



Roj: STS 1111/2014
Id Cendoj: 28079110012014100137
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1088/2013
Nº de Resolución: 162/2014
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio nº 21/2009 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Collado Villalba, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don xxx , el procurador doña Elena Puig Turégano. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Silvia Albite Caballero, en nombre y representación de doña xxx

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Paloma Redondo Robles, en nombre y representación de doña xxx , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don xxx y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde el divorcio del matrimonio con los siguientes efecto:

a) La disolución judicial del régimen económico matrimonial de Sociedad de Gananciales.

b) Atribuir a D xxx el uso del ajuar y de la vivienda familiar, sita en Torrelodones (Madrid), CALLE000 número NUM000 , en la que convivirá con sus hijos xxx , xxx , xxx y xxx , de la que, de no haberlo hecho ya, podrá el esposo llevarse, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar familiar que tengan carácter personal.

c) Otorgar a la esposa la custodia de los hijos, sujetos a la patria potestad de ambos progenitores, a quien también corresponderá el uso de la vivienda y ajuar familiar en tanto los hijos permanezcan a su cuidado. Estableciéndose a favor del padre el régimen de comunicación y estancia de los hijos con él que, previa solicitud por su parte, el juzgado acuerde. Siempre respetando la voluntad , no sólo del hijo que es mayor de edad, sino también la de los demás menores.

d) Fijar, como contribución del esposo a los alimentos de los cuatro hijos dependientes económicamente, xxx , xxx , xxx y xxx , la suma de 11.965,50 # mensuales por doce mensualidades al año, es decir, 2991,37 # por cada uno de los cuatro al mes, debiendo abonarse dichas cantidad hasta que, respectivamente alcancen la independencia económica y vivan fuera del domicilio materno. El pago se realizará por el obligado en la cuenta corriente que mi representada indicará en su momento. Dicha cantidad se actualizará anualmente, con efectos 1 de enero de cada año conforme al I.P.C. La primera variación tendrá lugar el 1 de enero del año 2010 y servirá de base para las mismas la cantidad que el esposo esté abonando en el momento en que la variación se deba producir.

Abonará, asimismo, el 50% de los gastos extraordinarios que ocasione la educación y cuidado de los hijos, tales como viajes de estudios, prestaciones médicas no cubiertas por la Seguridad Social y cualesquiera otros que no puedan ser considerados como ordinarios, los que deberán ser fijados de común acuerdo entre los cónyuges y, de no lograrse éste, por resolución judicial.

La contribución de la madre consistirá en su dedicación a los hijos y al hogar familiar en la misma forma en que lo ha venido haciendo hasta la fecha, y continuará aportando de su salario, como hasta ahora, las

cantidades que sean necesarias o convenientes para el mantenimiento del actual status económico de la familia que custodia.

e) Establecer, dado que el divorcio produce desequilibrio económico de la esposa en relación con la posición del esposo que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, en tanto no se lleve a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales a favor de la esposa una pensión compensatoria de carácter temporal que deberá abonarse por el Sr. xxx a la Sra. xxx desde que se establezca judicialmente hasta el momento en que se produzca de forma efectiva la liquidación de la sociedad de gananciales. El importe de dicha pensión consistirá en cantidad mensual de 3.000 # mensuales a satisfacer por el demandado a la demandante durante el plazo anteriormente establecido y que se actualizará anualmente, con efectos 1 de enero de cada año conforme al I.P.C. La primera variación tendrá lugar el 1 de enero de 2010 y servirá de base para esta y las sucesivas, la cantidad que el esposo esté abonando en el momento en que la variación se deba producir.

f) Se condene en costas a la parte contraria si se opusiera a esta demanda y viese desestimadas sus pretensiones.

g) Igualmente solicitamos que dicha sentencia sea comunicada al Registro Civil de Madrid en donde consta la inscripción de matrimonio.

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

2.- El procurador don José María Rodríguez Jiménez en nombre y representación de don xxx , contestó a la demanda y formuló reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se estime la reconvencción acordando los siguientes pronunciamientos:

1.- Se fije en concepto de pensión alimenticia con cargo a la madre a favor del hijo xxx , la cantidad de 600 euros mensuales, cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el INE u Organismo que lo sustituya con efectos del primero de enero de cada año.

La procuradora doña Paloma Redondo Robles, en nombre y representación de doña xxx , contestó a la reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestime la totalidad de las pretensiones de aquella, con expresa imposición de las costas a la parte demandante en esta reconvencción.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Collado Villalba dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando parcialmente la demanda principal interpuesta por la procuradora doña Paloma Redondo Robles, debo decretar y decreto la DISOLUCIÓN por CAUSA DE DIVORCIO del matrimonio formado por xxx y xxx , con todos los efectos legales, y en especial los siguientes:*

1º.- *La revocación de todos los poderes que hubieran podido otorgarse entre cónyuges*

2º.- *Se atribuye a la madre, la guarda y custodia de los dos hijos menores de edad, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.*

3º.- *Se acuerda el mismo régimen de visitas para el progenitor no custodio que el acordado en el Auto de medidas provisionales de fecha 17 de abril de 2009, que se eleva a definitivo.*

4º.- *Se acuerda la atribución a la madre y a los hijos menores, hasta su independencia económica, el uso y disfrute del domicilio conyugal, así como el ajuar y mobiliario doméstico.*

5º.- *En cuanto a la pensión de alimentos para los hijos del matrimonio, se fija una pensión de alimentos de 2.500 euros mensuales, para los dos hijos menores y para el hijo mayor de edad, xxx , sin independencia económica, que el Sr. xxx deberá ingresar en la cuenta que la Sra. xxx le designe, dentro de los cinco primeros días de cada mes, cantidad que será actualizada conforme a las variaciones que experimente el Índice del Precios al Consumo que publica el Instituto nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya Debiendo igualmente abonar la mitad de los gastos extraordinarios que generen los hijos menores*

6º.- *Ambos progenitores contribuirán al 50% en el pago de las cuotas de la hipoteca que grava el domicilio familiar, así como la pago del IBI.*

7º.- No ha lugar a la fijación de pensión compensatoria a favor de la esposa, por los motivos expuestos en el razonamiento jurídico cuarto de la presente resolución.

No se hace expreso pronunciamiento en costas.

Comuníquese esta sentencia, una vez firme, a las oficinas del Registro Civil en que conste la inscripción del matrimonio de los sujetos del pleito.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don xxx y doña xxx , la Sección 22º de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 19 de febrero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS:Que desestimando el recurso de apelación formulado por Don xxx y estimando en parte el recurso de apelación formulado por doña xxx dictada en fecha 30 de diciembre de 2010, por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de Collado, en autos de divorcio seguidos, bajo el nº 21/09, entre dicho litigante y Doña xxx , debemos revocar y revocamos parcialmente la resolución impugnada, en el sentido de fijar una pensión de alimentos para xxx , de 1400 euros al mes que se abonarán y actualizarán en la forma prevista en la sentencia apelada cobrando vigencia esta medida desde la sentencia de primera instancia y operando la primera actualización el 1 de enero de 2012 por lo que para esa anualidad queda ya fijado en 1433,60 euros al mes y la segunda el 1 de enero de 2013 por lo que para esta anualidad queda ya fijada en 1475,17 euros mensuales, y para los otros dos hijos menores se cifra al pensión de alimentos en 835 euros al mes para cada uno de ellos, siendo para el año 2012 de 855,04 euros al mes y para el año 2013 de 879,83 euros al mes, operando las actualizaciones en la forma ya indicada, y todo ello hasta que concurran en los tres hijos las condiciones del artículo 93.2 del CC , matizándose la sentencia tal y como se ha indicado.*

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación procesal de don xxx con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Infracción de la proporcionalidad consagrado en el art. 146 del Código Civil , en relación con el art. 456.1. de la LEC y 752.1. de la misma LEC, al no valorar, ni siquiera mencionar, ni deducirse su examen de forma alguna la prueba aportada y admitida en la segunda instancia. **SEGUNDO**.- Infracción por el deber de incongruencia del art. 218.1. LEC , al establecer la sentencia recurrida que el entorno paterno debe contar con medios recursosj, enseres, útiles y pertenencias propios y existentes en dicho ámbito domestico para los hijos menores. Este recurso había sido inadmitido mediante auto de la Sección 22º de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 6 de abril de 2013 .

Igualmente se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: ÚNICO**.- Al infringir el artículo 148.1. del Código Civil , en relación con los artículos 147 , 146 y 142, así como los artículos 91 y 106 del Código Civil , cuando se determina que la fecha del devengo del incremento de la pensión alimenticia, fijado en la sentencia de la Audiencia Provincial, se produce desde la fecha de la sentencia de la instancia y no desde la fecha en que se dicta la resolución que modifica la cuantía de la pensión alimenticia. Subsidiariamente, en caso de que no se estime la contradicción de la Jurisprudencia de las Audiencia, se alega la oposición o desconocimiento de la sentencia recurrida de la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo expresada en las sentencias de fecha 2-10-2008 , 26-10- 2011.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de septiembre 2013 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Silvia Albite Espinosa, en nombre y representación de don xxx , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del segundo motivo de casación interpuesto y la estimación del primero.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de Marzo del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente formula el recurso de casación fundado en la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y subsidiariamente por oposición a la

jurisprudencia de esta propia Sala expresada en las sentencias de 3 de octubre de 2008 y 26 de octubre de 2011, en la respuesta a la concesión o no de efectos retroactivos a las pensiones alimenticias a favor de los hijos menores de edad, acordadas en sucesivas resoluciones, alegando que tienen carácter constitutivo, de tal manera que nacen en el mismo momento en el que se acuerda por resolución judicial, sin que pueda tener este efecto retroactivo, ni su creación ni su modificación posterior, como ocurre en este caso en que se produce una modificación de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad. Se impugna, en suma, el pronunciamiento de la sentencia en el que, sin mas argumentos (nada dijo la sentencia del Juzgado), dice lo siguiente: " *se abonarán y actualizarán en la forma prevista en la sentencia apelada cobrando vigencia esta medida desde la sentencia de primera instancia y operando la primera actualización el 1 de enero de 2012* ".

Las sentencias de las Audiencias Provinciales en las que se funda el recurso y que mantienen un criterio distinto del de la sentencia recurrida son las dictadas por la Sección novena de la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 12 de noviembre de 2012 y de 14 de noviembre de 2011 , que consideran que la sentencia que establece, aumenta, reduce o suprime y una pensión compensatoria es un pronunciamiento de carácter constitutivo, desplegando los efectos "ex nunca" y por tanto sin carácter retroactivo.

Como sentencias que deciden en sentido contrario a las anteriores y mantienen la misma tesis de la sentencia recurrida, se citan las dictadas por la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid en la misma fecha de 2 de febrero de 2012 .

SEGUNDO.- La respuesta al problema planteado parte necesariamente de la consideración que merecen dos supuestos distintos, a veces confundidos, como ocurre en este caso. De un lado, aquel en que la pensión se instaura por primera vez. De otro, aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada y lo que se discute es la modificación de la cuantía.

La respuesta en el primer caso se contiene en la sentencia de 14 de junio 2011 , reiterada en las de 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, que sienta como doctrina la siguiente: " *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, lo que no es del caso.

No sucede lo mismo en el segundo caso. Se ha dicho en la sentencia de 3 de octubre de 2008 lo siguiente: "lo que realmente plantea dudas es la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, como ocurre en este supuesto, que varía el progenitor obligado al pago. Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: "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 en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "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", por lo que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente".

Por otro lado, la sentencia de 26 de octubre de 2011, en relación a las sucesivas resoluciones que pueden cambiar las cantidades debidas como alimentos y si debe o no devolverse lo pagado cuando una sentencia posterior rebaja o aumenta la cantidad debida, precisa que "hay que acudir de nuevo a las especialidades que presentan los procedimientos de familia. En relación a las medidas provisionales, a las que también se refiere el recurrente, el art. 106 CC establece que "los efectos y medidas previstos en este Capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo". Además, el art. 774.5 LEC establece que "los recursos que conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán las medidas que se hubieren acordado en ésta". Por ello, las sucesivas resoluciones serán eficaces desde el momento en que se dictan, en que sustituirán las anteriores", por lo que será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación".

TERCERO. - Por las anteriores razones, no se pueden conceder a los alimentos efectos desde la sentencia de 1ª Instancia, ya que los hijos estaban recibiendo los alimentos en virtud de las medidas provisionales acordadas, como se sostiene en el recurso y se argumenta en el informe del Ministerio Fiscal; razón por la cual se casa la sentencia y se establece como doctrina la siguiente: *"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"*.

CUARTO.- No se hace especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las instancias, ni de las causadas por este recurso.

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

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. xxx contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de 19 de febrero de 2012, dictada en el rollo de apelación num. 1393/11

2º Se casa y anula la sentencia recurrida únicamente en lo que se refiere a la fecha desde la que se decreta el incremento de la pensión alimenticia modificada; efectos que se producirán desde que se notificó la citada resolución, fijando como doctrina la siguiente: *"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"*.

3º No se imponen las costas de ambas instancias a ninguna de las partes litigantes. Tampoco de las causadas por el recurso de casación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.