



Roj: **STS 4592/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4592**

Id Cendoj: **28079110012017100652**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2017**

Nº de Recurso: **2525/2016**

Nº de Resolución: **696/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2525/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 696/2017**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 20 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de infracción procesal y de casación interpuesto por doña Africa , representada por la procuradora de los tribunales doña María de Gracia Arias Pérez, bajo la dirección Letrada de doña Ana Margarita Ginez Calle, contra la sentencia dictada con fecha 27 de mayo de 2016, por la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en los autos de modificación de medidas n.º 29/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Puertollano. Ha sido parte recurrida don Luis Alberto , representado por el procurador don Luis Ortiz Herraiz, bajo la dirección letrada de don Antonio Jesús González. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La procuradora doña María Paz Medina Carpintero, en nombre y representación de don Luis Alberto , interpuso demanda de juicio sobre demanda de medidas definitivas, contra doña Dolores y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«se acuerde la modificación de las medidas que se establecieron en los autos de Divorcio, y en su lugar se establezca:

»1º.- Se atribuya a mi representado Don Luis Alberto la guarda y custodia de los menores Arcadio y Benjamín , siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores, fijándose a favor de Doña Micaela el siguiente



régimen de visitas con respecto al menor Benjamín : fines de semana alternos desde las 17:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo, siendo recogido y reintegrado por la madre del domicilio donde reside con el padre, mitad de las vacaciones de Semana Santa, Navidad y un mes en Verano, eligiendo en caso de discrepancia la madre los años pares y el padre los impares.

»Con respecto a Arcadio , dada su edad -16 años y 10 meses- y dada la relación que mantiene con la madre, no procede fijar por el momento régimen de visitas alguno.

»2º) En concepto de pensión de alimentos para los hijos menores de edad que deberá abonar Doña Micaela se fija la cantidad de DOSCIENTOS VEINTICINCO euros (225'00 Euros) mensuales para cada hijo, y en los meses que reciba para extraordinaria, CUATROCIENTOS CINCUENTA Euros (450'00 EUROS) para cada hijo, que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que Don Luis Alberto señale al efecto, y que se actualizarán anualmente conforme a la variación que experimente el índice General de Precios al Consumo, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que los sustituya. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad por ambos cónyuges.

»3º) Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar, sita, en la CALLE000 n° NUM000 NUM001 NUM002 de Puertollano a los hijos menores y a Don Millán en cuya compañía quedan.

»4º.- Se condene al pago de las costas a la demandada si se opusiere a dichas pretensiones».

**2.º-** El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

**3.º-** La procuradora doña Laura Muela Gijón, en nombre y representación de doña Dolores , contestó a la demanda y formuló reconvenición y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«1º.- Se atribuya la guarda y custodia del hijo de ambos Arcadio al padre.

»2º.-Se mantenga la custodia del Benjamín como hasta ahora, al no existir ningún cambio al respecto que aconseje una modificación ni de esta medida ni del régimen de visitas establecido.

»3º.- El uso de la vivienda deberá ser mantenido a favor de Dolores al tener bajo su custodia a su hijo Benjamín , siendo éste el más pequeño de ambos hermanos y además la madre no contar con trabajo en la actualidad, entendiéndose que son los más necesitados de protección.

»4º -Se fijen como alimentos:

»- Al estar Dolores en situación de desempleo, la pensión a favor de Arcadio y a abonar por ésta sería de un máximo de 100 €, a día de hoy, salvo que en el momento del juicio tenga menores ingresos.

»- Como la situación económica del padre es mejor o en todo caso igual a la que existía cuando el divorcio y atendiendo a la petición de adverso de 225 € al mes más la dos extraordinarias, para evitar dichas extraordinarias, entendemos ajustado a derecho, de acuerdo con los ingresos del padre y necesidades del menor Benjamín la cantidad de 350 € al mes, así como al pago del 50% de los gastos extraordinarios».

La procuradora doña María Paz Medina Carpintero, en nombre y representación de don Luis Alberto , contestó a la reconvenición oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: se desestime íntegramente la demanda reconvenicional absolviendo a esta parte de los pedimentos formulados en su contra, con expresa condena en costas a la reconviniente demandada.

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Puertollano, dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda de modificación de medidas definitivas interpuesta por D. Luis Alberto frente a D\*. Dolores , así como debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda reconvenicional formulada por D.ª Dolores frente a D. Luis Alberto , MODIFICANDO LAS MEDIDAS ACORDADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO 583/2.009 DE ESTE JUZGADO del siguiente modo

»1º.- Se suprime la pensión de alimentos a favor de D. Arcadio y a cargo de D. Luis Alberto .

»Se establece a favor de Arcadio y a cargo de su madre D.ª Dolores , una pensión de alimentos de 150 euros mensuales, pensión a las que .le serán aplicables las condiciones de la pensión de alimentos del hijo menor en cuanto a tiempo y modo de pago y actualización.



»Se desestiman el resto de peticiones tanto de la demanda como de la reconvencción, manteniéndose las medidas vigentes en el procedimiento citado.

»Cada parte abonara las costas causadas a su instancia».

Con fecha 18 de noviembre de 2014, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva dice:

«Estimar la petición formulada por las partes demandante y demandada de aclarar la SENTENCIA dictada el día 30/09/2014 , dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica:

»PARTE DISPOSITIVA.- Se establece a favor de Arcadio y a cargo de su madre Da Dolores , una pensión de alimentos de 150,00 euros mensuales y en los meses en que perciba paga extraordinaria 300,00 euros, que deberá ingresar en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que D. Luis Alberto indique a tal efecto y que se actualizará anualmente conforme a la variación que experimente el índice General de Precios al Consumo, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

»Líbrese certificación de esta resolución, que quedará unida a testas actuaciones, y llévese su original al libro de resoluciones definitivas».

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Dolores . La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 2016 , cuya parte

«Por unanimidad, la Sala ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Da Laura Muela Gijón en representación de Da. Dolores , contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción n.º 1 de Puertollano en el procedimiento de Modificación de Medidas Supuesto Contencioso n.º 29/2013 , debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas del presente litigio. Y con pérdida del depósito constituido».

**CUARTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de doña Dolores , con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Infracción del artículo 752.1. LEC . Segundo.- Infracción del artículo 146 del Código Civil , y de la doctrina del T.S. con relación al criterio de proporcionalidad, concurriendo interés casacional por haber infringido en su interpretación el criterio doctrinal establecido en las sentencias, entre otras, de 10 y 15 de julio de 2015 . Tercero.- Al amparo del art. 477.1. de la LEC , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y en concreto por la infracción del art. 774.5. de la LEC y vulneración de lo previsto en el art. 106 CC por improcedente declaración de retroactividad de la pensión de alimentos contenida en el fundamento jurídico tercero y en el propio fallo de la sentencia impugnada, vulnerando la doctrina de la esta Sala contenida entre muchas otras en sus sentencias de 18 y 19 de noviembre de 2014 y la doctrina de 3 de diciembre de 2008 .

También formuló recurso de casación basado en los siguientes motivos. Primero.- Basado en el supuesto del artículo 758.2.1. de la LEC , el cual dispone que los juicios a los que el mismo se refiere se decidirán con arreglo a los hechos que haya sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Segundo.- Infracción del artículo 146 del Código Civil y de la doctrina del Tribunal Supremo con relación al criterio de proporcionalidad, concurriendo interés casacional por haber infringido en su interpretación el criterio doctrinal establecido en las sentencias, entre otras, de 10 y 15 de julio de 2015 , que resumen la doctrina de esta Sala sobre el criterio de proporcionalidad. Tercero.- Al amparo del artículo 477.1. de la LEC por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y en concreto por la infracción del art. 774.5 de la LEC y vulneración de lo previsto en el art. 108 CC , por la improcedente declaración de retroactividad de la pensión de alimentos contenida en el fundamento jurídico tercero y en el propio fallo de la sentencia impugnada, vulnerado la doctrina de esta Sala contenida entre muchas den las sentencias de 18 y 19 de noviembre de 2014 .

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 19 de julio de 2017 , se acordó:

1.º) Admitir el motivo tercero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Africa contra la sentencia dictada, con fecha 27 de mayo de 2016, por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, en el rollo de apelación 59/2016, dimanante de los autos de modificación de medidas 29/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Puerto Llano.

2.º) Inadmitir los motivos primero y segundo del recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Africa , contra la sentencia dictada con fecha 27 de mayo de 2016 por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª en el rollo de apelación 59/2016 , dimanante de los autos de modificación de medidas 29/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Puerto Llano.



3.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Africa , contra la sentencia dictada, con fecha 27 de mayo de 2016, por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, en el rollo de apelación 59/2016 de los autos de modificación de medidas 29/2013 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Puerto Llano.

4.º) Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

Dese traslado a la parte para que formalice su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Luis Ortiz Herraiz, en nombre y representación de Luis Alberto , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito apoyando el motivo del recurso de casación admitido por la Sala.

**SÉPTIMO.** - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de diciembre de 2017, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia que ahora se recurre en casación acordó que los alimentos que venía prestando el padre a uno de sus dos hijos fueran a cargo de la madre en la cantidad de ciento cincuenta euros al mes, dado que se había ido a vivir con él a raíz de la denuncia que contra el mismo interpuso su madre. Estos alimentos se consideran debidos en la sentencia desde la formulación de la demanda, aspecto este último contra el que se alza el recurso de casación cuyo interés casacional se justifica por vulnerar la doctrina de esta sala expresada en las sentencias de 18 y 19 de noviembre de 2014 y 3 de octubre de 2008 .

El motivo de desestima

1. Como reiteramos en la sentencia 389/2015, de 23 de junio :

«(E)sta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional en las sentencias de 26 de marzo de 2014 y 19 de noviembre de 2014 .

»Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (...).

»En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011 , 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013 , según la cual "(d)ebe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC , de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda". Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.

»En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, Rec. n.º 1088/2013 , que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente" . Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente».



2. No es este el caso. Los alimentos se instauran por primera vez a cargo del padre y en favor de un hijo que antes de la formulación de la demanda había pasado a convivir con su padre. Ello sitúa el pago en el primer caso y no en el segundo desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso.

**SEGUNDO.-** La desestimación del recurso, determina la imposición de las costas a la parte recurrente, tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación formulado por la representación legal de doña Dolores , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de fecha 27 de mayo de 2016 ; con expresa imposición de las costas al recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO