



Roj: **STS 349/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:349**

Id Cendoj: **28079110012020100087**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/02/2020**

Nº de Recurso: **1943/2019**

Nº de Resolución: **86/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 86/2020**

Fecha de sentencia: 06/02/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1943/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 1943/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 86/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 6 de febrero de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de enero de 2019 y su auto de aclaración de 5 de febrero de 2019, dictada en recurso de apelación 64/2018, de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio de relaciones paternofiliales, por reclamación de guarda, custodia y **alimentos**, núm. 1143/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de DIRECCION000 ; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Ambrosio , representado en las instancias por el procurador D. Juan Manuel Cortina Fitema, bajo la dirección letrada de D. Joan Cerdá Subirachs, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Nieves , representada por la procuradora Dña. Cristina Méndez Rocasolano, bajo la dirección letrada de Dña. Inmaculada Díaz Girón y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** Dña. Nieves , representada por la procuradora Dña. Marta Lucas Cedillo y dirigida por la letrada Dña. Inmaculada Díaz Girón, interpuso demanda de relaciones paternofiliales contra D. Ambrosio y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"En la que se acuerden las siguientes medidas definitivas en relación al **hija** común:

"- Patria potestad: habrá de ser compartida tomando de común acuerdo las decisiones más importantes que afecten a la **menor**. En caso de discrepancia habrán de someterlas a la decisión judicial.

"- La custodia de la **menor** habrá de ser atribuida a la madre, Dña. Nieves con quien convivirá en Madrid.

"- Domicilio familiar: no procede efectuar atribución del domicilio familiar (" DIRECCION001 ", CALLE000 "Complejo DIRECCION002 " NUM000 , Municipio de DIRECCION003 , Ibiza) a favor de la **menor** por cuanto la misma ya no la usa. Procede fijar día y hora para que Dña. Nieves pueda retirar todos sus enseres y efectos personales y de la **menor** que quedaron en dicho domicilio que fue familiar.

"- Régimen de comunicación: a falta de acuerdo, el padre podrá comunicar con su **hija** de la siguiente forma:

"Fines de semana.- El padre tendrá a la **hija** consigo los fines de semana alternos, desde el viernes a la hora de salida del colegio, donde podrá recogerla, hasta el domingo por la tarde donde el padre la reintegrará al domicilio en el que resida.

"Un fin de semana la **menor** se trasladará a Ibiza y otro el padre se trasladará a Madrid.

"El fin de semana que la **hija** se traslade a Ibiza, la entrega se efectuará en el aeropuerto de Madrid y la recogida en el de Ibiza. Hasta que la **menor** tenga 10 años, para los viajes en avión irá acompañada del padre o persona de confianza de la **menor**.

"El fin de semana que el padre se traslade a Madrid, la recogerá el viernes a la salida del colegio o en su defecto en el domicilio familiar y la entregará el domingo por la tarde en el domicilio familiar.

"Los denominados "puentes" o días de vacación escolar unidos a un determinado fin de semana, quedarán incluidos en éste a favor del progenitor a quien corresponda dicho fin de semana, en la misma extensión y horarios fijados en el párrafo anterior.

"Los días intersemanales, el padre podrá comunicar con la **hija** tres días a la semana, martes, miércoles y jueves, mediante videoconferencia, preferentemente en horario de 19:30 a 20:00 h.

"Vacaciones de Semana Santa.- Las vacaciones escolares de Semana Santa, la **hija** la disfrutará de forma alterna con cada progenitor. Dos años seguidos el padre y un año la madre, comenzando el año 2015 el padre. Comenzarán el día siguiente no lectivo y finalizarán el día anterior al comienzo de las clases.

"Vacaciones de verano.- Los meses de julio y agosto, se distribuirán, entre ambos progenitores por quincenas. En caso de desacuerdo, los años impares, las primeras quincenas corresponden al padre y las segundas quincenas a la madre y los años pares, al revés.

"Las vacaciones escolares de junio y septiembre se disfrutarán con el padre íntegramente.

"Comenzarán el día siguiente no lectivo y finalizarán el día anterior al comienzo de las clases.

"Vacaciones de Navidad.- Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán por mitad. La primera mitad se considerará desde el día siguiente al comienzo de las vacaciones hasta las 20 h. del día 29 de diciembre; y la



segunda mitad, desde el día 29 de diciembre a las 20 h. hasta el día anterior a la incorporación de la **menor** al colegio a las 20 h. La primera mitad, corresponde al padre y la segunda mitad, a la madre. *Es lo que viene haciendo la niña desde su nacimiento y lo más práctico para la reincorporación de la niña al colegio.*

"Comenzarán el día siguiente no lectivo y finalizarán el día anterior al comienzo de las clases.

"Durante las citadas vacaciones de Navidad, verano y Semana Santa, quedará en suspenso el régimen de visitas de fines de semana alternos, por lo que el primer fin de semana tras las vacaciones escolares, y salvo acuerdo en otro sentido entre los progenitores, corresponderá estar con la **hija** al progenitor que no estuvo en su compañía el fin de semana anterior al finalizar el período vacacional.

"Las recogidas y entregas en los periodos vacacionales se efectuarán por el padre en el domicilio de la **menor** o en su defecto en el aeropuerto de Madrid en la misma extensión y horarios que los expuestos para los fines de semana.

"En todo momento, el progenitor con el que se encuentre la **hija menor**, informará al otro del lugar donde se encuentra y permitirá y facilitará la comunicación telefónica con el otro progenitor, siempre en horas que no sean inoportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida de la **menor**.

"- Contribución a los **alimentos** de la **menor**.- D. Ambrosio abonará, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que designe la madre, en concepto de pensión de **alimentos** la cantidad de 2.700 euros para cubrir los **alimentos** ordinarios (en toda su extensión, vivienda, educación y ordinarios) de su **hija** Flora . Dicha cantidad será anualmente actualizada según las variaciones que experimenten los índices de precios al consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística, con efectos de uno de enero. Se devengará desde la fecha de presentación de la demanda de medidas previas.

"Los gastos de transporte para los desplazamientos de la **menor** a Ibiza, tanto del régimen ordinario como en los periodos vacacionales serán a cargo exclusivo del padre.

"- Gastos extraordinarios: serán abonados al 97% el padre y 3% la madre, debiendo ser decididos y aprobados por ambos, salvo los necesarios y urgentes que no requerirán el consentimiento.

"Con los demás pronunciamientos legales inherentes y expresa condena en costas al demandado si se opone a tan justa petición".

**2.-** El demandado D. Ambrosio , representado por la procuradora Dña. Nuria Sandoval Asenjo y bajo la dirección letrada de D. Joan Cerdá Subirachs, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que acuerde los siguientes efectos en relación a la **hija** común, Flora :

"Patria potestad.- Compartida entre ambos progenitores.

"Atendiendo a la distancia física entre los progenitores, el no custodio tendrá la obligación de informar al otro de todos los avatares referidos al día a día de la **menor** referidos, primordialmente, a salud y educación (incluyendo actividades extraescolares) y hacerlo a través de la cuenta de correo electrónico que se designe y al menos una vez cada dos semanas.

"Custodia.- Atribuida al padre, Ambrosio , con quien convivirá la **menor**.

"Domicilio familiar.- No procede hacer ningún pronunciamiento, ya que ya no existe.

"Régimen de comunicación y estancia:

"-Periodo lectivo. El progenitor no custodio podrá estar con la **menor** un total de 17 fines de semana, eligiendo libremente éstos con la única condición de comunicarlo al otro progenitor con 30 días de antelación; en caso de festivos escolares se podrán sumar a los fines de semana.

"-Vacaciones de Navidad. Desde el último momento lectivo hasta el día 30 de diciembre a las 22:00 horas con el padre en años pares y con la madre en los años impares y viceversa.

"-Vacaciones de Semana Santa. Con el progenitor no custodio.

"-Vacaciones de verano. Desde la salida del colegio en junio hasta dos días antes de la entrada en septiembre, con un paréntesis de 20 días que el progenitor custodio podrá determinar con una antelación de 90 días.

"-Skype. El progenitor custodio tendrá la obligación de que la **menor** contacte con el otro progenitor a través de Skype o sistema similar de videoconferencia los lunes, miércoles, viernes y domingos entre las 19:30 y las 20:00 y por un periodo mínimo de 15 minutos. La obligación decaerá si ese mismo día la **menor** haya estado o vaya a estar con el otro progenitor.



"Operativa de los traslados de la **menor**. El intercambio de la **menor** se hará en el aeropuerto que corresponda. Los progenitores tendrán la obligación de entregar o de recoger personalmente o a través de persona de confianza a la **menor** en el aeropuerto que corresponda; el progenitor con el que esté la **menor** deberá entregarla en el aeropuerto del lugar al que la **menor** se desplace. También podrán optar por adquirir pasajes para la **menor** con servicio de acompañamiento hasta que, por su **edad**, la **menor** pueda volar sola; en este caso, remitirá los correspondientes pasajes al otro progenitor con una antelación mínima de 2 días y el otro progenitor tendrá la obligación de acompañar y recoger a la **menor** del aeropuerto. Los gastos ocasionados por los vuelos de la **menor** tendrán la consideración de gasto extraordinario.

"**Alimentos** - El progenitor no custodio abonará en la cuenta bancaria que determine el progenitor custodio, en concepto de pensión de **alimentos**, la cantidad mensual de 300.-€, que será pagada entre los días 1 y 5 de cada mes y se actualizará de acuerdo con el IPC; la primera actualización tendrá efectos de 01/01/2017.

"Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad por los progenitores y tendrán la consideración de tales los determinados en los criterios jurisprudenciales y, además:

"1. El coste de los desplazamientos aéreos de la **menor** contemplados en el régimen de comunicación y estancia.

"2. El coste estricto del colegio privado al que pueda asistir la **menor** si hay acuerdo entre los progenitores para que la **menor** acuda a un determinado centro privado. En caso de desacuerdo, el progenitor custodio podrá matricular a la **menor** en un centro privado, pero asumirá la totalidad del coste.

"Como petición subsidiaria, y para el improbable caso de que no prospere la principal una vez se haya practicado la prueba que en el momento procesal oportuno se acuerde, se formula la petición consistente en la inversión de la petición de custodia para el padre contenida en la petición principal, con mantenimiento de los restantes efectos.

"En ambos casos con los pronunciamientos legales inherentes que correspondan, incluidos los relativos a costas procesales".

**3.-** El fiscal, previo emplazamiento, se personó en la causa y contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables suplicando al Juzgado que:

"Previos los trámites legales y la práctica de las pruebas propuestas dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados".

**4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de DIRECCION000 se dictó sentencia, con fecha 18 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Estimar parcialmente la demanda presentada por la representación procesal de Dña. Nieves contra D. Ambrosio, y en su mérito acuerdo las siguientes medidas:

A) La patria potestad de la **hija menor** de los litigantes, Flora, seguirá correspondiendo a sus dos progenitores.

B) La guardia y custodia de la **menor** se atribuye a Dña. Nieves.

C) El régimen de visitas que se establece a favor del padre respecto de la **hija** común será el que libremente estipulen entre ambos progenitores de manera conjunta y atendiendo a la **edad** de la **menor** y, en su defecto, se estipula el régimen de visitas a favor del progenitor no custodio en el siguiente sentido:

Se fija un régimen de visitas en favor del progenitor no custodio de fines de semana alternos, uno de los cuales se llevará a efecto sin desplazamiento de la **menor**, en Madrid, y el otro con desplazamiento de la **menor** a Ibiza de la siguiente manera:

a) Cuando el régimen de visitas deba desarrollarse con pernocta de la **menor** en Madrid, el Sr. Ambrosio recogerá a la **menor** del centro escolar a la salida del colegio del viernes y la reintegrará al domicilio que constituya la residencia habitual de la **menor** con su madre a las 21:00 horas del domingo.

b) El fin de semana que la **menor** deba de viajar a Ibiza, la madre deberá llevar a la **menor** al aeropuerto de Madrid-Barajas para que la **menor** pueda embarcar la tarde del viernes con destino Ibiza (para lo que se deberá tener en cuenta la hora de salida del colegio y el tiempo normal de traslado al aeropuerto de Madrid), debiendo tomar como máximo un vuelo que tenga prevista su llegada a Ibiza, como tarde, antes de las 23:00 horas, siendo recogida en el aeropuerto de dicha localidad por el progenitor paterno. En dicho fin de semana, para el retorno de la **menor**, el padre llevará a Flora al aeropuerto de Ibiza el domingo para que su **hija** pueda tomar el avión que tenga prevista su llegada al aeropuerto de Madrid antes de las 23:00 horas (lugar en el que la **menor** será recogida por su madre). Dichos viajes podrán realizarse mediante la utilización de los servicios de



acompañamiento de **menores** de las compañías aéreas (viaje que no habrá de ser necesariamente directo). Se acuerda que el billete de ida de la **menor** a Ibiza sea seleccionado y abonado por la madre (que deberá asegurarse de que la **menor** tome un vuelo que tenga prevista su llegada a Ibiza, como tarde, a las 23:00 horas) y que el billete de regreso desde Ibiza a Madrid sea seleccionado y abonado por el padre (que deberá asegurarse de que la **menor** tome un vuelo que tenga prevista su llegada a Madrid, como tarde, a las 23:00 horas). Ambos progenitores deberán notificarse al menos con una semana de antelación los datos exactos de los billetes, avión y hora prevista de aterrizaje del avión en el que Flora va a viajar.

Los denominados "puentes" o días de vacación escolar inmediatamente unidos al fin de semana, quedarán efectivamente unidos a éste en favor del progenitor a quién corresponda dicho fin de semana, en la misma extensión y horarios que los ya referidos.

- Los periodos vacacionales correspondientes a la Navidad se disfrutarán por mitad siendo la primera mitad, desde el día siguiente al comienzo de las vacaciones las 20:00 horas como tarde, hasta las 20 horas del día 30 de diciembre y la segunda mitad, desde este momento hasta las 20:00 horas del día anterior al inicio de las clases, siendo que en todo caso corresponderá al padre la primera mitad y a la madre la segunda mitad. Se acuerda que el billete de ida de la **menor** a Ibiza sea seleccionado y abonado por la madre (que deberá asegurarse de que la **menor** tome un vuelo que tenga prevista su llegada a Ibiza, como tarde, a las 20:00 horas) y que el billete de regreso desde Ibiza a Madrid sea seleccionado y abonado por el padre (que deberá asegurarse de que la **menor** tome un vuelo que tenga prevista su llegada a Madrid, como tarde, a las 20:00 horas). Así, las entregas y recogidas de la **menor** en este periodo vacacional se harán en los correspondientes aeropuertos de Ibiza y Madrid. Ambos progenitores deberán notificarse al menos con 15 días de antelación al inicio de las vacaciones de navidad los datos exactos de los billetes, avión y hora prevista de aterrizaje del avión en el que Flora va a viajar durante dicho periodo navideño.

- Las vacaciones de Semana Santa serán disfrutadas por entero por Flora con uno de sus progenitores, que se alternarán cada año en el disfrute de dicho periodo vacacional con la **menor**, en concreto, y salvo acuerdo en contra, en los años pares con la madre y en los impares con el padre. Cuando le corresponda al padre estar con Flora, y a efectos de evitar problemas de ejecución se acuerda que el billete de ida de la **menor** a Ibiza sea seleccionado y abonado por la madre (que deberá asegurarse de que la **menor** tome un vuelo que tenga prevista su llegada a Ibiza, como tarde, a las 23:00 horas del último día lectivo) y que el billete de regreso desde Ibiza a Madrid sea seleccionado y abonado por el padre (que deberá asegurarse de que la **menor** tome un vuelo que tenga prevista su llegada a Madrid, como tarde, a las 23:00 horas del último día de vacaciones). Así, las entregas y recogidas de la **menor** en este periodo vacacional se harán en los correspondientes aeropuertos de Ibiza y Madrid. Ambos progenitores deberán notificarse al menos con 15 días de antelación al inicio de las vacaciones de Semana Santa los datos exactos de los billetes, avión y hora prevista de aterrizaje del avión en el que Flora va a viajar durante dicho periodo vacacional.

- Las vacaciones de verano se disfrutarán por mitad en dos bloques o periodos de tiempo seguidos para su disfrute. Así, el primer periodo de tiempo comprenderá desde el día siguiente al comienzo de las vacaciones de verano en el mes de junio (como tarde a las 23:00 horas en los términos que luego se dirán) hasta las 23:00 horas del día 31 de julio. El segundo periodo comprenderá desde este momento hasta las 23:00 horas del día anterior al inicio de las clases en el mes de septiembre. Salvo acuerdo en contrario, la **menor** estará con la madre las vacaciones estivales referidas de los meses de junio y julio con su madre y las de los meses de agosto y septiembre con su padre en los años pares y a la inversa en los años impares. Se acuerda que cuando Flora deba viajar a Ibiza a disfrutar de sus vacaciones estivales con su padre, el billete de ida de la **menor** a Ibiza será seleccionado y abonado por la madre (que deberá asegurarse de que la **menor** tome un vuelo que tenga prevista su llegada a Ibiza, como tarde, a las 23:00 horas de primer día del periodo correspondiente) y que el billete de regreso desde Ibiza a Madrid será seleccionado y abonado por el padre (que deberá asegurarse de que la **menor** tome un vuelo que tenga prevista su llegada a Madrid, como tarde, a las 23:00 horas del último día del periodo de vacaciones que le corresponda estar con la **menor**). Así, las entregas y recogidas de la **menor** en este periodo vacacional se harán en los correspondientes aeropuertos de Ibiza y Madrid. Ambos progenitores deberán notificarse al menos con un tiempo de 15 días de antelación al inicio de las vacaciones de verano los datos exactos de los billetes, avión y hora prevista de aterrizaje del avión en el que Flora va a viajar durante dicho periodo estival.

- Durante los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano quedará interrumpido el régimen ordinario de visitas de fines de semana alternos, por lo que el primer fin de semana tras las vacaciones escolares, salvo acuerdo en contrario, la **menor** estará con el progenitor que no estuvo en su compañía el fin de semana anterior al inicio del periodo vacacional.

- Ambos progenitores facilitarán las comunicaciones telefónicas de la **menor** con el otro progenitor. Así, los progenitores habrán de comunicarse mutuamente el lugar en el que el **menor** pasará sus estancias





vacacionales y se habrán de permitir y facilitar las comunicaciones telefónicas diarias entre la **menor** y el progenitor que no esté en ese momento en su compañía, con respeto en todo caso de los horarios de reposo y de estudios de la **menor**.

D) Se fija una pensión de **alimentos** a favor de la **hija** común y a cargo del progenitor paterno, a abonar por meses anticipados, de 1.268 euros mensuales para cubrir **alimentos** ordinarios (en toda su extensión, vivienda, educación y ordinarios), actualizables anualmente a fecha 1 de enero de cada año según las variaciones que experimente el índice de precios al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya (siendo la primera actualización en fecha 1 de enero de 2018), pensión que se devengará desde la fecha de interposición de la demanda (esto es, desde el 9 de diciembre de 2014), debiendo ser abonada por el progenitor paterno en la cuenta bancaria que designe la madre dentro de los cinco primeros días de cada mes. En cuanto a los gastos extraordinarios, D. Ambrosio abonará el 85% de los mismos y Dña. Nieves el 15% restante.

E) No ha lugar a especial pronunciamiento sobre atribución del uso del que fue domicilio familiar a instancia de ambas partes.

F) No ha lugar a especial pronunciamiento sobre atribución del uso del que fue domicilio familiar ni sobre costas, abonando cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Se desestima la solicitud del empadronamiento de la **menor** en la isla de Ibiza por cuanto el domicilio habitual de la **menor** está en la provincia de Madrid".

Y con fecha 7 de junio de 2017 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva señala:

"Qué procede aclarar la sentencia dictada en fecha 18 de mayo de 2017 tan sólo en cuanto a que cuando se señala en la parte dispositiva que el progenitor no custodio tendrá un régimen de visitas de fines de semana alternos, "uno de los cuales se llevará a efecto sin desplazamiento de la **menor** en Madrid", se debe entender en el sentido de que la **menor** habrá de tener la residencia a efectos de pernocta en la Comunidad de Madrid en tal fin de semana, y cuando se señala que el otro fin de semana se realizará "con desplazamiento de la **menor** a Ibiza", se debe entender que la **menor** tendrá que tener su residencia en dicho fin de semana a efectos de pernocta en la isla de Ibiza.

"El resto de la resolución se mantiene en sus propios términos.

"Contra este auto no cabe recurso alguno ex art. 214.4 LEC sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia, auto o decreto a que se refiriera la solicitud o la actuación del Tribunal".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada e impugnada la sentencia por la parte demandante, la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 9 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Ambrosio representado por el procurador D. Juan Manuel Cortina Fitera, así como la impugnación interpuesta por Dña. Nieves, frente a la sentencia de fecha 18 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de DIRECCION000 seguidos contra Dña. Nieves representada por la procuradora Dña. Cristina Méndez Rocasolano en autos de guarda, custodia, **alimentos** núm. 1143/14; debemos confirmar y confirmamos la citada resolución remitiéndose a los fundamentos antes expuestos y sin hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las causadas en la segunda instancia.

"Con pérdida del depósito constituido, salvo que sean beneficiarios de justicia gratuita".

Y con fecha 5 de febrero de 2019, se dictó auto de aclaración en el que se acuerda:

"Rectificar el error material padecido en la redacción de la sentencia núm. 10 de fecha 9/01/19, en el sentido de que donde dice " Fermín ", debe decir: " Ambrosio " que es lo correcto y donde dice "Juzgado de Primera Instancia núm. 64 de Madrid", debe decir: "Juzgado Mixto núm. 2 de DIRECCION000 ", manteniéndose la resolución en todos sus pronunciamientos".

**TERCERO.- 1.-** Por D. Ambrosio se interpuso recurso de casación basado en el siguiente motivo:

Motivo único.- Se denuncia la infracción por aplicación indebida del 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 y su traslación a la doctrina del Tribunal Supremo hecha en STS 162/2014, de 26 de marzo de: "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".



Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 25 de septiembre de 2019, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Cristina Méndez Rocasolano, en nombre y representación de Dña. Nieves, presentó escrito de oposición al mismo, al igual que el fiscal que tras realizar las alegaciones que estimó oportunas manifestó en su conclusión:

"En consecuencia, procede la desestimación del motivo, acordar el pago de **alimentos** desde la demanda en la cantidad estimada en la sentencia de instancia y corregir el pronunciamiento de la sentencia de apelación que los efectos se producirán del pago de la pensión de **alimentos** desde el día de la sentencia de instancia, por la fecha de la demanda, presentando el motivo por ello interés casacional".

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 28 de enero de 2020, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes.

Por la parte aquí recurrida se presentó en DIRECCION000, demanda en fecha 9 de diciembre de 2014, sobre guarda y custodia de **hija** no matrimonial, en que reclamó para sí, la custodia sobre la **menor** nacida en NUM001 de 2009 y las medidas que indicaba. Con carácter previo, y por el juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ibiza, se dictó auto de medidas previas de fecha 28 de octubre de 2014, en que se acordó la custodia materna, régimen de visitas de la **menor** a favor del padre, y una pensión de **alimentos** a cargo del padre de 700,00 euros mes, más mitad de gastos extraordinarios.

Mediante sentencia dictada en fecha 18 de mayo de 2017, y en lo que al presente interesa, se ratifica la custodia materna acordada en medidas previas, y se eleva el importe de la pensión de **alimentos** fijado en dicho auto a 1268,00 euros desde la interposición de la demanda, en fecha 9 de diciembre de 2014.

La sentencia es recurrida en apelación. El padre reclama la custodia compartida y medidas inherentes, y en lo que al presente interesa, también recurre la imposición de la pensión de **alimentos** de 1268,00 euros desde la presentación de la demanda. La madre se opuso al recurso e impugnó la sentencia, solicitando se aumente el importe de la pensión de **alimentos**. La Audiencia desestima el recurso y la impugnación, confirmando la sentencia recurrida en apelación. Si bien en lo que al presente interesa, retroactividad en el pago del importe de la pensión a la fecha de presentación de demanda, -pues es lo único que se debate en casación- resuelve en su fundamento de derecho tercero, que:

"[...] Esta Sala en cuanto a la última petición difiere en su totalidad y la resolución que establece la pensión de **alimentos** en el procedimiento de relaciones paterno filiales desde ese momento deja de tener efecto lo acordado en medidas provisionales y comienza la vigencia de las medidas acordadas en la resolución dictada, es decir los **alimentos** son debidos en el momento del dictado de la resolución de fecha 18 de mayo de 2017, ya que con anterioridad regía el auto de medidas provisionales y por tanto desde esa fecha son debidos desde su establecimiento y no desde la notificación que es un hecho totalmente ajeno a la resolución y la declaración que contiene la resolución dictada".

Solicitada aclaración/rectificación por el ahora recurrente, ante la incongruencia entre el fundamento de derecho y el fallo, mediante auto de fecha 5 de febrero de 2019, si bien se rectifica un error material, no se accede a la rectificación/ aclaración interesada.

Por la parte recurrente se formaliza recurso de casación al amparo art. 477.2. 3.º LEC, invocando la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En el recurso explica que:

"Con el presente recurso se denuncia la infracción por aplicación indebida del 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 y su traslación a la doctrina del Tribunal Supremo hecha en STS 162/2014, de 26 de marzo de: "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".

"La sentencia de la AP, en su FD tercero mantiene que "(...) la resolución que establece la pensión de **alimentos** en el procedimiento de relaciones paterno filiales desde ese momento deja de tener efecto lo acordado en medidas provisionales y comienza la vigencia de las medidas acordadas en la resolución dictada, es decir



los **alimentos** son debidos en el momento del dictado de la resolución de fecha 18 de mayo de 2017, ya que con anterioridad regía el auto de medidas provisionales y por tanto desde esa fecha son debidos desde su establecimiento y no desde la notificación que es un hecho totalmente ajeno a la resolución y la declaración que contiene la resolución dictada" pero, al desestimar el recurso, mantiene lo acordado por el juez a quo, cuando en el fallo (apartado D) se establece una pensión de **alimentos** de 1.268€ mensuales, "pensión que se devengará desde la fecha de interposición de la demanda (esto es, desde el 9 de diciembre de 2014)".

"Tan confusa redacción en la sentencia de segunda instancia, en aparente contradicción con el fallo, fue resuelta al desestimar la petición de aclaración/rectificación formulada por esta parte que, implícitamente y a su vez, supone dejar incólume la sentencia de primera instancia y, por consiguiente, la retroactividad de una pensión de **alimentos** (a 09/12/2014) pese que ya existía una primera resolución de fijación de dicha pensión dictada por un juzgado de Ibiza/Eivissa en sede de medidas provisionales previas, como está recogido y acreditado en autos.

"Este caso muestra interés casacional, puesto que se ha apreciado por esta parte contradicción jurisprudencial respecto a la doctrina al respecto del fondo del asunto contenida en la STS de 26/03/2014 y en las SSTs de 03/10/2008; 26/10/2011 y 18/11/2014...".

La cuestión jurídica, lo es la retroactividad del importe de pensión de **alimentos** fijado en la sentencia de primera instancia, la cual aumenta el importe, retro trayéndose al momento de interponerse la demanda -siendo que por auto de medias previas ya se había fijado la pensión en 700 euros mes.

El Ministerio Fiscal ante esta sala informó:

"Se interponen un motivo de casación con amparo en lo dispuesto en el art. 477.2.3.º y 3 LEC en interés casacional, al alegarse que el contenido de la resolución que se recurre está en contradicción con la jurisprudencia de la Sala Primera TS en materia de **alimentos** para hijos **menores** en cuanto es contraria al art. 148.1 CC cuando afirma que el pago de los **alimentos** se debe hacer con efecto retroactivo, desde la fecha en que se interponga la demanda, pero como hubo unas medidas provisionales previas éstas impiden ese efecto desde la fecha de interposición de la demanda y debe serlo, dice el recurrente, desde la sentencia de instancia.

"En definitiva bajo el manto del recurso de casación en interés casacional se pretende que se aclare por qué la sentencia de apelación dice algo en el fundamento de derecho tercero que no se corresponde con lo consignado en el fallo, que viene a confirmar la sentencia de instancia en cuanto a la fecha desde la que deben hacerse efectivos lo **alimentos**, debiéndose tener en cuenta que no ha habido sentencia anterior, solo unas medidas provisionales sobre los **alimentos**.

"La doctrina jurisprudencial de la Sala Primera TS se concreta en las sentencias núm. 113/2019, de 20 febrero (RJ 2019/615), la núm. 371/2018, de 19 junio (RJ 2018/667) o la núm.600/2016, de 6 octubre (RJ 2016/4737), cuando dice que los **alimentos** deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda y si el progenitor deudor pagó algunas cantidades en concepto de **alimentos** entre la fecha de interposición de la demanda en la que se le reclamaron las pensiones alimenticias y la fecha en la que se dictó la sentencia que las fijó se descontarán las cantidades que conste probado como pagadas.

"En el mismo sentido y complemento de la doctrina mencionada la sentencia núm. 389/2015, de 23 junio (RJ 2015/2655) y la STS de 26 de marzo de 2014 (RJ 2014/2035), según ellas cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de **alimentos** será la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, supuesto en el que nos hallamos en que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000 se dictó sentencia el 18 de mayo de 2017 y es la primera en que se acuerda el pago de **alimentos** para la **menor**.

"Esta es la forma de interpretar el art. 148 párr. 1.º CC cuando dice: "la obligación de dar **alimentos** será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda". A nuestro juicio es la correcta, que debe concretarse en que los **alimentos** deberán en todo caso abonarse desde la fecha de la demanda en su totalidad si no han sido satisfechos y en la parte que corresponda si se abonaron parcialmente sin necesidad de su petición expresa porque hay una norma que así lo impone, siempre que sea la primera sentencia.

"En consecuencia procede la desestimación del motivo, acordar el pago de **alimentos** desde la demanda en la cantidad estimada en sentencia de instancia y corregir el pronunciamiento de la sentencia de apelación que los efectos se producirán del pago de la pensión de **alimentos** desde el día de la sentencia de instancia, por la fecha de la demanda, presentando el motivo por ello interés casacional.





"Procede por todo ello en consecuencia la desestimación del motivo del recurso de casación interpuesto por el recurrente, admitido por la Sala en su auto de 25 de septiembre de 2019".

**SEGUNDO.- Motivo único.**

Se denuncia la infracción por aplicación indebida del 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.

"Con el presente recurso se denuncia la infracción por aplicación indebida del 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 y su traslación a la doctrina del Tribunal Supremo hecha en STS 162/2014, de 26 de marzo de "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".

"La sentencia de la AP, en su FD tercero mantiene que "(...) la resolución que establece la pensión de **alimentos** en el procedimiento de relaciones paterno filiales desde ese momento deja de tener efecto lo acordado en medidas provisionales y comienza la vigencia de las medidas acordadas en la resolución dictada, es decir los **alimentos** son debidos en el momento del dictado de la resolución de fecha 18 de mayo de 2017, ya que con anterioridad regía el auto de medidas provisionales y por tanto desde esa fecha son debidos desde su establecimiento y no desde la notificación que es un hecho totalmente ajeno a la resolución y la declaración que contiene la resolución dictada" pero, al desestimar el recurso, mantiene lo acordado por el juez *a quo*, cuándo en el fallo (apartado D) se establece una pensión de **alimentos** de 1.268.-€ mensuales, "pensión que se devengará desde la fecha de interposición de la demanda (esto es, desde el 9 de diciembre de 2014)".

"Tan confusa redacción en la sentencia de segunda instancia, en aparente contradicción con el fallo, fue resuelta al desestimar la petición de aclaración/rectificación formulada por esta parte que, implícitamente y a su vez, supone dejar incólume la sentencia primera instancia y, por consiguiente, la retroactividad de una pensión de **alimentos** (a 09/12/2014) pese que ya existía una primera resolución de fijación de dicha pensión dictada por un juzgado de Ibiza/Eivissa en sede de medidas provisionales previas, como está recogido y acreditado en autos.

"Este caso muestra interés casacional, puesto que se ha apreciado por esta parte contradicción jurisprudencial respecto a la doctrina al respecto del fondo del asunto contenida en la STS de 26/03/2014 y en las SSTs de 03/10/2008; 26/10/2011 y 18/11/2014 que aportamos como documentos números 1 al 4".

Se desestima el motivo.

Por el recurrente se pretende que los efectos de fijación de los **alimentos** lo sean desde el dictado de la sentencia de primera instancia y no desde la interposición de la demanda, pues entiende que la sentencia modificaba los ya fijados en auto de medidas previas.

El juzgado los fijó desde la interposición de la demanda.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia del juzgado, si bien en su fundamentación jurídica parecía alinearse con la postura del recurrente. Sin embargo al resolver el auto de aclaración, mantiene la confirmación de la sentencia del juzgado.

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.

Sin embargo, 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 este sentido sentencias 483/2017, de 20 de julio, 183/2018, de 4 de abril, 32/2019, de 17 de enero, entre otras.

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.



La medida cautelar tiene condición accesoria del proceso principal cuyo resultado satisfactorio pretende asegurar con su adopción. Por ello, debe responder a un criterio de proporcionalidad con la finalidad que persigue. Carece de autonomía e independencia y está condicionada por el objeto del litigio a que se refiere ( art. 726.1.1.º LEC).

Su accesoriadad viene confirmada por el art. 770.4 LEC al permitir su subsistencia sólo si en el plazo de 30 días se interpone la demanda.

Los arts. 106 del C. Civil y 773.5 LEC no recogen un planteamiento diferente, pues supeditan los efectos de las medidas provisionales a lo que definitivamente se establezca en sentencia y, en este caso, en la sentencia se establece que los **alimentos** que ella fija se abonarán desde la interposición de la demanda, al imponer ese criterio el art. 148 del C. Civil.

**TERCERO.**- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente ( art. 398 LEC) y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

## FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Ambrosio , contra sentencia de fecha 9 de enero de 2019 y su auto de aclaración de 5 de febrero de 2019 de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 64/2018).

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

Procede la pérdida del depósito constituido para el recurso.

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.