



Roj: **STS 2826/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2826**

Id Cendoj: **28079110012018100454**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2018**

Nº de Recurso: **112/2018**

Nº de Resolución: **459/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 17363/2017,**  
**STS 2826/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 459/2018**

Fecha de sentencia: 18/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 112/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 112/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 459/2018**

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> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 18 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2017, dictada en recurso de apelación 1301/2017, de la Sección 22.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio para modificación de medidas acordadas en sentencia de divorcio registrado con el núm. 613/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alcorcón ; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Tamara , representada en las instancias y ante este tribunal supremo por la procuradora Dña. Paloma del Barrios Barrio, bajo la dirección letrada de Dña. María Belén Infantes Pena, compareciendo en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Juan Luis , representado por la procuradora Dña. Concepción Hoyos Moliner, bajo la dirección letrada de Dña. María del Mar Gómez-Zorrilla Resano, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Juan Luis , representado por la procuradora Dña. Rosario Bobillo Garvía, interpuso demanda de juicio para modificación de medidas de sentencia de divorcio contra Dña. Tamara y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la cual se acuerde:

»1.º - Que se proceda a la modificación de la medida relativa a la guarda y custodia de la hija menor siendo más beneficioso para la menor establecer un régimen de guarda y custodia de la hija menor Angelina a favor de mi mandante, según lo manifestado.

»2.º - Que se fije una pensión de alimentos a favor de la menor con cargo a la madre en la cantidad de 285 euros mensuales que serán entregados en la cuenta designada por D. Juan Luis : Cta. n.º NUM000 . Los ingresos se harán por mensualidades anticipadas dentro de los primeros cinco días de cada mes y su importe se actualizará anualmente el día 1 de enero aplicando el incremento del IPC correspondiente a ese año, o índice que lo sustituya.

»La madre contribuirá igualmente con el 50% de los gastos extraordinarios que se produzcan por parte de la menor.

»3.º - En cuanto al régimen de vistas y estancias: dada la edad de la menor, se solicita un régimen amplio de visitas, estancias y comunicaciones, así como que los períodos vacacionales se reparta por mitad para cada progenitor en la forma que se expresa a continuación y siempre en defecto de acuerdo:

»Fines de semanas alternos desde la tarde del viernes a la salida del colegio hasta las 20:00 horas del domingo.

»Si hubiera una festividad o puente inmediatamente después de un fin de semana, se acumulará al fin de semana correspondiendo al progenitor el derecho de visita o estancia. Asimismo, para el caso que durante alguna anualidad existiere desproporción en el disfrute de los puentes entre los progenitores, se establece que se repartirán entre ellos de forma equitativa.

»Mitad de las vacaciones de Navidad, correspondiendo los años pares el primer periodo a la madre y el segundo al padre y en los años impares el segundo periodo a la madre y el primer periodo al padre; el primer periodo comprende desde el inicio de las vacaciones escolares de Navidad hasta el día 31 de diciembre; al medio día; el segundo, desde el 31 de diciembre al medio día hasta que los niños comienzan el colegio en enero. En Semana Santa cada año estarán los hijos con el padre la primera mitad de las vacaciones escolares en los años pares y la segunda en los impares.

»Igualmente las vacaciones escolares se dividirán en dos partes o periodos que se distribuirán de acuerdo a los viajes o actividades que establezcan los progenitores. En el caso de desavenencia de los mismos se establece:

»Mitad de las vacaciones escolares en verano, correspondiendo el primer período en los años impares a la madre y el segundo al padre, en los años pares corresponderá el primer periodo al padre y el segundo a la madre.

»Se considerará que las vacaciones escolares de verano de los hijos serán los periodos en que, entre el comienzo de las vacaciones de verano en junio y la vuelta en septiembre, los hijos queden libres de las estancias de campamentos, viajes de estudios al extranjero o actividades similares.



»Con respecto a las vacaciones de ambos cónyuges, si éstas coincidieran en el mismo periodo, este se dividirá por mitades, correspondiendo la primera mitad de los a los pares a la madre y los años impares al padre, todo ello, sin perjuicio de disfrutar cada uno de los progenitores el resto de las vacaciones escolares conforme se ha señalado en el párrafo anterior.

»Con el fin de que los hermanos sigan teniendo una estrecha relación, se procurará que los mismos pasen los fines de semana juntos en casa de los padres alternativamente.

»Por tanto, el régimen que se dicte para Angelina ha de ser complementario con el de su hermano Cornelio para conseguir que todos los fines de semana y vacaciones estén juntos los hermanos para que prevalezca siempre el interés superior de los menores.

»4.º- Con expresa condena en costas a la parte demandada en el supuesto de que se opusiera a la presente demanda».

Admitida la demanda y ordenado emplazar a la parte demandada y al Ministerio Fiscal, y en el término del emplazamiento, el demandante presentó escrito de desistimiento de la modificación de medidas planteada, a dicha petición se opuso la demandada y posteriormente fue desestimada por el juzgado mediante auto de fecha 27 de enero de 2016, mandando seguir las actuaciones en su trámite procesal oportuno.

**2.-** La demandada Dña. Tamara , representada por la procuradora Dña. Paloma del Barrio Barrios, contestó a la demanda oponiéndose a la misma y formulando demanda reconvenzional.

Contestó a la demanda 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 presentada con expresa imposición de costas al actor».

Interpuso demanda reconvenzional de modificación de medidas definitivas de divorcio formulando los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se modifique el pronunciamiento acordado en la sentencia de divorcio núm. 692/2010 de fecha 20 de diciembre de 2010, de modo que la pensión alimenticia fijada en 550 euros mensuales sea sustituida por la que corresponda en función de principio de proporcionalidad entre las necesidades de alimentantes por haber variado las circunstancias económicas al tiempo del divorcio con las concurrentes en la actualidad».

**3.-** Se admitió a trámite la reconvección por decreto de 27 de enero de 2016, y posteriormente D. Juan Luis a través de su representación procesal contestó a la misma oponiéndose con los hechos y fundamentos jurídicos que expresó en su escrito solicitando al juzgado:

«Dicte en su día sentencia por la que con estimación de la demanda interpuesta por esta representación y desestimación de la reconvección, acuerde haber lugar a la modificación de medidas solicitados por esta representación en nuestro escrito de demanda rector del procedimiento, con expresa imposición de costas a la parte demandada».

**4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alcorcón se dictó sentencia, con fecha 13 de septiembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que desestimando la demanda formulada por D. Juan Luis representado por el procurador Dña. Rosario Bobillo Garvia contra Dña. Tamara representada por la procuradora Dña. Paloma del Barrio Barrios y contra el Ministerio Fiscal sobre modificación de medidas definitivas, debo declarar y declaro no haber lugar a modificar la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2010 dictada en los autos de divorcio núm. 692/10 de este juzgado en el sentido interesado de modificar la guarda y custodia de la hija menor de edad Lourdes .

»Y estimando la demanda reconvenzional formulada por Dña. Tamara representada por la procuradora Dña. Paloma del Barrio Barrios contra D. Juan Luis representado por la procuradora Dña. Rosario Bobillo Garvia y contra el Ministerio Fiscal sobre modificación de medidas definitivas, debo declarar y declaro haber lugar a la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2010 dictada en los autos de divorcio núm. 692/10 de este juzgado en el sentido de fijar el importe de la pensión de alimentos de los menores de edad en la cantidad de 1000 euros mensuales que se actualizarán y abonarán en la forma dispuesta en aquella.

»No procede declaración sobre costas procesales».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada D. Juan Luis , la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia, con fecha 1 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:



«Fallamos: Que estimando en lo sustancial el recurso de apelación formulado por D. Juan Luis contra la sentencia dictada, en fecha 13 de septiembre de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Alorcón , en procedimiento de modificación de medias seguido, bajo el núm. 613/2015, entre dicho litigante y Dña. Tamara , debemos acordar y acordamos la adopción de las siguientes medidas, que sustituirán a las que sanciona la citada resolución:

»-La hija Angelina quedará bajo la custodia de D. Juan Luis , si bien compartirá la patria potestad con la otra progenitora, que deberá ser consultada en cuantos asuntos de interés se presentare, resolviendo el juzgado en caso de discrepancia entre ambos padres.

»-La Sra. Tamara podrá relacionarse y visitar a la hija en la forma y tiempo que libremente acuerden ambas.

»-Dña. Tamara abonará en concepto de alimentos para la hija la suma mensual de 150.-? mensuales, con efectos desde el mes de octubre de 2015.

»-La pensión de alimentos a abonar por D. Juan Luis en pro del hijo que queda confiado al cuidado de la madre se fija en 350.-? al mes, cobrando efectividad dicha medida desde la fecha de esta resolución, hasta cuyo momento habrá de estarse a lo acordado en la sentencia de instancia.

»-Una y otra prestación alimenticia se harán efectivas en 12 pagos al año y dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizándose anualmente, y con efectos de 1.º de enero, conforme al índice de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística. La primera revisión se llevará a efecto en el próximo año 2019.

»-Y todo ello sin hacer especial condena en las costas del recurso».

**TERCERO.- 1.-** Por Dña. Tamara se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en un motivo único.- Por infracción de las normas procesales previstas en el arts. 469 de la LEC en relación con el art. 24 de la CE , al existir error en la valoración de la prueba. Art. 469.3 LEC . Infracción de las normas procesales que rigen los actos del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere producido indefensión. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española .

El recurso de casación basado en un motivo único.- En base al art. 477 de la LEC . Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y en la vulneración de los arts. 142 y ss del Código Civil , así como los arts. 39, 24 y 9.3 CE y arts. 106 , 774.5 y 775.3 de la LEC .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 4 de abril de 2018 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Concepción Hoyos Moliner, en nombre y representación de D. Juan Luis , presentó escrito de oposición a los mismos. A su vez, el fiscal en su escrito, tras las alegaciones expuestas, solicita la desestimación de los motivos de ambos recursos de infracción procesal y de casación.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 10 de julio de 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Antecedentes.

**1.-** Acción ejercitada y sentencia de primera instancia.

Los presentes recursos traen causa de demanda de modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio, por la que se aprobó el convenio regulador suscrito entre las partes, y en la que el padre solicita la atribución de la guarda y custodia de uno de los dos hijos menores en común, con establecimiento de la correspondiente pensión alimenticia.

Por la parte demandada se formula reconvenición, solicitando que el importe de la pensión alimenticia a abonar por el padre en favor de los dos hijos comunes se fije atendiendo a las nuevas circunstancias económicas de los progenitores.

Por el juzgador de primera instancia se desestima la demanda ejercitada y se estima la reconvenición formulada de contrario, en el sentido de fijar el importe de la pensión alimenticia con cargo al padre en 1.000 euros mensuales (a razón de 500 euros por cada uno de los hijos).



## 2.- Sentencia de segunda instancia.

Frente a la citada resolución se ejercita por el padre recurso de apelación, que es sustancialmente estimado por la Audiencia Provincial. Considera la sala de apelación que resulta cumplidamente acreditado que la hija en común, respecto de la que se debate la guarda y custodia, viene residiendo en compañía del padre desde el mes de septiembre de 2015, situación que asumió expresamente la madre con carácter temporal, y que la propia menor, de 17 años de edad, ha expresado de forma inequívoca su voluntad de mantener su residencia actual. Entiende, asimismo la sala, que el padre reúne las actitudes y condiciones necesarias para asumir de modo responsable y en beneficio de la menor su custodia.

Por todo ello, la Audiencia Provincial atribuye al padre la guarda y custodia de su hija, fijando en la suma de 150 euros los alimentos que deberá abonar la madre. Y añade la sentencia de apelación que dado que la hija comenzó a vivir con el padre en septiembre de 2015, la pensión que a su favor se fija con cargo a la madre debe de retrotraerse al mes de octubre de dicho año, pues en otro caso se produciría un desplazamiento patrimonial carente de causa y determinante de un enriquecimiento injusto en favor de quien, en ese tiempo, no ostentaba de hecho el cuidado de su hija ni, en consecuencia, ha sufragado los gastos generados por la misma.

## 3.- Recurso extraordinario por infracción procesal.

Contra la citada resolución se formula por la madre recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en un único motivo, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 400 LEC, por considerar que la parte contraria habría fundado sus alegaciones en apelación en la voluntad de la menor, pese a que en primera instancia habría alegado la desatención de la madre, por lo que constituirían hechos nuevos.

## 4.- Recurso de casación.

Por su parte, el recurso de casación se funda, asimismo, en un único motivo, desglosado en tres apartados, en el que se plantean, junto a otras alegaciones, la infracción del art. 106 CC en relación con el art. 775.3 LEC, y del art. 146 CC.

Respecto de la infracción del art. 106 CC se invoca, para acreditar el interés casacional, la jurisprudencia de esta sala que viene a determinar que en materia de alimentos cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que la fije la que la podrá imponer desde la fecha de interposición de la demanda ( SSTS de 3 de octubre de 2008 y de 26 de octubre de 2011 ), pese a lo cual la sentencia de apelación estipuló retroactivamente el pago de los alimentos desde septiembre de 2015, esto es, desde que la hija se fue a vivir con su padre.

Asimismo, en relación al art. 146 CC se alega por la parte la infracción del principio de proporcionalidad respecto de la determinación del importe de la pensión alimenticia respecto del otro hijo menor, Cornelio, que convive con la madre, al haberse reducido los ingresos de la madre (hasta la suma de 1.104,75 euros mensuales), mientras que el padre lo habría incrementado (hasta la cantidad de 3.656,76 euros), por lo que la cantidad en concepto habría de ser de unos 500 euros al mes, en lugar de los 350 euros fijados en sentencia.

### Recurso extraordinario por infracción procesal.

#### SEGUNDO.- *Motivo único.*

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en un motivo único.- Por infracción de las normas procesales previstas en el arts. 469 de la LEC en relación con el art. 24 de la CE, al existir error en la valoración de la prueba. Art. 469.3 LEC. Infracción de las normas procesales que rigen los actos del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere producido indefensión. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española.

Al respecto manifiesta en su escrito de interposición la recurrente:

«El recurso que se interpone se funda en los siguientes motivos:

»1. Motivo 3 y 4 art. 469 LEC 3. Infracción de las normas procesales que rigen los actos del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere producido indefensión. 4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución.

»A. Antecedentes.

»En primer lugar, debemos partir de la demanda de modificación de medidas que se interpone de contrario, en el que como se puede comprobar intentan justificar exclusivamente una modificación de medidas en la



desatención de la madre para con la hija (siendo radicalmente falso), sin ningún tipo de pruebas exigiendo la custodia solamente de la menor y no de su hermano y solicitando una pensión alimenticia de 285.-?.

»...Posteriormente, se presenta recurso de apelación de contrario, contra la sentencia dictada en primera instancia en la que cambia de fundamentación y trata de fundamentar exclusivamente la modificación de medidas en la voluntad de la menor y en el cambio de colegio de la misma que se produce no antes de presentar la demanda de modificación de medidas sino motivado exproceso por el apelante, que cambia de domicilio y sin consentimiento de mi patrocinada cambia a la menor de colegio.

»...Posteriormente de contrario, se presenta recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia ya no basando sus alegaciones en la desatención de la madre, si no cambiando los hechos y sus fundamentos de derecho, alegando nuevos que no hizo valer en su escrito de demanda de modificación de medidas, basando todo el recurso en la voluntad de la menor y obviando la fundamentación alegada en primera instancia que era (sic) la desatención paterno filial de la madre, debiendo hacerlo ex artículo 400 de la LEC ».

#### **TERCERO** .- *Decisión de la sala* .

Procede rechazar las causas de inadmisibilidad al quedar concretado el motivo de la infracción y la solución propuesta.

Debe desestimarse el motivo en cuanto no consta un cambio de estrategia procesal entre la demanda y el recurso de apelación, dado que el padre siempre argumentó que una de las causas principales, no la única, era el expreso deseo de la menor de convivir con su padre, por lo que no se produce indefensión ni infracción del art. 400 LEC , máxime teniendo en cuenta la especialidad procesal del art. 752 LEC , que amplía las posibilidades de alegación en los procesos de familia.

#### **Recurso de casación.**

#### **CUARTO** .- *Motivo único.*

El recurso de casación basado en un motivo único.- En base al art. 477 de la LEC . Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y en la vulneración de los arts. 142 y ss del Código Civil , así como los arts. 39, 24 y 9.3 CE y arts. 106 , 774.5 y 775.3 de la LEC .

El recurso de casación se funda, asimismo, en un único motivo, desglosado en tres apartados, en el que se plantean, junto a otras alegaciones, la infracción del art. 106 CC en relación con el art. 775.3 LEC , y del art. 146 CC .

Respecto de la infracción del art. 106 CC se invoca, para acreditar el interés casacional, la jurisprudencia de esta sala que viene a determinar que en materia de alimentos cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte, y será sólo la primera resolución que la fije la que la podrá imponer desde la fecha de interposición de la demanda ( SSTS de 3 de octubre de 2008 y de 26 de octubre de 2011 ), pese a lo cual la sentencia de apelación estipuló retroactivamente el pago de los alimentos desde septiembre de 2015, esto es, desde que la hija se fue a vivir con su padre.

Asimismo, en relación, al art. 146 CC se alega por la parte la infracción del principio de proporcionalidad respecto de la determinación del importe de la pensión alimenticia respecto del otro hijo menor, Cornelio , que convive con la madre, al haberse reducido los ingresos de la madre (hasta la suma de 1.104,75 euros mensuales), mientras que el padre lo habría incrementado (hasta la cantidad de 3.656,76 euros), por lo que la cantidad en concepto habría de ser de unos 500 euros al mes, en lugar de los 350 euros fijados en sentencia.

#### **QUINTO** . *Alimentos. Fecha desde la que se perciben.*

Procede rechazar las causas de inadmisibilidad al quedar concretado el motivo sustantivo de la infracción y la solución propuesta.

Se declara por esta sala en reciente sentencia 183/2018 de 4 de abril :

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

»"Esta 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 "debe 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. 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 ( sentencia 696/2017, de 20 de diciembre )».

De lo expuesto en esta doctrina, en supuesto similar al analizado, debe concluirse que no se está declarando la retroactividad de la pensión alimenticia, sino que se fija como fecha a partir de la cual debe abonar la madre la pensión, la de septiembre de 2015 (fecha posterior a la presentación de la demanda), que es el mes en el que la menor pasó a vivir con su padre, por expreso deseo de la menor y por acuerdo escrito y temporal de padre y madre, mientras se sustanciaba el procedimiento, lo cual es plenamente compatible con el art. 106 en relación con el art. 148, ambos del C. Civil , por lo que en este aspecto se desestima el motivo.

#### **SEXTO** .- *Alimentos. Proporcionalidad.*

En la sentencia recurrida se declaró:

«No se ha acreditado, en el curso del presente procedimiento, el coste de las diversas necesidades de cada uno de los hijos, en los términos y bajo los conceptos recogidos en el art. 142 del Código Civil . En el anterior procedimiento de divorcio, y según se ha anticipado, se fijó la aportación alimenticia paterna, en pro de cada uno de sus hijos, en la suma de 275.-? al mes, con sus correspondientes actualizaciones anuales. No consta que, desde entonces, se hayan modificado de modo sustancial los gastos generados por cada uno de los comunes descendientes.

»En lo que concierne al otro factor a tomar en consideración, esto es, los medios económicos o fortuna de los alimentantes, consta que, al tiempo de sustanciarse el procedimiento de divorcio, Dña. Tamara , por su trabajo al servicio de la entidad Staroon Quilts Europe S.L. venía percibiendo unos ingresos mensuales del orden de 1400.-? netos al mes, en tanto que, en coincidencia temporal con el desarrollo de este procedimiento, dichas remuneraciones salariales por el desempeño laboral ahora en la empresa Manufacturas Redondo Broto S.L., alcanzan la suma líquida de 1104,75.-? mensuales.

»Por su parte el Sr. Juan Luis continúa trabajando en la compañía Telefónica Móviles España S.A., habiendo acreditado mediante los documentos aportados en esta alzada, que en el año 2010, en que se tramita el divorcio, percibió unos ingresos brutos de 59.668,86.-?, en tanto que en el ejercicio 2015 los mismos quedaron fijados en 62.750,66.-? que, tras restar los gastos fiscalmente deducibles (2747,76.-?) y la retención por IRPF (16.121,71.-?), suponen un líquido disponible de 43.881,19.-?, esto es 3.656,76.-? en su prorrateo entre los 12 meses del año, cifra esta similar a la que, tras realizar las referidas operaciones, percibía en el año 2010 (3.526,32.-?).



»Bajo tales condicionantes, y en aplicación de los parámetros de equidistancia y aportación proporcional que recogen los arts. 93 , 145 y 146 del Código Civil , procede cifrar la aportación alimenticia materna en pro de la hija Angelina en 150.-? al mes, y la del Sr. Juan Luis respecto del hijo Cornelio en 350.-?, debiendo actualizarse dichas aportaciones en los términos que se dirán en la partes dispositiva de esta resolución».

A la vista de lo expuesto debemos declarar que en la sentencia recurrida se efectúa una adecuada ponderación de las necesidades de los menores y de la capacidad económica de sus progenitores, incluida la merma salarial de la madre y el incremento de retribución del padre, lo que llevó a aumentar la pensión original, que abona el padre, de 275 euros al mes a 350 euros al mes, para el común hijo Cornelio (bajo la custodia de la madre), mientras que la madre abonará 150 euros al mes como pensión de alimentos para la común hija Angelina , que pasó a convivir con su padre, por lo que procede desestimar este submotivo del recurso.

**SÉPTIMO** . Se imponen a la recurrente las costas de ambos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación ( arts. 394 y 398 LEC ).

Procede la pérdida de los depósitos constituidos, en su caso, para ambos recursos.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Dña. Tamara , contra sentencia de fecha 1 de diciembre de 2017, apelación 1301/2017, de la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición en las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación a la recurrente. Procede la pérdida del depósito constituido para ambos recursos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.