



Roj: **STS 4709/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4709**

Id Cendoj: **28079110012022100934**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2022**

Nº de Recurso: **4274/2020**

Nº de Resolución: **914/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Valencia, Sección 10ª, 22-05-2022 (rec. 198/2020) ,
STS 4709/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 914/2022

Fecha de sentencia: 15/12/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4274/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. **Antonio García Martínez**

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia. Sección 10ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN núm.: 4274/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Antonio García Martínez**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 914/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Benito , representado por el procurador D. Luis Fernando Granados Bravo, bajo la dirección letrada de D. Vicente Pascual Lerma Beso, contra la sentencia núm. 325/2020, dictada el 22 de mayo de 2022 por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm.198/2020, dimanante de los autos de Modificación de Medidas supuesto contencioso n.º 532/2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Torrent.

Ha sido parte recurrida Dña. Carina , representada por la procuradora Dña. Silvia García García y bajo la dirección letrada de D. Miguel Clemente Clemente.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio García Martínez**.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.** *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Dña. María Gema Martínez Alejos, en nombre y representación de D. Benito , interpuso una demanda de modificación de las medidas acordadas en la sentencia núm. 91/2015, dictada el 15 de mayo de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Torrent en el procedimiento de divorcio núm. 101/2015, interesando a su vez el establecimiento de medidas provisionales coetáneas. Alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, solicitó del Juzgado que dictara sentencia por la que estimando la demanda se acordara:

"[...]A) modificar las medidas contenidas en sentencia de 15 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Torrent, en el procedimiento de divorcio n.º 101/2015, y su lugar se fijen como medidas, en relación a la hija menor Elisa , las siguientes:

" a. Se atribuya la guarda y custodia exclusiva de la hija menor Elisa al progenitor Don Benito , con quien convivirá en su domicilio.

" b. Establecer un régimen de visitas a favor de la progenitora, Doña Carina , en los días en que ésta acuerde con la hija menor Elisa , dada su edad actual.

" c. Fijar una pensión de alimentos para la hija menor Elisa a cargo de la progenitora Doña Carina de 250 € mensuales, que se satisfará los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que a tal fin designe Don Benito .

" d. Declarar la obligación del pago de la pensión de alimentos desde el pasado mes de agosto de 2018.

" e. Declara que la pensión se actualizará anualmente por aplicación del Índice General de Precios de Consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística y organismo que le sustituya.

" f. Contribuir por mitad cada uno de los progenitores al pago de los gastos derivados de escolarización, tales como matrícula, libros y uniforme escolar, así como de las actividades extraescolares y los gastos de enfermedad no cubiertos por la Seguridad Social, tales como tratamiento odontológico y oftalmológico.

" B) Imponiéndose las costas, en todo caso, a la demandada".

2. La demanda fue presentada el 8 de mayo de 2019 en el Decanato de los Juzgados de Torrent y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 que había conocido del juicio de Divorcio n.º 101/2015.

3. Se registró como demanda de Modificación de Medidas supuesto contencioso núm. 532/2019 y, por decreto de 20 de mayo de 2019, fue admitida a trámite y se acordó emplazar a la parte demandada y al Ministerio Fiscal a fin de que la contestasen en el plazo de veinte días hábiles. El Ministerio Fiscal se personó en forma y contestó a la demanda, y así lo hizo también la parte demandada compareciendo en legal forma y contestando a la demanda.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes con el resultado que consta en las actuaciones, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Torrent dictó la sentencia n.º 250/2019, de 29 de noviembre de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO

" Que con ESTIMACION PARCIAL de la demanda de modificación de medidas interpuesta a instancia de Benito representado por el Procurador Sr. MARTINEZ ALEJOS, M.ª GEMA contra Carina representado por el Procurador Sr. GARCIA GARCIA, SILVIA DEBO ACORDAR Y ACUERDO las medidas siguientes:

"1.- Se atribuye al padre la guarda y custodia de la hija menor Elisa , compartiendo la patria potestad ambos progenitores, fijando a favor de la madre, un régimen de visitas flexible decidiendo conjuntamente con la menor como quieren relacionarse.

" 2.-Se fija en concepto de pensión por alimentos en favor de la hija menor Elisa a satisfacerse por la madre, la cantidad de 120 euros mensuales, que serán pagaderos por meses anticipados, los cinco primeros días de cada mes, actualizándose la misma, anualmente, con arreglo al índice de precios al consumo publicado por el I.N.E. Los gastos extraordinarios se abonarán por el progenitor en un 60% y por la progenitora en un 40%. En el momento en que la progenitora perciba ingresos por importe superior al salario mínimo interprofesional e inferior a 1000 euros la pensión alimenticia será de 210 euros y todos los gastos extraordinarios se abonarán por mitad por cada progenitor.

" 3.- Asimismo se acuerda librar oficio al EEIIA de DIRECCION000 a fin de que realicen un programa de intervención terapéutica-psicológica con la menor y con la progenitora que les permita tener herramientas para desarrollar y fortalecer la relación materno filial".

Ambas partes solicitaron la aclaración de la sentencia y por auto de 11 de diciembre de 2019 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva dice así:

"[...]SE ACLARA sentencia dictada en fecha 29 de noviembre de 2019, quedando el fallo de la misma del siguiente tenor literal:

" 1.- Se atribuye al padre la guarda y custodia de la hija menor Elisa , compartiendo la patria potestad ambos progenitores, fijando a favor de la madre, un régimen de visitas flexible decidiendo conjuntamente con la menor como quieren relacionarse.

" 2.- Se fija en concepto de pensión por alimentos en favor de la hija menor Elisa a satisfacerse por la madre, la cantidad de 120 euros mensuales, que serán pagaderos por meses anticipados, los cinco primeros días de cada mes, actualizándose la misma, anualmente, con arreglo al índice de precios al consumo publicado por el I.N.E. Los gastos extraordinarios se abonarán por el progenitor en un 60% y por la progenitora en un 40%. En el momento en que la progenitora perciba ingresos por encima del salario mínimo interprofesional la pensión alimenticia será de 210 euros y todos los gastos extraordinarios se abonarán por mitad por cada progenitor

" 3.- Asimismo se acuerda librar oficio al EEIIA de DIRECCION000 a fin de que realicen un programa de intervención terapéutica - psicológica con la menor y con la progenitora que les permita tener herramientas para desarrollar y fortalecer la relación materno filial".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del demandante D. Benito . La representación de Doña Carina presentó escrito oponiéndose al recurso de apelación, solicitando que se dictase sentencia que confirmara íntegramente la sentencia de instancia, con expresa imposición de las costas causadas en la alzada.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación interpuesto.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 198/2020, y tras seguir los correspondientes trámites dictó la sentencia núm. 325/2020, de 22 de mayo de 2020, cuya parte dispositiva dice así:

"FALLAMOS

" En atención a todo lo expuesto, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad del Rey. Ha decidido:

" Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Benito contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Torrent en fecha 29-11-2019, en expediente 532/19, confirmando la misma íntegramente. Sin imposición de costas. En cuanto al depósito consignado para recurrir, se declara su pérdida".

TERCERO . *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Dña. María Gema Martínez Alejos, en representación de D. Benito , interpuso recurso de casación al amparo del art. 477.2. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al entender que presenta interés casacional por "[...]infracción del art. 148 del Código Civil y oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en concreto las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 402/2.011 de 14 de Junio, recurso 1.027/2.009, y núm. 371/2.018 de 19 de junio, recurso 3.112/2.017, cuya doctrina jurisprudencial es esencial para la decisión del litigio y se opone a la ratio dicendi de la sentencia recurrida. Error en la aplicación

de la doctrina del Tribunal Supremo sobre fijación de la pensión de alimentos inicial y su modificación posterior, sentada en las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 389/2.015 de 23 de junio, recurso 1.097/2014.

1.1 Fundamenta la interposición del recurso en dos motivos que introduce en su escrito con los siguientes encabezamientos:

(i) Motivo 1º.- Infracción del art. 148 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, sobre el devengo de la pensión de alimentos desde la interposición de la demanda.

(ii) Motivo 2º.- Error en la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en relación a fijación inicial de la pensión de alimentos y su modificación posterior".

2. Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes, por auto de 29 de junio de 2022 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto.

3. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito. El Ministerio Fiscal en escrito de 13 de septiembre de 2022 manifiesta que al no existir en este momento hijos menores de edad o con discapacidad necesitados de apoyo carece de legitimación para ser parte en este recurso.

4. Por providencia de 3 de octubre de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose el día 29 de noviembre de 2022 para la votación y fallo, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. El proceso en el que se interpone este recurso de casación se inició por una demanda interpuesta por D. Benito contra D.ª Carina en la que pedía, entre otras cosas que ahora no hacen al caso, la custodia monoparental de la hija menor habida en común y el establecimiento a favor de esta y a cargo de su madre de una pensión de alimentos de 250 euros al mes a satisfacer desde el mes de agosto de 2018.

Dicha demanda conllevaba la modificación de las medidas acordadas en la sentencia que había declarado la disolución, por causa de divorcio, del matrimonio contraído entre ambos y establecido entre sus efectos la custodia compartida de la mencionada hija menor y que los padres se hicieran cargo de sus gastos mientras estuviera en su compañía.

2. En la vista del proceso los litigantes se pusieron de acuerdo en que la custodia de Elisa se atribuyera al padre, pero no en el importe de la pensión de alimentos que debía satisfacer la madre y en el día inicial de su devengo. Frente a lo pretendido por el demandante, la demandada pidió que el importe de la pensión se mantuviera en la suma de 90 euros al mes, que era la cantidad que se había establecido en el auto de medidas provisionales coetáneas (de 16 de julio de 2019).

La sentencia de primera instancia (de 29 de noviembre de 2019) atribuyó al padre la guarda y custodia de la hija menor, tal y como habían acordado los progenitores, pero fijó el importe de la pensión alimenticia a cargo de la madre en la cuantía de 120 euros al mes y con efectos desde su fecha.

El razonamiento del juzgado para justificar el abono de la pensión desde la fecha de la sentencia fue el siguiente: "Esta pensión ha de abonarse desde la presente resolución y no con anterioridad, por cuanto de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo solo pueden establecerse efectos de la pensión al momento de interposición de la demanda, nunca con anterioridad, cuando es la primera vez que se establece la misma, lo cual en el presente el caso tuvo lugar cuando se dictó el auto de medidas provisionales".

3. El demandante interpuso un recurso de apelación en el que solicitó, por lo que ahora interesa, que la pensión se abonara desde la interposición de la demanda, pero la Audiencia Provincial dictó sentencia desestimando la petición y confirmando la decisión de primera instancia con el argumento de que, aunque se considerase la existencia de un reconocimiento *ex novo* de la pensión en el procedimiento de modificación de medidas, no resultaría posible la retroactividad de sus efectos al tiempo de interposición de la demanda, porque la menor ya estaba recibiendo los alimentos en virtud de las medidas provisionales acordadas.

4. El demandante apelante ha interpuesto un recurso de casación por la vía del art. 477.2.3º LEC y con fundamento en dos motivos, que han sido admitidos. Y la demandada apelada se ha opuesto alegando causas de inadmisión y por razones de fondo.

SEGUNDO. *Motivos del recurso. Causas de inadmisión. Decisión de la sala*

1. En el motivo primero se denuncia la infracción del art. 148 CC y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta (se citan las sentencias 402/2011, de 14 de junio y 371/2018, de 19 de junio), al considerar que procedería abonar la pensión alimenticia desde la interposición de la demanda al tratarse del primer reconocimiento de esta y no de una modificación de la misma.

En el motivo segundo se alega error en la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la fijación inicial de la pensión de alimentos y su modificación posterior (se cita la sentencia 389/2015, de 23 de junio).

A juicio del recurrente, "[l]as medidas provisionales coetáneas, derivadas de la admisión de la demanda, del art. 773, al que se remite el art. 775.3, no siendo un procedimiento autónomo y distinto del pleito principal, no constituyen una fijación o establecimiento de medidas que sean modificadas por la sentencia que se dicte en el pleito principal".

Por lo tanto, "[y]erra la sentencia recurrida [...] cuando considera las medidas acordadas como provisionales, derivadas de la admisión a trámite de la demanda, del art. 773, en relación con el art. 775.3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como primera fijación de medidas, que suponga que las acordadas en el pleito principal sean modificación de aquellas, y por lo tanto vulnera la doctrina jurisprudencial sobre el abono de la pensión de alimentos, en el supuesto de establecerse por primera vez, que es desde la interposición de la demanda".

2. La recurrida se opone al recurso alegando causas de inadmisión y por razones de fondo.

Las causas de inadmisión que plantea son: (i) refiriéndose al motivo primero, no hacer constar en el encabezamiento el resumen de la infracción cometida; y (ii) refiriéndose al motivo segundo, no identificar en el encabezamiento la doctrina jurisprudencial infringida, así como no resumir la misma.

Se opone al fondo alegando que la sentencia recurrida no infringe la doctrina jurisprudencial.

3. Las causas de inadmisión se rechazan.

Los motivos se introducen con los siguientes encabezamientos: el primero: "Infracción del art. 148 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, sobre el devengo de la pensión de alimentos desde la interposición de la demanda"; y el segundo: "Error en la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en relación a fijación inicial de la pensión de alimentos y su modificación posterior".

Por lo tanto, los encabezamientos de los motivos exponen de forma breve y concisa tanto la infracción cometida como la doctrina jurisprudencial vulnerada. En el encabezamiento del motivo primero se plantea la infracción del art. 148 CC al no establecer la sentencia recurrida el pago de la pensión alimenticia desde la interposición de la demanda. Y en el encabezamiento del motivo segundo la vulneración por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial que diferencia, a la hora de establecer si la pensión de alimentos se debe satisfacer desde la fecha de interposición de la demanda, entre los casos en que se fija inicialmente y aquellos en los que se produce su modificación posterior.

4. Los motivos del recurso, que por su estrecha relación procede resolver conjuntamente, se estiman por lo que se dice a continuación.

La doctrina de la sala sobre el devengo de la pensión de alimentos en los procesos matrimoniales (por todas sentencias 412/2022, de 23 de mayo, 644/2020, de 30 de noviembre, 573/2020, de 4 de noviembre, 86/2020, de 6 de febrero y 600/2016, de 6 de octubre) está basada en un criterio diferenciador que exige distinguir dos supuestos que no cabe equiparar ni igualar en sus efectos: (i) aquel en que la pensión se instaure por primera vez; y (ii) aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada y lo que se discute es la modificación de la cuantía.

En el primer supuesto, debe aplicarse la regla contenida en el párrafo primero del art. 148 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, aunque esta regla puede tener excepciones cuando se trata de evitar un pago duplicado. Pero en el segundo no. En este supuesto, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya establecida con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, lo que hemos declarado es 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.

El presente caso es tratado por la Audiencia Provincial como uno perteneciente al segundo supuesto, porque la menor ya estaba recibiendo los alimentos en virtud de las medidas provisionales coetáneas acordadas.

Por lo tanto, la razón decisoria de la Audiencia Provincial está fundada en la asunción de que la pensión alimenticia quedó fijada en el auto de medidas provisionales coetáneas y que la sentencia de primera instancia lo único que hizo fue alterar su cuantía por lo que debe considerarse eficaz desde que fue dictada.

Sin embargo, tal consideración no se ajusta a nuestra doctrina.

En la sentencia 644/2020, de 30 de noviembre, con cita de la 600/2016, de 6 de octubre, atribuimos efectividad a la pensión de alimentos fijada en la sentencia de segunda instancia desde la interposición de la demanda, si bien precisando que se debía descontar lo abonado en virtud del auto de medidas provisionales coetáneas para evitar el pago duplicado (la sentencia de primera instancia no los fijaba y dejaba sin efecto el auto de medidas).

Y en la sentencia 573/2020, de 4 de diciembre, declaramos que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia se devengaban desde la interposición de la demanda, sin perjuicio de computar lo ya abonado en virtud del auto de medidas provisionales previas, para evitar un doble pago. La interrogante que se planteaba en este caso era la de la efectividad de la pensión alimenticia determinada como medida definitiva en la sentencia de disolución del matrimonio por divorcio cuando le había precedido un auto de medidas previas o provisionales que establecía y concretaba tal obligación. Y lo que se consideró fue que la respuesta la ofrecía la sentencia 86/2020, de 6 de febrero, en la que habíamos declarado:

"No puede entenderse que la sentencia de primera instancia haya recaído en un proceso diferente al de medidas provisionales previas, pues estas son unas medidas cautelares previas y conexas con el procedimiento principal (arts. 771.5 y 772.1 LEC). Por ello, tratándose del mismo proceso ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial, en el sentido que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia, se devengan desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional".

Es cierto, que esta doctrina se refiere a las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio del art. 771 LEC, pero también lo es que ha de considerarse extensiva a las medidas provisionales coetáneas del art. 773 LEC y a las del art. 775.3 LEC, pues tampoco en su caso la sentencia de primera instancia recae en un proceso diferente, sino en el mismo proceso en el que se acuerdan estas, por lo que, igual que cuando se trata de medidas provisionales previas, ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial, en el sentido de que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia, se devengan desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional.

Pues bien, al no haberlo considerado así, la sentencia recurrida ha infringido el art. 148 CC y conculcado nuestra doctrina, por lo que procede estimar el recurso de casación.

TERCERO. *Asunción de la instancia*

Estimado el recurso de casación procede asumir la instancia para estimar el recurso de apelación en parte y declarar que la pensión de alimentos deberá pagarse desde la interposición de la demanda por las razones expuestas, pero descontando lo ya abonado en virtud del auto de medidas provisionales coetáneas, para evitar el pago duplicado.

CUARTO. *Costas y depósitos*

1. Al estimarse el recurso de casación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC).
2. Se dispone la devolución de los depósitos constituidos tanto para interponer el recurso de casación como para interponer el recurso de apelación (disposición adicional 15.ª, apartado 8 LOPJ).

FALLO

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

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Benito contra la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, con el n.º 325/2020, el 22 de mayo de 2020, en el rollo n.º 000198/2020, en el único y siguiente sentido.
- 2.º- Declarar que la pensión de alimentos fijada por la sentencia de primera instancia deberá pagarse desde la interposición de la demanda, pero descontando lo ya abonado en virtud del auto de medidas provisionales coetáneas, para evitar el pago duplicado.



3.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes.

4.º- Disponer la devolución de los depósitos constituidos tanto para interponer el recurso de casación como para interponer el recurso de apelación.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ