



Roj: **STS 4276/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4276**

Id Cendoj: **28079110012016100564**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2016**

Nº de Recurso: **2307/2014**

Nº de Resolución: **600/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANGEL FERNANDO PANTALEON PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 6 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Noelia , representada ante esta sala por la procuradora D.^a Nuria Munar Serrano bajo la dirección letrada de D. Alberto Domínguez Vázquez, contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2014, por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el recurso de apelación núm. 13/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio de divorcio contencioso n.º 535/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Fernando, sobre demanda de divorcio contencioso. Ha sido parte recurrida D. Horacio , representado ante esta sala por el procurador D. Carlos Alberto Sandeogracias López y bajo la dirección letrada de D.^a Antonia Alba Ortega. También ha sido parte, por disposición de ley, el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleon Prieto

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Inmaculada de la Cruz González en nombre y representación de D.^a Noelia presentó demanda de divorcio contra D. Horacio solicitando:

«Dicte Sentencia en la que estimando la demanda de divorcio formulada acuerde la disolución del matrimonio formado por mí representada y el hoy demandado, estableciendo en demanda estimatoria con lo requerido en cada punto de la misma, entendiéndose por esto lo siguiente,

»Primero.- La guarda y custodia se adjudique a la Sra. Noelia y la patria potestad compartida entre ambos cónyuges.

»El uso y disfrute de la vivienda a favor de la Sra. Noelia para con sus hijos menores de edad.

»Segundo.- Se estipule como pensión alimenticia a favor de cada uno de los menores la cantidad de 350 Euros, haciendo un montante económico mensual de 700 Euros (SETECIENTOS EUROS), incrementándose dicha cantidad en 150 Euros para cada uno de ellos en los meses de pagas extraordinarias, siendo el total en cuanto a las pagas de 300 Euros. Es decir, en los meses que no hubiera paga extra, la pensión alimenticia sería de 700 Euros para los dos menores y en caso de que hubiera paga extraordinaria, la cantidad total en esos meses de julio y diciembre, sería de 1.000 Euros (MIL EUROS). Dichas cantidades serán incrementada proporcionalmente de acuerdo con el incremento que experimente el coste del I.P.C o sistema que lo sustituya cada año, publicado por el I.N.E u organismo que lo sustituya a ingresar en la cuenta que designe la demandada para tal efecto solicitando esta parte además que se retenga directamente de la nómina para evitar cualquier tipo de problemas y así obtener esta parte garantías de cumplimiento en cuanto a las medidas de aseguramiento de pago.



»El padre de los menores, cuando obtenga ingresos extraordinarios exceptuando la nómina y las pagas extras, deberá abonar a favor de sus hijos el 20% de dichos ingresos.

»Asimismo e independientemente de lo anterior será de cuenta de ambos cónyuges y deberán ser sufragados al cincuenta por ciento por cada uno de ellos, los gastos extraordinarios que los hijos ocasionen, léase, gastos de estudios, gastos médicos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, gastos escolares extraordinarios, y aquellos en los que haga falta la autorización del padre de los menores para excursiones, actividades extraescolares, y similares. Además, el 100 % por parte del Sr. Horacio , de todo lo relativo gastos de permanencia en el colegio que es concertado desde que están escolarizados. Todo ello desde la presentación de la presente demanda con carácter retroactivo la pensión alimenticia y aquellos gastos derivados.

»Tercero.- En cuanto a la pensión compensatoria, se le otorgue a favor de mi mandante, la cantidad de 300 Euros mensuales durante tres años, con el incremento que experimente el coste del I.P.C o sistema que lo sustituya cada año, publicado por el I.N.E u organismo que lo sustituya a ingresar en la cuenta que designe la demandada para tal efecto. Con carácter retroactivo desde la interposición de la presente demanda.

»Cuarto.- En cuanto al menor Jose Enrique , ya que cuenta en la actualidad con la edad de casi NUM000 años, no le correspondería al padre la pernocta con el menor hasta la edad de cuatro años.

»Se le otorgaría al padre un día a la semana por la tarde desde las 17 horas hasta las 20 horas y los fines de semana alternos los sábados y domingos desde las 12 horas del mediodía hasta las 20 horas de cada día, debiendo recoger y entregar al menor en el domicilio de la Sra. Noelia . En este caso, como depende de la actividad laboral del Sr Horacio , deberá preavisar a la Sra. Noelia con 48 horas de antelación.

»Las vacaciones se repartirán de la misma forma que con el menor Carmelo exceptuando en el mismo, como hemos referido anteriormente, que no correspondería pernocta, pero los mismos períodos que le correspondiera al padre con el menor Carmelo en esos días desde las 12 del mediodía hasta las 20 horas del mismo día, debiendo ser recogido y entregado en el domicilio de la Sra. Noelia .

»En cuanto al menor Carmelo , el cual cuenta con la edad de casi NUM001 años:

»Un día entre semana desde las 17 horas hasta las 20 horas, debiendo preavisar el padre de los menores a mi mandante con al menos 48 horas de antelación debido a su trabajo.

»Fines de semana alternos siempre que, su trabajo se lo permita, de viernes a las 17 horas hasta el domingo a las 20 horas.

»2- Las vacaciones de Verano, Navidad y Semana Santa se repartirán siempre bajo las siguientes reglas:

»Verano: Las vacaciones serán de quince días cada uno de los cónyuges debido al trabajo del Sr. Horacio . En caso de existir desacuerdo a la madre le corresponderá elegir en los años impares y al padre los años pares. El resto de las vacaciones, se regirá en las mismas condiciones establecidas en el régimen de visitas establecido de día entre semana y fines de semana alternos.

»Navidad: Se establece que del 22 de diciembre al 30 de diciembre será el primer período y del 30 de diciembre al 7 de enero el segundo. La hora de recogida y entrega será a las 12 del mediodía. En los años pares le corresponderá al padre el primer período y el segundo a la madre y en los años impares a la inversa.

»Semana Santa: Se establecen los períodos del primer domingo de Ramos al miércoles Santo y el segundo del miércoles Santo al domingo de Resurrección con recogida y entrega a las 12 del mediodía en el domicilio de la madre del menor. El primer período sería para la madre en los años impares y el segundo para el padre y en los años pares a la inversa.

»Quinta.- En cuanto a las cargas familiares, el 100% de los mismos, será a cargo del Sr Horacio ya que mi mandante carece de ingresos y padece una minusvalía reconocida.

»Y una vez firme la sentencia se remitirá el oportuno despacho al Registro Civil de San Fernando para que se tome nota del divorcio en la inscripción del matrimonio. Con expresa condena en costas a la parte cuyos pedimentos sean totalmente rechazadas».

En el segundo OTROSÍ de la demanda, se solicita que se admitan como MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS las anteriormente descritas y «previos los trámites pertinentes, con citación de las partes y del Ministerio Público, se dicte auto mediante el que se aprueben las MEDIDAS PREVIAS que se dejan interesadas».

2.- La demanda fue presentada el 17 de mayo de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Fernando, dando lugar a las actuaciones n.º 535/2012 de divorcio. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.



3.- El 4 de julio de 2012 la representación de D. Horacio presentó demanda de divorcio contra D.ª Noelia solicitando se dicte sentencia:

«decretando el divorcio con los efectos que les son propios, las medidas solicitadas, y condenando a la demandada si se opusiere a ello a la imposición de costas».

Las medidas solicitadas en la demanda, y también solicitadas como provisionales, son las que a continuación se detallan:

«Patria potestad y guardia y custodia. Lo hijos del matrimonio, continuarán bajo la patria potestad de ambos cónyuges, por lo que cuantas decisiones les afecten serán tomadas de común acuerdo, teniendo siempre presente el interés de los hijos. No obstante los hijos quedarán bajo la guarda y custodia de la madre.

»Régimen de visitas. Los niños vivirán con la madre en el domicilio familiar, asumiendo ella la guardia y custodia. El padre asumirá el régimen de visitas en los siguientes términos:

»A-. El mejor régimen de visitas que consideramos en los meses en los que el padre no este embargado por su trabajo es el ilimitado a favor del padre, pudiendo visitar a los menores cada vez que lo crea conveniente, para así no romper el vínculo entre padre e hijos. Consideramos que tan importante es la relación de la madre con los niños que la del padre, de ahí que nos atrevamos a pedir este régimen VER A LOS HIJOS SIEMPRE TAL Y COMO LO HACE LA MADRE. Con la única premisa de avisar con 24 horas de antelación la recogida de los niños a la madre.

»Es difícil para el Sr. Horacio concretar cuándo va a ser embargado ya que eso no depende de él, y aunque intente preguntar a sus mandos tampoco se lo saben decir que ya la navegación depende de la existencia de fondos europeos. De ahí la petición de un régimen amplio, para de alguna manera compensar los meses en los que no pueda verlos por trabajo.

»B-. El lugar de recogida y entrega de los menores será el domicilio familiar, siempre que no existiera motivo que lo impidiera. En caso alternativo, sería en el domicilio de los abuelos maternos.

»C-. En caso de desacuerdo y conflicto proponemos el siguiente régimen de visitas del padre los meses que permanezca en tierra, ya que los meses de embarque va a ser imposible cualquier régimen, y que por cualquier problema no pueda regir el régimen abierto de visitas:

»Los niños estarán con el padre los martes y jueves de 5 a 8 de la tarde y los fines de semana alternos, comprendiendo desde las 5 de la tarde el viernes hasta las 5 de la tarde del domingo. Pernoctando ambos niños con el padre los fines de semana que estén con él.

»Al ser el padre guardia civil y pasar algunos meses embarcado al año, es imposible que en esos meses pueda ejercitar su derechos a visitar a los niños, manteniendo comunicación telefónica o por vía Internet con los niños cuando por sus edades esto sea ya posible. Esta situación no dará lugar a incumplimiento del régimen de visitas ya que el motivo de no poder ejercitar el mismo son razones laborales.

»D -. VACACIONES. - La mitad de las Vacaciones de Semana Santa, la cual se debe distribuir entre ambos progenitores en dos periodos: el primero desde las 12:00 horas del Domingo de Ramos hasta las 12:00 horas del Miércoles Santo, y el segundo desde las 12:00 horas del Jueves Santo hasta las 20:00 horas del domingo de resurrección; comenzando la madre en los años pares y el padre en los impares.

»-La mitad de las Vacaciones de Navidad, distribuyéndose entre los progenitores en dos periodos: el primero desde las 12:00 horas del primer día de vacaciones escolares a las 12:00 horas del día 30 de diciembre, y el segundo desde las 12:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 12:00 horas del día inmediatamente anterior al comienzo de las clases, comenzando la madre en los años pares y el padre en los impares

»-durante las vacaciones de Verano disfrutaran ambos progenitores de la compañía de los menores por mitad, durante los meses de Julio y Agosto, correspondiendo un mes cada uno; empezando la madre en los años pares y el padre en los años impares. A partir del 1 de septiembre el régimen será el normal (abierto y amplio) o el supletorio en el caso que sea este el que se considere.

»-Pensión de alimentos. Dado el sueldo del señor Horacio , consideramos como pensión adecuada la cantidad de 250 Euros mensuales por cada niño, tal y como hemos venido haciendo mientras se negociaba el convenio infructuoso. Ascendiendo la cantidad a 500 euros mensuales.

»Dicha pensión se actualizará anualmente, acrecentando en el porcentaje que lo haga la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo que fije el Instituto Nacional de Estadísticas u Organismo que le sustituya en sus funciones.

»La pensión será ingresada a la madre a través de ingreso en la cuenta entre el día 1 y 5 de cada mes.



»En los meses de Julio y Diciembre, meses en los que el Sr. Horacio cobra paga extraordinaria, se le ingresara en la misma cuenta 100 euros más por cada niño. Ascendo esos meses la pensión de alimentos a la cantidad de 700 euros, 350 euros por cada niño.

»Asimismo el Sr. Horacio afrontara el 50 % de los gastos extraordinario de los menores, entendiéndose por tales gastos extraordinarios los imprevisibles, como por ejemplo los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, etc.

»Estos gastos extraordinarios deberán ser consensuados por ambos padres. Debiendo aportar el padre que los asuma, factura al otro para que le sea abonado al mes siguiente.

»Pensión compensatoria: En lo que respecta a una posible pensión compensatoria, consideramos que no existe desigualdad económica ya que la señora Noelia ha estado trabajando anteriormente como administrativa sin ningún tipo de problema, pudiendo volver a hacerlo en cualquier momento. De ahí que consideremos que no debería otorgarse pensión alguna.

»En este sentido, desde ahora se solicita que para el acto del Juicio será requerida la parte demanda a fin que aporte vida laboral que pueda acreditar lo que anteriormente hemos manifestado.

»- Vivienda habitual: El uso de la vivienda habitual se atribuirá a los menores y a la madre, a cuya custodian queda, CALLE000 , n° NUM002 , vivienda NUM002 - NUM003 , en la ciudad de San Fernando).

4.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Fernando, dando lugar a las actuaciones núm. 792/2012 de divorcio, y emplazada la demandada, ésta no compareció y fue declarada en rebeldía procesal mediante diligencia de 31 de enero de 2013.

5.- La procuradora D.^a Inmaculada Pizarro Blanco, en representación de D. Horacio y mediante escrito de fecha 8 de octubre de 2012, contestó a la demanda solicitando se dicte sentencia por la que:

«Primero.- Se declare la disolución del matrimonio, por divorcio, de DON Horacio y DOÑA Noelia , con todos los efectos legales, inherentes a la mencionada declaración.

»Segundo.- Sean fijadas como medidas definitivas, las que se mencionan a continuación, en los términos que siguen, que se insertaran en la parte dispositiva de la Sentencia con todos los datos preciso, para permitir, en su caso, la mejor ejecución, conforme a lo dispuesto en la LEC.

»Tercero.- En cuanto a que la guardia y custodia sea atribuida a su madre, siendo la patria potestad compartida, no existe ningún tipo de inconveniente.

»Así mismo que el uso y disfrute de la vivienda que hasta el momento de la ruptura ha sido el domicilio conyugal, sea atribuido a los niños y por ende a la Sra. Noelia .

»Cuarto.- PENSIÓN DE ALIMENTOS. Dado el sueldo del señor Horacio , consideramos como pensión adecuada la cantidad de 250 Euros mensuales por cada niño, tal y como hemos venido haciendo mientras se negociaba el convenio infructuoso. Ascendiendo la cantidad a 500 euros mensuales.

»Dicha pensión se actualizará anualmente, acrecentando en el porcentaje que lo haga la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo que fije el Instituto Nacional de Estadísticas u Organismo que le sustituya en sus funciones.

»La pensión será ingresada a la madre a través de ingreso en la cuenta entre el día 1 y 5 de cada mes.

»En los meses de Julio y Diciembre, meses en los que el Sr. Horacio cobra paga extraordinaria, se le ingresará en la misma cuenta 100 euros más por cada niño. Ascendiendo esos meses la pensión de alimentos a la cantidad de 700 euros, 350 euros por cada niño.

»Asimismo el Sr. Horacio afrontará el 50 % de los gastos extraordinario de los menores, entendiéndose por tales gastos extraordinarios los imprevisibles, como por ejemplo los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social así como los que legalmente tengan la consideración de tales.

»Estos gastos extraordinarios deberán ser consensuados por ambos padres. Debiendo aportar el padre que los asuma, factura al otro para que le sea abonado al mes siguiente.

»La pretensión de la parte contraria de que el señor Horacio abone todos y cada uno de los gastos de los niños de manera exclusiva es insostenible. El sueldo del padre ha disminuido bastante con los recortes, además ahora mismo está viviendo fuera del domicilio familiar y tiene que asumir también los gastos de esta nueva situación.

»Si es cierto que los niños no deberían sufrir las consecuencias de esta situación, pero también es cierto que todos deben habituarse a la nueva realidad. Teniendo en cuenta que el domicilio familiar está en San Fernando y



existen múltiples colegios públicos alrededor de la vivienda, tener que seguir llevando a los hijos a dos colegios distintos en Cádiz, concertados, resulta desmesurado y, que visto la nueva situación económica, insostenible. Son demasiados gastos imposibles de asumir.

»Quinto.- En cuanto a la pensión compensatoria a favor de la Sra. Noelia , no estamos en absoluto de acuerdo. Es joven y está en edad de trabajar. La minusvalía que alega no le ha impedido estudiar ni mucho menos trabajar como administrativa, de ahí que esta parte solicita que se aporte vida laboral de la Sra. Noelia .

»La Sra. Noelia es totalmente apta para trabajar, no existiendo el desequilibrio económico que por su parte se alega oponiéndonos a cualquier tipo de pensión compensatoria a su favor.

»Sexto.- RÉGIMEN DE VISITAS. Los niños vivirán con la madre en el domicilio familiar, asumiendo ella la guardia y custodia. El padre asumirá el régimen de visitas en los siguientes términos.

»A.- El mejor régimen de visitas que consideramos en los meses en los que el padre no este embarcado por su trabajo es el ilimitado a favor del padre, pudiendo visitar a los menores cada vez que lo crea conveniente, para así no romper el vínculo entre padre e hijos. Consideramos que tan importante es la relación de la madre con los niños que la del padre, de ahí que nos atrevamos a pedir este régimen VER A LOS HIJOS SIEMPRE TAL Y COMO LO HACE LA MADRE. Con la única premisa de avisar con 24 horas de antelación la recogida de los niños a la madre.

»Es difícil para el Sr. Horacio concretar cuándo va a ser embarcado ya que eso no depende de él, y aunque intente preguntar a sus mandos tampoco se lo saben decir ya que la navegación depende de la existencia de fondos europeos. De ahí la petición de un régimen amplio, para de alguna manera compensar los meses en los que no pueda verlos por trabajo.

»B.- El lugar de recogida y entrega de los menores será el domicilio familiar, siempre que no existiera motivo que lo impidiera. En caso alternativo, sería en el domicilio de los abuelos maternos.

»C.- En caso de desacuerdo y conflicto proponemos el siguiente régimen de visitas del padre los meses que permanezca en tierra, ya que los meses de embarque va a ser imposible cualquier régimen, y que por cualquier problema no pueda regir el régimen abierto de visitas:

»Los niños estarán con el padre los martes y jueves de 17 a 20 de la tarde y los fines de semana alternos, comprendiendo desde las 17 de la tarde el viernes hasta las 20 horas de la tarde del domingo. Pernoctando ambos niños con el padre los fines de semana que estén con él.

»Al ser el padre guardia civil y pasar algunos meses embarcado al año, es imposible que en esos meses pueda ejercitar su derechos a visitar a los niños, manteniendo comunicación telefónica o por vía Internet con los niños cuando por sus edades esto sea ya posible. Esta situación no dará lugar a incumplimiento del régimen de visitas ya que el motivo de no poder ejercitar el mismo son razones laborales.

»D.- VACACIONES.- La mitad de las Vacaciones de Semana Santa, la cual se debe distribuir entre ambos progenitores en dos periodos: el primero desde las 12:00 horas del Domingo de Ramos hasta las 12:00 horas del Miércoles Santo, y el segundo desde las 12:00 horas del Miércoles Santo hasta las 20:00 horas del domingo de resurrección; comenzando la madre en los años pares y el padre en los impares.

»- La mitad de las Vacaciones de Navidad, distribuyéndose entre los progenitores en dos periodos: el primero desde las 12:00 horas del primer día de vacaciones escolares a las 12:00 horas del día 30 de diciembre, y el segundo desde las 12:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 12:00 horas del día inmediatamente anterior al comienzo de las clases, comenzando la madre en los años pares y el padre en los impares.

»- durante las vacaciones de Verano disfrutaran ambos progenitores de la compañía de los menores por mitad, durante los meses de Julio y Agosto, correspondiendo 15 días alternos a cada uno; empezando la madre en los años pares y el padre en los años impares. A partir del 1 de septiembre el régimen será el normal (abierto y amplio) o el supletorio en el caso que sea este el que se considere.

»Séptimo.- En cuanto a las cargas familiares, tal como la hipoteca de la vivienda que ha sido el domicilio conyugal, deberán abonar ambos propietarios la mitad de la misma, así como los recibos del IBI. Siendo los gastos de su uso y disfrute de exclusividad de la Sra. Noelia . Una vez que los niños sean independientes económicamente y abandonen el domicilio conyugal, se solicitará la venta de la vivienda y la liquidación así definitiva del régimen de gananciales.

»En cuanto a la vivienda de la CALLE000 NUM002 - NUM004 de la que ambos cónyuges son propietarios del 50% (25% cada uno), el Sr. Horacio no asumirá ningún tipo de gastos de la misma, ya que se trata del domicilio de los padres de la Sr. Horacio . Domicilio que éstos en su día pusieron a nombre de sus dos hijos para así ahorrarse impuestos y demás.



»Y una vez firme la sentencia se remitirá el oportuno despacho al Registro Civil de San Fernando para que se tome nota del divorcio en la inscripción del matrimonio. Con expresa condena en costas a la parte cuyos pedimentos sean totalmente rechazados».

También en este escrito se solicitan MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS al amparo de lo establecido en el artículo 773 LEC en relación con los artículos 102 y 103 del CC y que son las expuestas en el punto anterior.

6.- Por su parte el Ministerio Fiscal interesó se le tuviera por personado y contestada la demanda y, tras la práctica de la prueba, se dicte sentencia desestimándola y absolviendo al demandado, en tanto no se prueben los hechos alegados.

7.- Por auto de 31 de enero de 2013, el Juzgado núm. 2 de San Fernando acordó la acumulación a los autos núm. 535/2012, de los seguidos en el Juzgado núm. 1 de San Fernando, con el núm. 792/2012.

8.- El Ministerio Fiscal se personó y contestó a la demanda interesando que una vez celebrada vista y practicada la prueba que se proponga y admita se dicte sentencia en beneficio de los hijos comunes.

9.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la Magistrada- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 3 de marzo de 2013, estimando la demanda, sin imposición de costas. En relación con la pensión alimenticia de los menores, acordó:

«4º. Se ACUERDA, que el Sr. Horacio abonará mensualmente en concepto de alimentos la suma de 500 euros (250 euros por cada hijo). Dicha cantidad se actualizará anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precios al consumo, según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Los gastos extraordinarios por mitad».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

Interpuesto por la parte demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el núm. 13/2014 de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, ésta dictó sentencia el 9 de julio de 2014 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la apelante las costas de la segunda instancia.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La procuradora D.ª Nuria Munar Serrano, en representación de D.ª Noelia interpuso contra la sentencia de segunda instancia recurso de casación al amparo del art. 477.2.3º LEC, por razón de interés casacional por oposición a jurisprudencia de esta sala. El recurso de casación se componía de un único motivo del siguiente tenor:

«Por infracción de los artículos 93 y 148.1 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sentada para su interpretación. En este sentido al establecer la sentencia recurrida que las pensiones alimenticias se devengarán desde la fecha de la sentencia, infringe por inaplicación el artículo 148.1 del Código Civil que establece que se abonarán desde la fecha en que se interponga la demanda, y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en las sentencias de la sala la de fechas 3 de octubre de 2008 y 14 de junio de 2011 (entre otras)»

2.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personado ante la misma las partes por medio de las representaciones procesales mencionadas en el encabezamiento, por auto de 17 de junio de 2015 se acordó admitir el recurso de casación.

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito en el que solicitaba la desestimación del recurso con base tanto en la concurrencia de causas de inadmisión como por razones de fondo.

4.- Por su parte el Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso de casación, por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina de esta sala.

5.- Por providencia de 27 de mayo del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 19 de julio de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleon Prieto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos y antecedentes procesales relevantes para resolver el presente recurso han sido los siguientes:



1. Doña Noelia y don Horacio contrajeron matrimonio en el año 2003, del que nacieron dos hijos, uno en el año NUM005 y el otro en el año NUM006 .

2. El 17 de mayo de 2012 doña Noelia interpuso demanda de divorcio contra don Horacio , en la que, en lo que ahora interesa, pidió que se fijase a cargo de éste una determinada pensión alimenticia mensual para cada uno de los hijos, «con efecto retroactivo desde de la interposición de la demanda».

En la misma demanda, doña Noelia pidió mediante otrosí la adopción de medidas provisionales, entre ellas la fijación de las referidas pensiones.

La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Fernando, que la admitió a trámite mediante auto de 31 de julio de 2012 , en cuya parte dispositiva se acordó formar la correspondiente pieza separada de medidas provisionales, registrada con el n.º 773/2012.

3. El 4 de julio de 2012 don Horacio interpuso demanda de divorcio contra doña Noelia , en la que, respecto de la pensión alimenticia a su cargo, pidió que se fijase en una cantidad mensual para cada hijo inferior a la que doña Noelia había pedido en su demanda.

En su referida demanda, don Horacio pidió por otrosí la adopción de medidas provisionales, entre ellas la fijación de las pensiones alimenticias por él señaladas a su cargo.

La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Fernando, que la admitió a trámite mediante auto de 14 de septiembre de 2012 , en cuya parte dispositiva se acordó formar la correspondiente pieza separada de medidas provisionales, registrada con el n.º 971/2012.

4. El 8 de octubre de 2012 don Horacio contestó a la demanda de doña Noelia en términos idénticos, en lo que en esta sede interesa, a los de su propia demanda, y sin alegación alguna frente a la petición de doña Noelia sobre el «efecto retroactivo» de las pensiones alimenticias.

5. Doña Noelia no contestó a la demanda de don Horacio . Pidió ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Fernando la acumulación de los dos procesos, que fue acordada por dicho Juzgado el 31 de enero de 2013.

6. El referido Juzgado dictó sentencia el 3 de marzo de 2013 , en cuya parte dispositiva:

«4º Se ACUERDA que el Sr. Horacio abonará mensualmente en concepto de alimentos la suma de 500 euros (250 euros por cada hijo). Dicha cantidad se actualizará anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precios al consumo, según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Los gastos extraordinarios por mitad».

Tampoco en el cuerpo de la sentencia se encuentra pronunciamiento alguno sobre la petición de doña Noelia de que las pensiones alimenticias se fijasen con efecto retroactivo desde la interposición de la demanda; aunque sí la declaración que sigue acerca de la previa actuación de don Horacio :

«[C]umpliendo el deber de alimentos una obligación ineludible, inherente al ejercicio de la patria potestad, partiendo de la misma actuación del Sr. Horacio quien reconoció que ha estado abonando un importe de 500 euros y, atendiendo al esfuerzo que en sus obligaciones como madre realiza Noelia a los efectos de cubrir las necesidades de sus hijos, debe existir un pronunciamiento del deber de alimentos. No obstante, no puede acogerse la suma de la actora [...]».

7. Contra esa sentencia, la representación de doña Noelia interpuso recurso de apelación, en el que insistió en su referida petición con estas palabras:

«TODO ELLO CON CARÁCTER RETROACTIVO DESDE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA ya que se solicitó por esta parte en la demanda, pero nada ha contemplado la Juzgadora "a quo" en la sentencia, [...], y es que [Don Horacio] sólo ha abonado en un año 500 euros de un mes, y NO TODOS LOS MESES COMO HA DADO POR HECHO LA JUZGADORA A QUO en la sentencia, cuestión ésta, [en la] que entendemos que ha existido un error por la misma».

8. En su oposición al recurso, la representación de don Horacio adujo a ese respecto lo siguiente:

«Hallamos sumamente interesada la pretensión ya que mi patrocinado, como se refirió en juicio, abonó durante la tramitación del procedimiento determinada [sic] cuotas (de 500 ?) y en otras ocasiones entregó otras cantidades a doña Noelia sin que existiera aún medida u obligación de cantidad cierta alguna, por esa misma razón entiende esta parte que no se ha referido la retroactividad del pago al momento de interposición de la demanda ya que conllevaría a una doble imposición o enriquecimiento injusto de la actora. Por la sencilla razón de que mi mandante ha sufragado desde la ruptura sentimental todos y cada uno de los gastos derivados de



su familia, así como ha propiciado el pago de una dotación de 500 euros para alimentos de sus hijos. Quedó acreditado en sede de plenario que éste abonó conforme a lo siguiente: [...]

»2012.- Todos y cada uno de los recibos de Hipoteca Vivienda 256 ?, Reintegro efectivo 3000 ? de Noelia para la Manutención más un pago de 700 ?.

»2013.- Hipoteca Vivienda 256 ?, Pago mensual de pensión de alimentos de 500 ? en la cuenta de consignación del Juzgado número 4 de San Fernando ante la negativa de la parte contraria a facilitar su cuenta.

»Aportamos a modo significativo anexo número 1 con algunos de los recibos que confirman dichos pagos y que se añaden a lo ya establecido en primera instancia.

»Sólo podemos manifestar que ante semejante tesitura la petición de retroactividad al momento de interposición de sentencia [*rectius*: de la demanda] se nos antoja totalmente desproporcionada».

9. La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado. En lo que interesa en esta sede, se pronunció en los siguientes términos:

«[S]e plantea la cuestión relativa a la retroactividad del abono de la pensión alimenticia otorgada por la sentencia a favor de los hijos menores desde la fecha de la presentación de la demanda. Al respecto, cabe decir que tratándose de alimentos reclamados por la vía del artículo 148 del Código Civil , es decir, alimentos entre parientes, la cuestión es clara y no requiere interpretación alguna, pues el propio precepto señala como día inicial de la prestación el de la propia interpelación judicial. Ahora bien, tratándose de pensiones alimenticias reconocidas en procedimientos matrimoniales, la doctrina de las Audiencias se encuentra dividida, encontrándonos resoluciones que optan por la solución análoga a la del artículo 148 y otras que consideran que las pensiones alimenticias se devengarán no desde el momento de la demanda sino desde el de la sentencia, pues para el ínterin se concibieron las medidas provisionales y provisionálísimas. [...]

»Ahora bien, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Marzo del presente año 2014 ha zanjado definitivamente la cuestión al considerar que la respuesta al problema planteado parte necesariamente de la consideración que merecen supuestos distintos: de un lado, aquel en que la pensión se instaura por primera vez, y de otro, aquel en que existe una pensión alimenticia ya declarada y lo que se discute es la modificación de su cuantía [...]

»Pues bien, en el supuesto de autos consta que la demanda de la actora se admitió a trámite por auto de fecha 31 de Julio de 2012 en cuya parte dispositiva se acuerda formar la correspondiente pieza separada de medidas provisionales que, según reza la carátula del Juicio de Divorcio Contencioso, se tramitó como procedimiento civil nº 773/2012. Igualmente la demanda del apelado se admitió a trámite por auto de fecha 14 de Septiembre de 2012 en cuya parte dispositiva se acuerda formar la correspondiente pieza separada de medidas cautelares que se registró con el número 971/2012. Ambos procedimientos se acumularon por auto de fecha 31 de Enero de 2013, tal y como consta en las actuaciones, mas en ningún momento se ha acreditado el auto de medidas provisionales que se hubiere dictado en cualesquiera de esas piezas separadas cuya eficacia retroactiva habría de ponderarse en virtud de la petición realizada, de tal modo que ignora la sala si tan siquiera se dictó el mismo, siendo cuestiones imprescindibles para la resolución de la cuestión suscitada en el recurso, por todo lo cual procede la desestimación del motivo».

10. Contra la sentencia de la Audiencia, la representación de doña Noelia ha interpuesto recurso de casación, en cuyo motivo único alega:

«Esta parte solicitó debidamente mediante suplico de la demanda que la pensión de alimentos así como todas las medidas económicas fueran con carácter retroactivo desde la interposición de la demanda, pretensión que por el Juzgador "a quo" fue omitida y no resuelta.

»No es menos cierto que la demanda se presenta en el mes de mayo de 2012 y se dicta sentencia el día 3 de marzo de 2013, es decir, 9 MESES, donde [don Horacio] no ingresó absolutamente nada excepto un mes, la cantidad de quinientos euros tal y como reconoció en la vista del plenario, sólo y exclusivamente esa cantidad en nueve meses donde la ahora recurrente tuvo que estar solicitando ayuda a sus familiares para poder subsistir tanto ella como sus propios hijos.

»La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, infringiendo el artículo 148 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial, considera el devengo desde la fecha de la sentencia, cuando entendemos que en aplicación de las leyes y al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 de la LEC , por razón de interés casacional, debe estimarse el recurso de casación [...] En ese sentido, al establecer la sentencia recurrida que las pensiones alimenticias se devengarán desde la fecha de la sentencia, infringe por inaplicación el artículo 148.1 del Código Civil que establece que se abonarán desde la fecha en que se interponga la demanda, y la doctrina



jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en las Sentencias de la Sala de fechas 3 de octubre de 2008 y 14 de junio de 2011 (entre otras) [...]».

La parte recurrente solicita, en consecuencia, que se case la sentencia dictada por la Audiencia, reconociendo el derecho al percibo de la pensión de alimentos desde la fecha en que se presentó la demanda origen de los autos.

La parte recurrida se ha opuesto sobre la base de reiterar su alegación de que, con posterioridad a la interposición de dicha demanda, don Horacio había pagado determinadas cantidades en concepto de alimentos: las que ya cuantificó en su oposición al recurso de apelación. Sostiene, en primer lugar, que, al haber tenido la Audiencia por probados los referidos pagos, el recurso debería haberse inadmitido por falta de respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia impugnada. Y concluye aduciendo que, conforme a la doctrina por la sentencia de esta sala 389/2015, de 23 de junio, no cabe la retroactividad de la aplicación de la pensión de alimentos, puesto que de otra forma don Horacio pagaría dos veces.

El Ministerio Fiscal ha interesado la estimación del recurso, conforme a la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de esta sala de 27 de noviembre de 2013 (Rec. 1159/2012) y ratificada en la de 4 de diciembre de 2013 (Rec. 2750/2012).

SEGUNDO.- El óbice de admisibilidad que opone la parte recurrida debe ser desestimado, por la elemental razón de que en ningún lugar de la sentencia recurrida se declaran probados los alegados pagos de don Horacio. Y ni la propia parte ha llegado a afirmar con claridad que don Horacio entregase a doña Noelia, durante la tramitación del proceso en la primera instancia, 500 euros todos y cada uno de los meses para el mantenimiento de los hijos.

El recurso de casación debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) Como reiteramos en la sentencia 389/2015, de 23 de junio (Rec. 1097/2014):

«[E]sta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional sobre la misma cuestión jurídica que ahora se suscita en recientes SSTs de 26 de marzo de 2014, Rec. nº 1088/2013, y 19 de noviembre de 2014, Rec. nº 785/2012.

»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. nº 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.ª) La sentencia recurrida no se atiende fielmente a la referida doctrina jurisprudencial, al tratar el caso de autos como si perteneciese al segundo de los dos grupos diferenciados por no tener constancia de que la sentencia del Juzgado fuese la primera resolución que fijó las pensiones de alimentos para los hijos de doña Noelia y don Horacio : por no tener constancia de que no se hubieran fijado antes, mediante auto de medidas provisionales dictado en cualquiera de las piezas separadas 773/2012 y 971/2012.

Ciertamente, no hallamos en los autos testimonio de resolución alguna que acordase medidas provisionales en dichas piezas separadas; ni ninguna de las partes, ni tampoco el Juzgado en su sentencia, ha afirmado (ni siquiera insinuado) que una tal resolución llegara efectivamente a producirse. Así las cosas, el presente caso debe sin duda considerarse perteneciente al primero de los dos grupos que ha diferenciado, conforme a sus precedentes, la citada sentencia de esta sala 389/2015, de 23 de junio . Nuestra reciente sentencia 487/2016, de 14 de julio (Rec. 3014/2015) es, en fin, buena muestra del rigor con el que la regla del artículo 148.I *in fine* CC tiene que ser aplicada a favor de los hijos menores de edad, establecido que ha de serlo a la obligación de alimentarles que los artículos 110 y 154.1º CC imponen al padre y a la madre [SSTS 573/2016, de 29 de septiembre (Rec. 3326/2015) y 574/2016, de 30 de septiembre (Rec. 2389/2014), ambas del Pleno de esta sala, bien que, en éstas, se aplicó a favor del padre frente a la acción de reembolso ejercitada por la madre, que había prestado los alimentos ella sola].

TERCERO.- Casada, por las razones que acaban de exponerse, la sentencia recurrida, procede, actuando esta sala como tribunal de instancia, estimar en parte el recurso de apelación de doña Noelia , para acordar lo siguiente:

Añadir, en el apartado 4º del fallo de la sentencia del Juzgado, que las pensiones alimenticias que en él se fijan deberán pagarse desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso; pero descontando las cantidades que conste probado que, desde esa fecha hasta aquella en la que se dictó la sentencia del Juzgado, don Horacio pagó para el mantenimiento de los hijos. Esto último, habida cuenta de las respectivas alegaciones de las partes sobre los pagos que, con esa finalidad, don Horacio habría efectuado durante la tramitación de la primera instancia, y en orden a evitar que aquél pague dos veces.

Queda para ejecución de sentencia la determinación del importe que, conforme a lo anterior, reste a don Horacio por pagar.

CUARTO.- Al estimarse el recurso de casación, el artículo 398.2 LEC dispone no condenar en las costas del mismo a ninguno de los litigantes; y procede la devolución del depósito constituido para interponer dicho recurso, a tenor del apartado 8 de la disposición adicional decimoquinta LOPJ .

La estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por doña Noelia comporta, conforme al mismo artículo 398.2 LEC , que las costas de dicho recurso no se impongan a ninguna de las partes.

FALLO

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

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por doña Noelia contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2014 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz en el recurso de apelación 13/2014 . **2.º** Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por doña Noelia contra la sentencia dictada el 3 de marzo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Fernando en el juicio de divorcio contencioso 533/2012, acordando añadir, en el apartado 4º del fallo de dicha sentencia, que las pensiones alimenticias que en él se fijan deberán pagarse desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso; pero descontando las cantidades que conste probado que, desde esa fecha hasta aquella en la que se dictó la misma sentencia, abonó don Horacio para el mantenimiento de los hijos comunes. La determinación del importe que, conforme a lo que antecede, reste a aquél por pagar queda para ejecución de sentencia. **3.º** Confirmar la referida sentencia dictada en la primera instancia en todos los demás pronunciamientos de su parte dispositiva. **4.º** No hacer imposición de las costas causadas por el recurso de casación, ni de las causadas por el recurso de apelación. **5.º** Acordar la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.