

La recuperación de las cuotas por concepto de alimentos –correspondientes al padre y anteriores al establecimiento de la filiación– pagadas exclusivamente por la madre. Dos experiencias en comparación

CARMINE LAZZARO

Investigador en Derecho privado
Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

RESUMEN

Este trabajo examina dos experiencias profundamente diferentes (italiana y española) en un tema que aborda intereses de especial relevancia como el del mantenimiento del menor y aquel de la madre, con respecto a la recuperación de las cuotas anticipadas por concepto de alimentos –correspondientes al padre y anteriores al establecimiento de la filiación–, con el objetivo de intentar sugerir, en una perspectiva reconstructiva, una solución de compromiso que pueda equilibrar los opuestos intereses en juego, que de hecho parecen dignos de una protección efectiva.

PALABRAS CLAVE

Alimentos. Mantenimiento. Progenitores. Madre. Filiación. Menor. Restitución de las sumas adelantadas por el progenitor cumplidor.

The recovery of fees for maintenance –corresponding to the father and prior to the establishment of filiation– paid exclusively by the mother. Two experiences in comparison

ABSTRACT

This paper examines two profoundly different experiences (italian and spanish) in a subject that intercepts interests of special relevance, such as the maintenance of the minor and that of the mother to the recovery of advance payments for maintenance –corresponding to the father and prior to the establishment of parentage–, with the aim of trying to suggest, in a reconstructive perspective, a compromise solution that can balance the opposing interests at stake, which in fact seem worthy of effective protection.

KEYWORDS

Foods. Maintenance. Parents. Mother. Filiation. Minor. Restitution of sums advanced by the fulfilling parent.

SUMARIO: 1. Notas introductorias.–2. Breves consideraciones generales sobre el tema de la recuperación de los desembolsos que la madre ha sostenido en solitario para el mantenimiento del hijo: la situación en España.–3. Premisas generales: las novedades de la reforma italiana de la filiación en la materia.–4. La última etapa de un *excursus* largo y laborioso. El derecho al reembolso de los gastos en favor de la madre que ha asumido el mantenimiento del hijo desde el momento del nacimiento: la situación en Italia.–5. La violación del deber de alimentos como caso emblemático de ilícito endofamiliar. –6. Breves reflexiones reconstructivas.–7. Observaciones finales de carácter comparativo italo-español. –Bibliografía.–Jurisprudencia.

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

El asunto que interesa en esta contribución es actual y complejo, ya que entrelaza (directa o indirectamente) situaciones jurídicas patrimoniales y personales que no siempre se pueden resolver

fácilmente en el interior del delicado y frágil equilibrio de las relaciones familiares, y más en concreto, entre padres e hijos.

Además, la cuestión es jurídicamente relevante, porque afecta no sólo al derecho de la madre a la recuperación de las cuotas alimenticias adelantadas, sino también, y sobre todo, al interés primario del menor en materia de alimentos.

El presente trabajo, tras un breve recorrido de carácter general sobre el estado de la cuestión y de los pronunciamientos de la jurisprudencia en España e Italia, aspira a abordar algunos aspectos especialmente críticos en materia del derecho de alimentos o de mantenimiento, con la intención de proponer, sin pretensión de exhaustividad, soluciones interpretativas innovadoras desde una perspectiva *de iure condendo*.

Ante todo, parece apropiado realizar una precisión preliminar de tipo terminológico necesaria para que el lector español pueda entender correctamente algunos perfiles típicos del ordenamiento jurídico italiano. Pues bien, aquello que en España se conoce como el derecho a los alimentos, el ordenamiento italiano lo denomina derecho al mantenimiento¹. Durante la siguiente exposición se utilizará la denominación española alimentos, y sólo cuando necesidades terminológicas lo impongan, haré referencia a la denominación italiana de mantenimiento.

Teniendo en cuenta lo dicho, resulta oportuno profundizar la cuestión a partir de las (pocas) luces y las (muchas) sombras de la vacilante jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el tema que, como se detalla a continuación, con referencia primero a la situación actualmente dominante en España, y luego a la existente en Italia, no parece comprender del todo la sutileza del argumento tratado.

2. BREVES CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL TEMA DE LA RECUPERACIÓN DE LOS DESEMBOLSOS QUE LA MADRE HA SOSTENIDO EN SOLITARIO PARA EL MANTENIMIENTO DEL HIJO: LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

Parece adecuado comenzar este análisis, en lo que a atañe al Derecho español², a partir de los datos normativos de referencia.

¹ Los alimentos constituyen una *species* del *genus* «mantenimiento» y se rigen por los artículos 433 ss. Código Civil y, en especial, de conformidad con el artículo 438 del Código Civil pertenecen solo a aquellos que están en estado de necesidad y no pueden proveer para su propio mantenimiento.

² En este trabajo se hace una comparación corta entre dos sistemas: el Derecho civil español de ámbito estatal, y en concreto, al Código civil, por un lado, y el Código italiano,

Por un lado, el artículo 39.3 CE establece claramente el principio general según el cual «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». Por otro, según el artículo 110 CC «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos», mientras el artículo 112 CC habla de la filiación como hecho biológico, que produce efectos independientemente del hecho jurídico, de modo que «la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario».

De la lectura conjunta de los artículos citados cabe deducir que la obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos menores de edad –aunque se reconozca con retraso– surge por el mero hecho de haberlos concebido, es decir, desde el momento del nacimiento³.

Por lo tanto, sería un deber de naturaleza, no sólo legal, sino también de rango constitucional⁴.

Sobre esta base, la madre que se encargó de pagar de modo exclusivo las sumas necesarias para el mantenimiento del hijo, potencialmente podría tener el derecho de reclamar al padre lo que había adelantado a modo de pensión alimenticia, con efecto retroactivo⁵, por ejemplo, en virtud del derecho de la demandante

por otro; siendo consciente de que en España existen Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, algunas de las cuales tienen su normativa en materia de alimentos de los hijos menores de edad, la referencia que se realiza a estas es meramente anecdótica, al quedar al margen de la comparación.

³ Para un marco general del problema, pueden consultarse las reflexiones de C. M. LÁZARO PALAU, *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

⁴ Del carácter constitucional de este deber se sigue que «Primera, que las leyes y demás disposiciones de rango inferior promulgadas con posterioridad a la entrada en vigor del texto constitucional deberán ajustarse al contenido del propio art. 39.3; y segunda, que las leyes cronológicamente preconstitucionales deberán ser interpretadas conforme al indicado precepto» [v. J. ÁLVAREZ MERINO, *Los alimentos de los hijos menores: art. 39.3 CE versus art. 148.1 CC*, en *Revista de Derecho de Familia, El Derecho*, 2013 (11). Disponible en <https://revistas.lefebvre.es/revista-de-derecho-de-familia/hemeroteca/1827> (Consulta: 23 marzo 2022)].

⁵ La doctrina ha especificado que «no solo el hijo debería ver reconocido su derecho a reclamar los alimentos debidos, sino también la madre o el tercero que se haya hecho cargo del menor deberían poder reclamar, con los límites de la prescripción, aquellas cantidades de las que el padre no se hizo cargo» (en este sentido J. AMMERMAN YÉBRA, *Las madres solas ante los tribunales, la administración y las leyes ¿se perpetúa la discriminación? Solo mothers before the courts, the administration and the law: is discrimination being perpetuated?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 33). Sin embargo, se han sugerido reconstrucciones diferentes sobre el tema que encontraban el fundamento del derecho a obtener la devolución de las sumas adelantadas para la pensión alimenticia en la figura del enriquecimiento injustificado [I. SIERRA PÉREZ, *Comentario al artículo 148*, en A., CAÑI-

al ejercicio de la acción de reembolso prevista en el artículo 1158 CC⁶.

Esta configuración se ve reforzada aún más por el texto del artículo 110 CC que cristaliza el principio general antes reproducido y del artículo 154 CC que establece el deber de los progenitores de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral»⁷.

Lo anterior parece encontrar un sólido fundamento jurídico en los citados artículos⁸; sin embargo, como se verá a continuación, los pronunciamientos de los Tribunales españoles se inclinan hacia una solución diametralmente opuesta.

La jurisprudencia, en efecto, parece sólida al negar la posibilidad de la devolución de los pagos anticipados de alimentos a la madre, en virtud de un principio de derecho que tiende a considerar el pago de los alimentos como satisfecho para el pasado, pudiendo la madre solicitar la devolución de los anticipos sólo para el futuro⁹. Esta reconstrucción, fuertemente criticada por la

ZARES LASO, P., DE PABLO CONTRERAS, F. J., ORDUÑA MORENO, y R., VALPUESTA FERNÁNDEZ, (Dir.). *Código civil comentado*, vol. I, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 772; también R. BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España: una visión crítica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 90] o en la aplicación de la disciplina de la reparación de daños en materia de responsabilidad extracontractual conforme al artículo 1902 CC (v. C. PÁRAMO DE SANTIAGO, *Reclamación judicial solicitando la devolución de los alimentos satisfechos*, en *Revista Centro de Estudios Fiscales Legal*, 2019, núm. 216, p. 113).

⁶ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Artículos 1157 al 1171*, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 1496. En general, el Derecho comparado es, en este punto, bastante concorde en atender a la especialidad de la reclamación de alimentos debidos a los hijos, incluyendo a veces normas *ad hoc* que permiten el reintegro total; así sucede, por ejemplo, con el artículo 203 *bis.2* CC belga, procedente de una reforma de 2010; también se recoge en el artículo 669 CCC argentino, donde después de señalar que «Los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación», el párrafo segundo añade «Por el periodo anterior, el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente».

⁷ Para más información, entre los comentaristas más clásicos, v. J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, *Comentario al artículo 154*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (coord. M. ALBALADEJO GARCÍA), III, vol. 2, Madrid, 1982, p. 120 y J. I. RUBIO SAN ROMÁN, *Artículos 154 a 161*, en *Comentarios al Código civil* (coord. J. J. RAMS ALBESA, R. M. MORENO FLÓREZ), T. II-2º, Barcelona, 2000, pp. 1482 ss.

⁸ Para un marco general sobre el tema, v. J. A. COBACHO GÓMEZ, *La deuda alimenticia*, Madrid, 1991, pp. 11 ss.; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Arts. 108 a 111*, en *Comentarios al Código civil* (coord. J. J. RAMS ALBESA, R. M. MORENO FLÓREZ), T. II-2º, Barcelona, 2000, p. 1093 ss. y C. ROGEL VIDE, *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Madrid, 2012, p. 28.

⁹ Entre lo más reciente y completo sobre el argumento, M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre en caso de determinación judicial tardía de la filiación paterna no matrimonial: un estudio desde la perspectiva del deber constitucional de asistencia*, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3 (julio-septiembre, 2022), Estudios, pp. 87 ss.

doctrina más acreditada¹⁰, partiendo de dos famosas sentencias del Tribunal Supremo de 2016, sigue siendo mayoritaria. El TS cierra primero las puertas a la posibilidad de que la madre obtenga la restitución de los anticipos con efecto retroactivo en la STS núm. 573 de 29 de septiembre de 2016¹¹, en la cual el TS cristaliza el principio de derecho por el cual «La reclamación, fija el momento a partir del cual, si el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. Y si el alimentista carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, tampoco la tendrá su madre a través de la acción de reembolso ejercitada en orden a satisfacer las múltiples necesidades de los hijos».

Solo un día más tarde, la «sentencia gemela» del mismo Tribunal Supremo destaca la improcedencia de la acción de reembolso ejercitada por la madre contra el padre, de las sumas anticipadas por el mantenimiento del hijo con eficacia desde el nacimiento, con la consiguiente aplicación del artículo 148 CC¹².

Al respecto cabe recordar que el artículo 148.1 CC en su párrafo primero, al establecer que «La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», permite que el padre retenga el cumplimiento de su obligación por el tiempo previo a la reclamación judicial.

Cumple también tomar en consideración que este problema interpretativo había ya sido objeto de la Auto del Tribunal Consti-

¹⁰ Cfr., en particular, M. E. SÁNCHEZ JORDAN, *Obligación parental de mantenimiento y derecho de reembolso de la madre sola*, en M.ªP. GARCÍA RUBIO (Directora), J. ÁMMERMAN YEBRA, M. GARCÍA GOLDAR, I. VARELA CASTRO (Coordinadores), *Mujer, maternidad y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53 ss.

¹¹ STS núm. 573 de 29 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4176/2016 - ECLI: ES: TS:2016:4176).

¹² STS núm. 574 de 30 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4184/2016- ECLI: ES: TS: 2016:4184), donde se lee que «Para la efectividad de la obligación de prestar alimentos conviene diferenciar entre el tiempo o momento de nacimiento de la obligación propiamente dicho, y el tiempo o momento de exigibilidad de dicha obligación, siendo la reclamación judicial el cauce por el que se concreta la prestación debida (cuantía y modo de pago) y su exigibilidad desde la fecha en que se interpuso la demanda». No han faltado las críticas desde la doctrina a las referidas sentencias; entre otros, E. RUBIO TORRANO, *Los alimentos del artículo 148, párrafo primero in fine del Código Civil, y el artículo 39.3 de la Constitución*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016; I. VIVAS TESÓN, *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 29 y 30 de septiembre de 2016. La determinación judicial de la filiación extramatrimonial no conlleva el reembolso de los alimentos proporcionados por la madre desde el nacimiento del hijo*, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 35, noviembre de 2016, pp. 1947 ss.

tucional núm. 301/2014¹³, sobre la cuestión de inconstitucionalidad por la potencial contradicción del artículo 148 CC, párrafo primero, *in fine*, con la obligación de los progenitores de prestar alimentos a los hijos menores, que dimana del artículo 39.3 CE y se extiende a toda su minoría de edad. El Tribunal Constitucional había considerado la cuestión como notoriamente infundada y estimó que la retroactividad pedida, en efecto, no serviría al interés superior del menor, ya que «los alimentos no se orientarían a la asistencia al menor, el fin del artículo 39.3 CE, pues el menor ya fue asistido y sus necesidades de todo orden fueron cubiertas. Y si no lo fueron, los alimentos reclamados retroactivamente no servirían para cubrirlas ya» (FJ 4.^o). Por lo tanto, entendió que la retroactividad estaría dirigida a compensar el progenitor cumplidor frente a una deuda del progenitor incumplidor. Además, cabe señalar que ante una eventual sentencia condenatoria al pago de las cantidades adeudadas, «una delimitación temporal de la exigibilidad de los alimentos parece proporcionada para evitar una situación de pendeencia, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)».

Esta solución interpretativa separa el momento del nacimiento de la obligación alimentaria del momento de su exigibilidad. Si bien la obligación alimentaria surge con el nacimiento del hijo, la jurisprudencia identifica el día de interposición de la demanda judicial como el momento efectivo de partida del deber de contribución del padre moroso, postergando –incluso por mucho tiempo– la obligación paterna de alimentos, en detrimento de los intereses de la madre cumplidora, que deberá soportar completamente los pagos de manutención de los hijos, desaconsejando el pago voluntario de alimentos y, por lo tanto, favoreciendo más aún el desinterés del padre moroso¹⁴.

En realidad, lo que los jueces inexplicablemente parecen obviar es que la obligación de alimentos entre parientes y la de mantenimiento de los hijos menores tienen contenido, naturaleza y finalidad diferentes¹⁵, ya que la obligación de mantener a los hijos surge,

¹³ Auto T. C. núm. 301 de 16 de diciembre 2014 (BOE núm. 29, de 03 de febrero de 2015- ECLI: ES: TC:2014:301A).

¹⁴ En un sentido similar, v. M. CUENA CASAS, *La resistencia a la retroactividad en el pago de alimentos a menores de edad (una reflexión de lege ferenda)*, en www.hayderecho.com, 16 de marzo de 2016, pp. 1 ss.

¹⁵ Por su parte, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, donde el legislador catalán se muestra particularmente sensible al tema en cuestión en el capítulo VII, relativo a *los alimentos de origen familiar*. En efecto, el artículo 237-5, después de establecer la regla general por la cual «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», establece una excepción expresa en el caso de la pensión alimenticia, admitiendo, en el único caso de los alimentos a los

como se ha dicho, del simple hecho del nacimiento, al que la ley conecta la responsabilidad de los padres¹⁶.

En principio, la obligación que interesa debería ser ligada únicamente a la condición de progenitor y a la menor edad del hijo; de no entenderse así, el riesgo de una violación del artículo 39.3 CE sería alto¹⁷.

Además, el enfoque hermenéutico propuesto por la citada jurisprudencia no tiene en cuenta la necesidad de brindar una protección rápida y eficaz a la madre, también con miras a proteger el superior interés del niño¹⁸.

hijos menores, que se puede solicitar 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. Para un marco general sobre el tema en derecho catalán, v. J. RIBOT IGUALADA, *Aliments entre parents: novetats del Codi civil de Catalunya i jurisprudència recent*, en *Revista Catalana de Dret Privat*, 2013, vol. 13, p. 99, en particular, pp. 113-114. Es necesario, sin embargo, señalar que el mismo texto legislativo en el artículo 237-2 dispone que «Los deberes de asistencia entre cónyuges y entre los progenitores y sus hijos se regulan por sus disposiciones específicas y, subsidiariamente, por lo establecido por el presente capítulo». Se trata, por tanto, de una disciplina digna de mención por sus intenciones, aunque no parezca del todo satisfactoria para garantizar la protección plena y eficaz de los intereses primarios del hijo y del progenitor que ha adelantado los gastos de su manutención. M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre*, cit., p. 129, nt. 107, califica como «insuficiente» el artículo en cuestión «No obstante, este precepto nos sirve para corroborar nuestra opinión que el deber de alimentos puede exigirse retroactivamente y que la conducta de los progenitores en la determinación de la filiación ha de tenerse en cuenta a la hora de pronunciarse sobre las consecuencias del incumplimiento de dicho deber a su debido tiempo».

¹⁶ Véase, STS núm. 918 de 5 de octubre de 1993 (Roj: STS 6585/1993 - ECLI: ES:TS:1993:6585) donde se lee literalmente que «[...] Aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el título VI del libro primero del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad (artículo 154.1.º), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia –así, artículo 145.3.º– y precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (artículo I 10 CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados».

¹⁷ Sobre este argumento, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por la aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil (comentario al auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)*, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 11 ss.

¹⁸ Crítica con la fórmula «interés superior del niño», M.ª P. GARCÍA RUBIO, *¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? What is and what is the interest of the minor?*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, pp. 14 ss., que subraya el riesgo de que este término pueda conducir a resultados absurdos (p. 18) «piénsese en la hipótesis de que el interés del menor pueda llegar a chocar con el derecho a la vida de otra persona ¿de verdad ha de primar aquel sobre este?, ¿cómo habrá de valorarse este derecho a la vida a la hora de tomar la decisión? En este punto, estoy totalmente de acuerdo con Eekelaar cuando señala que la utilización del reiterado principio puede conducir a resultados injustos para los adultos si se aplica de tal manera que ningún otro interés, excepto el del niño, sea dotado de peso específico en el caso concreto, lo cual podría suceder si el interés del niño sirve para anular todos los demás; mucho me temo que esa sería la deriva si los dos preceptos internos que he reproducido fueran aplicados de manera literal». Tam-

En definitiva, parece una consecuencia lógica que el artículo 153 CC y el artículo 148-I *in fine* del mismo texto legal no puedan aplicarse al deber para con los hijos menores de edad a que se refieren los artículos 39 CE, 110 y 154 CC¹⁹.

Como señala una cuidadosa doctrina, crítica con la orientación predominante de la jurisprudencia, «De seguir la interpretación sostenida por el TS y por el TC resultaría que en estos casos es preferible ser extraño que progenitor custodio, al ser el trato dispensado al primero mucho más generoso que el otorgado al segundo. Es más, podríamos encontrarnos ante el paradójico supuesto de que si la pareja (que no fuera progenitor del hijo) de la madre o algún abuelo –que serían “extraños” a los efectos del artículo 1.894 CC– se hicieran cargo del mantenimiento del menor, tendrían derecho a obtener el reembolso de una parte de los gastos, derecho que, como hemos comprobado, se niega a la madre»²⁰.

De estos pasajes argumentativos podemos deducir una de las tantas paradojas de una interpretación tan estricta como la suscitada por las más altas tribunales españoles, que no tiene en cuenta la evolución del ordenamiento jurídico y la necesidad inalienable de proteger el interés primario del menor en todos los asuntos que afectan directa o indirectamente con el interés de este último²¹.

bién se agrega que «El interés del menor, o el mejor interés del menor, o el interés del niño o la niña, o el mejor interés del niño o la niña, que de todas estas maneras podría denominarse (pero no, como he dicho, el superior interés del menor), se viene utilizando como criterio de decisión fundamental en la mayor parte de los casos de Derecho de familia en los que está implicado un menor de edad». La Autora concluye (p. 44) diciendo que «el mantra del «interés de menor» se viene utilizando «a la carta», con una utilidad que va desde el todo (derrotar una ley) hasta la nada (cuando se omite su consideración en el caso, incluso aunque se mencione)». Para un marco general del tema en el ordenamiento jurídico italiano, ver V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, en *Riv. dir. civ.*, 2/2018, pp. 405 ss.; C. M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto* (artículo 315 bis CC, inserto dall'articolo 1, comma 8.º, l. núm. 219/12), en *Nuove leggi civili comm.*, 3, 2013, p. 546; L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2016, p. 148 ss. y G. BALLARANI, *L'ascolto nella riforma della filiazione*, en *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, coord. Mir. Bianca, Milán, 2014, p. 127 ss. Para una mayor profundización sobre el argumento, permítanme citar mi trabajo, C. LAZZARO, *El derecho del menor a manifestar su opinión en el entorno familiar: protección y lagunas jurídicas*, en *Comparazione e diritto civile*, 3/2020, pp. 1193 ss.

¹⁹ En este sentido, M. E. SÁNCHEZ JORDAN, *Obligación parental de mantenimiento y derecho de reembolso de la madre sola*, cit., p. 91; también R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Un voto particular interesante en materia de alimentos*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2015, p. 91.

²⁰ Las reflexiones indicadas son de M. E. SÁNCHEZ JORDAN, *Reclamación de reembolsos de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento*, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 42 (enero – abril, 2017), p. 329 ss., especialmente pp. 343-344.

²¹ Los jueces parecen olvidar que, en el caso que nos ocupa estamos hablando de un deber constitucional, que pesa sobre ambos progenitores; en un sentido similar, v. M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre*, cit., pp. 126-127, quien niega «[...] que la segunda parte del artículo 148, párrafo 1, del Código civil, pueda regir en materia de alimentos a los hijos menores deriva-

A este respecto no se debe olvidar que la complejidad²² se ha desarrollado como un virus en todos los niveles, incluso en el ámbito familiar; y que, independientemente del modelo de familia elegido, el intérprete debe necesariamente tener en cuenta el interés primario del niño.

La maternidad en solitario (típica situación de familia monoparental) requiere la atención del jurista como *nuevo modelo de familia*²³ que surge en el particular (y variado) panorama familiar y que, como otros, merece reconocimiento y efectiva protección, lo que no parece que satisfaga una interpretación jurisprudencial del incumplimiento del padre deudor como la que se ha descrito.

Pero además del interés del niño, en este supuesto también surge el problema de garantizar una protección efectiva a la madre, quien no solo asumió la carga completa de la crianza, sino que adelantó las sumas necesarias para la manutención del niño correspondientes al otro progenitor²⁴. En consecuencia, parece útil reali-

dos de la filiación. La razón de ello es que el artículo 153 del Código civil establece que las normas del Título VI del Libro I, relativas al deber legal de alimentos entre parientes, serán aplicables «a los demás casos en los que [...] por este Código [...] se tenga derecho a alimentos, salvo lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate», y en nuestro «caso especial» –alimentos a los hijos menores– existe una norma que establece una regulación diferente, cual es la contenida en el artículo 110 del Código civil al ser interpretado a luz de la propia la Constitución en su artículo 39.3, en relación con el resto de los apartados del citado precepto, y su artículo 14. En efecto, frente a la exigibilidad de los alimentos a partir de la interposición de la demanda del artículo 148 del Código civil, del citado artículo 39.3 de la Constitución resulta el deber constitucional –no solo legal– de ambos progenitores de asistir y, por tanto, alimentar a los hijos durante toda la minoría de edad, sin limitación temporal alguna, ni discriminación entre padre y madre a la hora de cumplir este deber, ni entre madres según su estado civil, ni discriminación entre los hijos en cuanto al cumplimiento del deber hacia ellos por parte de ambos progenitores por razón de su filiación, ni de la forma o momento en que la misma se determine, todo lo cual resulta reforzado por los principios de protección integral de los hijos y del superior interés del menor, tal y como pusimos de manifiesto al estudiar el artículo 39 de la Constitución. Estos postulados han de entenderse integrados en el contenido del artículo 110 del Código civil, puesto que éste es concreción legal –aunque, realmente, escueta– de aquél y ha de ser interpretado conforme al mismo para determinar su verdadero sentido y alcance. Por consiguiente, ambos progenitores, padre y madre, deben satisfacer los alimentos desde el nacimiento del hijo, y son exigibles y han de abonarse los devengados desde ese mismo momento, no desde que se interponga la demanda para reclamarlos».

²² Sobre el tema, ver las lúcidas observaciones de A. FALZEA, *Complèssità giuridica*, en *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, pp. 201 ss., ahora en *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III. *Scritti d'occasione*, Milano, 2010, pp. 597 ss. y en *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, VI ed., Milano, 2008, pp. 492 ss.

²³ La expresión se debe a J. AMMERMAN YEBRA, *Las madres solas ante los tribunales, la administración y las leyes ¿se perpetúa la discriminación? Solo mothers before the courts, the administration and the law: is discrimination being perpetuated?*, cit., p. 70.

²⁴ Observa M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre*, cit., p. 149 «[...] a través de una interpretación de los preceptos del Código civil guiada por los artículos 14 y 39 de la Constitución, se puede justificar, sin necesidad de modificaciones legales, el reembolso a la madre –o, en general, al progenitor– de lo que satisfizo por el padre al alimentar a su hijo en los casos de determinación judicial tardía de la filiación respecto de éste. Sin embargo, la letra de la ley podría ser más clara, de modo que para evitar cualquier duda y terminar de raíz con los problemas que la madre ha encontrado hasta ahora, proponemos: - Modificar el artícu-

zar un cuidadoso examen comparativo con el ordenamiento jurídico italiano para si es posible, desde una perspectiva *de jure condendo*, comparar las dos experiencias investigadas en este trabajo para sugerir respuestas innovadoras, más adecuadas a las nuevas necesidades sociales en las renovadas lógicas de las modernas formas de familia.

3. PREMISAS GENERALES: LAS NOVEDADES DE LA REFORMA ITALIANA DE LA FILIACIÓN EN LA MATERIA

Pasando, pues, al ordenamiento italiano, cabe señalar que la reciente reforma de la filiación²⁵ ha introducido en Italia una concepción de la familia con una estructura ascendente, abandonando la anterior concepción vertical/descendente, basada de forma visceral en la figura del *pater familias*.

Los hijos al nacer, momento de la obtención del estatus de hijos, adquieren una serie de derechos y deberes, entre los cuales se encuentra el derecho a los alimentos, y se convierten en protagonistas absolutos del escenario familiar. Los padres y madres, por su parte, asumen en dicho escenario un papel «funcional» de cumplimiento de la obligación alimenticia respecto de los hijos y, por decirlo de alguna manera, un rol de «coprotagonistas».

No resulta aventurado afirmar que esta nueva disciplina determina una revolución copernicana y que la nueva familia en ella concebida, más allá de cómo hubiera sido constituida, encuentra su centro axiológico en los hijos, los cuales constituyen la verdadera génesis de la familia, sin que ello signifique una merma del valor jurídico y ético de las parejas sin hijos.

Así las cosas, resulta evidente la decisión efectuada por el legislador de reglamentar la obligación de alimentos tanto en el plano de las relaciones horizontales entre los padres, para los cuales se establece una verdadera y precisa obligación recíproca y solidaria

lo 110 del Código civil, de modo que pase a decir: «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos durante toda la minoría de edad». – Modificar el artículo 112, párrafo 1.º, del Código civil, añadiendo una tercera proposición, al final, que establezca: «La retroactividad se producirá siempre respecto al deber de alimentar a los hijos menores». – Añadir al artículo 148 del Código civil, un nuevo párrafo, que sería el segundo, que aclare: «El párrafo anterior no será de aplicación a la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad».

²⁵ La materia sufrió una profunda modificación con la Ley núm. 219 del 10 de diciembre 2012, de reforma de la filiación y posteriormente por el d.lgs. núm. 154 del 28 de diciembre de 2013.

entre estos últimos²⁶ (aunque sea en función de los hijos), así como en el plano de las relaciones verticales entre los progenitores y la prole²⁷, de ahí que el artículo 316 *bis* CC esté colocado en el Título IX Capítulo I «*de los derechos y deberes del hijo*» en materia de filiación²⁸.

En una perspectiva enteramente centrada en la figura de los hijos, por lo tanto, el interés primario de estos impregna de forma acentuada las relaciones interpersonales de los cónyuges, configurando la obligación de alimentos en una óptica bidireccional, en el ámbito de una corresponsabilidad general de los padres en el cuidado del bienestar de la descendencia²⁹.

La obligación de prestar alimentos constituye al mismo tiempo un derecho inalienable de los hijos, de conformidad con el artículo 315 *bis* CC, además de una específica obligación de los progenitores³⁰, como se prevé en los artículos 147, 148 y 316 *bis* CC³¹.

Antes de entrar *in medias res* en el tema de estudio, resulta útil resaltar algunas pequeñas, pero significativas, modificaciones léxicas del artículo 316 *bis* CC respecto del texto anterior, en las cuales se evidencia la voluntad del legislador de ampliar la noción de alimentos, enriqueciéndola con algunos aspectos innovadores.

En primer lugar, en la terminología del Derecho italiano el encabezamiento del artículo pasa de ser «conurrencia en los gastos» a «conurrencia en el mantenimiento». Con este cambio, que

²⁶ De conformidad con el artículo 147 CC, el matrimonio impone a ambos cónyuges la obligación de alimentar, instruir, educar y asistir moralmente a los hijos con base en su capacidad, inclinaciones naturales y aspiraciones al tenor de lo previsto en el artículo 315 *bis*, en el cual se da una perspectiva desde el punto de vista del hijo la misma previsión normativa a cargo de los padres.

²⁷ El texto del artículo 316 *bis*, párrafo 1 CC prevé que los padres tienen que cumplir con sus obligaciones hacia los hijos en una medida proporcional a sus respectivas capacidades de trabajo profesionales o domésticas. Cuando los padres no tienen los medios suficientes, los otros ascendientes, en orden de proximidad, están obligados a suministrar a los padres los medios necesarios para que puedan cumplir con sus deberes respecto de los hijos.

²⁸ El artículo 316, anteriormente, se encontraba ubicado en el Título VI Cap. IV «de los derechos y deberes que nacen del matrimonio».

²⁹ Los progenitores también están obligados, en el orden indicado en el artículo 433 CC, a suministrar alimentos —en el sentido estricto del término como previsto en la legislación italiana que distingue, como hemos dicho, entre alimentos y mantenimiento— allí donde concurren los presupuestos y garantizar al hijo una vida digna. La obligación de alimentos surge entonces, en presencia del estado de necesidad de quien no logre satisfacer sus propias necesidades vitales.

³⁰ Para un marco general, cfr. G. F. BASINI, *I doveri verso i figli*, in *Tratt. Dir. fam.*, dirigido por G. BONILINI, I, Utet Giuridica, Milanofiori Assago (MI), 2016, p. 917 ss. y G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giu.*, 4/2013, p. 525 ss.

³¹ Según la doctrina italiana más autorizada, la instrucción y la educación podrían considerarse como subcategorías de la obligación más general de alimentos, que han de entenderse como derechos fundamentales de solidaridad que tutelan los intereses esenciales del ser humano a recibir la ayuda y la orientación necesaria para su formación. En este sentido, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II-1, *La Famiglia*, IV ed., Milano, 2017, p. 367.

en principio puede parecer irrelevante, se opta por dar una mayor importancia al concepto de «mantenimiento», entendido como una especie de «contenedor» que incluye aspectos de carácter no solo patrimonial, sino también no patrimonial, ampliando su contenido y significado en el respeto del principio del *interés superior del niño*. En segundo lugar, resulta significativa la introducción en el primer párrafo del concepto italiano de «*obbligo*» entendido como obligación en sentido amplio, en sustitución del anterior «*obbligazione*», que responde al concepto tradicional de obligación, de carácter exclusivamente patrimonial.

En definitiva, se ha querido dar relevancia al contenido no meramente patrimonial de la obligación de alimentos –mantenimiento en la terminología italiana–, la cual se concibe ahora como compuesto por elementos de carácter patrimonial o extrapatrimonial, que se encuentran en el interés objetivo del hijo.

A este respecto cabe señalar que la noción de «*obbligo*», introducida recientemente por el legislador, en relación con objeto de la prestación, es seguramente «inestable», pudiendo resultar oscilante en su contenido; de ahí que un sector de la doctrina hable de «*variabilidad del objeto de la prestación*»³², subrayando los distintos modos de «concretarse», de «hacer» y de «no hacer»; en cambio, el concepto previamente usado de obligación, de conformidad con el texto del artículo 1174 CC, se halla anclado al carácter patrimonial.

En este punto resulta necesario interrogarse sobre el preciso contenido del concepto de mantenimiento en la evolución del sistema³³.

La doctrina, incluso antes de la reforma, era unánime en considerar que el mantenimiento, medido en consideración a las exigencias del hijo, comprende los gastos materiales inherentes a los alimentos –en sentido estricto–, al vestido, al ocio, a la salud e incluso a las exigencias espirituales de este último³⁴. Dicha obligación no puede (y no debe) reconducirse solamente a la obligación de ali-

³² V. F. ROMANO, *Obbligo (nozione generale)*, en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 500 ss. y P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 133 ss., especialmente p. 141.

³³ Para profundizar resulta útil la obra de D. ACHILLE, *L'obbligo di mantenimento nel rinnovato quadro sistematico dei diritti del figlio*, in MIR. BIANCA (editado por), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, 115 ss.

³⁴ A propósito de este argumento resultan interesantes las observaciones de F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, en *Il cod. civ. Comm.*, fundado por P. SCHLESINGER, dirigido por F. D. BUSNELLI, Milano, 1996, pp. 114 ss.; M. SESTA, *La filiazione*, en *Tratt. Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, IV, *Filiazione, adozione, alimenti*, T. AULETTA (editado por), IV, Torino, 2011, pp. 37 ss.; M. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, artículo 148, en *Commentario Scialoja-Branca*, F. GALGANO (editado por), Bologna-Roma, 1993, p. 323; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, IV ed., Torino, 2014, p. 344 y M. PARADISO, *I Rapporti personali tra coniugi, articolo 148*, II ed., en *Cod. Civ. Comm.*, Milano, 2012, p. 333 ss.

mentación en sentido estricto, sino que deberá extenderse a aspectos como la vivienda, la salud, el deporte, el ámbito escolar y de formación cultural, y en sentido amplio, a todas las necesidades de asistencia y educación.

De lo hasta aquí expuesto, el derecho/deber de mantenimiento resultaría un concepto escurridizo, en el que el legislador se limita a establecer una obligación general de los progenitores «en proporción al acervo patrimonial y según su respectiva capacidad de trabajo profesional o doméstico»³⁵.

Por este motivo la norma prevé un sistema de evaluación de las cargas u obligaciones contributivas de cada progenitor que tenga en cuenta no solo las exigencias del hijo y el nivel de ingresos de aquellos, sino también cualquier otro elemento del acervo patrimonial susceptible de una valoración económica; además, debido a la imposibilidad de determinar el *quantum debeat ex ante* será necesario tener en cuenta las posibles mutaciones de la noción que nos ocupa.

En efecto, el juez deberá proceder a una cuantificación calculada *ad hoc* en el caso concreto, absteniéndose, al momento de establecer el monto de la asignación de alimentos, de efectuar un simple cálculo matemático de los ingresos económicos de los progenitores; por el contrario, ha de evaluar de forma global su situación patrimonial (y no solo los ingresos), teniendo en cuenta ulteriores factores, como las respectivas capacidades profesionales,

³⁵ Es útil señalar también la falta de una precisa delimitación temporal de la obligación en cuestión, de ahí que la jurisprudencia haya debido intervenir para dirimir las controversias surgidas distinguiendo caso por caso. Ahora bien, en las sentencias, y ahora también en las disposiciones normativas (ver artículo 337 *septies* CC), ha sido identificado el momento en el cual se alcanza la autonomía/independencia económica de los propios padres, como el momento de extinción del deber de proveer a los alimentos; tal momento no puede coincidir simplemente con la fecha en la que alcance la mayoría de edad. No obstante, lo anterior, no siempre es fácil individualar el efectivo momento en el cual se alcanza el estado de independencia de los padres; por lo tanto, la jurisprudencia ha intentado identificar (y castigar) las actitudes laxistas, inertes o de pereza de los propios hijos, negándoles en estos casos el derecho a los alimentos. Se considera por tanto que la obtención, aunque sea precaria, de una autosuficiencia económica, comprobada con la ejecución de un trabajo retribuido, incluso ocasional, o la pereza/inercia del hijo son índices relevantes de que no surge ningún débito de mantenimiento y como consecuencia producirán una transformación jurídica que tiene una eficacia desvanecida, respecto del derecho de mantenimiento originario que, llevará a la gradual erosión de la situación jurídica subjetiva en cuestión, hasta el punto que el hijo no podrá pretender los alimentos, sino que al máximo, si se encuentra en estado de necesidad, podrá exigir solamente los alimentos entendidos estos en el sentido estricto del término. Para un marco general del problema, permítanme citar mi trabajo, C. LAZZARO, *artículo 316 bis CC, Concorso nel mantenimento*, in AA. VV., *Commentario del codice civile*, dirigido por E. GABRIELLI, *Della Famiglia*, vol. II, G. DI ROSA (editado por), II ed., UTET Giuridica, Milano, 2018, pp. 657 ss. Para más detalles sobre el tema, también permítanme aplazar a la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Casación, 13 de abril de 2023, núm. 9930, en *Dir. & Giust.*, 14 de abril de 2023.

el potencial en términos de ingresos económicos, y el tenor de vida del que hayan gozado los hijos³⁶.

De hecho, la doctrina más autorizada³⁷ ha hablado de «*principio de adaptación*» de la asignación de alimentos a la condición de los sujetos interesados, evidenciando la necesidad de tomar en consideración las exigencias reales de los padres y de la descendencia, con respeto del principio general de solidaridad familiar.

La delimitación de la contribución que debe aportar cada uno de los progenitores requiere, por lo tanto, la adecuación al criterio de «congruencia de la obligación de prestar alimentos» en estrecha conexión con la disponibilidad real de cada uno de ellos, pero siempre en línea con las aspiraciones del hijo.

Se deduce, pues, que no podrá pedirse a ninguno de los progenitores un esfuerzo económico/contributivo para el mantenimiento de sus hijos que supere sus concretas posibilidades económicas.

4. LA ÚLTIMA ETAPA DE UN *EXCURSUS* LARGO Y LABORIOSO. EL DERECHO AL REEMBOLSO DE LOS GASTOS EN FAVOR DE LA MADRE QUE HA ASUMIDO EL MANTENIMIENTO DEL HIJO DESDE EL MOMENTO DEL NACIMIENTO: LA SITUACIÓN EN ITALIA

Después de este breve *excursus*, procederemos a entrar, *in medias res*, en la problemática que nos ocupa. Pero antes, resulta necesario precisar que analizaremos dos vertientes principales en relación con la obligación de alimentos del hijo no reconocido, ambas igualmente relevantes: la primera, relativa a la tutela de la madre que ha sufragado los alimentos del hijo; la segunda, relativa

³⁶ Como consecuencia de ello, la obligación de alimentos debe ser modulada, en las múltiples situaciones concretas que pueden presentarse, teniendo en cuenta su función esencial. En relación con la cuantificación de la cuota parte, el legislador ha previsto en el artículo 337 *ter* CC (norma sustancialmente idéntica al anterior artículo 155 CC) que, salvo acuerdo suscrito por las partes en un sentido diverso, cada uno de los progenitores aporta al mantenimiento de los hijos en una medida proporcional al propio rédito. El legislador, por tanto, ha indicado los criterios que el juez debe seguir para determinar el monto de la asignación periódica, entre las cuales se toman en consideración en primer lugar las «exigencias del hijo». En la determinación de la cuota de alimentos a favor de los hijos es necesario analizar entonces todos los elementos concretos que revelan la capacidad económica de los padres, además del contexto social de pertenencia de los hijos y de sus exigencias. La cuota de mantenimiento asignada, sobre la base de cuanto dispuesto del artículo 337 *ter* CC ha de cuantificarse además observando el principio de proporcionalidad que exige una valoración comparada de los ingresos de ambos progenitores, además de la consideración de las exigencias actuales del hijo y del tenor de vida en el cual el hijo ha vivido (v. Casación, 1 de marzo de 2018, núm. 4811, en *Giust. Civ. Mass.*, 2018).

³⁷ A. PALAZZO, *La Filiazione*, en *Tratt. Cicu-Messineo*, II ed., Milano, 2013, p. 678.

a los mecanismos de tutela que ofrece el ordenamiento y a los que podrá acudir el hijo (o, por cuenta de él, el progenitor que ha cumplido las obligaciones) respecto del progenitor que ha incumplido.

En ambos casos, según la jurisprudencia consolidada de la Corte di Cassazione, la obligación del progenitor de proveer al mantenimiento del hijo surge justo en el momento de su nacimiento, y ello aunque la filiación haya sido determinada sucesivamente a través de una sentencia³⁸. La sentencia declarativa de la filiación natural *ex* artículo 277 CC produce los efectos del reconocimiento y comporta para el progenitor, de conformidad con los artículos 315 *bis* y 316 CC (es decir, del artículo 261 hasta la abrogación de la norma dispuesta por el decreto legislativo núm. 154/2013³⁹), todos los deberes propios de la filiación, incluido el de alimentos.

Resulta fundamental observar que el artículo 316 *bis* CC, que regula la concurrencia del progenitor al mantenimiento, no realiza ninguna distinción entre el progenitor que ha reconocido al hijo y aquel que no lo ha reconocidos, equiparándolos en lo que al deber de suministrar alimentos se refiere⁴⁰.

La obligación de concurrir al mantenimiento del hijo, como ha sido aclarado⁴¹, encuentra su justificación en el estatus de padre o madre⁴², cuya eficacia retroactiva se remonta al momento del nacimiento del hijo. Por lo tanto, la obligación del progenitor de mantener a los hijos (artículos 147 y 148 CC y artículo 316 *bis* CC) existe por el solo hecho de haberlos generado y no requiere ninguna otra resolución judicial.

De lo anteriormente expuesto se deduce que incluso en la hipótesis en la cual al momento del nacimiento del hijo la filiación esté determinada solo respecto de uno de los progenitores, quien ha provisto enteramente a los alimentos, no por ello decaen las obligaciones del otro correspondientes al periodo anterior a la decisión judicial que declara la paternidad o maternidad natural; justa-

³⁸ V. Casación, 12 de mayo de 2022, núm. 15148, en *Guida dir.*, 2022, p. 20; Casación, 22 de noviembre de 2013, núm. 26205, en *Dir. Fam. Pers.*, 2014, 2, p. 605; Casación, 10 de abril de 2012, núm. 5652, en *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, p. 467 y Casación, 3 de noviembre de 2006, núm. 23596, en *Foro it.*, 2007, 1, 1, p. 86.

³⁹ A propósito de este argumento, resultan interesantes las observaciones de P. SCHLESINGER, *Il D. Lgs. núm. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, en *Fam. dir.*, 5/2014, pp. 443 ss.

⁴⁰ A diferencia de lo establecido en el artículo 316 CC que disciplina el ejercicio de la responsabilidad parental, y que distingue el progenitor que ha reconocido el hijo y que ejercita la responsabilidad parental (parágrafo 4.º) del progenitor que no ha reconocido al hijo y que no ejercita la responsabilidad parental, pudiendo este último, únicamente vigilar sobre la instrucción, la educación y las condiciones de vida del hijo (parágrafo 5.º).

⁴¹ V. *ex plurimis* Casación, 16 de febrero de 2015, núm. 3079, en www.giustiziaticivile.com, 6 de abril de 2016, pp. 1 ss.

⁴² Independientemente del hecho de que la filiación se haya producido dentro o fuera del matrimonio.

mente porque el derecho del hijo a ser alimentado, instruido y educado por ambos progenitores se remonta al momento de su nacimiento⁴³.

Como muchas veces ha puesto de relieve la Corte di Cassazione, el incumplimiento de la obligación de alimentos por parte de los progenitores puede dar lugar no solo a una acción de reclamación de alimentos por las sumas no pagadas por el padre incumplidor, sino que también pueden derivarse de estos hechos, como veremos, los caracteres propios de un ilícito civil por lesión de derechos amparados por la Constitución, dando lugar a una acción autónoma del hijo, dirigida a la indemnización de los daños no patrimoniales, a tenor del artículo 2059 CC.

En relación con el primer aspecto, es idea consolidada que la acción de la madre de reclamación de la paternidad (natural) en interés del hijo menor de edad, no constituye solo una acción personal del progenitor, autónoma y distinta de aquella que le corresponde al hijo y sujeta, a diferencia de esta última que es imprescriptible, al ordinario término decenal de prescripción; pues el mismo término impediría, entre otras cosas, contra toda lógica y derecho, el ejercicio durante el restante periodo de minoría de edad del sustituido el ejercicio de una acción conculcando el interés de este, tutelado en cambio durante el tiempo de su incapacidad para actuar directamente por la tutela de sus propios derechos⁴⁴.

La jurisprudencia anterior a la reforma había señalado que el artículo 273 CC, al contemplar que la acción para obtener la declaratoria judicial de paternidad o maternidad (natural) pueda promoverse, en interés del hijo menor, por el progenitor ejerciente de la patria potestad (hoy hablamos de titular de la responsabilidad del/ de los progenitores⁴⁵), configura una extensión de un derecho del hijo, a través del poder de representación *ex lege* que le corresponde al progenitor⁴⁶; tiende a tutelar exclusivamente al hijo, sobre la base de la presunción de un interés en la declaración del estatus de hijo. Dicha norma prevé, por tanto, un supuesto de sustitución pro-

⁴³ Cfr. Casación 22 de noviembre de 2013, núm. 26205, en *Dir. Fam. Pers.*, 2014, 2, p. 605; Casación, 10 de abril de 2012, núm. 5652, en *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, p. 467 y Casación 14 de mayo de 2003, núm. 7386, en *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 5.

⁴⁴ Son varios los aspectos procesales a los que hay que prestar atención en la materia, para lo cual, remitimos a B. DE FILIPPIS, *Mantenimento del coniuge e dei figli*, Milano, 2022, p. 173 ss. y M. ROVACCHI, *Le spese per il mantenimento dei figli*, Milano, 2021, p. 37.

⁴⁵ Para mayor profundización, v. A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2018; S. VERONESI, *La responsabilità genitoriale. Autonomia dei genitori e tutela del minore*, Milano, 2020 e E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, en *Fam. dir.*, 5/2014, pp. 466 ss.

⁴⁶ Cfr. Casación, 29 de mayo de 1999, núm. 5259, en *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1216 y Casación, 14 de mayo de 2005, núm. 10131, en *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 5.

cesal, otorgando un poder de acción a un sujeto distinto del titular del derecho en función de un particular interés; el progenitor está legitimado solo en vía sustitutiva del hijo para el ejercicio de dicho poder, en un momento anterior a aquel en el cual el hijo alcanza la mayoría de edad, y el mismo progenitor puede decidir si emprender o no acciones legales de forma discrecional e incuestionable⁴⁷.

La sentencia declarativa de la filiación natural encuentra fundamento normativo en el artículo 30 de la Constitución italiana y en los artículos 147, 148, 155 y 155 *sexies* CC y de ella se derivan todos los deberes propios de la filiación, incluido el de alimentos.

En efecto, esta sentencia declarativa de la filiación produce todos los efectos del reconocimiento de la paternidad, de conformidad con lo previsto en los artículos 261 y 277 CC, y comporta para el padre la asunción de todos los deberes propios de la filiación legítima, incluida la obligación de alimentos prevista al tenor del artículo 148 CC, pues dicha obligación se vincula al estatus de padre con un término que se inicia con el nacimiento del hijo. De ahí que el otro progenitor, que durante todo el tiempo anterior había asumido la carga de los alimentos, incluyendo la porción del padre declarado judicialmente *ex post*, tendrá derecho a exigir la restitución de la cuota correspondiente, de conformidad con las reglas dictadas por el artículo 1299 CC, que regula las relaciones entre deudores solidarios⁴⁸.

Además, una consolidada orientación de los jueces en materia de filiación ha afirmado el derecho al reembolso de los gastos en favor de aquel progenitor que ha asumido el mantenimiento del hijo desde el momento del nacimiento, aunque dicho derecho encuentre su legitimidad en la obligación legal de mantenimiento imputable también al otro progenitor; este derecho tiene un carácter indemnizatorio en sentido amplio, ya que está dirigido a indemnizar al progenitor que ha mantenido al hijo, para obtener la restitución de los desembolsos que ha sostenido en solitario para el mantenimiento de la descendencia.

En efecto, en repetidas ocasiones la jurisprudencia de la Corte di Cassazione ha declarado que el progenitor que ha asumido de forma exclusiva el mantenimiento del hijo tendrá una acción respecto al otro progenitor para la restitución de cuanto ha pagado en exceso. Se trata de una acción de regreso entre codeudores solidarios, al tenor del artículo 1299 CC, que se haya sostenida por los

⁴⁷ En este sentido Casación, 20 de febrero de 1988, núm. 1771, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 244 y Casación, 17 de julio de 2012, núm. 12198, en *Dir. & Giust. online*, 18 luglio 2012.

⁴⁸ V. Casación, 28 de marzo de 2017, núm. 7960, en *Giust. Civ. Mass.*, 2017 y Casación, 11 de julio de 2017, núm. 17140, en *Diritto & Giustizia*, 12 de julio de 2017.

principios ordinarios. La condena al reembolso de la cuota de los gastos por concepto de alimentos por el periodo anterior a la incoación de la acción no puede prescindir de una expresa demanda que conduzca a un juicio con eficacia de cosa juzgada⁴⁹.

La Corte di Cassazione había afirmado, además, que la sentencia que determine la paternidad o maternidad natural tiene un carácter declarativo de la existencia del estatus de hijo⁵⁰. De tal principio ha de derivarse, sobremanera, que la sentencia que determine un estatus que atribuya al hijo natural todos los derechos que corresponden al hijo legítimo tiene una eficacia retroactiva desde el momento mismo del nacimiento, según lo previsto por los artículos 147 y 148 CC en relación con los artículos 261 y 277 CC⁵¹.

El ejercicio de los derechos relacionados con dicho estatus, además, no puede prescindir de la declaración judicial o del reconocimiento efectuado por el progenitor, en la medida en que es dicha declaración la que atribuye el estatus y los derechos a él vinculados. La sentencia por lo tanto, para las finalidades que aquí competen, tiene un carácter constitutivo, en el sentido que sin ella el estatus de hijo no surge, y no puede haber ninguna reivindicación útil de los derechos que acompañan dicho estatus; si bien, como resultado de la sentencia, el disfrute de tales derechos ha de retrotraerse a la fecha del nacimiento⁵².

⁴⁹ En este sentido, *ex multis*, Casación, 16 de julio de 2005, núm.15100, en *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 6 y Casación, 4 de mayo de 2000, núm. 5586, en *Fam. dir.*, 2000, p. 549.

⁵⁰ Cfr. Casación, 23 de enero de 1993, núm. 791, en *Giur. it.*, 1993, I,1,1914 y Casación, 2 de febrero de 2006, núm. 2328, en *Il civilista* 2009, 5, p. 19.

⁵¹ El principio general *in praeteritum non vivitur* codificado por el artículo 445 CC, con referencia al nacimiento de la obligación de prestar alimentos, —y que encuentra su justificación en el hecho de que solo con la incoación de la demanda (o con la constitución en mora del obligado) el alimentado manifiesta el estado de necesidad, deduciendo por tanto la incapacidad de proveer al propio mantenimiento, con preclusión de hipotizar una obligación de prestar alimentos respecto de un sujeto que aún no haya pedido la prestación alimentaria— no encuentra aplicación en relación con la obligación de mantenimiento de los hijos, ya que el cumplimiento de tal obligación prescinde de cualquier demanda. La ley en efecto, pone a cargo de los progenitores la obligación de mantener a los hijos por el solo hecho de haberlos generado (artículo 147 CC) disciplinando su participación en el concurso de los gastos relacionados con ellos (artículo 148 CC).

⁵² Como es bien conocido, la acción de declaración judicial de paternidad, prevista por el artículo 269 CC, tiene la finalidad de garantizar al hijo nacido por fuera del matrimonio y no reconocido, el derecho a conseguir el estatus de hijo. Ello no significa que exista una obligación de reconocimiento en cabeza de los padres, ya que el reconocimiento nunca constituye el objeto de un deber jurídico y la declaración judicial no se pone como una especie de ejecución de forma específica de la obligación de reconocer, sino que a través de dicha acción se tutela el interés fundamental del hijo en obtener el reconocimiento de su propia filiación, además de su derecho a conocer sus propios orígenes. El objeto de la declaración es el dato biológico de la procreación y, a raíz de la reforma introducida con la Ley 151/1975, la paternidad puede probarse a través de cualquier mecanismo, incluso una presunción, siendo prácticamente imposible determinar una demostración directa de un hecho íntimo y reservado como el momento de la concepción por parte del presunto padre. No menor importancia, se reconoce a las pruebas hematológicas y genéticas, que permiten

Naturalmente, la obligación de entregar una cantidad por concepto de alimentos opera únicamente desde la fecha de instauración de la demanda judicial⁵³, ya que para el periodo precedente subsiste exclusivamente un derecho al reembolso de los gastos sostenidos por el otro progenitor en cumplimiento de su obligación de prestar alimentos.

La Corte di Cassazione ha aclarado, a partir de la importante sentencia núm. 4273 de 20 de abril de 1991⁵⁴, que ambos progenitores están en una situación de *coobligación* solidaria respecto del hijo por todo cuanto le corresponde por concepto de alimentos. Por tanto, insistimos en que ya bajo la vigencia del régimen anterior a la reforma de la filiación, el progenitor natural que convive con el hijo y que ha cumplido en solitario la obligación de prestación de alimentos puede ejercitar una acción de regreso respecto del otro progenitor de conformidad con las reglas dispuestas por el artículo 1299 CC que regula las relaciones entre codeudores solidarios. El progenitor conviviente con el hijo, en consecuencia, es titular de un derecho autónomo a obtener del otro una contribución para sufragar *ex post* los alimentos, la educación y la instrucción del hijo, y actúa en el proceso en nombre y en interés propio.

En el caso que nos interesa, tratándose de la restitución de una deuda, el monto exigible encuentra su límite en los desembolsos sostenidos en concreto por el progenitor que ha sostenido por entero los gastos⁵⁵.

No constituye un obstáculo a la liquidación de las sumas debidas el hecho de que no sea posible determinar con certeza cuáles hayan sido la sumas que haya soportado la actora para sufragar los gastos del hijo en los años anteriores. De hecho, constituye un prin-

determinar la paternidad con un porcentaje de fiabilidad superior al 99%. La parte, naturalmente, es libre de negarse a realizar los análisis clínicos necesarios para el desarrollo de las pruebas, pero de las motivaciones que se den a dicha negativa el juez podrá deducir otros elementos de prueba resultando claro que, hecha la salvedad de la integridad de la persona y la imposibilidad de imponer la extracción de muestras de sangre o de cualquier otro tipo, de la elección misma de negar el consenso para la realización de dichas pruebas clínicas es lícito deducir argumentos a la par de todos los demás comportamientos que han tenido las partes durante el curso del proceso (v. Casación, 27 de febrero de 2002, núm. 2907, en *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 354 y Casación, 25 de febrero de 2002, núm. 2749, en *Fam. dir.*, 2002, p. 315). En particular el Tribunal Supremo ha observado en repetidas ocasiones que pudiendo el juez de fondo basar el propio juicio en los resultados de valor probatorio solamente de los indicios, la negativa del padre de someterse al examen del DNA es suficiente para considerar fundada la solicitud del hijo dirigida a demostrar la efectiva existencia de una relación de filiación, incluso cuando, hipotéticamente, en el periodo de la concepción la mujer hubiera tenido relaciones con otros hombres, pues tales circunstancias no pueden de por sí excluir la subsistencia de una relación de filiación.

⁵³ *Ex plurimis*, v. Casación, 13 de julio de 1995, núm. 7644, en *Studium Juris*, 1996, p. 230.

⁵⁴ V. Casación, 20 de abril de 1991, núm. 4273, en *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2998.

⁵⁵ Cfr. Casación, 4 de enero de 2010, núm. 22506, en *Guida dir.*, 2011, 8, p. 82.

cipio consolidado en la jurisprudencia que en casos similares es posible utilizar el principio equitativo, conforme al cual el reembolso de los gastos que corresponden al progenitor que ha provisto al mantenimiento del hijo desde su nacimiento tiene un carácter indemnizatorio en sentido amplio, en cuanto va dirigido a indemnizar al progenitor cumplidor, a causa de los gastos que tuvo que sostener de forma exclusiva para el mantenimiento de la prole⁵⁶. Por otra parte, el progenitor solicitante debe probar que ha mantenido el hijo de forma adecuada, pero no está obligado a probar el monto de los gastos que ha sostenido para el hijo, el cual será calculado por el juez con una equitativa aproximación, mientras que será necesario especificar únicamente la prueba de los gastos que no entran en dicha «normalidad».

Sin embargo, no siempre resulta fácil determinar exactamente el *quantum debeat*, debido al, más que posible, amplio lapso temporal transcurrido entre el nacimiento del hijo y la sentencia declarativa de la paternidad, lo que evidentemente corre el riesgo de suponer una prueba diabólica. Por lo tanto, la jurisprudencia ha establecido que allí donde no sea necesario cuantificar el importe preciso, el juez puede legítimamente proveer, para las sumas debidas desde el nacimiento hasta la sentencia, según equidad, como criterio de valoración del perjuicio causado de carácter general⁵⁷.

Un aspecto más complejo es el de la prescripción de la acción de restitución. En efecto, la excepción que a los defensores de los progenitores cumplidores les resultaba más difícil de afrontar era precisamente la relacionada con el argumento de la prescripción de su acción, precisamente por la configuración de las sumas debidas como cantidades pagadas indebidamente desde un punto de vista objetivo y a tenor del artículo 2033 CC; al respecto, se recuerda que para el reembolso de esas cantidades el ordenamiento italiano prevé un término de prescripción decenal, lo que, evidentemente,

⁵⁶ Por último, la reciente sentencia de la Casación, 25 de mayo de 2022, núm. 16916, en *Giust. Civ. Mass.*, 2022. La jurisprudencia de la Corte de Casación ha subrayado que el criterio equitativo puede ser utilizado no solo en hipótesis de responsabilidad extracontractual, sino también, en general, cuando la ley se refiere a indemnizaciones; por ello, nada obsta para que dicho criterio se utilice en los casos en los cuales sea necesario determinar las sumas debidas a uno de los progenitores y a título de reembolso los gastos sostenidos para el hijo (v. Casación, 1 de octubre de 1999, núm. 10861, en *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 2048, Casación, 19 de febrero de 2010, núm. 3991, en *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, 240 y Casación, 14 de febrero de 2014 núm. 3559, en *Diritto & Giustizia*, 17 de febrero de 2014). En el mismo sentido Casación, 22 de julio de 2014, núm. 16657, en *Foro it.*, 2015, 6, I, p. 2149 y Casación, 17 de febrero de 2011, núm. 3916, en *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 264.

⁵⁷ Cfr. *ex multis* Casación, 13 de junio de 2022, núm. 19009, en *Diritto & Giustizia*, 14 giugno 2022; Casación, 22 de julio de 2014, núm. 16657, en *Foro it.*, 2015, 6, I, p. 2149; Casación, 1 de octubre de 1999, núm. 10861, en *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 2048 y Casación, 19 de febrero de 2010, núm. 3991, en *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, p. 240.

comportaba el riesgo de frenar parte de las pretensiones de la parte actora en el caso de que el *dies a quo* hubiese sido concretado como el día del nacimiento del menor.

La situación se complicaba aún más con la solicitud –defendida por una antigua jurisprudencia– de aplicabilidad a este supuesto de la prescripción breve (cinco años) prevista en el artículo 2948 núm. 4 CC, si se califica el mantenimiento como un pago periódico⁵⁸. Al respecto, cumple señalar que el artículo 2948 numeral 4 CC fija la prescripción en un periodo de cinco años para aquellos pagos que deben realizarse periódicamente, anualmente o en periodos más breves, que encuentra su ámbito de aplicación en las prestaciones que maduran con el transcurso del tiempo y que, por lo tanto, serán exigibles solo al vencimiento de los plazos convenidos. Según la jurisprudencia de fondo de jueces y tribunales, por el contrario, dicho término de prescripción reducido no afecta a las prestaciones unitarias que se exigen de forma fraccionada en el tiempo, como es el caso de la obligación de mantenimiento que pesa sobre los padres al tenor de los artículos 147 y 261 CC y según el artículo 30 de la Constitución⁵⁹.

Dado, por lo tanto, que para la orientación mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia el plazo de prescripción de la acción de reembolso es de diez años, el problema concreto es entender a partir de cuándo comienza a correr realmente el plazo en cuestión.

De conformidad con el artículo 2935 CC el término de la prescripción empieza a contarse desde el momento en el cual el derecho pueda exigirse; por su parte, el derecho al reembolso presupone, en primer lugar, la cosa juzgada relativa a la paternidad natural, de acuerdo con lo previsto en los artículos 261 y 277 CC párrafo 1.

En consecuencia, la Corte di Cassazione ha consolidado una orientación según la cual el artículo 2935 CC, al establecer que el plazo de prescripción inicial comienza el día en el que el derecho puede hacerse valer, se refiere solo a la posibilidad legal de ejercicio del derecho, sin que pueda influir en el curso de la prescripción la imposibilidad de hecho⁶⁰.

⁵⁸ V. Casación, 1 de junio de 2010, núm. 13414, en *Dir. Giust.* Online, 2010. En un sentido similar, aunque en relación con un caso parcialmente diferente, cfr. Casación, 4 de abril de 2005, núm. 6975, en *Giust. Civ.*, 2006, 3, I, p. 638.

⁵⁹ V., *ex plurimis*, Tribunal de Lamezia Terme, 24 de febrero de 2012, en *Dir. fam.*, 2012, 4, p. 1669.

⁶⁰ Se suelen distinguir, de hecho, dos hipótesis: Si es el hijo quien ejecuta la acción para la cuantificación de las sumas debidas a título de alimentos, dicha acción será imprescriptible; por el contrario, si es la madre quien la ejerce, siendo la solicitud de indemnización asimilable a una acción de regreso de las sumas debidas, la prescripción será decenal y los términos, en ausencia de un acto extrajudicial precedente de constitución en mora, empiezan a contarse desde la fecha de la demanda judicial de declaración de la paternidad.

Resulta evidente que hasta el momento en el cual se produce la cosa juzgada en el proceso de declaración de la paternidad o maternidad natural, no surge el estatus de hijo natural y, por lo tanto, falta el presupuesto para el ejercicio de las acciones que a dicho estatus se vinculan⁶¹. La declaración de la condición de hijo constituye el presupuesto para el ejercicio de los derechos relacionados con dicho *status*⁶². La demanda de reembolso de los gastos sostenidos para el mantenimiento del hijo por parte del progenitor coobligado presupone dicha declaración y, si bien puede proponerse con la demanda de declaración judicial de paternidad o maternidad⁶³, no puede ser acogida hasta que el juez no se pronuncie, con eficacia de cosa juzgada, sobre la calidad de hijo natural o en cuanto tal cosa juzgada se haya formado anteriormente.

Está claro que una cosa es la comprobación de la existencia de un derecho preexistente y otra la declaración, de eficacia constitutiva, de un estatus, a través de una sentencia que ha de tener eficacia de cosa juzgada y que representa el presupuesto de la preten-

⁶¹ V. *ex multis* Casación, 3 de noviembre de 2006, núm. 23596, en *Foro it.*, 2007, 1, I, p. 86.

⁶² En realidad, el carácter constitutivo de la sentencia declarativa del estatus del hijo natural, incluso a efectos del inicio del término de prescripción, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ha afirmado que el término de diez años de prescripción del derecho de aceptar la herencia al tenor del artículo 480 CC comienza, para el hijo natural, solamente desde la fecha de la declaración judicial si es sucesiva a la apertura de la sucesión, y no desde esta última ya que, incluso retrotrayendo los efectos de la declaración judicial a un momento anterior al de la apertura de la sucesión, el hijo natural se halla en la imposibilidad jurídica, y no simplemente de hecho, de aceptar la herencia del progenitor hasta cuando tal declaración no se pronuncie. (en este sentido Casación, 21 de marzo de 1990, núm. 2326, en *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 82; y Casación, 12 de marzo de 1986, núm. 1648, en *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1639). A este propósito se ha observado, que el ordenamiento jurídico coloca el reconocimiento o la declaración judicial de paternidad en un momento anterior al del ejercicio de las posiciones jurídicas subjetivas derivadas de la apertura de la sucesión, atribuyendo al reconocimiento y a la sentencia declarativa de paternidad el valor de elemento constitutivo necesario de la compleja hipótesis adquisitiva de la herencia y no el de simple presupuesto de hecho del derecho potestativo de aceptación y de petición de la herencia que como tal no es idóneo a impedir el decurso de la prescripción según lo establecido por el artículo 480 CC. Lo anterior encuentra confirmación en el artículo 573 CC, en el cual se dispone que la sucesión de los hijos naturales se abre cuando la filiación ha sido reconocida o declarada judicialmente y en el artículo 715 CC párrafo 1 que considera un impedimento a la división de la herencia la pendencia de un juicio sobre la legitimación o sobre la filiación natural de aquel que, en caso de éxito favorable en el proceso estaría llamado a heredar. En conclusión, si los efectos de la sentencia de declaración de la paternidad o maternidad natural se retrotraen al momento del nacimiento, se constituye el estatus de hijo legítimo solamente a raíz de la declaración, ya que antes de dicho momento no puede configurarse la posibilidad jurídica de hacer valer los derechos que dicho estatus y la consiguiente relación paternal presupongan. Como se indica en el texto, dicha conclusión vale también para la acción de restitución de la cuota, en contra del otro progenitor de los gastos sostenidos para el mantenimiento y la educación del hijo natural. Tal acción presupone, de hecho, la declaración con eficacia de cosa juzgada del estatus de hijo natural.

⁶³ Orientación consolidada desde la conocida sentencia Casación, 8 de agosto de 1989, núm. 3635, en *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 8-9.

sión que quiere hacer valer el progenitor coobligado *in solidum* que ha cumplido con sus obligaciones respecto del hijo común.

Hay que resaltar la imposibilidad de hacer valer un derecho cuya existencia no solo no ha sido declarada, sino que además presupone el reconocimiento del estatus de hijo natural. El derecho a los alimentos, si bien corresponde al hijo desde el nacimiento, al encontrar su fundamento directamente en el artículo 30 de la Constitución, no puede hacerse valer antes de la declaración de paternidad. En esta misma línea, la Corte de Casación ha declarado que el derecho al reembolso de los gastos que corresponde al progenitor que ha criado al hijo respecto del progenitor que procede al reconocimiento, solo se puede ejercitar a partir del día del reconocimiento mismo, ya que solo el reconocimiento de conformidad con el artículo 261 CC produce los efectos típicos vinculados por la ley al estatus jurídico de hijo natural, lo cual tiene como consecuencia que dicho día marque el *dies a quo* de inicio de la prescripción⁶⁴.

Análogamente, la jurisprudencia de los Tribunales menores⁶⁵ evidencia cómo el progenitor que ha suplido exclusivamente al mantenimiento de los hijos tiene una acción de regreso respecto del otro para obtener el reembolso de la cuota de los gastos sostenidos desde el nacimiento del hijo. Dicha acción podrá ejercitarse únicamente desde el momento de ejecutoria de la sentencia de declaración de la filiación natural, lo que trae como consecuencia que dicho momento indica, además, el momento de inicio del término del derecho mismo.

Sin embargo, al final, una vez entendido el mecanismo de protección del interés en el reembolso del anticipo pagado por la madre cumplidora, cabe señalar que la acción de reembolso y la acción de declaración de paternidad, aunque conectadas y ejercitables conjuntamente por razones de economía procesal, son diferentes entre sí por *petitum* y *causa petendi* y, en consecuencia, como veremos en el apartado 6 de este mismo trabajo, también ejercitables por separado y en períodos también muy diferentes entre sí.

5. LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE ALIMENTOS COMO CASO EMBLEMÁTICO DE ILÍCITO ENDOFAMILIAR

Antes de concluir la discusión del problema del reembolso de las cantidades adelantadas por la madre en lugar del padre moroso

⁶⁴ V. Casación, 26 de mayo de 2004, núm. 10124, en *Giust. civ.*, 2005, 3, I, p. 725.

⁶⁵ Cfr. *ex plurimis* Tribunal de Parma, 3 de julio de 2013, núm. 996, en *Redazione Giuffrè*, 2013.

es necesario señalar un segundo aspecto tratado solo *incidenter* en el apartado anterior.

El progenitor que no ha cumplido con la propia obligación de alimentar, mantener, instruir y educar al hijo, que muestra desinterés respecto de él, además de configurar con su omisión una grave violación de los deberes de cuidado y asistencia moral de su hijo o hija, provoca inevitablemente una grave lesión de los derechos de ese hijo o hija que nacen de la relación de filiación⁶⁶. Todo ello independientemente del hecho de que el otro progenitor lo haya reconocido al momento del nacimiento y haya provisto en exclusiva a su mantenimiento.

Es posible afirmar, en línea con la jurisprudencia de la Corte de Casación, que a través de la noción de ilícito *endofamiliar* se pueda considerar que la violación de los correspondientes deberes no encuentra su sanción únicamente en las medidas típicas previstas por el Derecho de familia, sino que comporta que, en la hipótesis en la cual se provoque la lesión de derechos amparados por la Constitución, pueda llegar a configurar un ilícito civil; daría así lugar a una acción autónoma dirigida a la indemnización de los daños no patrimoniales, conforme al artículo 2059 CC, reinterpretado a la luz de los principios recientemente sostenidos por la misma Corte de Casación en materia de daños a la persona⁶⁷.

En definitiva, en la medida en la cual el padre biológico no cumpla con las obligaciones que derivan directamente de la filiación, su conducta constituye una violación de las obligaciones impuestas por los artículos 30 Cost. y 147, 148, 315, 315 *bis*, 316 e 316 *bis* CC; ello puede causar un perjuicio en la persona del hijo,

⁶⁶ Debe tenerse en cuenta que el legislador prevé, además, siempre en el artículo 316 *bis* CC la obligación subsidiaria de los ascendientes en el caso en el cual los progenitores no tengan los medios suficientes, como una expresión de solidaridad familiar, incluso entre las generaciones de parientes directos. Tal obligación oscila entre la solidaridad hacia los nietos y el asistencialismo hacia los propios hijos; no obstante, la Corte de Casación haya enfatizado que la obligación de los abuelos de contribuir al mantenimiento de los nietos se activa solo si se prueba que los padres no están en capacidad de satisfacerla. Por ello, la nuerca no puede pedir a la suegra los alimentos para los nietos si el padre incumple sus deberes. A afirmarlo son los jueces de legitimidad con la sentencia del 2 de mayo de 2018, núm. 10419 (en *Dir. Fam. Pers.*, 2018, 4, I, p. 1264) en la cual se sostiene que la obligación de mantener a los hijos corresponde en primer lugar a los padres, con la consecuencia que, si uno de los dos no quiere cumplir con su deber, el otro se encuentra obligado a hacer frente por entero a las exigencias de los hijos, dejando en salvo la posibilidad de demandar al progenitor que incumple para obtener una cuota calibrada según sus capacidades. La familia se encuadra aquí en su estructura más amplia y absuelve a las funciones asistenciales como sujeto partícipe del sistema de bienestar privado y endofamiliar, expresión concreta del principio de solidaridad.

⁶⁷ Para más información sobre el tema, v. Casación, 17 de enero de 2018, núm. 901, en *Giust. Civ. Mass.*, 2018; Casación, 27 de marzo de 2018, núm. 7513, en *Foro it.*, 2018, 6, I, p. 2038; Casación 31 de enero de 2019, núm. 2788, en *Riv. It. Med. Leg.*, 2020, 3, p. 1659; Casación, 11 de noviembre de 2019, núm. 28989, en *Resp. Civ. Prev.*, 2020, 6, p. 1901; Casación, 29 de septiembre de 2021, núm. 26301, en *Resp. Civ. Prev.*, 2022, 1-2, p. 417.

especialmente en caso del inmotivado y permanente rechazo a satisfacer los medios de sustento, con la consiguiente lesión de derechos fundamentales de la persona inherentes a la condición de hijo, además de constituir un perjuicio económico para este último.

No obstante, conviene señalar que la jurisprudencia de los tribunales especifica que, incluso pudiéndose apreciar en el caso en examen un daño de naturaleza no patrimonial, al producirse una agresión a los derechos fundamentales de la persona constitucionalmente tutelados, hay que excluir cualquier tipo de automatismo entre la violación de los deberes del progenitor, de por sí, y la indemnización del daño⁶⁸.

En efecto, según constante jurisprudencia de esos tribunales de fondo, la demanda de indemnización del daño existencial sucesiva a la falta de reconocimiento del hijo ha de ser rechazada allí donde no se encuentre probado el daño; no puede presumirse que la prueba del daño existencial sea *in re ipsa*, es decir, que derive automáticamente de la falta de reconocimiento. Por lo tanto, no va a indemnizarse un daño que prescinda completamente de la demostración de una consecuencia negativa para la víctima, al considerarse que la desvinculación de la indemnización del daño de la comprobación de la efectiva existencia de un reflejo negativo, de carácter personal y/o patrimonial en la esfera del sujeto perjudicado, significaría construir una categoría de daño automático directamente derivado de un hecho ilícito, sin que haya demostración alguna de la modificación *in peius* de la vida de la víctima⁶⁹.

Por lo tanto, establecida la premisa de que la ley no prevé la obligatoriedad del reconocimiento, el hijo debe probar que, si bien la madre ha cumplido con la satisfacción de sus necesidades, esta última no ha logrado garantizarle un tenor de vida que habría alcanzado con el regular aporte de la cuota de mantenimiento que correspondía al padre⁷⁰.

Por otro lado, la violación de los deberes de mantenimiento, de hecho, puede producir un daño no patrimonial, o sea en sentido amplio, un daño psicológico y existencial, que afecta directamente la progresiva formación de la personalidad del perjudicado, condicionando así el desarrollo y su capacidad de comprensión y autode-

⁶⁸ V. *ex multis* Tribunal de Módena, 20 de febrero de 2015, núm. 272, en *Giurisprudenza locale – Modena*, 2015.

⁶⁹ Cfr. *ex plurimis* Tribunal de Trani, 27 de septiembre de 2007, núm. 959, en *Giur. merito*, 2008, 10, I, p. 2493.

⁷⁰ De aquí, la configuración de un potencial daño material, así como, al mismo tiempo, extrapatrimonial; de hecho, la ausencia del aportación paterna no sólo produce repercusiones psicológicas negativas en el crecimiento del niño, sino que reduce en gran medida el presupuesto económico a destinar a las necesidades de éste, con evidentes repercusiones en su calidad de vida.

fensa. Esta circunstancia, en la que se encuentran presentes los extremos del ilícito civil, puede dar lugar a una acción autónoma dirigida a la indemnización de los daños no patrimoniales al tenor del artículo 2059 CC; se trata de una acción que puede ejercitarse también en el ámbito de la destinada a la declaración judicial de paternidad, en la eventualidad de que el incumplimiento del progenitor haya causado – y se haya comprobado – un malestar material y moral para el hijo y de dicho malestar se hayan derivado ulteriores consecuencias negativas⁷¹.

En materia de filiación natural cabe destacar que la demanda interpuesta por el hijo respecto del progenitor dirigida a la indemnización de los daños padecidos como consecuencia de la conducta omisiva debida la falta de reconocimiento, es autónoma y distinta, respecto de aquella que reclama el mantenimiento, diferenciándose ambas tanto por *causa petendi* como por *petitum*⁷². De dicha diferencia se deduce que no existe ningún impedimento para la acumulación de las dos acciones, y que no dan lugar a una duplicación de la indemnización, uniéndose a dos distintos aspectos del daño patrimonial y no patrimonial.

A efectos de la cuantificación del daño patrimonial y no patrimonial que ha sufrido el hijo por la total ausencia de la figura paterna, también los jueces han acudido al criterio equitativo para determinar el importe, que no sería fácil cuantificar en su preciso montante⁷³. A este respecto es necesario recordar que «el ejercicio en concreto del poder discrecional conferido al juez de liquidar el daño en vía equitativa no puede ser objeto de discusión por el Tribunal Supremo en el juicio de casación»; dicha discusión solo se puede producir si «la motivación de la decisión da cuenta del uso de dicha facultad indicando el proceso lógico y de valoración que se ha utilizado»⁷⁴. En particular, se ha precisado que, para evitar

⁷¹ En este sentido Casación, 28 de noviembre de 2022, núm. 34950, en *Dir.&Giust.*, 29 de noviembre de 2022. Resulta oportuno, además, precisar que según la jurisprudencia de fondo, el retardo del hijo en la incoación de la acción de reconocimiento de la paternidad natural no puede ir en detrimento del padre, incrementando *sine die*, el monto de la indemnización endofamiliar, en los casos en los cuales la acción sea potencialmente ejercitable y que no haya sido ejercitada en el caso concreto. La indemnización del daño en todo caso debe parametrarse en un arco temporal en el cual puede plausiblemente y según el *id quod plerumque accidit* haber notado el vacío afectivo de la falta del padre, probablemente hasta la mayoría de edad. La medida de la indemnización endofamiliar de este tipo puede establecerse solo en a través de una vía equitativa, haciendo referencia al parámetro de la mitad de la cuota mínima mensual de mantenimiento para un hijo.

⁷² Casación, 22 de noviembre 2013, núm. 26205, en *Giust. Civ. Mass.*, 2013 y Casación 22 de julio de 2014, núm. 16657, en *Foro it.*, 2015, 6, I, p. 2149.

⁷³ V. Casación, 12 de mayo de 2022, núm. 15148, en *Guida dir.*, 2022, p. 20.

⁷⁴ En este sentido Casación, 13 de octubre de 2017, núm. 24070, en *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2018, 2, p. 117. En un sentido similar, v. Casación, 15 de marzo de 2016, núm. 5090, en *Giust. Civ. Mass.*, 2016.

que la relativa decisión pueda presentarse como arbitraria y sustraída a cualquier tipo de control, es necesario que el juez indique, al menos de forma sumaria y en el ámbito del amplio poder discrecional del que goza, los criterios seguidos para determinar la entidad del daño y los elementos sobre los cuales ha basado su decisión en lo relativo a la cuantificación⁷⁵, considerando censurable la liquidación basada en criterios «manifiestamente incongruentes respecto al caso concreto, o radicalmente contradictorios o macroscópicamente contrarios a datos de común experiencia»⁷⁶.

En efecto, la liquidación equitativa, incluso en su forma llamada «pura», consiste siempre en un juicio de prudente valoración que consiga balancear varios factores con probable incidencia sobre el daño; o sea, en un juicio que establezca una medida intermedia entre las probabilidades positivas y las negativas de daño efectivo en el caso concreto. Incluso jugando un rol relevante, el poder discrecional del juez no puede traducirse, por lo tanto, en una evaluación arbitraria, pues el juez está llamado a desarrollar una apreciación razonable de todas las circunstancias que en el caso concreto hayan podido tener una incidencia positiva o negativa sobre el montante del perjuicio; debe, además, indicar expresamente en la motivación el peso específico atribuido a cada una de ellas, de tal forma, que resulte evidente el camino lógico que ha seguido en la propia determinación y permitir un control del respeto del principio del daño efectivo y de la integridad de la indemnización⁷⁷.

Por otro lado, se ha observado, a efectos del inicio del término de prescripción, que el ilícito *endofamiliar* cometido por la violación de los deberes de los progenitores respecto de la descendencia puede ser instantáneo o permanente; lo primero, cuando se verifique una sola conducta de incumplimiento por parte del agente, que se agota antes o en el momento mismo de la producción del daño; permanente, si dicha conducta perdura más allá de dicho momento y sigue causando daño durante todo el período de su reiteración, ya que el progenitor que se autoexcluye completamente por un periodo significativo de la vida de los hijos, lo que causa en ellos un daño que perdura en el tiempo⁷⁸. Evidentemente configurar el ilícito en cuestión como instantáneo o permanente produce consecuencias relevantes en cascada sobre el cómputo

⁷⁵ Cfr. Casación, 31 de enero de 2018, núm. 2327, en *Giust. Civ. Mass.*, 2018. En un sentido similar, v. Casación, 29 de julio de 2005, núm. 16094, en *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 6.

⁷⁶ V. Casación, 25 de mayo de 2017, núm. 13153, en *Giust. Civ. Mass.*, 2017 y Casación, 22 de febrero de 2018, núm. 4310, en *Guida dir.*, 2018, 24, p. 64.

⁷⁷ V. Casación, 13 de septiembre de 2018, núm. 22272, en *Guida dir.*, 2019, 1, p. 78.

⁷⁸ Cfr. Casación, 10 de junio de 2020, núm. 11097, en *Foro it.*, 2021, 4, I, p. 1383 y Casación, 6 de octubre de 2021, núm. 27139, en *Dir. & Giust.*, 7 ottobre 2021.

del plazo de prescripción, que ha de iniciarse desde el momento en que cesa la conducta ilegal.

6. BREVES REFLEXIONES RECONSTRUCTIVAS

Después de este breve *excursus* sobre el tema de la reparación del daño inmaterial eventualmente sufrido por el hijo por la conducta ilegítima del padre, volvemos al tema del reintegro de los desembolsos anticipados por parte de la madre, que es el que más interesa en el presente ensayo, centrándonos en una cuestión procesal que merece un estudio detenido por sus importantes repercusiones prácticas.

Resulta útil destacar el hecho de que, aunque dicha acción pueda ejercitarse únicamente desde el momento de la ejecutoria de la sentencia de declaración de la filiación natural, ello no impide que el progenitor cumplidor, por razones de economía procesal, interponga la acción de regreso de las sumas dedicadas al mantenimiento del hijo conjuntamente con la acción de reconocimiento de este último.

Podría, en general, admitirse, también, que se puede pedir la restitución de la mitad de las sumas empleadas en el mantenimiento del hijo antes de la ejecutoria de la sentencia, e incluso con mayor razón una acción *ad hoc*.

De hecho, también en este caso se trata de dos acciones distintas, pues la demanda interpuesta por la declaración de la filiación natural es autónoma y distinta respecto de aquella que reclama el mantenimiento, diferenciándose ambas tanto por *causa petendi* como por *petitum*.

Por lo tanto, la madre cumplidora podría hacer valer su derecho al reembolso desde el momento del nacimiento, sin esperar a que la sentencia declaratoria de paternidad surta efectos de cosa juzgada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2935 CC italiano.

En tales casos, corresponderá al juez decidir si suspende o no la decisión sobre esta cuestión en espera de la ejecutoria de la sentencia relativa al reconocimiento del estatus de hijo.

De gran interés para el tema en examen resulta la diferencia conceptual entre los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. En concreto, por «presupuestos procesales»⁷⁹ se entienden los presupuestos de la demanda o condiciones de admisibilidad, cuya falta determina la declaración, incluso de oficio, de la

⁷⁹ Por ejemplo, la jurisdicción, la competencia o la legitimación para actuar.

inadmisibilidad de la demanda misma. Por el contrario, las «condiciones de la acción»⁸⁰ constituyen los requisitos que, aunque no estén presentes al momento de la demanda, tienen que existir en todo caso al momento de la decisión de la controversia, pudiendo concurrir incluso en caso de *litis pendentia*.

De este modo, se puede decir que los «presupuestos procesales» se refieren a los requisitos de validez del proceso, mientras que las condiciones de la acción son sustancialmente los requisitos de fondo de la demanda, relacionados con la subsistencia del derecho sustancial que se pretende hacer valer. Los «presupuestos» del proceso tienen que ver con la existencia misma del juicio y con su validez y procedibilidad y deben existir antes de la interposición de la demanda. Las «condiciones de la acción», en cambio, son los requisitos de fondo de la demanda, necesarios para que la acción pueda alcanzar la finalidad concreta a la cual está dirigida, es decir, que el juez pueda pronunciarse a favor del actor; es suficiente que tales condiciones existan al momento de la sentencia y no necesariamente al momento de la demanda.

Entonces, considerando la ejecutoria de la sentencia declarativa del estatus de hijo como la condición de la acción de regreso contra el padre moroso, no resulta comprensible por qué, siendo las dos acciones profundamente diferentes entre sí, como ya se ha señalado, por *petitum* y *causa petendi* y autónomas entre sí, no pueda ejercitarse la acción para el reembolso incluso antes de dicho momento, sin que ello pueda viciar la acción autónomamente incoada.

Ante tal situación, corresponderá al juez decidir si suspender (o no) el juicio pendiente ante él a la espera de que se dicte sentencia definitiva en materia de declaración de paternidad, siguiendo el ejemplo de lo que pasa en los casos de demanda por falsificación, cuando en el curso de la causa se alega falsificación de documento producido en juicio.

Evidentemente tal propuesta reconstructiva produciría repercusiones negativas en materia de prescripción de la acción, porque haría retroceder el *dies a quo* en el tiempo a favor del padre deudor incumplidor –potencialmente desde el día del nacimiento del hijo, reduciendo drásticamente las cantidades a reembolsar–, a excepción de los casos de imposibilidad objetiva de emprender acciones legales por parte de la madre.

⁸⁰ Piense en la mediación obligatoria impuesta por la ley en relación con las controversias relativas a las materias enumeradas originalmente por el artículo 5, párrafo 1 del d.lgs. núm. 28 de 2010, y hoy, a raíz de la reforma de 2013 (d.lgs. núm. 69 de 2010, conv., con mod., en l. núm. 98 de 2013), enumeradas por el inciso 1-bis del mismo artículo 5.

7. OBSERVACIONES FINALES DE CARÁCTER COMPARATIVO ITALO-ESPAÑOL

Advertimos que la actual tendencia jurisprudencial italiana en materia de prescripción que computa el plazo de prescripción de diez años a partir del momento en el cual se produce la cosa juzgada en el proceso de declaración de la paternidad o maternidad es consolidada y no admite particulares excepciones, pero la superior propuesta interpretativa suscita muchas dudas sobre la legitimidad de la solución cristalizada por los jueces de forma aparentemente rigurosa.

La misma rigidez, pero de signo contrario, al producirse a favor del padre deudor incumplidor, se encuentra en la jurisprudencia española, que niega la devolución de las cantidades adelantadas por la madre cumplidora por las razones ya explicadas en los primeros epígrafes de este trabajo⁸¹.

Tal vez convendría redondear las esquinas y optar por una solución intermedia, aprovechando ambas experiencias jurídicas comentadas.

Si es cierto, como parece, que la obligación parental tiene carácter solidario, como afirman los mismos jueces de legitimidad italianos y señala la doctrina española⁸², quien sólo ha soportado el

⁸¹ La jurisprudencia española no duda en considerar que nada impide a la madre formular la demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación. Por último, la sentencia del Tribunal Supremo, que básicamente recoge la doctrina del Auto del Tribunal Constitucional de 2014 y de las dos sentencias del Tribunal Supremo de septiembre de 2016 citadas. Cfr. STS núm. 412 de 23 de mayo de 2022 (Roj: STS 2076/2022 - ECLI: ES: TS:2022:2076). Sin embargo, no faltaron duras críticas a la reconstrucción sugerida por la jurisprudencia, de suerte que, como se ha destacado ampliamente en los párrafos anteriores, la doctrina mayoritaria está fuertemente en contra al enfoque jurisprudencial citado. Parece útil recordar las observaciones de M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre*, cit., p. 128, quien especifica: «Nosotros no creemos que sean exigibles sólo los que se devenguen desde que se determine la filiación, sino también –siempre con el límite de la prescripción– los devengados desde la generación del hijo, ya que de la Constitución no se deriva ninguna limitación temporal, ni siquiera la procedente de la exigencia de que la filiación esté legalmente determinada, y nada impide la satisfacción de los alimentos atrasados y no pagados, en un momento posterior, tal y como se desprende del artículo 1966.1.º del Código civil o, incluso, de la misma retroactividad al momento de la demanda del propio artículo 148, párrafo 1 del Código civil».

⁸² Cfr. M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, *Obligación parental de mantenimiento y derecho de reembolso de la madre sola*, cit., p. 95, que afirma (pp. 344-345): «la cuestión quedaría resuelta con el artículo 1145-II CC, que permite al deudor solidario que pagó (en este caso, la madre) ejercitar la acción de regreso contra su codeudor solidario (el padre) para reclamar la parte que le correspondía abonar, que se determinará en función de su caudal (artículo 146 CC), además de los intereses de las sumas anticipadas. Si consideramos aplicable a estos casos la regla del artículo 1.966.1 CC, la actora podría reclamar al padre una parte de los alimentos prestados en los cinco años anteriores a la interposición de la demanda, de manera que la cuantía total no tendría por qué suponer un grave quebranto para la economía del progenitor no custodio».

pago de todas las sumas tiene derecho al reembolso de la cantidad adelantada conforme al artículo 1145-II del código civil.

Esta reconstrucción permitiría abrir la puerta en el sistema español a la admisibilidad de la restitución de las sumas adelantadas por la madre cumplidora⁸³. Al mismo tiempo se podría compartir, en la línea de lo que pretende la jurisprudencia española, afirmar que la devolución de las sumas anticipadas, aunque fundada en el interés superior del niño, satisface el interés patrimonial de la madre en recuperar las sumas que había anticipado⁸⁴.

A la luz de los anteriores, sería útil conciliar los intereses en juego, por un lado el de la certeza de las relaciones jurídicas y el del padre que, quizás a veces desconociendo la existencia de un hijo, se ve obligado a pagar sumas considerables a la madre; por otro, el de la madre para obtener cuanto está prescrito por la ley.

Pues bien, en una condición de precario equilibrio entre intereses igualmente merecedores de protección, capitalizando además la «rigidez inversa» de ambas orientaciones jurisprudenciales, española e italiana, podría encontrarse una solución hermenéutica intermedia, que tenga en cuenta las necesidades concretas de los sujetos interesados en la materia en cuestión.

Así, podría ser útil introducir en el ordenamiento jurídico de los dos Países una disposición *ad hoc* destinada a regular el cómputo de la prescripción dentro de la cual la madre puede hacer valer sus derechos, señalando además un *dies a quo* seguro, fácilmente identificable, con el fin de minimizar cualquier cortocircuito interpretativo, evitando lamentables diferencias de trato y limitando la discrecionalidad del juez para resolver controversias tan delicadas⁸⁵.

Por ejemplo, en materia de pensiones alimenticias debidas por los progenitores a sus hijos, como *dies a quo* –a partir del cual debería contarse el plazo de prescripción para ejercer el derecho de la madre a la devolución del anticipo– se podría concretar el momento en que los niños alcanzan la capacidad de discernimiento que, a raíz de la reforma de la filiación en Italia, se presume lograda al cumplir los doce años.

⁸³ En el mismo sentido, I. BELUCHE RINCÓN, *La obligación de alimentar a los hijos menores (especialmente en supuestos de reconocimiento judicial de la filiación)*, en *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 45 (enero - abril 2018), versión electrónica.

⁸⁴ El problema parece surgir en el interés concreto del niño solo para el futuro, por que, como han señalado los Tribunales españoles, el niño ya ha sido satisfecho en su derecho a ser educado y mantenido por el período anterior al juicio, aunque a expensas exclusivamente de la madre.

⁸⁵ Subraya la delicadeza de la tarea del juez en el nuevo contexto social en continua transformación y el papel cada vez mayor de la jurisprudencia como fuente del derecho N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 15 ss.

Este amplio período de tiempo, por un lado, permitiría a la madre sopesar cuidadosamente la posibilidad de emprender acciones legales para obtener el reembolso de los anticipos; por otro, permitiría al hijo participar en una decisión que le concierne personalmente; al mismo tiempo garantizaría la certeza de las relaciones jurídicas, evitando situaciones de pendencia, difícilmente compatibles con el principio de seguridad jurídica, protegido constitucionalmente en el caso español por el artículo 9.3 CE, por lo que sería posible para el padre disponer de tiempos determinados para ser «liberado» de la espada de Damocles de la acción judicial de regreso, a la que, por el contrario, estaría sujeto *sine die* y con efecto retroactivo hasta el momento del nacimiento del hijo a la luz de la jurisprudencia italiana.

Con referencia a la duración del término de prescripción de la acción para hacer valer el derecho al reembolso, en cambio, este podría ser de diez años. Para evitar solicitudes de restitución exageradamente altas, se podría limitar el reembolso del padre moroso a la parte proporcional que le correspondiera de las cantidades satisfechas durante los últimos cinco años anteriores a la introducción del juicio, evitando que pueda exigirse la restitución con un efecto retroactivo excesivo (como pudiera ser desde el nacimiento) para proteger la certeza de las relaciones jurídicas⁸⁶.

Esta propuesta interpretativa permitiría, en Italia, regular clara y precisamente una cuestión que permaneció al margen de la disciplina legal, abandonada a las vacilantes pautas jurisprudenciales; en España, en cambio, de conformidad con el principio de legalidad constitucional sugerido por la doctrina italiana autorizada⁸⁷, tendría el mérito indiscutible de garantizar una efectiva aplicación del artículo 39.3 CE, que, evidentemente, teniendo en cuenta la jurisprudencia reciente, convirtió –adaptando las palabras de un conocido jurista italiano al caso que interesa– en *precepto constitucional olvidado*, inaplicable en el presente caso, *con el riesgo de quedar obsoleto*⁸⁸.

⁸⁶ Así, podría insertarse en el código civil italiano una disposición con el siguiente contenido: artículo 316 *ter* CC, *La prescripción de la obligación de pagar pensiones alimenticias*, «1. Cuando la acción se refiera a exigir el cumplimiento de las pensiones alimenticias debidas por los progenitores a sus hijos, el tiempo se contará desde que estos alcancen los doce años de edad. 2. La acción prescribe a los diez años. 3. El progenitor que hubiere satisfecho los alimentos del hijo con anterioridad a la determinación de la filiación del otro, podrá reclamar a este la parte proporcional que le correspondiera de las cantidades satisfechas durante los últimos cinco años desde la interposición de la demanda judicial».

⁸⁷ En materia de legalidad constitucional, esenciales parecen las cuidadosas observaciones de P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020.

⁸⁸ En este sentido, S. CASSESE, *La Costituzione «dimenticata». Introduzione*, in ID. (ed.), *La Costituzione «dimenticata»*, Milano, 2021, p. 4.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHILLE, Davide: *L'obbligo di mantenimento nel rinnovato quadro sistematico dei diritti del figlio*, in Mirzia BIANCA (editado por), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, pp. 115-127.
- AL MUREDEN, Enrico: *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, en Fam. dir., 5/2014, pp. 466-479.
- ÁLVAREZ MERINO, Julio, *Los alimentos de los hijos menores: art. 39.3 CE versus artículo 148.1 CC*, en *Revista de Derecho de Familia, El Derecho*, 2013 (11). Disponible en <https://revistas.lefebvre.es/revista-de-derecho-de-familia/hemeroteca/1827> (Consulta: 23 marzo 2022).
- AMMERMAN YEBRA, Julia: *Las madres solas ante los tribunales, la administración y las leyes ¿se perpetúa la discriminación? Solo mothers before the courts, the administration and the law: is discrimination being perpetuated?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- BALLARANI, Gianni: *L'ascolto nella riforma della filiazione*, en *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, coord. Mirzia BIANCA, Milano, 2014, pp. 127-136.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *La filiación en España: una visión crítica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- BASINI, Giovanni Francesco: *I doveri verso i figli*, in *Tratt. Dir. fam.*, dirigido por BONILINI, Giovanni, I., Utet Giuridica, Milanofiori Assago (MI), 2016, pp. 917-919.
- BELUCHE RINCÓN, Iris: *La obligación de alimentar a los hijos menores (especialmente en supuestos de reconocimiento judicial de la filiación)*, en *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 45 (enero - abril 2018), versión electrónica.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Artículos 1157 al 1171*, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021 pp. 1492-1522.
- *Un voto particular interesante en materia de alimentos*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 1/2015, pp. 91-93.
- BIANCA, Cesare Massimo: *Diritto civile*, II-1, La Famiglia, IV ed., Milano, 2017.
- *Il diritto del minore all'ascolto (artículo 315 bis CC, inserito dall'articolo 1, comma 8.º, l. núm. 219/12)*, en *Nuove leggi civili comm.*, 3, 2013, pp. 546-549.
- BONILINI, Giovanni: *Manuale di diritto di famiglia*, IV ed., Torino, 2014.
- CASSESE, Sabino: *La Costituzione «dimenticata». Introduzione*, in ID. (editado por), *La Costituzione «dimenticata»*, Milano, 2021.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Comentario al artículo 154*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (coord. Manuel ALBALADEJO GARCÍA), III, vol. 2, Madrid, 1982.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio: *La deuda alimenticia*, Madrid, 1991.
- CUENA CASAS, Matilde: *La resistencia a la retroactividad en el pago de alimentos a menores de edad (una reflexión de lege ferenda)*, en *www.hayderecho.com*, 16 de marzo de 2016.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: *La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por la aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil (comentario al auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)*, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 11-45.
- DE FILIPPIS, Bruno: *Mantenimento del coniuge e dei figli*, Milano, 2022.

- FALZEA, Angelo: *Complessità giuridica*, en *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, pp. 201-217, ahora en *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III. *Scritti d'occasione*, Milano, 2010, pp. 595-644 y en *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, VI ed., Milano, 2008, pp. 492-497.
- FERRANDO, Gilda: *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giu.*, 4/2013, pp. 525-535.
- FINOCCHIARO, Francesco: *Del matrimonio*, II, artículo 148, en *Commentario Scialoja-Branca*, Francesco GALGANO (editado por), Bologna-Roma, 1993.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: *¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? What is and what is the interest of the minor?*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, pp. 14-48.
- GORGONI, Antonio: *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2018.
- LÁZARO PALAU, Carmen María: *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- LAZZARO, Carmine: artículo 316 bis CC, *Concorso nel mantenimento*, in AA. VV., *Commentario del codice civile*, dirigido por Enrico GABRIELLI, *Della Famiglia*, vol. II, Giovanni DI ROSA (editado por), II ed., UTET Giuridica, Milano, 2018, pp. 657-685.
- *El derecho del menor a manifestar su opinión en el entorno familiar: protección y lagunas jurídicas*, en *Comparazione e diritto civile*, 3/2020, pp. 1193-1213.
- LENTI, Leonardo: *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2016, pp. 148-158.
- LIPARI, Nicolò, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre en caso de determinación judicial tardía de la filiación paterna no matrimonial: un estudio desde la perspectiva del deber constitucional de asistencia*, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3 (julio-septiembre, 2022), Estudios, pp. 87-155.
- PALAZZO, Antonio: *La Filiazione*, en *Tratt. Cicu-Messineo*, II ed., Milano, 2013.
- PARADISO, Massimo: *I Rapporti personali tra coniugi, artículo 148*, II ed., en *Cod. Civ. Comm.*, Milano, 2012, pp. 333-374.
- PÁRAMO DE SANTIAGO, Casto, *Reclamación judicial solicitando la devolución de los alimentos satisfechos*, en *Revista Centro de Estudios Fiscales Legal*, 2019, núm. 216, pp. 109-116.
- PERLINGIERI, Pietro: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020.
- RESCIGNO, Pietro: *Obbligazioni (dir. priv.)*, en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 133-382.
- RIBOT IGUALADA, Jordi, *Aliments entre parents: novetats del Codi civil de Catalunya i jurisprudència recent*, en *Revista Catalana de Dret Privat*, 2013, vol. 13, pp. 99-118.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Arts. 108 a 111*, en *Comentarios al Código civil* (coord. Joaquín José RAMS ALBESA, Rosa María MORENO FLÓREZ), T. II-2º, Barcelona, 2000.
- ROGEL VIDE, Carlos: *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Madrid, 2012.
- ROMANO, Francesco: *Obbligo (nozione generale)*, en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 500-508.
- ROVACCHI, Marta: *Le spese per il mantenimento dei figli*, Milano, 2021.

- RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio: *Artículos 154 a 161*, en *Comentarios al Código civil* (coord. Joaquín José RAMS ALBESA, Rosa María MORENO FLÓREZ), T. II-2.º, Barcelona, 2000.
- RUBIO TORRANO, Enrique: *Los alimentos del artículo 148, párrafo primero in fine del Código Civil, y el artículo 39.3 de la Constitución*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016, parte Estudio, pp. 151-154.
- RUSCELLO, Francesco: *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, en *Il Cod. Civ. Comm.*, fundado por Piero SCHLESINGER, dirigido por Francesco Donato BUSNELLI, Milano, 1996.
- SÁNCHEZ JORDAN, María Elena: *Obligación parental de mantenimiento y derecho de reembolso de la madre sola*, en María Paz GARCÍA RUBIO (Directora), Julia AMMERMAN YEBRA, Mónica GARCÍA GOLDAR, Ignacio VARELA CASTRO (Coordinadores), *Mujer, maternidad y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- *Reclamación de reembolsos de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento*, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 42 (enero – abril, 2017), pp. 329-346.
- SCALISI, Vincenzo: *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, en *Riv. dir. civ.*, 2/2018, pp. 405-434.
- SCHLESINGER, Piero: *Il D. Lgs. núm. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, en *Fam. dir.*, 5/2014, pp. 443-446.
- SESTA, Michele: *La filiazione*, en *Tratt. Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, IV, *Filiazione, adozione, alimenti*, T. AULETTA (editado por), IV, Torino, 2011.
- SIERRA PÉREZ, Isabel, *Comentario al artículo 148*, en Ana, CAÑIZARES LASO, Pedro, DE PABLO CONTRERAS, Francisco Javier, ORDUÑA MORENO, y Rosario, VALPUESTA FERNÁNDEZ, (Dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, pp. 771-774.
- VERONESI, Silvia: *La responsabilità genitoriale. Autonomia dei genitori e tutela del minore*, Milano, 2020.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 29 y 30 de septiembre de 2016. La determinación judicial de la filiación extramatrimonial no conlleva el reembolso de los alimentos proporcionados por la madre desde el nacimiento del hijo*, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 35, noviembre de 2016, pp. 1947-1960.

JURISPRUDENCIA (por orden cronológico descendente)

1) ITALIANA

CASACIÓN

- Casación, núm. 9930, de 13 de abril de 2023.
- Casación, núm. 34950, de 28 de noviembre de 2022.
- Casación, núm. 16916, de 25 de mayo de 2022.
- Casación, núm. 15148, de 12 de mayo de 2022.
- Casación, núm. 27139, de 6 de octubre de 2021.
- Casación, núm. 26301, de 29 de septiembre de 2021.
- Casación, núm. 11097, de 10 de junio de 2020.

- Casación, núm. 28989, de 11 de noviembre de 2019.
- Casación, núm. 2788, de 31 de enero de 2019.
- Casación, núm. 22272, de 13 de septiembre de 2018.
- Casación, núm. 10419, de 2 de mayo de 2018.
- Casación, núm. 7513, de 27 de marzo de 2018.
- Casación, núm. 4811, de 1 de marzo de 2018.
- Casación, núm. 2327, de 31 de enero de 2018.
- Casación, núm. 901, de 17 de enero de 2018.
- Casación, núm. 24070, de 13 de octubre de 2017.
- Casación, núm. 17140, de 11 de julio de 2017.
- Casación, núm. 13153, de 25 de mayo de 2017.
- Casación, núm. 7960, de 28 de marzo de 2017.
- Casación, núm. 5090, de 15 de marzo de 2016.
- Casación, núm. 3079, de 16 de febrero de 2015.
- Casación, núm. 16657, de 22 de julio de 2014.
- Casación, núm. 3559, de 14 de febrero de 2014.
- Casación, núm. 26205, de 22 de noviembre de 2013.
- Casación, núm. 12198, de 17 de julio de 2012.
- Casación, núm. 5652, de 10 de abril de 2012.
- Casación, núm. 3916, de 17 de febrero de 2011.
- Casación, núm. 13414, de 1 de junio de 2010.
- Casación, núm. 3991, de 19 de febrero de 2010.
- Casación, núm. 22506, de 4 de enero de 2010.
- Casación, núm. 23596, de 3 de noviembre de 2006.
- Casación, núm. 2328, de 2 de febrero de 2006.
- Casación, núm. 16094, de 29 de julio de 2005.
- Casación, núm. 15100, de 16 de julio de 2005.
- Casación, núm. 10131, de 14 de mayo de 2005.
- Casación, núm. 6975, de 4 de abril de 2005.
- Casación, núm. 10124, de 26 de mayo de 2004.
- Casación, núm. 7386, de 14 de mayo de 2003.
- Casación, núm. 2907, de 27 de febrero de 2002.
- Casación, núm. 2749, de 25 de febrero de 2002.
- Casación, núm. 5586, de 4 de mayo de 2000.
- Casación, núm. 10861, de 1 de octubre de 1999.
- Casación, núm. 5259, de 29 de mayo de 1999.
- Casación, núm. 7644, de 13 de julio de 1995.
- Casación, núm. 791, de 23 de enero 1993.
- Casación, núm. 4273, de 20 de abril de 1991.
- Casación, núm. 2326, de 21 de marzo de 1990.
- Casación, núm. 3635, de 8 de agosto de 1989.
- Casación, núm. 1771, de 20 de febrero de 1988.
- Casación, núm. 1648, de 12 de marzo de 1986.

TRIBUNALES

- Tribunal de Módena, núm. 272, de 20 de febrero de 2015.
- Tribunal de Parma, núm. 996, de 3 de julio de 2013.
- Tribunal de Lamezia Terme, 24 de febrero de 2012
- Tribunal de Trani, núm. 959, de 27 de septiembre de 2007.

2) ESPAÑOLA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Tribunal Constitucional, núm. 301, de 16 de diciembre de 2014.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS núm. 412 (ponente José Luis Seoane Spiegelberg), de 23 de mayo de 2022.
- STS, núm. 574 (ponente Angel Fernando Pantaleon Prieto), de 30 de septiembre de 2016.
- STS, núm. 573 (ponente José Antonio Seijas Quintana), de 29 de septiembre de 2016.
- STS, núm. 918 (ponente Teófilo Ortega Torres), de 5 de octubre de 1993.