



APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

MARÍA VICTORIA GUINALDO
LÓPEZ

MAGISTRADA AP SALAMANCA

PENSIÓN DE ALIMENTOS

Es sabido , por ser pacífico y no plantear controversia, que la **penSIÓN de alimentos es una obligación** de carácter personal basada en el principio de solidaridad familiar , que su fundamento reside en el artículo 39 de la Constitución Española (“*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”, y señala así mismo que “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”), y que se configura como una obligación inherente al ejercicio de la patria potestad en el caso de los hijos menores e inexcusable (vid art. 154 CC).

Es igualmente pacífico , que el pago de la pensión de alimentos debe darse desde la fecha en que se presentó la primera demanda de divorcio, separación o medidas sobre hijos en común, (Así lo establece el artículo 148 del Código Civil ; “la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda “).De modo que el día inicial lo será el de la fecha de la interpelación judicial, limitando la retroactividad al momento de la presentación de la demanda y excluyendo la retroactividad del momento en que se produce la necesidad (El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones, manteniendo este criterio en los supuestos en que se fija la pensión por primera vez, aunque no se haya solicitado expresamente en la misma o en la contestación, (STS 20/7/17, STS 19/5/19, STS 17/1/19, STS 6/2/20, entre otras).

Es decir, se limita la retroactividad a la primera resolución que fije la pensión de alimentos, que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, sin embargo, las ulteriores resoluciones que modifiquen la cuantía de la pensión, solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a la anterior.

Por tanto, hay dos supuestos diferenciados;

A)- Un momento inicial en que se fija la pensión de alimentos, que lo será desde la fecha de la interposición de la demanda , (En el supuesto de que se haya fijado una pensión de alimentos vía medidas provisionales, será la sentencia de primera instancia la que desplegará los efectos

retroactivos a la fecha de la demanda, dado que el pago realizado en virtud de las medidas provisionales se considera como pagos a cuenta (STS 6/2/20). Sin embargo, si se producirá la retroacción a la fecha de interposición de la demanda, en los supuestos de modificación de medidas en los que se produce un cambio en la guarda y custodia, pues se instaura por primera vez la pensión de alimentos a cargo del otro progenitor (STS 4/4/18). El TS ha declarado en la sentencia de 30 de noviembre de 2020 que los efectos de la pensión de alimentos establecida por primera vez surten efecto desde la interposición de la demanda, no solo cuando es establecida por el juzgado de primera instancia, sino también cuando este no la establece y es establecida por primera en la resolución del recurso de apelación por la Audiencia Provincial. De modo que los efectos se retrotraen igualmente a la fecha de la interposición de la demanda, pues los alimentos establecidos en apelación lo han sido por primera vez, y si se habían fijado alimentos provisionales, estos deberán descontarse, para evitar el pago duplicado (STS 600/2016, de 6 de octubre).

B)-y otro, respecto de las ulteriores modificaciones que lo será desde que se dicte la resolución, momento en que pasará a sustituir la anterior resolución.

Según reiterada y pacífica doctrina, los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida» (STS 483/2017 y STS 630/2018) debido al carácter consumible de los mismos (STS 147/2019), de modo que los alimentos indebidamente satisfechos no generan un derecho de crédito en favor del pagador.

Sin embargo, este criterio general de irretroactividad no está exento de posibles **excepciones**:

1.- La primera excepción aparece en los supuestos en que se aprecie claro fraude de ley (Art. 6.4 C.C), abuso de derecho o mala fe (Art. 7 C.C) por parte del perceptor de la pensión. Estas situaciones de evidente abuso de derecho, o incluso mala fe, por parte del perceptor, pueden constatarse en los casos en los que premeditadamente se trata de ocultar, maliciosamente, no comunicándolo al alimentante debidamente bien la falta de necesidad del alimentista (abandono de estudios para la realización de trabajos o la generación de ingresos “en negro”) o bien la falta de los presupuestos para su devengo (independencia económica, falta de convivencia).

2.- Una segunda excepción al criterio general de irretroactividad, y sin necesidad de acudir los supuestos de abuso de derecho, puede aparecer cuando el hecho material del cambio es indubitado, objetivo e indiscutible es decir cuando se puede apreciar el momento exacto en que ya no concurrían los condicionantes o presupuestos para su devengo.

Cierto sector jurisprudencial de Audiencias Provinciales aboga por sostener el **efecto *ex tunc*** respecto de las sentencias de modificación o extinción de medidas económicas lo que puede acaecer **cuando el hecho material del cambio es indubitado, objetivo e indiscutible** citando en tal sentido y a modo de ejemplo los supuestos de muerte o matrimonio o situación análoga del beneficiario de una prestación económica.

En ambas excepciones a la regla general, el efecto retroactivo puede suponer, en procesos de Modificación de Medidas, la devolución por los progenitores demandados de las cantidades ya abonadas indebidamente por el progenitor alimentante. **También puede suponer la posibilidad de no abonar las cantidades reclamadas cuando se alega como causa de oposición en un proceso de ejecución de título judicial, si tal oposición prospera.**

Ahora bien, el conflicto puede plantearse cuando no ha prosperado la oposición en el procedimiento de ejecución por falta de prueba y más tarde en el procedimiento de modificación de medidas instados por el ejecutado se acredita de forma inequívoca que al tiempo de la oposición, la parte ejecutante ya carecía de legitimación por falta de concurrencia de los presupuestos necesarios para la percepción de la prestación de alimentos por parte de hijo mayor de edad. Cabe el interrogante si en estos casos de mala fe y abuso de derecho operan las excepciones supra reseñadas, de modo que resultara justificada la declaración en el procedimiento de modificación de la retroactividad de la eficacia de la extinción al momento de la demanda en el procedimiento de ejecución, en el que la oposición del ejecutado no preparó, pese a que concurrían los presupuestos para la extinción.

Como quiera que el pago de los alimentos a los hijos mayores de edad es una obligación legal (Es recalcado en numerosas ocasiones en la jurisprudencia el término “obligación legal”, que hace referencia a que el deber que tiene el progenitor con el hijo no surge de manera voluntaria, si no que se produce por imposición del juez, y será precisamente este el encargado de determinar cuánto deberá aportar cada progenitor y de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que se cumpla la efectividad de lo acordado , al ser una obligación legal da la posibilidad de que cuando esta se incumpla pueda reclamarse judicialmente) , personalísima e intrasmisible y condicionada , se tienen que cumplir unas condiciones (el CC únicamente hace referencia a la obligación de alimentos de los hijos mayores de edad expresamente en los arts. 93.2 y 142.2. *El art. 93 del C. Civil establece la necesidad de que los padres atiendan económicamente los alimentos de los hijos mayores de edad, si carecieran de ingresos propios, alcanzando a los que aún no hayan terminado su formación, por causa que no les sea imputable a los hijos*”, por su parte el art. 142 párrafo 2º extiende el contenido de la pensión de alimentos consistente en el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción, gastos de embarazo y parto, también a los mayores de edad) ,por un lado la necesidad de convivencia en el domicilio familiar (requisito atenuada por la jurisprudencia) y situación de necesidad. **Aunque haya desaparecido de facto la necesidad del alimentista mayor** , mientras exista una resolución judicial que obliga al pago - por haber acreditado el descendiente mayor de edad tal necesidad en el momento de dictarse – debe hacerse .**El progenitor obligado al pago que alegue la extinción** - por la no concurrencia de los presupuestos -**viene obligado a probarlo** , con arreglo al principio dispositivo y aportación de parte .El progenitor que solicita la supresión de la pensión deberá probar que las circunstancias que se utilizaron en su momento para determinar la prestación establecidas en los arts. 90 y 91 CC han cambiado, solicitando ante el juzgado la modificación de medidas, y **asumiendo dicho progenitor la carga de la prueba y las consecuencias de no probar.**

Por tanto, una vez firmes las resolución/s dictadas en procedimiento/s de ejecución rechazando la extinción invocada por el progenitor obligado a su pago,(**oposición que no prosperaron entonces por falta de prueba , principio dispositivo , artículo 217 de LEC ,y estas resoluciones devinieron firmes ,cualquiera que sea el tiempo que haya dejado transcurrir el ejecutado hasta la interposición posterior de la demanda de modificación de mediadas , operaría la doctrina de los actos propios) de modo que solo resulta procedente fijar la retroactividad de los efectos de la extinción haciéndola coincidir con la fecha de interposición de la demanda de modificación de medidas.**

