

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 13 DE FEBRERO DE 2019 (86/2019)**

**La pensión de alimentos
en el marco del acuerdo extrajudicial de pagos**

Comentario a cargo de:
ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ
Catedrática de Derecho Civil
(Universidad Complutense de Madrid)
Directora del Instituto de Derecho Comparado

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE FEBRERO DE 2019

RoJ: STS 360/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:360

ID CENDOJ: 28079119912019100008

PONENTE: EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO

Asunto: Sentencia referida a un acuerdo extrajudicial de pagos realizado ante Notario en el que figuran como acreedores los dos hijos del deudor por la pensión de alimentos. La Sala establece que no cabe, a través de un acuerdo extrajudicial de pagos, modificar el contenido de la obligación de pago de alimentos fijada judicialmente en un procedimiento de familia, ni puede afectar a los créditos por alimentos posteriores a la solicitud de dicho acuerdo, pero sí a los existentes con anterioridad a la solicitud del acuerdo.

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. Acuerdo extrajudicial de pagos. 5.2 Competencia del Juez mercantil. 5.3. Deber legal de alimentos y pensión de alimen-

tos consecuencia de un procedimiento de divorcio. 5.4. Reducción de la pensión de alimentos a través de un procedimiento de modificación de medidas. 5.5. Ausencia de referencia a la tutela del interés de los menores. 5.6. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Lázaro conductor de un camión, había estado casado con Estrella, y de ese matrimonio nacieron dos hijos: Mariola, nacida en el año 2000, y Edmundo, nacido en el año 2003. Por sentencia de 29 de enero 2008 se acordó el divorcio, imponiéndose a Lázaro el pago de una pensión de alimentos de 300 euros para cada uno de sus hijos.

El 21 de julio de 2016, Lázaro presentó en una Notaría una solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos. En la documentación aparecía la siguiente información sobre el activo: trabajador por cuenta ajena con un sueldo de 1.350€; titular de cuentas en dos entidades bancarias sin indicar el saldo; propietario de una vivienda con una carga hipotecaria que amortiza en cuotas mensuales de 433,28€, quedando pendientes de pago, a la fecha de la solicitud, 63.131,72€; asimismo, es propietario de un garaje, un trastero, una moto y un vehículo, sin que conste el valor de estos últimos. El dinero en efectivo no llegaba a 300€.

En cuanto al pasivo, reseñaba los siguientes créditos: 7.260€, a favor de Lex Baros Asesores SLP (son honorarios de abogado); 4.038,62 euros, a favor de Jesús Miguel; y 3.458,24€, a favor de Carrocerías Procar S.L., por la reparación de su vehículo. En la lista de acreedores también aparecen sus dos hijos, por la pensión de alimentos, pero sin fijar la deuda hasta entonces pendiente de pago.

Lázaro presentó un primer plan de pagos consistente en mantener el pago de la cuota hipotecaria; reducir la pensión de alimentos a 100 euros para cada hijo y, en cuanto a los deudores ordinarios, una quita del 80% y una espera de 2 años.

El 7 de septiembre de 2016 fueron convocados los acreedores, advirtiendo alguno de ellos que para reducir la pensión de alimentos debía acudir a un procedimiento de modificación de medidas y no al acuerdo extrajudicial de pagos.

Tras hacer constar el Notario la falta de notificación de los acreedores menores de edad y, tras una serie de avatares, y con la reiniciación del expediente notarial, Lázaro aporta un segundo plan de pagos consistente en mantener el pago de la cuota hipotecaria, y en cuanto al resto de deudores una quita del 25% y una espera de 48 meses, haciendo constar el Notario, como créditos ordinarios, además de los que se han señalado antes, el de 0€ a favor de Mariola y Edmundo, al no haber comunicado dichos acreedores el importe de sus créditos. Asimismo el Notario advirtió que se había superado la exigencia legal del

voto favorable de acreedores que representen más del 60% del pasivo afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos.

2. Solución dada en primera instancia

El acuerdo extrajudicial de pagos fue impugnado por Estrella fundamentándolo, de una parte, en la ausencia de justificación de algunos créditos, y de otra en la confusión en la titularidad de otro crédito; y en relación con el de alimentos a favor de los hijos menores, señaló que no puede verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, y si se pretende modificar debe hacerse mediante el correspondiente procedimiento de medidas, ante el juzgado de familia.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño dictó sentencia con fecha 8 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue: Fallo: «Se desestime la demanda interpuesta por Estrella de impugnación de acuerdo extrajudicial de pagos de Lázaro».

La sentencia resta importancia a las titularidades de los créditos entendiendo que lo relevante es que el importe del crédito se ha tenido en cuenta para computar las mayorías, y considerando que el crédito por alimentos puede verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos.

3. Solución dada en apelación

La Audiencia Provincial de La Rioja, mediante sentencia de 9 de noviembre de 2017 revoca la sentencia apelada y en su lugar acuerda la anulación del acuerdo extrajudicial de pagos impugnado y la sustanciación del concurso consecutivo del deudor Lázaro.

La Sentencia menciona varios defectos formales relacionados con la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos, tales como que no ha aportado la cuantía de los saldos de sus cuentas bancarias, ni tampoco el valor de algunos inmuebles (garaje y trastero) o de los vehículos de motor. Tampoco señala el importe de la deuda por las pensiones alimenticias debidas a sus hijos, y respecto del plan de pagos no se hace ninguna referencia a los recursos previstos para su cumplimiento ni se incluye plan de viabilidad.

Con independencia de esos defectos formales, al estimar el recurso y anular el acuerdo extrajudicial de pagos la sentencia lo fundamenta en las siguientes razones que se recogen a lo largo del cuerpo de la sentencia: «Es evidente, sin necesidad de mayor argumentación, lo desproporcionado de acordar no solo una rebaja de la pensión de alimentos sino que los menores no perciban tal pensión hasta pasados nada menos que cuatro años. ...No solo desproporcionado, sino que la Sala estima que no puede llevarse a cabo tal rebaja y demora en el pago de la pensión de alimentos contrariando lo acordado en la

sentencia de divorcio y al margen del procedimiento de modificación de medidas, que es el cauce legalmente previsto en el que tal pretensión debe ejercitarse... No constando el importe del crédito por las pensiones de alimentos a los hijos menores,...no puede estimarse que hayan votado a favor del acuerdo las mayorías exigidas por el art. 238 de la ley concursal, en concreto el 60 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, como se hace constar en el acta notarial». Ello con independencia de otras argumentaciones que se vierten en la sentencia y a las que más adelante nos referiremos.

No se hace expresa imposición de las costas de la primera instancia ni de las costas del recurso de apelación.

4. Los motivos de casación alegados

El recurso de casación se interpone por Lázaro con fundamento en un único motivo, que es la infracción del art. 232 de la Ley Concursal. Solicita del Tribunal que se pronuncie sobre si el crédito por alimentos puede verse afectado por un acuerdo extrajudicial de pagos, esto es, si es susceptible de negociación. Y añade en su *petitum* que «en caso de que esa deuda no pueda ser establecida», pide que se mantenga el acuerdo extrajudicial de pagos respecto de los demás créditos, y por lo tanto que no se produzca su anulación total.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Acuerdo extrajudicial de pagos

El supuesto de hecho que da lugar a la sentencia –deudor persona natural, con acumulación de obligaciones pendientes e cumplimiento de las mismas, con solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos y consecuente solicitud de quita y espera– probablemente no habría tenido mayor recorrido si no se incluyesen entre las obligaciones pendientes, y contenidas en el acuerdo extrajudicial de pagos, las relativas a la pensión de alimentos de los hijos menores.

Para dicho acuerdo extrajudicial de pagos es de aplicación, por una parte, el núm. 1 del art. 231 de la Ley Concursal cuando señala que «El deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros...».

Asimismo, el art. 236 1, a) y b) de la Ley Concursal prevé la posibilidad de que la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos contenga, entre otras, la propuesta de quitas y esperas cuando señala que «Tan pronto como sea po-

sible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. La propuesta podrá contener cualquiera de las siguientes medidas: a) Esperas por un plazo no superior a diez años. b) Quitas...», señalando el art. 238 de la misma disposición legal las mayorías necesarias para la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos.

De este modo, el acuerdo extrajudicial de pagos sería aplicable a todos los créditos vencidos y no satisfechos, y así lo ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos al indicar que «El acuerdo extrajudicial de pagos sólo puede afectar a los créditos anteriores a su solicitud, incluidos también los de alimentos ya devengados, pero no a los posteriores».

Por otra parte, el art. 238 bis.1 de la Ley Concursal dispone que «el contenido del acuerdo extrajudicial vinculará al deudor y a los acreedores descritos en el apartado 1 del artículo precedente». Y el art. 238.1 de la misma Ley hace referencia a «los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real». La norma no excluye a los acreedores de créditos por alimentos; pero más adelante veremos a qué tipo de alimentos.

La Ley Concursal tan sólo excluye del acuerdo extrajudicial de pagos a los créditos con garantía real, hasta el valor de la garantía (art. 231.5 LC), y salvo que hubieran votado a favor las mayorías a que se refiere el art. 238 bis 1 y 2 LC; quedan también excluidos los créditos de derecho público (arts. 231.5 párr. 2º LC), sin perjuicio de que se alcance su aplazamiento por el cauce administrativo correspondiente (art. 236.2 LC). El resto de los créditos anteriores a la solicitud, entre los que, en principio, se encontrarían los créditos por alimentos, se verían afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos.

La sentencia es clara al señalar que el acuerdo de extrajudicial de pagos en ningún caso puede modificar el contenido de la obligación de pago de alimentos fijada judicialmente en un procedimiento de familia. Y las eventuales quitas y esperas incluidas en un acuerdo extrajudicial de pagos no afectarán a los créditos por alimentos devengados con posterioridad a la solicitud, pero sí a los devengados antes, salvo que el Juez disponga que una parte de estos créditos sean pagados contra la masa. Cuestión distinta es la relativa a la quita y espera respecto del resto de los créditos respecto de los cuales la sentencia estima como válido el acuerdo extrajudicial de pagos.

A ello hay que añadir las imprecisiones en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos y en el plan de pagos, que, en relación con la deuda de alimentos respecto de los hijos, pudieran haber estado motivadas porque no existiese una cuantificación de tal deuda pendiente y la única pretensión fuese conseguir una quita y una espera respecto de la pensión de alimentos.

A estas imprecisiones alude la Sentencia de Apelación cuando señala que «Es manifiesta la imprecisión acerca del crédito que el deudor incluye en el for-

mulario de solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, pues se limita a señalar: “identidad del acreedor: María Purificación y Cándido, (nombres dados a los hijos en la publicación de esta sentencia) cuantía debida: indeterminada, pensión por alimentos”. La confusión es aún mayor si se tiene en cuenta que en el plan de pagos acompañado a la solicitud se expresa que la deuda se origina con ocasión de una pensión de alimentos que el deudor podía afrontar cuando se fijó pero que por la crisis económica le es imposible pagar, y propone una pensión de alimentos de 100 euros para cada hijo, en lugar de 300 euros para cada hijo fijados en la sentencia de divorcio». Y continúa señalando que «meses después aporta un nuevo plan de pagos, el que es finalmente aprobado, consistente en una quita del 25% y una espera de 48 meses para todas las deudas, salvo la hipotecaria, incluidos alimentos. No se alcanza a comprender si el acuerdo se refiere a las pensiones alimenticias vencidas y no pagadas, respecto de las que el deudor no indica ni cuantía ni periodos de devengo, o a las pensiones de alimentos que mensualmente debe abonar a sus hijos, y respecto de las que pretendía una modificación en el primer plan de pagos. La cuestión se complica aún más si se tiene en cuenta que en el proceso de ejecución forzosa de familia 163/2010 del juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño, a la fecha de presentación de la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos ya se había abonado el principal reclamado, por lo que ninguna deuda vencida quedaba pendiente por tal concepto, salvo 2329,61 euros en concepto de intereses de las pensiones de alimentos impagadas a sus vencimientos; pero dicha deuda ya se relaciona en el formulario de solicitud como deuda a favor del acreedor don Luis Carlos, junto con las costas de la ejecución; por lo que el crédito a favor de María Purificación y Cándido por pensiones alimenticias tampoco se refiere a los intereses de las pensiones alimenticias abonadas en la ejecución forzosa de familia 163/2010».

Todo ello lleva a suscitar la incógnita respecto a cuál era realmente la pretensión del deudor, Lázaro. Quizá, aprovechando el acuerdo extrajudicial de pagos, conseguir una quita y espera de las pensiones alimenticias futuras. Si esta era su pretensión, que no pasa del terreno de la pura conjetura, debería haber sido consciente que tenía muy pocas –por no decir ninguna– posibilidades de éxito, ya que no es posible a través de un acuerdo extrajudicial de pagos modificar el *quantum* de la pensión de alimentos fijada en un procedimiento de divorcio por un juzgado de familia.

5.2. Competencia del Juez mercantil

Lo anterior nos lleva a plantear la cuestión relativa a la competencia del Juez mercantil, respecto de la que el Tribunal Supremo indica con claridad, respecto de los créditos devengados con posterioridad a la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos, que «...el acuerdo no puede contener una modificación de la obligación de alimentos a favor de los hijos. Para modificar esta obligación habría que acudir al específico procedimiento de modificación de medidas, ante el juez de familia competente».

Respecto de esa competencia, y de una eventual modificación de la pensión de alimentos a través del acuerdo extrajudicial de pagos, la Sentencia de la Audiencia en relación con el supuesto que nos ocupa, señala que «es el juzgado de primera instancia, de familia, y no el juzgado de lo mercantil, el competente para fijar las pensiones de alimentos, pues no solo no hay atribución competencial a los juzgados de lo mercantil en procesos de familia, sino que la misma está expresamente excluida por el art. 8 de la ley Concursal».

En el mismo sentido se pronuncia el Ministerio Fiscal en su informe ante la Sala del Tribunal Supremo, que interesa la desestimación del único motivo en que se fundamenta el recurso de casación, cuando entiende que «la obligación de alimentos a favor de los menores es indisponible y queda al margen de lo que puede ser competencia del juez del concurso». A propósito de esto, hubiera sido deseable que el Tribunal Supremo entrase a valorar el Informe del Fiscal, cuestión en la que no entra.

5.3. *Deber legal de alimentos y pensión de alimentos consecuencia de un procedimiento de divorcio*

De acuerdo con el contenido de la Sentencia, el acuerdo extrajudicial de pagos no afecta a los créditos devengados a partir del momento de su presentación, pero el problema se plantea con los devengados y no satisfechos antes de dicho acuerdo extrajudicial de pagos que, según el Tribunal Supremo y de acuerdo con el contenido de la Ley Concursal, si estarían afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos.

En este sentido, la Sentencia señala que «no hay duda de que el acuerdo extrajudicial de pagos no puede afectar a la obligación de pago de alimentos después de la declaración de concurso o, en este caso, de la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos... los créditos por alimentos contra el deudor común devengados con posterioridad a la solicitud no se ven en ningún caso afectados por un acuerdo extrajudicial de pagos, serán exigibles y deberán abonarse por el deudor sin ninguna limitación...en consonancia con el art. 49 LC, los créditos por alimentos devengados con anterioridad a la declaración de concurso son créditos concursales ordinarios, salvo la parte que, conforme al art. 47.2 LC, el juez del concurso haya determinado que se satisfaga con cargo a la masa».

El art. 92.5° LC, al indicar que créditos son calificados como subordinados, se refiere a los *créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor...*, entendiéndose que aquí se está refiriendo a personas ligadas con el deudor por vínculos de parentesco próximo; pero en el párrafo segundo del mismo número y artículo señala que *se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario*.

La Sentencia sostiene que los créditos por alimentos a favor de los hijos fijados por resolución judicial, y devengados con posterioridad a la solicitud

de acuerdo extrajudicial de pagos, no pueden ser objeto de negociación en el mismo, siendo créditos que, en caso de aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos, deberá abonar necesariamente el deudor según las fechas de sus vencimientos.

No obstante lo anterior, la Sentencia resuelve una cuestión que pudiera suscitar mayores dudas, como es que los créditos por alimentos a favor de los hijos devengados con anterioridad a la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos sí pueden ser objeto de quitas o esperas aprobadas por los acreedores aun sin el consentimiento del otro cónyuge, de los hijos o de los representantes de éstos (Cano Marco, 2019, p.21).

Hay que tener presente –y considero que ésta es una cuestión medular– que, dado el supuesto de hecho que da lugar a la sentencia, no estamos en presencia de un deber legal de alimentos sino de una pensión de alimentos consecuencia de un procedimiento judicial de divorcio, como reiteradamente se señala en la sentencia.

Asimismo hay que recordar que a lo largo del procedimiento judicial se defendía la imposibilidad de que ciertos créditos, en concreto las pensiones de los hijos, pudiesen estar afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos; además, se alegaba la falta de concurrencia de mayorías necesarias para adoptar el acuerdo y se hacía referencia a la desproporción de las quitas y esperas y la justificación de los créditos, aspectos estos dos últimos sobre los que el Alto Tribunal no se ha manifestado (Cosialls Ubach, 2019, p. 232).

Del contenido de la Sentencia y de las precedentes, tanto la del Tribunal *a quo*, como la del Juzgado de Primera Instancia, cabe plantearse la duda de que efectivamente existiesen a favor de los hijos créditos por alimentos no satisfechos, porque de existir se habrían justificado, tanto los vencimientos no satisfechos como el importe de los mismos, y ello no se hace por la representante legal de los menores. Pero aun faltando la justificación de los precitados créditos, la doctrina del Tribunal Supremo es clara en el sentido de considerar que «la quita del 25% y la espera de 48 meses convenidas podrían afectar, si existiesen, a los créditos por alimentos que el deudor Sr. Lázaro adeudaba antes de que presentara la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, pero en ningún caso a los devengados con posterioridad a la solicitud».

Queda claro, por tanto, que de acuerdo con el criterio del Alto Tribunal, tanto la quita como la espera pueden afectar a los créditos por alimentos adeudados con carácter previo al acuerdo extrajudicial de pagos. Y respecto de esta cuestión creo que es preciso plantear que, con los argumentos que manejaré a continuación, estos créditos por alimentos tampoco deberían verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos, partiendo de entender que no tiene el mismo tratamiento el deber legal de alimentos entre parientes y la pensión de alimentos consecuencia de un procedimiento de divorcio, como es el caso que nos ocupa.

Así las cosas, y tomando en consideración los preceptos señalados de la Ley Concursal podría pensarse que estamos en presencia de un conflicto entre

las normas contenidas en el Código Civil y las normas contenidas en la Ley Concursal. Esto sería así si se entendiese que la referencia a los alimentos que hace la Ley Concursal es a todo tipo de prestación alimenticia, pero considero que tal conflicto no existe, si se entiende que a lo que la Ley Concursal se está refiriendo es a la obligación legal de alimentos entre parientes, debiendo quedar excluidos los alimentos impuestos –a través de una pensión de alimentos– a uno de los progenitores consecuencia de una sentencia de divorcio.

Es preciso, por tanto, hacer referencia al distinto tratamiento del deber legal de alimentos entre parientes de los arts. 142 y ss. CC, (señaladamente el art. 143 cuando señala quienes son los obligados recíprocamente a darse alimentos) y la obligación, para uno de los progenitores, del pago de la pensión de alimentos a favor de los hijos, como es el caso que nos ocupa, del art 93 CC (*El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento*); obligación esta última que tiene la consideración de deuda para el progenitor y de crédito para los hijos. Preceptos que hay que poner en relación con el art 47. 2 LC, referido al derecho a alimentos (*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, sólo 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*); y con el art. 84.2,4º LC, referido a los créditos contra la masa (*Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 4.º 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*).

La posible confusión sobre esta cuestión relativa a considerar que tiene el mismo tratamiento el deber legal de alimentos y la pensión de alimentos consecuencia de un procedimiento de divorcio, podría venir provocada por una defectuosa interpretación del art. 47 de la Ley Concursal, que al indicar que en el concurso se fijarán los alimentos del deudor y de los descendientes bajo su potestad, pudiera ser interpretado en el sentido antes apuntado. Pero dicho artículo debe quedar referido a los descendientes fuera de una situación

de crisis matrimonial, ya que en situaciones de crisis, del propio apartado 2 de dicho artículo y del art. 84.2.4º LC, al tratar de los créditos contra la masa, se desprende el pleno respeto de la normativa concursal a las resoluciones sobre este punto dictadas por los juzgados de familia (Cano Marco, 2019, p. 26).

Abundando en el criterio señalado, es de notar, asimismo, que en el art. 47.2 LC se utiliza la expresión «deber legal de alimentos», (*Las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos...*) referido, por tanto al contenido de los arts. 142 y ss. CC, y no a la pensión de alimentos, consecuencia de un procedimiento de divorcio a que se refiere el art. 93 CC.

En este sentido, de entender que estamos en presencia de una obligación legal de alimentos, Cuenca Casas (2016, p.137) refiriéndose al art. 47.2 de la Ley Concursal, señala que «estos alimentistas son los parientes enumerados en el artículo 143 del Código Civil y respecto de éstos el artículo 47.2 reformado en por la Ley de reforma de la Ley Concursal establece la subsidiariedad de la masa, de manera que el alimentista deberá reclamar alimentos al siguiente pariente obligado en la enumeración realizada en el artículo 143 del Código Civil».

Con este mismo criterio la Sentencia de Apelación señala que «El art. 236 de la Ley Concursal dispone que la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos incluirá, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia. Contempla pues dicho precepto la posibilidad de fijar en el seno del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos alimentos para el deudor y su familia, expresión “y su familia”, que debe entenderse para aquellos supuestos en los que no existe una situación de crisis familiar, un previo proceso matrimonial o de menores de los previstos en el título I Libro IV de la LEC»

Hay que partir de la consideración de que los artículos 93, por una parte, y 142 y ss. CC, por otra, junto con zonas de coincidencia, tienen un distinto significado y alcance, teniendo Tribunal Supremo consolidada una línea jurisprudencial muy clara a este respecto. La pensión alimenticia del art. 93 es una obligación de mantenimiento de los padres respecto de los hijos y el Juez puede concederla a los hijos menores, aunque el progenitor no la solicite, a diferencia de los alimentos legales de los arts. 142 y siguientes. Una de las características de la obligación de alimentos es su reciprocidad, que se funda en la solidaridad que debe existir entre los miembros de la familia más próxima, y que consiste en que, dependiendo de las circunstancias, puede resultar acreedor o deudor indistintamente cualquiera de los sujetos comprendidos en las relaciones familiares incumbidas (Rubio Torrano, 2014, p.41).

Lo anterior nos lleva a traer a colación los criterios sostenidos por el Tribunal Supremo respecto a la diferente naturaleza de la obligación legal de alimentos entre parientes y la pensión de alimentos a favor de los hijos menores consecuencia de un procedimiento de divorcio.

Considero necesario partir de las consideraciones que vierte la STS 5 de octubre de 1993, cuando señala que «La obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcan-

zando rango constitucional como taxativamente establece el art. 39 de la Constitución Española. Tal obligación resulta por modo inmediato del hecho de la generación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, art. 154.1.º del Código Civil;...Nuestra doctrina entiende mayoritariamente que esta obligación no tiene nada que ver con la obligación alimentaria señalada por los arts. 142 y ss. del Código Civil».

Y en relación con la diferente naturaleza de la obligación legal de alimentos y la pensión de alimentos, la STS de 27 de noviembre de 2013, dictada en unificación de doctrina, considera que «se debe partir de la diferente naturaleza existente entre la obligación de alimentos entre parientes y la obligación de alimentos a los hijos manifestada claramente, entre otros extremos, en el distinto fundamento que las informa, el valor referencial del principio de solidaridad familiar, por una parte, frente a un contenido básico derivado directamente de la relación de filiación (39.3 CE y 110 y 111 del Código Civil), la diferente finalidad y contenido de las mismas, el sustento básico en orden a salvaguardar la vida del alimentista, por una parte, frente a una asistencia mucho más amplia que se extiende, estén o no en situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (10 CE y 154.2 del Código Civil) y, en suma, la distinta determinación y extinción según sea la naturaleza de la obligación de alimentos».

En el supuesto de hecho que nos ocupa, la pensión de alimentos a favor de los hijos le ha sido impuesta a Lázaro en una sentencia de divorcio, y de ahí surgen los créditos devengados y no satisfechos, no de una obligación legal de alimentos.

Admitiendo esta argumentación, los créditos por alimentos a favor de los hijos devengados con anterioridad a la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos no deberían quedar integrados en dicho acuerdo y, por tanto, tampoco ser objeto de quitas o esperas. Dicho de otro modo, deberían tener el mismo tratamiento que los créditos devengados con posterioridad al acuerdo extrajudicial de pagos, que, como señala la sentencia y ya se ha indicado, no pueden ser objeto de negociación.

5.4. *Reducción de la pensión de alimentos a través de un procedimiento de modificación de medidas*

Si Lázaro quería modificar el *quantum* de la pensión de alimentos de sus hijos, en lugar de incluirlo en el acuerdo extrajudicial de pagos, debería haber instado un procedimiento de modificación de medidas al amparo de lo dispuesto en el art. 775 LEC.

Esta posibilidad ya se la indica la propia Sentencia cuando señala que «... el acuerdo no puede contener una modificación de la obligación de alimentos a favor de los hijos. Para modificar esta obligación habría que acudir al específico procedimiento de modificación de medidas, ante el juez de familia competente».

Con dicho procedimiento de modificación de medidas podría solicitar una modificación en la cuantía de las pensiones por alimentos que se fijaron en la resolución judicial. El objeto de dicho procedimiento pasa por acreditar la existencia de una modificación en alguna o algunas de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para la fijación de la pensión y esa modificación tiene naturaleza esencial en los términos que vienen entendiéndolo nuestros tribunales. Para que la demanda prosperase, Lázaro debería demostrar que se ha producido una alteración sustancial de su capacidad económica desde la fecha en que se dictó la sentencia que fijó las medidas económicas definitivas, hasta el momento de solicitud de modificación de las mismas, entendiendo que los hechos alegados han de ser posteriores a la sentencia en la que se fijaron las pensiones de alimentos.

Porque si bien es cierto que los efectos de las sentencias que ponen fin a procesos matrimoniales por las que se han de regir en lo sucesivo las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges e hijos producen excepción de cosa juzgada material, ello no significa que, una vez fijados tales efectos, se mantengan inalterables ante los distintos avatares por los que puede discurrir la fortuna y necesidades de los miembros de la unidad familiar, afectados por el proceso de separación o divorcio.

El precepto de referencia, en este caso, es el art. 91 CC cuando, al referirse a las medidas adoptadas, entre otras, en relación con los hijos, permite que dichas medidas puedan ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. Es de notar que este precepto, a diferencia de otros de similar contenido del CC, no fue modificado por la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, manteniéndose el requisito de concurrencia de alteración *sustancial* de las circunstancias.

Ciertamente el legislador no determina ni enumera cuáles son esas circunstancias que, habiendo variado, pueden ser determinantes para la modificación de la pensión de alimentos a favor de los hijos.

A pesar de esa falta de concreción normativa, entiendo que debe plantearse la determinación de los requisitos básicos de esas circunstancias sobrevenidas, pudiendo concluir que han de ser imprevisibles y extraordinarias, no haber sido causadas por la culpa o falta de diligencia de una de las partes, y han debido surgir en un momento de la ejecución de la prestación, en este caso de la pensión de alimentos, en que no se pueda imputar el cambio de circunstancias a dicha falta de diligencia. Su concurrencia, en cada supuesto, permitiría considerar si se da, o no, esa alteración de las circunstancias. Los criterios de estas alteraciones los fija, entre otras, la STS de 26 de marzo de 2014 al señalar que «las alteraciones sustanciales deben reunir el carácter de estables por lo que cabe descartar las fugaces o efímeras; entendiendo, por tanto, que no pueden tenerse en cuenta una modificación o alteración transitoria, siendo necesario que reúnan caracteres de estabilidad o permanencia».

Lázaro podría haber justificado esa alteración *sustancial* en su situación económica, fundamentándola en el cúmulo de deudas señaladas en la solici-

tud del acuerdo extrajudicial de pagos y en la escasez de ingresos para afrontarlas. Pero, en todo caso, aunque Lázaro hubiese instado el procedimiento de modificación de medidas y su pretensión hubiese sido la disminución de la pensión de alimentos, sería el Juez de familia competente quien tendría que estimar, o no, la concurrencia de esa alteración de las circunstancias iniciales y, por tanto, si había lugar a la modificación de la pensión de alimentos.

5.5. *Ausencia de referencia a la tutela del interés de los menores*

A lo largo de la Sentencia se echa en falta, por una parte, que la Sala no haya hecho alusión a los preceptos que el CC dedica a la pensión de alimentos como una de las medidas a adoptar en los procedimientos de divorcio y, por otra, que no se haya tomado en consideración la tutela del interés de los menores.

Si hemos de buscar un criterio que sea común a todas las resoluciones judiciales de modificación de la pensión de alimentos, ese es el del interés superior del menor; criterio que, por otra parte, y como es sabido, es el que debe presidir toda resolución judicial en la que se diluciden intereses que afecten a menores de edad.

Si bien es cierto que el concepto de interés superior del menor se incardina en la esfera de los conceptos jurídicos indeterminados, cuando se pretende la modificación de la cuantía de la pensión de alimentos a favor de los hijos menores para reducir el *quantum*, la decisión que se adopte por el juzgador, está siempre guiada por el criterio de la tutela de ese interés del menor. Y en el caso que nos ocupa, la pretensión de Lázaro era la modificación de la pensión de alimentos, reduciéndola, a través de la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos.

Ambos extremos –referencia a los preceptos del CC que regulan la pensión de alimentos de los hijos en los procedimientos de divorcio, y la tutela del interés superior de los menores– sí fueron puestos de relieve en la Sentencia de Apelación que, con cita de otras varias, señala, entre otras cuestiones, que «...en medidas como la de la pensión de alimentos a favor de los hijos, juegan elementos de orden público no siempre sometidos al principio dispositivo y que son tutelables de oficio si ello es más beneficioso para los hijos menores..., pues precisamente el superior interés de los hijos, es lo que informa toda la normativa legal para situaciones de separación, divorcio y nulidad del matrimonio, resumido en el criterio primordial del “favor filii”...».

5.6. *Conclusión*

La Sentencia de 13 de febrero de 2109 resuelve el asunto relativo a la inclusión en un acuerdo extrajudicial de pagos de las pensiones de alimentos a favor de los hijos menores, devengadas y no satisfechas. El Tribunal entiende que dicho acuerdo extrajudicial de pagos sólo puede afectar a los créditos an-

teriores a su solicitud, incluidos también los de alimentos ya devengados, pero no a los posteriores; las quitas y esperas incluidas en dicho acuerdo afectarán a los créditos por alimentos devengados antes de su solicitud, pero no a los posteriores.

Respecto de los créditos por alimentos devengados y no satisfechos antes del acuerdo extrajudicial de pagos tampoco deberían verse afectados por dicho acuerdo, porque en el supuesto de hecho origen de la Sentencia no se está en presencia de un deber legal de alimentos sino de una pensión de alimentos consecuencia de un procedimiento de divorcio. Así, los créditos por alimentos anteriores deberían tener el mismo tratamiento que los créditos devengados con posterioridad al acuerdo extrajudicial de pagos y, por tanto, no pueden ser objeto de negociación.

6. Bibliografía

- Cano Marco, «Posibilidad de aprobación de quitas o esperas por los acreedores que afecten a alimentos en favor de los hijos devengados con anterioridad a la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos o a la declaración de concurso. Comentario a la Sentencia del Tribunal supremo de 13 de febrero de 2019», *Revista Jurídica de Derecho de Familia de la Asociación Judicial Francisco De Vitoria*, Abril, 2019, p. 19-31
- Cosialls Ubach, «La obligación de alimentos y el acuerdo extrajudicial de pagos. Comentario STS, de 13 de febrero de 2019», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre-diciembre 2019, p. 221-240
- Cuena Casas, «La insolvencia de las personas físicas», en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (Dir. A.B. Campuzano y E. Sanjuán y Muñoz), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 117-172
- Hernández Ibáñez, «Repercusiones de la declaración de concurso en la prestación civil de alimentos», en *Familia y concurso de acreedores* (coord. por M. Cuena Casas), Ed, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 467-496
- Moreno Flórez, *Alteración de las circunstancias en Derecho de familia. Instituciones viejas para tiempos nuevos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018
- Rubio Torrano, «Pensión alimenticia a los hijos mayores de edad con discapacidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 2014 Núm. 7. p. 41-44