

Roj: **STS 3591/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3591**Id Cendoj: **28079110012011100346**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/06/2011**Nº de Recurso: **1027/2009**Nº de Resolución: **402/2011**Procedimiento: **Casación**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP GC 629/2009,**
STS 3591/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Junio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª), por **D.ª Eloisa**, representado por el Procurador de los Tribunales D.ª M.ª Dolores Apolinario Hidalgo, contra la Sentencia dictada, el día 26 de febrero de 2009, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 958/2008, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Las Palmas de Gran Canaria. Ante esta Sala comparece la Procuradora D.ª Begoña Fernández Jiménez, en nombre y representación de D.ª Eloisa, en calidad de parte recurrente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Las Palmas de Gran Canaria, interpuso demanda contenciosa en reclamación de guarda, custodia y alimentos de hijo extramatrimonial y solicitud de medidas cautelares a instancia de D.ª Eloisa contra D. Juan Ramón. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... se dicte en su día Sentencia por la que se acuerde:*

- 1. Atribuir la guarda y custodia del menor Calixto a su madre, Dña. Eloisa al ser ella la persona con la que el menor convive y la que se ocupa directamente de su cuidado y atención.*
- 2. Que ambos progenitores sean los titulares de la patria potestad del hijo.*
- 3. En lo que se refiere al establecimiento de un régimen de visitas, comunicaciones y estancias del menor con su padre, a falta de acuerdo entre los progenitores y teniendo en cuenta que, actualmente, el menor Calixto tiene dos años de edad, D. Juan Ramón podrá relacionarse con su hijo conforme al siguiente régimen:*

Hasta la edad de tres años:

- El padre podrá estar en compañía de su hijo los fines de semana alternos, sin pernocta, desde las 10:00 horas hasta las 18:00 horas de los sábados y los domingos, produciéndose la recogida y entrega del menor en el domicilio materno.

- Asimismo, D. Juan Ramón podrá estar con su hijo todos los martes y jueves desde las 17:00 hasta las 19:00 horas, produciéndose la recogida y entrega del menor en el domicilio materno.

- El día de Reyes el padre podrá estar con el menor desde las 17:00 horas hasta las 19:30 horas.

A partir de los tres años:



- El padre podrá estar en compañía de su hijo los fines de semana alternos desde las 10:00 horas del sábado hasta las 19:00 horas del domingo, produciéndose la recogida y entrega del menor en el domicilio materno.
- Asimismo, D. Juan Ramón podrá estar con su hijo todos los martes y jueves desde las 17:00 hasta las 19:00 horas, produciéndose la recogida y entrega del menor en el domicilio materno.
- Mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa. Concretamente, en las vacaciones de Navidad, el padre podrá estar con el menor, los años pares, desde las 10 horas del día 23 de diciembre hasta las 17 horas del día 31 de diciembre, y los años impares desde las 10 horas del día 31 de diciembre, hasta las 17 horas del día 7 de enero. El día de Reyes el progenitor al que no corresponda tener en su compañía al menor en virtud de lo anterior, podrá estar con él desde las 14 horas hasta las 20 horas.

Asimismo, en las vacaciones de Semana Santa, podrá el padre estar con su hijo, los años pares, desde las 10 horas del Lunes de Semana Santa hasta las 17 horas del Jueves Santo y los años impares desde las 10 horas del Jueves Santo hasta las 17 horas del Domingo Santo.

En las vacaciones de verano el padre podrá estar con el menor, el primer año, durante quince días del mes de julio; pudiéndose ampliar la estancia del menor con su padre, en años posteriores, hasta pasar un mes consecutivo con el padre y con la madre otro mes, correspondiendo al padre el mes de julio, los años pares, y el mes de agosto, los impares.

La recogida y entrega del menor, en cada uno de los períodos vacacionales referidos, se producirá en el domicilio de Dña. Eloisa .

Durante los periodos vacacionales (verano, Navidad y Semana Santa) quedarán en suspenso las visitas de fin de semana y de martes y jueves.

- Cada progenitor se compromete a poner en conocimiento del otro el lugar y dirección completa donde va a residir con el menor durante el período vacacional, así como a facilitarle un número de teléfono de contacto.
- Se entenderá que el padre renuncia a la visita, en la fecha en que se produzca, cuando no recogiese al menor en el domicilio de la madre, dentro de la hora siguiente a la fijada para la recogida, renuncia que sólo alcanza a la fecha en que se produzca.
- En cuanto al que será el segundo hijo de la pareja, habrá de fijarse el correspondiente régimen de visitas a favor del padre, una vez se produzca el nacimiento de aquél.

4. Fijar una pensión alimenticia para el menor Calixto de DOSCIENTOS EUROS (200 €) MENSUALES, que D. Juan Ramón deberá abonar dentro de los cinco primeros días de cada mes, y desde el mes de NOVIEMBRE de 2007 (fecha de interposición de la presente demanda), en la cuenta corriente que, al efecto, designe Dña. Eloisa . Todos los años, y tomando como base para el comienzo del cómputo la fecha de la sentencia, se actualizará el importe citado, conforme a las variaciones que experimente el IPC en la Comunidad Autónoma de Canarias que publique periódicamente el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. En la primera revisión se tomará como base de cálculo la cantidad antes citada, operando restantes sobre el importe que se viniera satisfaciendo en el momento de practicarlas. La actualización se practicará sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación de los IPC a D. Juan Ramón y teniendo, en todo caso, carácter retroactivo la actualización. Asimismo, y respecto a los gastos extraordinarios del hijo cabe establecer que los gastos del menor Calixto como los escolares al inicio del curso académico, clases extraescolares, viajes, excursiones, así como los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social sean satisfechos al 50% por ambos progenitores. El padre deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios referidos, en el mes siguiente a aquél en el que se produzcan dichos gastos (previa presentación al demandado de los justificantes de éstos), junto con la pensión alimenticia correspondiente.

5. Atendiendo a que Dña. Eloisa se encuentra en la actualidad embarazada del que será el segundo hijo de la pareja, se solicita que cuando nazca el nuevo hijo se fije en favor de éste y a cargo de D. Juan Ramón una pensión alimenticia, en función de la capacidad económica del demandado.

6. Que se condene al demandado en las costas del presente procedimiento."

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando el Ministerio Fiscal, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... se dicte sentencia de conformidad con lo que de las mismas resulte, y cuya práctica desde ahora interesamos".

Por resolución de fecha 22 de enero de 2008, se acordó dar por contestada la demanda y declarar en rebeldía al demandado. D. Juan Ramón y convocar a la partes para la celebración de la oportuna Vista, señalándose día y hora a tal efecto.



D. Juan Ramón , compareció en el procedimiento, con fecha 30 de abril de 2008, designando Procurador para su representación a D. Alexis Enrique Santos Suarez.

Celebrado la oportuna Vista, con asistencia de todas las partes, y habiéndose solicitado la práctica de pruebas, se practicaron las previamente declaradas pertinentes y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia, con fecha 11 de junio de 2008 y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de adopción de medidas de atribución de guarda y custodia, establecimiento de régimen de visitas y alimentos para menores formulada por el Procurador Dña. María Dolores Apolinario Hidalgo en la representación que tiene acreditada de DNA. Eloisa contra D. Juan Ramón representado por el Procurador D. Enrique Santos Suárez , acuerdo las siguientes medidas:*

1º Se atribuye la guarda y custodia del menor Calixto a su madre, manteniendo ambos progenitores la patria potestad compartida.

2º Se establece para la comunicación de la menor con su padre el régimen de visitas que se ha descrito en el fundamento de Derecho segundo de esta sentencia y que se tiene aquí por reproducido.

3º Se fija como pensión de alimentos a cargo de D. Juan Ramón para su hijo menor Calixto la cantidad de DOSCIENTOS EUROS MENSUALES, cantidad que deberá ingresar en la cuenta corriente que la demandante designe en los cinco primeros días de cada mes y que se actualizará anualmente por aplicación del IPC desde la fecha de la presente sentencia. La actualización se practicará sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación de los IPC a D. Juan Ramón .

4º A los gastos extraordinarios del hijo menor contribuirán ambos progenitores al 50% dejando establecido expresamente que se considera gastos extraordinarios los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, los gastos de escolares de comienzo del curso y las extraescolares".

La representación de D^a Eloisa , presentó escrito solicitando el complemento de la sentencia, dictándose con fecha 11 de julio de 2008 auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "Modificar la sentencia de fecha 11 de junio de 2008 , en el sentido de que donde dice: 3º) Se fija como pensión de alimentos a cargo de D. Juan Ramón para su hijo menor Calixto la cantidad de DOSCIENTOS EUROS MENSUALES, cantidad que deberá ingresar en la cuenta corriente que la demandante designa en los cinco primeros día de cada mes y que se actualizará anualmente por aplicación de IPC dese la fecha de la presente sentencia. La actualización se practicará sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación de los IPC a D. Juan Ramón .

Debe decir:

3º) Se fija como pensión de alimentos a cargo de D. Juan Ramón para su hijo menor Calixto la cantidad de DOSCIENTOS EUROS MENSUALES, cantidad que deberá ingresar en la cuenta corriente que la demandante designe en los cinco primeros días de cada mes y desde el mes de noviembre de 2007, fecha de interposición de la demanda. Dicha pensión se actualizará anualmente por aplicación del IPC desde la fecha de la presente sentencia. La actualización se practicará sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación de los IPC a D. Juan Ramón ."

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Juan Ramón . Sustanciada la apelación, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó Sentencia, con fecha 27 de febrero de 2009 , con el siguiente fallo: *" Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Juan Ramón , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº Cinco de Las Palmas de Gran Canaria de fecha once de junio del año dos mil ocho en los autos de Guarda, Custodia y Alimentos número 1247/2007, revocando dicha resolución en el único sentido de que la pensión alimenticia se abonará desde la fecha de la resolución recurrida, manteniéndose el resto de su pronunciamientos. Sin hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre costas "*

TERCERO. Anunciado recurso de casación contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora D^a M^a Dolores Apolinario Hidalgo, lo interpuso ante dicha Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Único.- Infracción por inaplicación, de los arts. 93 y 148 del Código Civil .

Por resolución de fecha 13 de mayo de 2009, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora D^a Begoña Fernández Jiménez, en nombre y representación de D.^a Eloisa , en calidad de parte recurrente. Admitido el recurso por



auto de fecha 17 de noviembre de 2009 , y evacuado el traslado conferido al respecto, el Ministerio Fiscal presentó escrito solicitando la desestimación del recurso de casación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el diecinueve de mayo de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D^a Eloisa y D. Juan Ramón formaron una pareja de hecho entre 2004 y 2007. De sus relaciones nació el hijo Calixto .

2º Desde el momento de la ruptura de la relación sentimental, el hijo había quedado bajo la custodia de la madre.

3º D^a Eloisa demandó a D. Juan Ramón pidiendo la guarda y custodia del hijo y los alimentos. El procedimiento utilizado fue el previsto en el Art. 748, 4º LEC .

4º El Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 11 junio 2008 , en la que se atribuía la guarda y custodia del menor a la madre; el régimen de visitas; los alimentos correspondientes, la forma de pago y las actualizaciones y la forma de contribución a los gastos extraordinarios. Esta sentencia se complementó con el auto del mismo juzgado, de 11 julio 2008 , que en lo relativo a este recurso, decía que la pensión de alimentos debía pagarse "[...] desde el mes de noviembre de 2007, fecha de la interposición de la demanda".

5º D. Juan Ramón apeló la sentencia anterior. La de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, sección 3ª, de 27 febrero 2009 , confirmó la sentencia, pero estimó que debía acogerse la pretensión relativa a la fecha de devengo de las pensiones alimenticias, con el siguiente argumento: *"Ha de partirse de la base de que el procedimiento seguido es el previsto en el art. 748.4 LEC , precepto incardinado en el Título I del Libro IV de la Ley de E . civil, relativo a los procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores, por lo que la efectividad de las correspondientes resoluciones lo es, en cuanto se refiere al que es objeto de la litis, desde que se dicta la correspondiente resolución, sin carácter retroactivo, por lo que en este punto procede revocar la resolución combatida y determinar que las pensiones se adeudan desde la fecha de la resolución de la primera instancia"*.

6º D^a Eloisa presenta recurso de casación, al amparo del art. 477.2, 3º LEC , por interés casacional, que fue admitido por el Auto de esta Sala de 17 noviembre 2009 .

SEGUNDO. *Motivo único* . Infracción de los arts. 93 y 148 CC y de la doctrina sentada para su interpretación, en cuanto que la sentencia recurrida revoca la de primera instancia solo en el punto relativo al momento de devengo de los alimentos, en el sentido de que se devengarán desde la fecha de la sentencia, no desde la de la demanda. Esta resolución es contraria a las SSTS de 3 octubre 2008 y 11 diciembre 2001 . Además, esta cuestión es objeto de debate, puesto que existen sentencias de las Audiencias Provinciales en sentido contrario, de modo que las de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 28 abril 2006 y 11 julio 1995 y sección 24, de 12 enero 2005, retrotraen la obligación de prestar alimentos a la fecha de la interposición de la demanda. Sigue citando algunas sentencias contradictorias en este punto específico y señala que esta contradicción debe ser resuelta por la Sala a favor de la interpretación que postula el considerar que cuando la reclamación de alimentos se impone en un proceso judicial por ruptura de las relaciones entre los progenitores, en el que no se han tramitado medidas cautelares, debe fijarse el día de la presentación de la demanda como el del devengo de las pensiones alimenticias a los hijos.

El motivo se estima .

Los alimentos debidos a los hijos menores de edad en casos de separación de sus progenitores participan de la naturaleza de los que deben prestarse como consecuencia de la patria potestad y de los alimentos entre parientes en general, aunque tienen características propias, como consecuencia de las circunstancias en que se declara la obligación de prestarlos.

Es cierto también que la regla general en los temas de disolución del matrimonio por divorcio es que la sentencia produce efectos desde la firmeza, porque se trata de constituir una situación nueva y por ello, el Art. 89 CC establece que la sentencia en que se declare el divorcio "producirá efectos a partir de su firmeza", lo que se confirma en el Art. 95 CC , en relación al momento en que tiene lugar la liquidación del régimen económico matrimonial.



Sin embargo, en materia de alimentos, el Art. 148 CC contiene una norma distinta, que si bien evita los efectos retroactivos de la obligación de prestar alimentos al momento en que se produce la necesidad, establece que los alimentos "no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda". Esta regla se refiere únicamente a la petición de los alimentos, puesto que como afirma la STS 328/1995, de 8 abril, una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que estos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos.

La cuestión que se plantea en este recurso es si existe una diferencia total y absoluta entre los alimentos debidos en casos de procedimientos por causa de la crisis familiar y los debidos de acuerdo con los arts. 142 y ss CC. La citada STS 328/1995 de 5 octubre dijo ya que *"no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I 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"*, doctrina repetida en la STS 917/2008, de 3 octubre, que declara aplicable el art. 148.1 CC, cuyo contenido ha sido ya reproducido.

Por ello debe declararse la siguiente doctrina: 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.

TERCERO. La estimación del único motivo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Eloisa contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 27 febrero 2009, determina la de su recurso.

En consecuencia, esta Sala debe asumir la instancia y reponer la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a instancia n^o 5 de las Palmas de Gran Canaria, completada por el auto de 11 julio 2008, que dice *"[...] desde el mes de noviembre de 2007, fecha de la interposición de la demanda"*.

CUARTO. No se imponen a ninguna de las partes litigantes las costas del presente recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1^o Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Eloisa contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, sección 3^a, de 27 febrero 2009, dictada en el rollo de apelación n^o 958/08.

2^o Se sienta la siguiente doctrina: *"Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad 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"*.

3^o Se casa y anula la sentencia recurrida.

4^o En su lugar se reponer íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 5 de Las Palmas de Gran Canaria de 11 junio 2008, cuyo Fallo dice: *Que estimando parcialmente la demanda de adopción de medidas de atribución de guarda y custodia, establecimiento de régimen de visitas y alimentos para menores formulada por el Procurador D^{ña}. María Dolores Apolinario Hidalgo en la representación que tiene acreditada de DNA Eloisa contra D. Juan Ramón representado por el Procurador D. Enrique Santos Suárez, acuerdo las siguientes medidas:*

1^o) *Se atribuye la guarda y custodia del menor Calixto a su madre, manteniendo ambos progenitores la patria potestad compartida.*

2^o) *Se establece para la comunicación de la menor con su padre el régimen de visitas que se ha descrito en el fundamento de Derecho segundo de esta sentencia y que se tiene aquí por reproducido.*

3^o) Se fija como pensión de alimentos a cargo de O. Juan Ramón para su hijo menor Calixto la cantidad de DOSCIENTOS EUROS MENSUALES, cantidad que deberá ingresar en la cuenta corriente que la demandante designe en los cinco primeros días de cada mes y que se actualizará anualmente por aplicación del IPC desde la fecha de la presente sentencia. La actualización se practicará sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación de los IPC a D. Juan Ramón.

4^o) *A los gastos extraordinarios del hijo menor contribuirán ambos progenitores al 50% dejando establecido expresamente que se considera gastos extraordinarios los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, los gastos de escolares de comienzo del curso y las extraescolares", completada por el auto de 11 julio 2008,*



cuya parte dispositiva dice "Modificar la sentencia de fecha 11 de junio de 2008 , en el sentido de que donde dice: 3º) Se fija como pensión de alimentos a cargo de D. Juan Ramón para su hijo menor Calixto la cantidad de DOSCIENTOS EUROS MENSUALES, cantidad que deberá ingresar en la cuenta corriente que la demandante designa en los cinco primeros día de cada mes y que se actualizará anualmente por aplicación de IPC dese la fecha de la presente sentencia. La actualización se practicará sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación de los IPC a D. Juan Ramón .

Debe decir:

3º) Se fija como pensión de alimentos a cargo de D. Juan Ramón para su hijo menor Calixto la cantidad de DOSCIENTO EUROS MENSUALES, cantidad que deberá ingresar en la cuenta corriente que la demandante designe en los cinco primeros días de cada mes y desde el mes de noviembre de 2007, fecha de interposición de la demanda. Dicha pensión se actualizará anualmente por aplicación del IPC desde la fecha de la presente sentencia. La actualización se practicará sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación de los IPC a D. Juan Ramón " .

5º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes litigantes.

6º No se hace especial imposición de las costas del recurso de apelación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller .-Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.