo reclamar la filiación y a la vez los alimentos. Se pudo instar la acción de filiación con anterioridad, y la de manutención también, ¡y no se hizo! Se asumió el deber obligacional como propio, y se excluyó al otro progenitor.

De ahí que **pretender** que los Tribunales suplan la que hasta ahora ha sido la voluntad unívoca de las partes (la de la madre, o la del hijo y la madre, en según que casos), en cuanto no reclamar vía judicial el reembolso de unos alimentos que pudieron reclamarse antes, y que voluntariamente no se reclamaron, es ir contra los actos propios, y puede suponer un manifiesto abuso del derecho. ¿Por qué no entonces y ahora sí?

Y si el Tribunal lo admite, lo hace contra ley. Por más que las partes lo pretendan, el Tribunal Supremo descarta cualquier posible reembolso de las cantidades asumidas en exclusiva por la madre, la obligación existe en virtud de la filiación, pero la exigibilidad la determina el art. 148 CC.

Cierto que **podría aplicarse el art. 1158 CC**, en cuanto reembolso pleno, **pero no en este supuesto en el que el art. 148.1 CC lo impide**: fija una regla especial, una limitación temporal, un reembolso mínimo de los alimentos, que solo son exigibles desde la interposición de la demanda. Regla especial frente a la regla general. No queda otra, aunque “por razones de justicia material” entendamos más ajustada a derecho una mayor retroactividad respecto a los alimentos a favor de los hijos menores.

Es verdad que el rigor del art. 148.1 admite una mínima retroactividad, y que este tiene perfecto encaje normativo en la especial prestación alimenticia en la que sistemáticamente se ubica, los “alimentos entre parientes” (arts. 142 a 153 CC). Esta limitación temporal no resulta extraña a la especial naturaleza de este deber entre parientes, pero solo respecto a estos. Es más, se entiende en un contexto de protección al deudor de alimentos que hasta que se le reclaman judicialmente, no le son exigibles, porque el alimentista hasta entonces no los habrá necesitado. **Pero dista, y mucho, del deber constitucional (art. 39.3 CE) respecto a los “alimentos a los hijos menores”**, para los que no existe regulación específica en el Código. De ahí que, por aplicación del art. 153, y a pesar de su distinta naturaleza jurídica, los alimentos para los hijos menores reciban igual tratamiento jurídico en cuanto a una mínima retroactividad, repito, mal que nos pese. Lo que sin duda, no es una buena solución en nuestro ordenamiento jurídico, donde proteger el interés del deudor, no puede prevalecer sobre el interés superior del menor.

Naturaleza jurídica y finalidades distintas entre los “alimentos entre parientes” y los “alimentos para hijos menores”, para los que el legislador podría haber previsto un nuevo tratamiento jurídico. ¿Cómo? Añadiendo una nueva previsión en el art. 148 del Código civil, que amplíe –algo más–, la retroactividad respecto a la obligación de alimentos a los hijos menores. No obstante, el legislador ha tenido muy recientes oportunidades en las numerosas reformas normativas que se han llevado a cabo en el Derecho de familia (entre otras, por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adoles-

cencia; LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; o la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria), pero estas ocasiones han resultado en vano.

Es innegable que el legislador ha querido que se aplique a los alimentos respecto a los hijos menores, igual regla que a los alimentos entre parientes. Ciertamente, podría haber ampliado el derecho de reembolso más allá del texto del art. 148, y sin embargo, no lo ha hecho.

Y aunque la crítica es, no obstante, a quien pudiendo reclamar los alimentos no lo hizo al tiempo de la reclamación de filiación, no queremos dejar de hacer una llamada de atención al legislador que, una vez más, ha desaprovechado no una ni dos, sino múltiples oportunidades de mejorar la protección del menor. Por ejemplo, podría haber ampliado la retroactividad más allá de la fecha de la demanda, a un tiempo limitado como ya prevé el 237-5 Código civil catalán, en el que se puede reclamar hasta un máximo de año desde la reclamación judicial y extrajudicial, y siempre que no exista causa imputable a la persona obligada a prestarlos.

No me basta el argumento dado por el Tribunal Constitucional en el Auto del Pleno de 16 de diciembre de 2014, que tras admitir –acertadamente–, que el titular del derecho a percibir la asistencia es el menor, y que es este quien ve frustrado su derecho a ser asistido en mayor proporcionalidad, se conforma después con admitir que la retroactividad de los alimentos habría facilitado procesalmente el resarcimiento del progenitor que cumplió con la obligación alimenticia, pero que no puede irse más allá de la limitación temporal en la exigibilidad de los alimentos por razones de seguridad jurídica. A results de lo anterior, acuerda inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad.

El voto particular que formula el Magistrado Xiol Ríos al Auto dictado en la cuestión de inconstitucional planteada, hace especial hincapié en la posibilidad de haber ponderado si la seguridad jurídica en materia de alimentos a los menores tiene la relevancia que la opinión mayoritaria le otorga en estos supuesto. Su discrepancia, también la mía, apuntan a la prevalencia del interés superior del menor, que entiendo, puede salvarse a través de una reforma urgente del art. 148 CC, que añade mayor protección al hijo, menor, que resultaría claramente beneficiado por una retroactividad algo mayor de la reconocida a los alimentos entre parientes. La claridad de la norma permitiría al deudor saber a que atenerse, y se salvaría la exigibilidad art. 9.3 CE. De lo contrario, el pretendido interés del deudor de alimentos, y la seguridad jurídica, ensombrecerían derechos constitucionales del menor que no pueden ser obviados.

6. Bibliografía

DE LA IGLESIA MONJE, «Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2/2016, pp.

- GASCÓN ICHAUSTI, «Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación», *Tribunales de Justicia*, 2000-12, pp. 1321-1332. http://eprints.ucm.es/23855/1/2000_Cuestiones_procesales_en_el_ejercicio_de_las_acciones_de_filiaci%C3%B3n.pdf
- MARTIN-CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J., «Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de Derecho civil*, LXIV (2011), pp. 503-561.
- PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Civil II. Teoría General de la obligación y el contrato*, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (coord.), Edisofer, 2016.
- MUÑOZ GARCÍA, C., «Alimentos a favor de los hijos en supuestos de ruptura matrimonial (Conciliación con el régimen general de los alimentos de los artículos 142 y ss CC)», *Diario La Ley*, N° 8224, de 8 enero 2014, sección Doctrina, pp. 1-18.
- MUÑOZ GARCÍA, C., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 (202/2015) Reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos tras declararse la inexistencia de relación paterno filial», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, dirigido por YZQUIERDO TOLSADA vol 7º, ed. Dykinson, 2016, pp.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Responsabilidad civil en el derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, 2009.
- YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, 2016, 2ª ed.