



Roj: **STS 1954/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1954**

Id Cendoj: **28079110012024100510**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/04/2024**

Nº de Recurso: **6895/2022**

Nº de Resolución: **482/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 10269/2022,**  
**STS 1954/2024**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 482/2024**

Fecha de sentencia: 09/04/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 6895/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/04/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 24.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 6895/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 482/2024**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 9 de abril de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Dionisio , representado por la procuradora D.ª Isabel Mora García, bajo la dirección letrada de D.ª M.ª de los Ángeles González Prado, contra la sentencia n.º 549/22, dictada por la Sección 24.ª bis de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 1303/21, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 72/2020, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Navalcarnero. Ha sido parte recurrida D.ª Justa , representada por la procuradora D.ª M.ª Luisa Santamaría Caballero y bajo la dirección letrada de D.ª Raquel Palmero Alcuten.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Patricia de la Fuente Bravo, en nombre y representación de D. Dionisio , interpuso demanda de divorcio contencioso contra D.ª Justa , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que se acuerde la estimación de la demanda de divorcio y las medidas propuestas por esta parte en dicho escrito, y que son:

"1.º- Revocación provisional de los poderes entre los esposos.

"2.º- PATRIA POTESTAD.-

"Los hijos del matrimonio, Modesta , Gines e Ofelia , continuarán bajo la patria potestad de ambos cónyuges, quienes la ejercerán de modo conjunto en beneficio de los menores, obligándose los comparecientes a adoptar de común acuerdo cuantas decisiones de trascendencia afecten a los hijos y de modo especial, aquellas relativas a su salud, educación y formación. Cuando no pudieran ponerse de acuerdo los progenitores, acudirán a la decisión judicial.

"3.º- Se establece la GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA por ambos progenitores de los tres hijos comunes, de la siguiente manera:

"a) Durante el período escolar:

"En beneficio de los menores y dada la situación económica del Sr. Jacobo (inferior a la de la demandada) se establecerá que el domicilio familiar sito en DIRECCION000 (Madrid), CALLE000 , nº NUM000 a favor de los tres hijos menores, y estando con ellos el progenitor a quién le corresponda estar con ellos, por dos años, a partir de esa fecha se llevará a cabo la venta de la vivienda para que cada uno pueda buscar una vivienda digna para ellos y sus hijos y acorde a su nivel adquisitivo.

"De este modo, los progenitores permanecerán una semana con cada progenitor, en el domicilio familiar, saliendo el otro del domicilio.

"Las semanas se contarán desde el viernes a la salida del colegio hasta el viernes a la entrada del mismo.

"El cambio de progenitor custodio se realizará con periodicidad semanal, de modo que cada viernes uno de los progenitores llevará a los niños al colegio, y a la salida del colegio por la tarde el otro progenitor recogerá a los niños y así sucesivamente.

"En períodos no lectivos, el cambio del progenitor custodio se realizará en el domicilio donde se encuentren los menores a las 18:00 horas del viernes correspondiente.

"Régimen de visitas, comunicación y estancias.-

"Cada semana los menores estarán con el progenitor que no ostente la custodia en cada momento, desde la salida del colegio una tarde a la semana, en defecto de acuerdo los miércoles hasta las 20:00 horas.

"El régimen de custodia en los períodos de Semana Santa, Navidad y vacaciones de verano (julio y agosto) quedarán en suspenso, rigiéndose en caso de desacuerdo por lo siguiente:

"b) Durante las Vacaciones de Navidad:

"En cuanto a las vacaciones de Navidad, se entenderá por tal período el transcurrido entre el 23 y el 30 de Diciembre ambos inclusive, y el 31 de Diciembre y el 6 de Enero, ambos incluidos, que se repartirán, por mitad entre los progenitores, correspondiendo, en caso de desacuerdo en la elección del período vacacional, a la madre elegir los años impares el período que deba pasar con ellos, y al padre en los años pares.



"El progenitor a quien corresponda disfrutar del periodo vacacional deberá dejar a los niños en el lugar acordado por ambas partes no más tarde de las 21:00 horas del día último del periodo elegido, es decir, del 30 de diciembre o del 6 de enero.

"Vacaciones de Semana Santa y Puente de Mayo:

"En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, en el supuesto de no llegar a un acuerdo entre los progenitores, podrá disfrutar de la compañía de sus hijos la madre los años impares, mientras que el padre podrá hacerlo los años pares, siendo a la inversa durante el "Puente de Mayo".

"Durante los períodos vacacionales de Verano.

"En cuanto a las vacaciones de verano, que comprende el período correspondiente julio y agosto, se repartirán por mitad entre los dos progenitores, correspondiendo a uno, el mes de julio y al otro, el mes de agosto, eligiendo el padre los años pares y a la madre los años impares.

"Si los hijos, estuvieran en lugar diferente al del domicilio señalado por la madre, deberá este comunicar a la madre el sitio en el que permanezca, para facilitar las comunicaciones y el contacto durante estos períodos vacacionales. Igual obligación corresponderá al padre en la parte del periodo vacacional que tenga a sus hijos con ella.

"En cuanto a las fiestas del día del padre y de la madre, y cualquier otro que los progenitores de común acuerdo consideren, ambos acuerdan que los hijos pasen el día con el progenitor a quien corresponda la celebración. Si coincidieran las mismas con el período de visitas que le correspondiere al otro progenitor, ambos acuerdan ceder ese día a favor del otro para que los hijos puedan disfrutar dicha festividad con el progenitor correspondiente.

"4.- DOMICILIO sito en DIRECCION000 (Madrid), CALLE000 , nº NUM000 el uso y disfrute de la vivienda familiar deberá otorgarse a favor de los tres hijos menores y al progenitor a quién le corresponda estar con ellos por semana de acuerdo a lo expuesto en el hecho cuarto de esta demanda, por dos años, a partir de esa fecha se llevará a cabo la venta de la vivienda para que cada uno pueda buscar una vivienda digna para ellos y sus hijos y acorde a su nivel adquisitivo.

"5.- ALIMENTOS DE LOS HIJOS MENORES.-

"De acuerdo a la capacidad económica de cada progenitor corresponderá a cada uno de ellos hacerse cargo de la manutención integral de los hijos en los periodos en que éstos vivan con cada uno de ellos.

"Respecto a los gastos fijos mensuales, como colegio, libros, material escolar, ropa, zapatos, deporte y otros serán sufragados al 55% por el padre y al 45% por la madre, dada la diferencia económica entre ambos progenitores. En cuanto a los gastos fijos, se domiciliarán a una cuenta que se abrirá al efecto, en la que ambos progenitores deberán ingresar la parte proporcional del importe al que asciendan los mismos.

"En cuanto a los gastos extraordinarios de los hijos menores por actos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, o la entidad Médica a la que pertenezca, se contribuirán a los mismos en la misma proporción que en los demás, 55% el padre y el 45% la madre, dada la mayor capacidad económica de ésta última.

"Por el contrario, los gastos extraordinarios que no sean necesarios correrán por cuenta del progenitor que los promueva, salvo acuerdo expreso de ambos.

"6.- Abono del 50 % por cada uno de los esposos de la cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda, seguro de la vivienda, recibo del IBI y derramas de comunidad".

**2.-** La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Navacarnero y se registró con el n.º 1303/21. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**3.-** La procuradora D.ª M.ª Luisa Santamaría Caballero, en representación de D.ª Justa , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia acordando declarar la disolución del matrimonio de los citados cónyuges por Divorcio con las Medidas Definitivas siguientes:

"a. Revocación de los poderes entre los progenitores y la disolución del régimen de gananciales.

"b. PATRIA POTESTAD.

"Conforme que la patria potestad sea ejercida conjuntamente por ambos progenitores en los términos indicados por el actor en el suplico de su demanda.

"c. GUARDA Y CUSTODIA.



"La guarda y custodia de los tres menores ha de ser atribuida a la madre por los motivos referidos en esta contestación a la demanda.

"d. RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS.

"En caso de que por el Juzgado se acordase una guarda y custodia exclusiva materna, a falta de acuerdo, el actor tendrá a su favor el siguiente régimen de visitas:

"- Dos días entre semana, que a falta de otro acuerdo serán los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas de los días de visita en que se reintegrará a los menores al domicilio familiar.

"- Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20.00 horas del domingo en que se les reintegrará al domicilio familiar. Dicho fin de semana se alargará a los festivos o puentes unidos al mismo.

"En cuanto al régimen en vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad (en donde se suspenderá el régimen ordinario de visitas) serán disfrutados por mitad entre progenitores en la forma siguiente:

"- Semana Santa se dividirán por mitad entre los progenitores comprendiendo el primer período desde la salida del colegio del último día lectivo hasta las 20 horas del Miércoles Santo y el segundo desde ese día y hora hasta las 20 horas del día inmediatamente anterior al comienzo de las clases.

"- Verano se dividirán por mitad entre los progenitores pero dividiéndose en dos periodos:

"El primer periodo abarcará los días no lectivos de junio (desde la salida del colegio del último día lectivo hasta las 20 horas del día 30 de junio), la segunda quincena de julio (desde las 20 horas del día 15 de julio hasta las 20 horas del día 31 de julio), y la segunda quincena de agosto (desde las 20 horas del día 15 de agosto hasta las 20 horas del día 31 de agosto).

"El segundo periodo abarcará la primera quincena de julio (desde las 20 horas del 30 de junio hasta las 20 horas del día 15 de julio) la primera quincena de agosto (desde las 20 horas del día 31 de julio hasta las 20 horas del 15 de agosto) y los días no lectivos de septiembre (desde las 20 horas del 31 de agosto hasta las 20 horas del día inmediatamente anterior al comienzo lectivo de los menores en septiembre).

"- Navidad, comprendiendo el primer período desde la salida del colegio del último día lectivo hasta las 20 horas del día 30 de diciembre y el segundo desde ese día y hora hasta las 20 horas del día anterior al comienzo de las clases.

"En caso de desacuerdo sobre el período correspondiente a cada progenitor, la madre decidirá los años pares y el padre, impares, preavisando al otro progenitor con un mes de antelación y procediéndose a la entrega y recogida de los menores en el domicilio familiar.

"Respecto a los días de cumpleaños de los menores, ambos progenitores acuerdan que disfrutarán conjuntamente con los menores de dichas celebraciones. Para el caso de que alguno de los progenitores no deseara la celebración conjunta y la festividad coincidiera con el fin de semana o día festivo, se acuerda que los menores estarán con el progenitor que esa fecha le corresponda el régimen de visitas hasta las 17:00 horas, y con el otro desde dicha hora hasta las 21 horas.

"Si la festividad coincidiera en día entre semana, ambos progenitores acuerdan que le corresponderá estar con el menor a cada progenitor de forma alternativa, pudiendo el otro progenitor pasar a visitar a los menores durante dos horas, recogiénolo en el domicilio materno y reintegrándole en el mismo.

"Respecto a los cumpleaños de los progenitores y fiesta del día de la madre y el día del padre, acuerdan que los menores pasen el día con el progenitor al que corresponda la celebración. Si coincidieran las mismas con el periodo de visitas que le correspondiere al otro progenitor, ambos acuerdan ceder ese día a favor del otro para que los menores puedan disfrutar de dicha festividad con el progenitor correspondiente.

"Los días festivos no contemplados en el apartado Puentes, estos días se deberán repartir entre los cónyuges por iguales partes. La recogida tendrá lugar a las 11.00 horas en el domicilio familiar y será reintegrado ese mismo día en el domicilio familiar a las 20.30 horas.

"En cuanto a la COMUNICACIÓN ENTRE PROGENITORES, los progenitores facilitarán la comunicación con los menores, bien sea telefónicamente o por cualquier otro medio electrónico o audiovisual, respetando siempre las horas de descanso de los menores, establecido como hora límite las 22:00 horas.

"e. USO DEL DOMICILIO FAMILIAR.

"El uso y disfrute del domicilio familiar y ajuar doméstico deberá ser atribuido a los menores junto a la madre hasta que todos los menores tengan independencia económica o al menos, alcancen la mayoría de edad por ser los intereses de mayor protección.

"f. PENSIÓN DE ALIMENTOS.

"La pensión de alimentos que se debe establecer al padre a favor de los menores debe de ser de 1.437,64 euros mensuales, o lo que es lo mismo 479,21 euros por cada hijo, al ser proporcionada al caudal o medio de quien los da, a las necesidades de quien los recibe y la capacidad económica de la demandada.

"La pensión anteriormente establecida se hará efectiva en doce mensualidades al año, dentro de los cinco primeros días de cada mes, ingresándola en la cuenta corriente o de ahorro que al efecto deje designada la demandada y se actualizarán anualmente de acuerdo con el incremento que experimente el IPC fijado por el INE u organismo que lo sustituya, produciéndose la primera actualización al año de la Sentencia.

"Subsidiariamente, para el caso que se acordase por el Juzgado una guarda y custodia compartida, los gastos fijos mensuales de los menores que no supongan alimentación (relativos a su educación, vestidos, higiene personal de la casa, etc), así como los indirectos por vivir en el domicilio familiar y el traslado al colegio, deberán ser pagados en un 89 % por el actor y en un 11 % por la demandada al ser proporcional a la situación de la demandada y del actor.

"Los importes mencionados anteriormente se harán efectivos dentro de los cinco primeros días de cada mes, ingresándola en la cuenta corriente en la que ya se encuentran domiciliados dichos conceptos o en otra que al efecto dejen designada ambos progenitores.

"g. GASTOS EXTRAORDINARIOS.

"Todos los gastos extraordinarios de los menores, que serán aquellos de naturaleza no previsible, así como los gastos médicos, farmacéuticos de carácter extraordinario, excursiones, actividades extraescolares, etc y otros no periódicos pero necesarios para los menores, entendiéndose necesarios para el correcto desarrollo socio-efectivo, cultural y formativo de sus capacidades especiales de los menores, se sufragarán al 89 % por el actor y al 11 % por la demandada.

"Por el contrario, los gastos extraordinarios que no sean necesarios correrán por cuenta del progenitor que los promueva, salvo acuerdo expreso de ambos.

"h. CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS FAMILIARES.

"Conforme con que la cuota del préstamo hipotecario que grava el domicilio familiar, el IBI de ese inmueble y el seguro de la casa deban ser pagados al 50 % por actor y demandada.

"Todo ello con expresa imposición de costas a la demandante".

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Navalcarnero dictó sentencia de fecha 8 de febrero de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

"1.- Debo declarar y DECLARO la disolución por DIVORCIO del matrimonio formado por los cónyuges Dionisio y Justa con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, con los siguientes pronunciamientos:

"1º.- Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, cesando, salvo pacto en contrario, la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

"2º.- Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales.

"3º.- La titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponde conjuntamente a ambos progenitores.

"4º.- La guarda y custodia de los menores se atribuye a Doña Rita .

"Estableciéndose a favor del progenitor no custodia el siguiente régimen de comunicaciones y estancias con sus hijos:

"Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el lunes que los reintegrara en el centro escolar.

"Las tardes de los miércoles desde la salida del centro escolar hasta las 20:00 horas que reintegrara a los menores en el domicilio materno.

"El padre tendrá derecho a tener consigo a sus hijos la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, verano y cualquier otro que disfruten en el colegio. Para determinar cuáles sean dichos períodos se establece lo siguiente:

"- El primer período de vacaciones de Navidad será el comprendido desde las 10:00 horas del primer día de vacación escolar hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre. El segundo período será el comprendido desde las 20:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 20:00 horas del último día de vacación escolar. En caso de



desacuerdo de los progenitores para fijar estos períodos se establece que corresponderá a la madre elegir los años pares y al padre los impares.

".- El período de las vacaciones de Semana Santa será el comprendido las 10:00 horas del primer día de vacación escolar hasta las 20:00 horas del último día de vacación escolar, dividiéndose dicho período en dos partes iguales. En caso de desacuerdo de los progenitores para fijar estos períodos se establece que corresponderá a la madre elegir los años pares y al padre los impares.

".- En verano, el periodo de vacaciones escolares se dividirá en cuatro periodos, sin perjuicio de los acuerdos a que lleguen los progenitores. El primer período de vacaciones de verano será el comprendido desde las 10:00 horas del primer día de vacación escolar hasta las 20:00 horas del día 16 de julio, el segundo período será el comprendido desde las 20:00 horas del día 16 de julio hasta las 10:00 horas del día 1 de agosto, el tercero desde las 10:00 horas del día 1 de agosto hasta las 20:00 horas del día 16 de agosto, y el cuarto desde las 20:00 horas del día 16 de agosto hasta el último día de vacación escolar a las 20:00 horas.

"En caso de desacuerdo de los progenitores para fijar estos períodos se establece que corresponderá a la madre elegir los años pares y al padre los impares.

"La entrega y recogida se efectuará en el domicilio familiar, salvo cuando corresponda recoger a los menores a la salida del colegio.

"Durante las vacaciones quedará en suspenso el régimen de visitas de fin de semana y festivos.

".- En cuanto a comunicaciones telefónicas e información sobre rendimiento escolar, el progenitor custodio como detentador de la guarda y cuidados diarios y permanentes de los hijos menores, y como receptor de toda la información educativa de los menores, está en la obligación de comunicar al otro progenitor toda contingencia referente a su rendimiento, comportamiento escolar, etc., para aunar esfuerzos en orden a su buen desarrollo educativo y personal.

"Los padres deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Sobre comunicaciones telefónicas se establece que no es necesario que la resolución judicial establezca una forma concreta de comunicación para que éste pueda exigirse de la parte si se estima razonable y comprendida en el marco propio de las relaciones entre progenitor no custodio e hijos menores.

"5º.- Establecer una pensión de alimentos a favor de cada hijo de 250 euros mensuales. La citada cantidad total deberá ser ingresada por el padre en la cuenta que a tal efecto designe la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes y se actualizará anualmente, sin necesidad de previo requerimiento, con arreglo a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo y con efectos al 1 de enero de 2022.

"Los gastos extraordinarios, por tales, deben ser entendidos, en principio, aquellos imprevistos, que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de los hijos, el padre abonará el 65% y la madre el 35%.

"6º.- Se atribuye a los hijos y a la madre, al tener atribuida su guarda y custodia, el uso y disfrute del domicilio familiar. El préstamo hipotecario que pesa sobre la vivienda será abonado al 50% entre ambos progenitores, y la demandada deberá abonar los gastos de la vivienda, salvo aquellos que recaigan sobre la propiedad, como IBI y seguro del hogar.

"Sin especial condena en costas".

## **SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia**

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones de ambas partes procesales.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 24.ª Bis de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1303/21, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2022, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Dionisio representado por la Procuradora Doña Isabel Mora García contra la sentencia de fecha 8 de febrero de 2021, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 02 de Navalcarnero en el proceso de Divorcio contencioso 72/2020 y estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dª Justa, representada por la Procuradora Doña María Luisa Santamaría Caballero, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la expresada resolución, fijando la cuantía de la pensión de alimentos en la cantidad de 350€ al mes por cada hijo, a pagar en la forma prevista en la sentencia apelada, desde la fecha de la demanda. Se desestiman el resto de motivos de recurso.



"Dada la desestimación del recurso de apelación interpuesto por D. Dionisio se imponen las costas de dicho recurso al apelante. No se hace expresa imposición de las costas causadas respecto del recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Justa al haber sido estimado parcialmente".

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Isabel Mora García, en representación de D. Dionisio , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"MOTIVO PRIMERO DE CASACIÓN.- Vulneración del principio de favor filii y del artículo 92 del Código Civil, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º LEC en relación con lo dispuesto en el apartado tercero. Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre requisitos y criterios para acordar la custodia compartida.

"MOTIVO TERCERO (sic) DE CASACIÓN.- Por interés casacional en virtud de lo dispuesto en el artículo 477.2. 3º de la LEC por infracción de lo dispuesto en los artículos 148.1 y 106 del Código Civil en relación con el artículo 774.5 de la LEC. Infracción a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en materia de retroactividad de la obligación de pago de la pensión de alimentos expresada en las Sentencias de 26 de marzo de 2014, 3 de octubre de 2008 y 26 de octubre de 2011 y 12 de marzo de 2019.

"MOTIVO CUARTO (sic) DE CASACIÓN.- Por interés casacional en virtud de lo dispuesto en el artículo 477.2. 3º de la LEC por infracción de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales relativa a la imposición de costas en procesos de familia".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 25 de octubre de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir a trámite el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Dionisio contra la sentencia dictada con fecha de 30 de junio de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª de refuerzo), en el rollo de apelación núm. 1303/2021, dimanante del juicio de divorcio núm. 72/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Navalcarnero.

"2.º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación, con en su caso, sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. Y evacuado, dese traslado al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos.

"3.º) Inadmitir los motivos primero y tercero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Dionisio contra la sentencia dictada con fecha de 30 de junio de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª de refuerzo), en el rollo de apelación núm. 1303/2021, dimanante del juicio de divorcio núm. 72/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Navalcarnero.

"Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito. Posteriormente el Ministerio Fiscal también presentó el correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 1 de marzo de 2024 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 3 de abril del presente, fecha en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO**.- *Antecedentes relevantes*

Versa el presente recurso de casación, exclusivamente, sobre el carácter retroactivo del importe de los alimentos a favor de los hijos de los litigantes menores de edad, cuya cuantía fue elevada por sentencia dictada por la Audiencia Provincial, que revoca, en este aspecto, los fijados por el Juzgado de Primera Instancia de 250 euros por cada hijo a 350 euros desde la fecha de interposición de la demanda.

A los efectos decisorios del presente proceso partimos de los antecedentes siguientes:

1º.- D. Dionisio presentó demanda de divorcio contra su esposa D.<sup>a</sup> Justa , que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia número 2 de Navalcarnero (Madrid), lo que dio lugar a los autos de divorcio contencioso 72/2020.



2º.- Tramitado el procedimiento, se dictó sentencia en la que se decretó la disolución del vínculo matrimonial que unía a los litigantes, y se fijaron las medidas personales y patrimoniales derivadas de dicho pronunciamiento, entre ellas se atribuyó a la madre la guarda y custodia de los menores, régimen de visitas a favor del padre, titularidad conjunta de la patria potestad, uso de la vivienda familiar a madre e hijos, así como el padre abonará, en concepto de alimentos, la suma de 250 euros por cada uno de sus tres hijos y, en cuanto a los gastos extraordinarios se abonarán en la proporción de 65% el padre y 35% la madre, sin hacer especial condena en costas.

3º.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por ambas partes, que fue resuelto por sentencia de la sección vigesimocuarta bis de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó el formulado por el demandante, que pretendía se fijase una custodia compartida de los menores, y sí se estimó el formulado por la madre, elevando los alimentos a 350 euros por cada hijo desde la fecha de la demanda.

4º.- Contra dicha sentencia se interpuso por el demandante recurso de casación. Por auto de esta Sala de 25 de octubre de 2023, únicamente se admitió el segundo de los motivos de casación formulados. Al evacuar el traslado conferido el Ministerio Fiscal solicitó la estimación de este motivo del recurso, con apoyo, para ello, en la STS 6/2024, de 8 de enero, que sistematiza la doctrina existente al respecto.

#### **SEGUNDO.- Examen del único de los motivos de casación admitido**

Con apoyo en la correspondiente jurisprudencia de esta sala, el recurrente sostiene se produjo la infracción del art. 148.1 del CC, en relación con los arts. 106 CC y 774.5 LEC.

Razona, la parte recurrente, que los alimentos se devengan desde la fecha de interposición de la demanda cuando son fijados por primera vez, pero sí se disminuye o se eleva su cuantía, por sentencia dictada por la audiencia, la nueva pensión produce sus efectos desde la fecha en que es dictada por dicho tribunal provincial, y no con eficacia retroactiva desde la interposición de la demanda ante el juzgado de primera instancia. No obstante, cuando es la audiencia la que fija la pensión de alimentos, por primera vez, al ser desestimada dicha pretensión en primera instancia, el devengo de dicha pensión se produce, entonces, desde la fecha de interposición de la demanda.

Al no haber procedido de tal forma el tribunal provincial, desconociendo la reiterada jurisprudencia existente al respecto, el recurso debe ser estimado.

La cuestión controvertida ha sido abordada por la sentencia 6/2024, de 8 de enero, que sintetiza la doctrina jurisprudencial al respecto en los términos siguientes:

"En la sentencia 412/2022, de 23 de mayo, abordamos la cuestión debatida en el proceso en los términos siguientes:

""(i) Los alimentos cuando se fijan, por primera vez, se devengan desde la fecha de interposición de la demanda en aplicación del art. 148.1 CC, incluso cuando sean establecidos por la Audiencia, al haber sido desestimados por el juzgado.

"En este sentido, nos hemos pronunciado, por ejemplo, en la sentencia 644/2020, de 30 de noviembre, que reproduce la doctrina de la sentencia 86/2020, de 6 de febrero, cuando señala:

"Sobre la cuestión controvertida, relativa a la aplicación de la retroactividad limitada de los alimentos determinada en el art. 148 CC, debe de destacarse la reciente sentencia de esta sala STS 86/2020, de 6 de febrero, que ha venido a determinar: "[...] cuando la pensión se fija en la primera instancia, la pensión se ha de abonar desde la fecha de interposición de la demanda ( art. 148 del C. Civil)".

"En igual sentido la sentencia invocada por el recurrente, de 17 de enero de 2019, cuando declara que "será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación ...".

"Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, debemos entender que se acierta en la sentencia recurrida cuando se fijan los alimentos desde la interposición de la demanda, dado que la sentencia de la Audiencia Provincial es la primera sentencia que fija los alimentos, ya que la sentencia del juzgado no los fijaba y dejaba sin efecto los establecidos en el auto de medidas'.

"En este mismo sentido, relativo a que los alimentos se devengan desde la interposición de la demanda en primera instancia, las sentencias 483/2017, de 20 de julio, 183/2018, de 4 de abril y 32/2019, de 17 de enero.

""(ii) Cuando los alimentos fijados en primera instancia se elevan o reducen en segunda instancia, el importe fijado por el tribunal provincial se devenga desde la fecha de la sentencia de la alzada, no desde la dictada en primera instancia.





En efecto, ya sea por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, '[...] 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' ( sentencias 162/2014, de 26 de marzo y 573/2020, de 4 de noviembre).

"Por eso, la elevación de cantidad fijada en apelación solo opera desde la fecha de la sentencia de la Audiencia, así nos pronunciamos en la sentencia 575/2019, de 5 de noviembre, en la que señalamos:

"En la sentencia recurrida se aumenta la pensión de alimentos, y se determina su pago desde la interposición de la demanda, en contra de lo determinado jurisprudencialmente ( sentencia 459/2018 de 18 de julio, entre otras).

"Es doctrina de esta sala (sentencias de 15 de junio de 2015 y 26 de marzo de 2014) que de acuerdo con los arts. 774.5 LEC y 106 del C. Civil, las resoluciones que modifiquen los alimentos solo son operativas desde que se dicten, por lo que la cantidad que se fija en apelación solo es exigible desde la fecha de la sentencia de segunda instancia.

"En base a lo expuesto, al asumir la instancia esta sala, debe declarar que la cantidad de 400 euros de alimentos deberá abonarse desde la fecha de la sentencia de segunda instancia, para no incurrir en retroactividad'.

"De igual manera, nos expresamos en la sentencia 32/2019, de 17 de enero, en la que resolvimos:

"La aplicación de la anterior doctrina determina que, en este caso, el motivo haya de ser estimado ya que la sentencia recurrida eleva la pensión de alimentos para la menor a la cantidad de 300 euros mensuales y acuerda que el efecto de dicho incremento ha de retrotraerse al momento de interposición de la demanda (31 de julio de 2014) cuando la solución seguida por la jurisprudencia de esta sala da lugar a que el incremento tenga efecto exclusivamente desde la fecha del auto de complemento de la sentencia dictada por la Audiencia, que fue el que ha dado lugar a dicha elevación (3 de abril de 2018)'.  
JURISPRUDENCIA

"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 llevaron 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 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.

"En el mismo sentido, además de las citadas, las sentencias 389/2015, de 23 de junio y 183/2018 de 4 de abril.

"(iii) Las sucesivas modificaciones de la cuantía de los alimentos, en virtud de procedimientos de revisión por alteración sustancial de circunstancias, desencadenan su eficacia a partir del momento en que fueron dictadas.

"Así, en las sentencias 86/2020, de 6 de febrero y 644/2020, de 30 de noviembre, proclamamos:

"Esta Sala mantiene una doctrina constante en relación con la retroactividad de la pensión alimenticia, entendiendo que cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije (si es diferente a la de primera instancia), opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación'.

"(iv) Todo ello, sin perjuicio de descontar las cantidades abonadas en concepto de alimentos por el condenado a su abono para evitar pagos duplicados de la misma prestación.

"Así, en la sentencia 644/2020, de 30 de noviembre, dijimos:

"Sin embargo, sí debe estimarse parcialmente el motivo, en el sentido de que habrá de descontarse lo pagado en concepto de alimentos en virtud de medidas coetáneas a la interposición a la demanda, tal y como se solicita, para evitar el pago duplicado ( sentencia 600/2016, de 6 de octubre, y las que ella cita)'.  
JURISPRUDENCIA

"Cabe, en consecuencia, descontar las que se venían abonando durante la sustanciación del procedimiento siempre claro está cuando se demuestre cumplidamente el pago por quien lo invoca.



"En el concreto caso de la sentencia 459/2018 de 18 de julio, de modificación de medidas por cambio de residencia, de menor de 17 años, pasando de custodia materna a paterna, resolvimos que:

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

"(v) No procede la devolución de los alimentos consumidos aunque la obligación de prestarlos fuera reducida o extinguida.

"Dicha regla es manifestación de una reiterada doctrina de este tribunal que se remonta a la antigua sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en las sentencias de 202/2015, de 24 de abril y 573/2016, de 29 de septiembre, conforme a la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, 'de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida'. ( STS 483/2017, de 20 de julio y 630/2018 de 13 de noviembre). Su fundamento se encuentra en el carácter consumible de los mismos ( sentencias 600/2016, de 6 de octubre 2016 y 147/2019, de 12 de marzo)".

"La doctrina se reproduce en sentencias ulteriores 914/2022, de 15 de diciembre y 1429/2023, 17 de octubre".

### **TERCERO.- Costas y depósito**

La estimación del recurso de casación conlleva no se haga especial condena en costas ( art. 398 LEC) y que proceda la devolución del depósito constituido para recurrir ( disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

## **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. Dionisio , contra la sentencia n.º 549/2022, de 30 de junio, dictada por la Sección Vigésimocuarta bis de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 1303/2021.

2.º- Casar la expresada sentencia en el único sentido de que el incremento de la pensión de alimentos fijada a cargo del padre por el tribunal provincial en la suma de 350 euros por cada hijo, desencadenará sus efectos desde la fecha de dicha sentencia, que sustituye la pensión establecida por el juzgado de 250 euros por cada hijo, siendo ésta última la que se devengará desde la fecha de interposición de la demanda, con ratificación del resto de los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial.

3.º- No realizar mención especial sobre las costas procesales del recurso de casación interpuesto, con devolución del depósito constituido para recurrir.

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

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

Así se acuerda y firma.