



Roj: STSJ CAT 9599/2011
Id Cendoj: 08019310012011100064
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 24/2011
Nº de Resolución: 41/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES
Tipo de Resolución: Sentencia

SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sala Civil y Penal

R. Casación y extraordinario por infracción procesal nº 24/2011

SENTENCIA Nº 41

Presidente:

Excmo. Sr. D. Miguel Angel Gimeno Jubero

Magistrados

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Ilmo. Sr. D. Enric Anglada i Fors

Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués

Ilma. Sra. D^a. Núria Bassols i Muntada

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

Barcelona, 26 de septiembre de 2011

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. 24/2011 contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 18^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 56/10 como consecuencia de las actuaciones de modificación de medidas núm. 167/2007 seguidas ante el Juzgado de 1^a Instancia núm. 2 de Vilafranca del Penedés. El Sr. Cornelio ha interpuesto recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, representado por la Procuradora Sra. Carlota Pascuet Soler y defendido por el Letrado Sr. Francesc Milá Egea. La Sra. Noelia, parte recurrida en este procedimiento, ha estado representada por el Procurador Sr. Sergi Bastida Batlle y defendida por la Letrada Sr. Cristina Díaz Fernández. Con la debida intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Procurador de los Tribunales Sr. Ignacio Seguí García, actuó en nombre y representación de Doña. Noelia formulando demanda de modificación de medidas núm. 167/07 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vilafranca del Penedés. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 7 de noviembre de 2008, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

"Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador D. Ignacio Seguí, en nombre y representación de Dña. Noelia, contra D. Cornelio, representada por la Procuradora Dña. Montserrat López debo acordar la modificación de las siguientes medidas

Se fija en concepto de pensión de alimentos a cargo del padre y a favor de los hijos Valentina y Jaume, la cantidad de cuatrocientos euros mensuales pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que designe la madre a tal efecto, y actualizable anualmente en igual proporción que lo haga el índice de precios al consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística u organismo público que

lo sustituya y ello debe entenderse con exclusión de los gastos extraordinarios en que pueda incurrir la menor los cuales habrán de ser sufragados por mitad entre ambos progenitores.

Se desestima el resto de pretensiones interesadas por la actora. Ello debe entenderse sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales devengadas en el presente procedimiento".

Segundo.- Contra esta Sentencia, la parte actora interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó Sentencia en fecha 23 de noviembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación formulado por la representación de Dª Noelia contra la sentencia dictada en fecha 7 de noviembre de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vilafranca del Penedés en los autos de Modificación de Medidas nº 167/2007 de los que dimana el presente rollo, SE REVOCA EN PARTE la expresada resolución, en el pronunciamiento relativo a la contribución de D. Cornelio a los gastos de vivienda de sus hijos y al régimen de permanencias y comunicación, acordando:

El padre deberá abonar mensualmente la suma de 500 euros como contribución a los gastos de vivienda de los hijos, cantidad que sumada al importe de la pensión de alimentos establecida de 400 euros, da como resultado una pensión de alimentos de 900 euros que deberá ser abonada por el padre a la madre en la forma y términos establecidos en la sentencia apelada y desde la fecha de la misma.

En cuanto al régimen de comunicación y permanencia entre padre e hijos, se acuerda que el periodo vacacional escolar de verano se computará desde el último día lectivo del mes de junio hasta el primer día lectivo del mes de septiembre, dividiendo dicho periodo en quincenas, correspondiendo al padre la primera quincena en años impares y a la madre los años pares.

Con mantenimiento de todo lo de más establecido y sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de la presente apelación".

Tercero.- Contra esta Sentencia, la Procuradora Sra. Carlota Pascuet Solet en nombre y representación Don. Cornelio , interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal que por auto de esta Sala, de fecha 14 de abril de 2011 , se admitió a trámite parcialmente, únicamente el segundo motivo del recurso de casación interpuesto, dándose traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

Cuarto.- Por providencia de fecha 16 de junio de 2011 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el *art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* se señaló para su votación y fallo que ha tenido lugar el día 8 de septiembre de 2011.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dª. Mª Eugènia Alegret Burgués.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Inadmitido el recurso extraordinario por infracción procesal y el primer motivo del recurso de casación por interés casacional, debe la Sala resolver en esta Sentencia la única cuestión que ha quedado controvertida y que se refiere al momento en el que ha de ser satisfecha la nueva cuantía de la pensión de alimentos a favor de los hijos de los litigantes, establecida en la sentencia de segunda instancia y que ésta retrotrae al momento en que se dictó la sentencia de primera instancia.

Cabe indicar que los cónyuges se encuentran separados judicialmente desde el día 8 de abril de 2003 en que se dictó sentencia de separación contenciosa. En ella se estableció que el padre, Sr. Cornelio , abonaría a la esposa, Noelia , en concepto de alimentos para los hijos menores la cantidad de 350 euros por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes a partir de la notificación de la sentencia con el sistema habitual de actualización. También se atribuyó el uso de la vivienda conyugal a los hijos menores y a la madre bajo cuya custodia quedaban y que, al parecer, era de los padres del marido.

Ordenado judicialmente al cabo de unos años el desahucio de la madre y los hijos de la vivienda **familiar**, interpone la Sra. Noelia demanda de modificación de efectos de la sentencia de separación matrimonial solicitando, de un lado, el incremento de la pensión de alimentos para los hijos menores concedida en su día, tanto por el aumento de tales gastos como por la necesidad de procurarles una nueva habitación, y el establecimiento de que los gastos extraordinarios - sobre los que nada se había acordado anteriormente- se sufragasen por mitad. La sentencia de primera instancia estableció una pensión de alimentos a cargo del padre de de 400 euros mensuales así como la obligación de que ambos progenitores sufragasen los gastos extraordinarios por mitad. Recurrida la sentencia por la madre la Sala de apelación, en lo que aquí

interesa, incrementó la cuantía de la pensión alimenticia a favor de los hijos menores hasta los 900 euros mensuales, estableciendo, de oficio, que los efectos de la misma debían retrotraerse al momento de ser dictada la sentencia de primera instancia.

Contra dicho pronunciamiento recurre el Sr. Cornelio ante esta Sala formalizando recurso de casación por interés casacional. Alega la presunta infracción del *art. 262 del Código de Familia aprobado por Llei 9/1998 de 15 de julio* y su no aplicación al supuesto en el cual los alimentos han sido ya establecidos en una sentencia judicial anterior firme, cuya modificación se pretende por cambio de circunstancias. Invoca al efecto la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en Sentencia de 3-10-2008 y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) de 14-10-2009. El recurso se admitió por interés casacional por no existir en aquel momento doctrina legal en orden a esta específica cuestión, si bien este Tribunal se ha pronunciado recientemente en un caso similar en la STSJC de 15/2011 de 16 de junio, tratándose de un punto netamente jurídico de indudable interés general.

SEGUNDO.- Para resolver adecuadamente la cuestión planteada, cabe distinguir entre los efectos jurídicos materiales de las sentencias de condena y sus efectos procesales.

Ordinariamente los efectos sustantivos o materiales de las sentencias se producen *ex nunc*, esto es, desde que son definitivamente dictadas, si bien en algunos casos, la ley permite retrotraer sus efectos a un momento anterior, sea al de la interposición de la demanda, sea al de la reclamación extrajudicial. Así ocurre con los intereses moratorios (*art. 1100 y 1108 Código Civil de 1889*) o con los alimentos, que permite su concesión desde la interposición de la demanda - *art. 148 CC* - o bien desde ese mismo momento o desde la reclamación extrajudicial probada *ex art. 262 del Código de Familia*, texto normativo aplicable, en nuestro caso, por razones temporales.

En concreto, en relación con el derecho de alimentos, tanto la doctrina del Tribunal Supremo (STS Sala 1ª de 8-4-1995, 3-10-2008 y STS 14-6-2011), como la de esta Sala (STSJC de 6-11-2003 y 21-3-2005) ha señalado que la aplicación retroactiva de los efectos jurídico-materiales de las sentencia que previenen las normas citadas en materia de alimentos, es operativa, también, cuando los alimentos se reclaman en sede de procedimientos de nulidad, separación o divorcio, cuando la petición se realiza por vez primera, cuestión que venía siendo discutida por la doctrina.

Por regla general son las sentencias firmes -aquellas en que definitivamente se reconoce la realidad del derecho afirmado por no haber contra ellas recurso alguno- las que originan el proceso de ejecución. Sin embargo, la *Ley procesal (art. 524 y ss LEC 1/2000)* dota también de ejecutividad a las sentencias declaradas provisionalmente ejecutables, que no obstante permiten, si la sentencia es revocada, reponer la situación a aquella definitivamente juzgada. Tampoco son desconocidas aquellas resoluciones que tienen inmediatos efectos ejecutivos (no retroactivos) por no reconocerse al recurso que pueda interponerse contra ellas más que el efecto devolutivo pero no el suspensivo. Así el antiguo *art. 1615 de la LEC 1881* en sede de alimentos provisionales y el actual *artículo 774,5 de la LEC 1/2000*.

De otro lado, para evitar los perjuicios que pueda ocasionar la duración del proceso judicial las leyes posibilitan el establecimiento de medidas cautelares que suponen, en algunos casos, verdaderas medidas provisionales anticipativas que regulan jurídicamente la situación transitoria existente entre su solicitud y el reconocimiento definitivo de las pretensiones ejercitadas.

En materia de procedimientos de familia (nulidad, separación o divorcio) tanto las normas sustantivas, *artículos 102 y 103 del CC*, ahora en Catalunya, *artículo 233-1 del Libro II del Código Civil de Catalunya (CCCat)* -no aplicable, como ya se ha dicho, al presente supuesto por razones temporales- como otras normas procesales instrumentales, *artículos 769 y ss de la LEC 1/2000*, establecen un conjunto legislativo específico que pretende dotar a las nuevas relaciones que surgen en tiempos de crisis matrimonial de cierta seguridad jurídica al tiempo que impiden que la demora en la sustanciación de los procedimientos produzca perjuicios a las partes, en especial, a los hijos menores de edad.

De este modo, el *artículo 771 de la LEC* autoriza a solicitar las medidas provisionales previstas en el *artículo 102 y 103 del CC* con carácter previo a la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio y el *art. 773 de la misma Ley*, regula la posibilidad de que tanto actor/a como demandado/a puedan solicitar medidas provisionales coetáneas a la sustanciación del procedimiento.

Estas medidas provisionales, que no son recurribles, quedan sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo (*art. 773,5*) pues en el caso de la sentencia, el órgano judicial está obligado, por el interés público del procedimiento,

a resolver en todo caso, respecto de determinadas cuestiones. Al efecto dispone el art. art. 774-4 LEC que *en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna* .

El artículo 774,5 de la LEC dispone, finalmente, que los recursos que, conforme a la Ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta.

De dicha normativa cabe colegir, de un lado, la eficacia ejecutiva de las medidas provisionales, en relación con los hijos, que serán sustituidas con igual eficacia *ex nunc* por las medidas que se acuerden en la sentencia que se dicte, las cuales serán igualmente ejecutivas no obstante se hubiese presentado un recurso contra ellas.

Al no remitirse la normativa referida a la ejecución provisional debe entenderse, al menos en relación con las medidas a las que se refiere el artículo 774-4 de la LEC , que se trata de una ejecución definitivamente anticipada, por lo que no cabe en el caso de los pronunciamientos de condena económicos ni pedir complementos dinerarios, ni solicitar devoluciones de cantidades en el caso de que se modifiquen las cuantías dispuestas como consecuencia de los recursos. Entenderlo de otro modo atentaría contra el principio de seguridad jurídica, que exige que los alimentos consumidos no deban devolverse y que el obligado a darlos pueda prever y provisionar, para disponer también de los propios, las sumas que debe satisfacer en cada momento.

De otro lado, la cosa juzgada de las medidas adoptadas en sede de los procedimientos de nulidad, separación o divorcio es temporalmente limitada en tanto no se modifiquen las circunstancias, de forma que se posibilite la interposición de un nuevo procedimiento de modificación de los efectos de la sentencia anterior (art. 775 LEC), así como (art. 775,3 LEC) la petición de medidas provisionales durante la sustanciación del mismo, que siempre podrán interesarse en caso de urgencia y claro perjuicio por la mora procesal (tras la reforma operada en el párrafo 2 del artículo 775,2 por la Ley 15/2005 de 8 de julio , ahora ya, sin ningún obstáculo procedimental).

En estos casos, siempre que no se soliciten medidas provisionales, los efectos de la sentencia anterior operan hasta que se modifican por los de la nueva sentencia, la cual será determinativa si fija de nuevo el contenido de una obligación declarada. Así se pronuncia el art. 80 del Código de Familia de 1998 a cuyo tenor *les mesures establertes per la sentència poden ésser modificades, en atenció a les circumstàncies sobrevingudes, mitjançant resolució judicial posterior*.

El nuevo artículo 233,7 del CCCat , regula, en la misma línea, que la modificación de los efectos de la sentencia por una nueva que contemple alteraciones sustanciales de las circunstancias tenidas en cuenta anteriormente, se producirán a partir de ésta, si bien para favorecer los acuerdos extrajudiciales y en especial la **mediación**, faculta al juez a retrotraerlos a la fecha de inicio del proceso de **mediación**.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 3-10-2008 , a la que se remite la de 14 de junio 2011 , resuelve en igual sentido al proclamar que: *"Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", por lo que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente, criterio seguido por la sentencia recurrida en el fundamento de derecho segundo*.

Siguiendo esta tesis, la pretensión de devolución o pago por diferencias que solicita el recurrente es improcedente, en aras del principio de seguridad jurídica, ya que la resolución dictada despliega sus efectos desde que se dicta, no dándose la situación de injusticia que denuncia, en la medida que cuando se planteó la demanda de modificación de medidas pudo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 775. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , haber solicitado la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en el pleito anterior de divorcio, mecanismo procesal que no utilizó."

También esta Sala se ha pronunciado en la Sentencia de 14-10-2009 en el sentido de que: *"Tampoco, con carácter general, puede establecerse que toda sentencia deba producir sus efectos desde la fecha de la demanda, con independencia de la mayor o menor duración del proceso.*

Ciertamente, la demanda determina y fija, no sólo los hechos, de forma que no puede darse relevancia ni valor jurídico a los acaecidos con posterioridad -ni siquiera por razón de la sucesión del actor (S TS 1ª 22 jun. 1992)-, sino también el derecho transitorio aplicable para la resolución de la cuestión en ella planteada (entre las antiguas, las SS TS 1ª 20 mar. 1982 , 17 feb. 1992 , 16 jun. 1993 ; y entre las más recientes, las SS TS 1ª 1160/1993 de 11 dic ., 464/1994 de 21 may ., 378/1996 de 13 may . y 373/1998 de 23 abr .), salvo supuestos excepcionales de retroactividad de grado máximo (S TS 1ª 1077/1993 de 12 nov .), por lo que se afirma, con fundamento en ella, la vigencia en el procedimiento civil de los principios de la "perpetuatio iurisdictionis" y de "lite pendente nihil innovetur" (SS TS 1ª 10/1994 de 9 may . y 968/1997 de 8 nov .; S TSJC 12/2002 de 18 abr.), de forma que, en consecuencia, tampoco puede ser apreciada la legitimación adquirida con posterioridad a su interposición (S TS 1ª 158/1996 de 7 mar .).

Pero sólo en los supuestos expresamente previstos en la ley -el del art. 262 CF es uno ; el del art. 1.100 C.C . en relación con el devengo de los intereses de demora es otro (SS TS 1ª 1201/1994 de 30 dic . y 1234/2009 de 20 ene .), al margen de los que son consecuencia de su admisión (ad exemplum, art. 102 C.C .)- pueden adelantarse todos o parte de los efectos de la sentencia al tiempo de la interposición de la demanda.

De cualquier manera, nada de lo hasta aquí razonado obsta para que, en virtud de la proscripción de la "reformatio in peius" y teniendo en cuenta que el actor ha sido el único recurrente ante esta Sala, puedan reconocerse efectos a nuestra sentencia desde la fecha de la de apelación por lo que se refiere a las nuevas medidas derivadas del divorcio, cuyos efectos sustituyen a los declarados en la previa Sentencia de separación, lo cual no supone en absoluto admisión parcial de este recurso."

Y en la misma línea lo hizo la STSJC de 16-6-2011 al establecer que *"... Por el contrario, teniendo en cuenta: a) que lo que se pidió fue la modificación de una pensión alimenticia ya acordada en su día en el anterior procedimiento de separación matrimonial de los hoy litigantes, lo que haría inaplicable el artículo 262 del CF y sí el art. 80,1 del CF , conforme al criterio sentado en la STS de 3-10-2008 y STSJC de 14-10-2009 -; b) que se instaron medidas cautelares que se resolvieron sin dar lugar a la disminución de la pensión, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 773,5 de la LEC , estas medidas permanecen en vigor hasta que sean sustituidas por las que se establezcan definitivamente en la Sentencia (STSJC de 6-11-2003); y c) que una vez dictada la misma, de conformidad con el artículo 774,5 de la LEC , los recursos no suspenden la eficacia de las medidas acordadas en ellas, que son directamente ejecutables, procede rechazar el recurso, también, en relación con este concreto punto"*

TERCERO.- La aplicación concreta de la doctrina referida anteriormente al caso de autos determina, partiendo de que no se trata del pronunciamiento *ex novo* de la obligación de alimentos para el recurrente, y de que no se solicitaron medidas provisionales, que la cuantía de los alimentos dispuestos en la sentencia de separación del año 2003 operaba hasta la Sentencia de primera instancia recaída en este procedimiento de modificación de efectos de sentencia. Dicha sentencia, en cuanto que dispuso elevar la cuantía de la pensión alimenticia a favor de los hijos menores de edad hasta la suma de 400 euros mensuales más los gastos extraordinarios por mitad, devino ejecutiva desde que fue dictada hasta que fue modificada por la sentencia de segunda instancia que acordó elevar la cuantía de la pensión alimenticia a los 900 euros mensuales, produciendo ésta iguales efectos ejecutivos respecto de dicha suma desde que fue dictada.

De este modo el Sr. Cornelio deberá abonar la suma de 900 euros mensuales desde la fecha de la sentencia de segunda instancia, quedando sin efecto la aplicación retroactiva que impone la sentencia recurrida.

CUARTO.- Estimado el recurso de casación no se impondrán las costas del mismo a ninguna de las partes (art. 394 y 398 LEC). Devuélvase el depósito constituido.

Por todo lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA, decide:

Estimando el recurso de casación interpuesto por la representación procesal Don. Cornelio contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2010 dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación núm. 56/10 , debemos casar y casamos en parte la misma dejando sin

efecto el pronunciamiento contenido en el inciso primero, "desde la fecha de la misma" que será sustituido por el de "desde la fecha de esta sentencia", confirmándola en los restantes pronunciamientos, sin expresa condena en las costas del recurso a ninguna de las partes. Devuélvase el depósito constituido.

Notifíquese la presente a las partes personadas y con su testimonio remítase el Rollo y las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia.

Así por ésta, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. La sentencia se ha firmado por todos los Magistrados que la han dictado y publicada de conformidad con la Constitución y las Leyes. Doy fe.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

Sala Civil i Penal

R. de cassació i extraordinari per infracció processal núm. 24/2011

SENTÈNCIA núm. 41

President:

Excm. Sr. Miguel Angel Gimeno Jubero

Magistrats

Il·lm. Sr. José Francisco Valls Gombau

Il·lm. Sr. Enric Anglada i Fors

Il·lma. Sra. M^a Eugènia Alegret Burgués

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Carlos Ramos Rubio

Barcelona, 26 de setembre de 2011

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'indiquen més amunt, ha vist el recurs de cassació i extraordinari per infracció processal núm. 24/2011 contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació núm. 56/10 arran de les actuacions de modificació de mesures núm. 167/2007 seguides davant del Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Vilafranca del Penedès. Don. Cornelio hi ha interposat un recurs de cassació i extraordinari per infracció processal, representat per la procuradora Sra. Carlota Pascuet Soler i defensat pel lletrat Sr. Francesc Milá Egea. Doña. Noelia , part contra la qual es recorre en aquest procediment, ha estat representada pel procurador Sr. Sergi Bastida Batlle i defensada per la lletrada Sr. Cristina Díaz Fernández, amb la deguda intervenció del Ministeri Fiscal.

ANTECEDENTS DE FET

Primer. El procurador dels tribunals Sr. Ignacio Seguí García va actuar en representació de Doña. Noelia per formular la demanda de modificació de mesures núm. 167/07 al Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Vilafranca del Penedès. Seguida la tramitació legal, el Jutjat indicat va dictar sentència amb data 7 de novembre de 2008 , la part dispositiva de la qual diu el següent:

" Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador D. Ignacio Seguí, en nombre y representación de Dña. Noelia , contra D. Cornelio , representada por la Procuradora Dña. Montserrat López debo acordar la modificación de las siguientes medidas

Se fija en concepto de pensión de alimentos a cargo del padre y a favor de los hijos Valentina y Jaume, la cantidad de cuatrocientos euros mensuales pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que designe la madre a tal efecto, y actualizable anualmente en igual proporción que lo haga el índice de precios al consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística u organismo público que lo sustituya y ello debe entenderse con exclusión de los gastos extraordinarios en que pueda incurrir la menor los cuales habrán de ser sufragados por mitad entre ambos progenitores.

Se desestima el resto de pretensiones interesadas por la actora. Ello debe entenderse sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales devengadas en el presente procedimiento "

Segon. Contra aquesta Sentència la part actora va interposar-hi un recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar sentència en data 23 de novembre de 2011, amb la següent part dispositiva:

" *Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación formulado por la representación de D^a Noelia contra la sentencia dictada en fecha 7 de noviembre de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vilafranca del Penedés en los autos de Modificación de Medidas nº 167/2007 de los que dimana el presente rollo, SE REVOCA EN PARTE la expresada resolución, en el pronunciamiento relativo a la contribución de D. Cornelio a los gastos de vivienda de sus hijos y al régimen de permanencias y comunicación, acordando:*

El padre deberá abonar mensualmente la suma de 500 euros como contribución a los gastos de vivienda de los hijos, cantidad que sumada al importe de la pensión de alimentos establecida de 400 euros, da como resultado una pensión de alimentos de 900 euros que deberá ser abonada por el padre a la madre en la forma y términos establecidos en la sentencia apelada y desde la fecha de la misma.

En cuanto al régimen de comunicación y permanencia entre padre e hijos, se acuerda que el periodo vacacional escolar de verano se computará desde el último día lectivo del mes de junio hasta el primer día lectivo del mes de septiembre, dividiendo dicho periodo en quincenas, correspondiendo al padre la primera quincena en años impares y a la madre los años pares.

Con mantenimiento de todo lo de más establecido y sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de la presente apelación".

Tercer. Contra aquesta Sentència, la procuradora Sra. Carlota Pascuet Soler, en representació Don. Cornelio, va interposar-hi un recurs de cassació i extraordinari per infracció processal que, per mitjà de la interlocutòria d'aquesta Sala de 14 d'abril de 2011, es va admetre a tràmit parcialment -únicament el segon motiu del recurs de cassació interposat- i es va traslladar a la part contra la qual es recorre i al Ministeri Fiscal perquè formalitzessin la seva oposició per escrit en el termini de vint dies.

Quart. Amb la provisió de 16 de juny de 2011 es va tenir per formulada oposició al recurs de cassació i, d'acord amb l' *art. 485 de la Llei d'enjudiciament civil*, es va adiar la votació i la decisió, que han tingut lloc el 8 de setembre de 2011.

Ha estat ponent la Il·lma. Sra. M^a Eugènia Alegret Burgués.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. Un cop no admès el recurs extraordinari per infracció processal i el primer motiu del recurs de cassació per interès cassacional, la Sala ha de resoldre en aquesta Sentència l'única qüestió que ha quedat controvertida i que es refereix al moment en el qual ha de ser satisfeta la nova quantia de la pensió d'aliments a favor dels fills dels litigants, establerta en la Sentència de segona instància i que aquesta retrotreu al moment en què es va dictar la Sentència de primera instància.

Cal indicar que els cònjuges es troben separats judicialment des del 8 d'abril de 2003, en què es va dictar sentència de separació contenciosa. S'hi va establir que el pare, Sr. Cornelio, abonaria a l'esposa, Noelia, en concepte d'aliments per als fills menors, la quantitat de 350 euros per mesos anticipats dins dels cinc primers dies de cada mes a partir de la notificació de la sentència amb el sistema habitual d'actualització. També es va atribuir l'ús de l'habitatge conjugal als fills menors i a la mare, sota la custòdia de la qual quedaven, i que, pel que sembla, era dels pares del marit.

Ordenat judicialment al cap d'uns anys el desnonament de la mare i els fills de l'habitatge **familiar**, la Sra. Noelia formula una demanda de modificació d'efectes de la Sentència de separació matrimonial en què sol·licita, d'una banda, l'increment de la pensió d'aliments per als fills menors concedida en el seu moment, tant per l'augment de tals despeses com per la necessitat de procurar-los un nou habitatge, i l'establiment que les despeses extraordinàries -sobre les quals no s'havia acordat res anteriorment- se sufraguessin a mitges. La Sentència de primera instància va establir una pensió d'aliments a càrrec del pare de 400 euros mensuals, així com l'obligació que ambdós progenitors sufraguessin les despeses extraordinàries a mitges. La mare va recórrer-hi i la Sala d'apel·lació, pel que aquí interessa, va incrementar la quantia de la pensió alimentària a favor dels fills menors fins als 900 euros mensuals, i va establir, d'ofici, que els efectes havien de retrotreure's al moment de ser dictada la Sentència de primera instància.

El Sr. Cornelio recorre contra l'esmentat pronunciament davant aquesta Sala formalitzant un recurs de cassació per interès cassacional.

Al·lega la presumpta infracció de l' *art. 262 del Codi de família aprovat per la Llei 9/1998, de 15 de juliol*, i la seva no-aplicació al supòsit, en el qual els aliments han estat ja establerts en una sentència judicial anterior ferma, la modificació de la qual es pretén per un canvi de circumstàncies. Invoca a aquest efecte la doctrina establerta pel Tribunal Suprem, Sala 1a, en la Sentència de 3.10.2008 i la del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) de 14.10.2009 . El recurs es va admetre per interès cassacional perquè en aquell moment no existia doctrina legal pel que fa a aquesta qüestió específica, si bé aquest Tribunal s'ha pronunciat recentment en un cas similar en l'STSJC de 15/2011, de 16 de juny, tractant-se d'un punt netament jurídic d'indubtable interès general.

SEGON. Per resoldre adequadament la qüestió plantejada, cal distingir entre els efectes jurídics materials de les sentències de condemna i els seus efectes processals.

Ordinàriament els efectes substantius o materials de les sentències es produeixen *ex nunc* , és a dir, des que són definitivament dictades, si bé en alguns casos la llei permet retrotreure'n els efectes a un moment anterior, sigui al de la formulació de la demanda, sigui al de la reclamació extrajudicial. Així s'esdevé amb els interessos moratoris (*art. 1100 i 1108 Codi civil de 1889*) o amb els aliments, que permet la concessió des de la formulació de la demanda -*art. 148 CC* - o bé des d'aquell mateix moment o des de la reclamació extrajudicial provada *ex art. 262* del Codi de família, text normatiu aplicable, en el nostre cas, per raons temporals.

En concret, en relació amb el dret d'aliments, tant la doctrina del Tribunal Suprem (*STS Sala 1a de 8.4.1995* , *3.10.2008* i *STS 14.6.2011*), com la d'aquesta Sala (*STSJC de 6.11.2003* i *21.3.2005*) han assenyalat que l'aplicació retroactiva dels efectes juridicomaterials de les sentències que prevenen les normes esmentades en matèria d'aliments és operativa, també, quan els aliments es reclamen a la seu de procediments de nul·litat, separació o divorci, quan la petició es fa per primera vegada, qüestió que ha anat sent discutida per la doctrina.

Per regla general són les sentències fermes -aquelles en què definitivament es reconeix la realitat del dret afirmat perquè no s'hi pot interposar cap recurs- les que originen el procés d'execució. No obstant això, la Llei processal (*art. 524 i seg. LEC 1/2000*) dota també d'executivitat les sentències declarades provisionalment executables, que no obstant això permeten, si la sentència és revocada, reposar la situació a la definitivament jutjada. Tampoc no són desconegudes les resolucions que tenen efectes executius immediats (no retroactius) pel fet de reconèixer-se al recurs que s'hi pugui interposar solament l'efecte devolutiu i no pas el suspensiu. Així, l'antic *art. 1615 de la LEC 1881 en seu d'aliments provisionals* i l'actual article 774.5 de la LEC 1/2000.

D'una altra banda, per evitar els perjudicis que pugui ocasionar la durada del procés judicial, les lleis possibiliten l'establiment de mesures cautelars que suposen, en alguns casos, veritables mesures provisionals anticipatives que regulen jurídicament la situació transitòria existent entre la sol·licitud i el reconeixement definitiu de les pretensions exercitades.

En matèria de procediments de família (nul·litat, separació o divorci), tant les normes substantives, articles 102 i 103 del CC, ara a Catalunya, article 233.1 del llibre II del Codi civil de Catalunya (CCCat) -no aplicable, com ja s'ha dit, a aquest supòsit per raons temporals- com altres normes processals instrumentals, articles 769 i seg. de la LEC 1/2000, estableixen un conjunt legislatiu específic que pretén dotar les noves relacions que sorgeixen en temps de crisi matrimonial de certa seguretat jurídica alhora que impedeixen que la demora en la substanciació dels procediments produeixi perjudicis a les parts, en especial als fills menors d'edat.

D'aquesta manera, l'article 771 de la LEC autoritza sol·licitar les mesures provisionals previstes a l'article 102 i 103 del CC amb caràcter previ a la interposició de la demanda de nul·litat, separació o divorci, i l' *art. 773* de la mateixa Llei regula la possibilitat que tant actor/a com demandat/a puguin sol·licitar mesures provisionals coetànies a la substanciació del procediment.

Aquestes mesures provisionals, que no són objecte de recurs, queden sense efecte quan siguin substituïdes per les que estableixi definitivament la sentència o quan es posi fi al procediment d'una altra manera (*art. 773.5*), ja que, en el cas de la Sentència, l'òrgan judicial està obligat, per l'interès públic del procediment, a resoldre en tot cas, respecte de determinades qüestions. A aquest efecte, l' *art. 774.4 LEC* disposa que *en defecte d'acord dels cònjuges o en cas de no-aprovació d'aquest, el tribunal ha de determinar, en la mateixa sentència, les mesures que hagin de substituir les ja adoptades amb anterioritat en relació amb els fills, l'habitatge familiar, les càrregues del matrimoni, dissolució del règim econòmic i les cauteles o garanties respectives, i establir les que escaiguin si per a alguns d'aquests conceptes no se n'hagués adoptat cap* .

L'article 774.5 de la LEC disposa, finalment, que els recursos que, conforme a la Llei, s'interposin contra la sentència, no suspeneu l'eficàcia de les mesures que s'hagin acordat en aquesta.

De l'esmentada normativa se'n pot col·legir, d'una banda, l'eficàcia executiva de les mesures provisionals, en relació amb els fills, que han de ser substituïdes amb la mateixa eficàcia *ex nunc* per les mesures que s'acordin en la sentència que es dicti, les quals seran igualment executives tot i que s'hi hagués interposat un recurs en contra.

Atès que la normativa esmentada no es remet a l'execució provisional, s'ha d'entendre, almenys en relació amb les mesures a les quals es refereix l'article 774.4 de la LEC, que es tracta d'una execució definitivament anticipada, per la qual cosa no escau en el cas dels pronunciaments de condemna econòmics ni demanar complements dineraris, ni sol·licitar devolucions de quantitats en el cas que es modifiquin les quanties disposades com a conseqüència dels recursos. Entendre'l d'una altra manera atemptaria contra el principi de seguretat jurídica, que exigeix que els aliments consumits no hagin de retornar-se i que la persona obligada a donar-los pugui preveure i fer provisió, per disposar també dels propis, de les sumes que ha de satisfer en cada moment.

D'una altra banda, la cosa jutjada de les mesures adoptades a la seu dels procediments de nul·litat, separació o divorci és temporalment limitada mentre no se'n modifiquin les circumstàncies, de manera que es possibilita la interposició d'un nou procediment de modificació dels efectes de la sentència anterior (*art. 775 LEC*), així com (*art. 775.3 LEC*) la petició de mesures provisionals durant la substanciació d'aquest, que sempre poden sol·licitar-se en cas d'urgència i clar perjudici per la mora processal (després de la reforma feta en el paràgraf 2 de l'article 775.2 per la Llei 15/2005, de 8 de juliol, ara ja sense cap obstacle procedimental).

En aquests casos, sempre que no se sol·licitin mesures provisionals, els efectes de la sentència anterior actuen fins que la nova sentència els modifica, la qual és determinativa si fixa de nou el contingut d'una obligació declarada. Així es pronuncia l' *art. 80 del Codi de família de 1998*, que diu que *les mesures establertes per la sentència poden ésser modificades, per consideració a les circumstàncies sobrevingudes, mitjançant una resolució judicial posterior.*

El nou article 233.7 del CCCat regula, en la mateixa línia, que la modificació dels efectes de la sentència per una de nova que prevegi alteracions substancials de les circumstàncies tingudes en compte anteriorment, s'han de produir a partir d'aquesta, tot i que, per afavorir els acords extrajudicials i en especial la mediació, faculta el jutge a retrotreure'ls a la data d'inici del procés de mediació.

El Tribunal Suprem, en la Sentència de 3.10.2008, a la qual es remet la de 14 de juny 2011, resol en el mateix sentit en proclamar que: *"Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", por lo que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente, criterio seguido por la sentencia recurrida en el fundamento de derecho segundo.*

Siguiendo esta tesis, la pretensión de devolución o pago por diferencias que solicita el recurrente es improcedente, en aras del principio de seguridad jurídica, ya que la resolución dictada despliega sus efectos desde que se dicta, no dándose la situación de injusticia que denuncia, en la medida que cuando se planteó la demanda de modificación de medidas pudo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 775. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haber solicitado la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en el pleito anterior de divorcio, mecanismo procesal que no utilizó."

També aquesta Sala s'ha pronunciat en la Sentència de 14.10.2009 en el sentit que: *"Tampoco, con carácter general, puede establecerse que toda sentencia deba producir sus efectos desde la fecha de la demanda, con independencia de la mayor o menor duración del proceso.*

Ciertamente, la demanda determina y fija, no sólo los hechos, de forma que no puede darse relevancia ni valor jurídico a los acaecidos con posterioridad -ni siquiera por razón de la sucesión del actor (S TS 1ª 22 jun. 1992)-, sino también el derecho transitorio aplicable para la resolución de la cuestión en ella planteada (entre las antiguas, las SS TS 1ª 20 mar. 1982, 17 feb. 1992, 16 jun. 1993; y entre las más recientes, las

SS TS 1ª 1160/1993 de 11 dic ., 464/1994 de 21 may ., 378/1996 de 13 may . y 373/1998 de 23 abr .), salvo supuestos excepcionales de retroactividad de grado máximo (S TS 1ª 1077/1993 de 12 nov .), por lo que se afirma, con fundamento en ella, la vigencia en el procedimiento civil de los principios de la "perpetuatio iurisdictionis" y de "lite pendente nihil innovetur" (SS TS 1ª 10/1994 de 9 may . y 968/1997 de 8 nov .; S TSJC 12/2002 de 18 abr.), de forma que, en consecuencia, tampoco puede ser apreciada la legitimación adquirida con posterioridad a su interposición (S TS 1ª 158/1996 de 7 mar .).

Pero sólo en los supuestos expresamente previstos en la ley -el del art. 262 CF es uno ; el del art. 1.100 C.C . en relación con el devengo de los intereses de demora es otro (SS TS 1ª 1201/1994 de 30 dic . y 1234/2009 de 20 ene .), al margen de los que son consecuencia de su admisión (ad exemplum, art. 102 C.C .)- pueden adelantarse todos o parte de los efectos de la sentencia al tiempo de la interposición de la demanda.

De cualquier manera, nada de lo hasta aquí razonado obsta para que, en virtud de la proscripción de la "reformatio in peius" y teniendo en cuenta que el actor ha sido el único recurrente ante esta Sala, puedan reconocerse efectos a nuestra sentencia desde la fecha de la de apelación por lo que se refiere a las nuevas medidas derivadas del divorcio, cuyos efectos sustituyen a los declarados en la previa Sentencia de separación, lo cual no supone en absoluto admisión parcial de este recurso."

I en la mateixa línia ho va fer l'STSJC de 16.6.2011 en establir que "... Por el contrario, teniendo en cuenta: a) que lo que se pidió fue la modificación de una pensión alimenticia ya acordada en su día en el anterior procedimiento de separación matrimonial de los hoy litigantes, lo que haría inaplicable el artículo 262 del CF y sí el art. 80,1 del CF , conforme al criterio sentado en la STS de 3-10-2008 y STSJC de 14-10-2009 -; b) que se instaron medidas cautelares que se resolvieron sin dar lugar a la disminución de la pensión, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 773,5 de la LEC , estas medidas permanecen en vigor hasta que sean sustituidas por las que se establezcan definitivamente en la Sentencia (STSJC de 6-11-2003); y c) que una vez dictada la misma, de conformidad con el artículo 774,5 de la LEC , los recursos no suspenden la eficacia de las medidas acordadas en ellas, que son directamente ejecutables, procede rechazar el recurso, también, en relación con este concreto punto".

TERCER. L'aplicació concreta de la doctrina referida anteriorment al cas de les actuacions determina, partint del fet que no es tracta del pronunciament *ex novo* de l'obligació d'aliments per al recurrent, i que no es van sol·licitar mesures provisionals, que la quantia dels aliments disposats en la Sentència de separació de l'any 2003 actuava fins a la Sentència de primera instància recaiguda en aquest procediment de modificació d'efectes de sentència. L'esmentada sentència, en la mesura que va disposar elevar la quantia de la pensió alimentària a favor dels fills menors d'edat fins a la suma de 400 euros mensuals més les despeses extraordinàries a mitges, va esdevenir executiva des que va ser dictada fins que va ser modificada per la Sentència de segona instància que va acordar elevar la quantia de la pensió alimentària als 900 euros mensuals, i aquesta produïa els mateixos efectes executius respecte de la suma esmentada des que va ser dictada.

D'aquesta manera, el Sr. Cornelio ha d'abonar la suma de 900 euros mensuals des de la data de la Sentència de segona instància, i queda sense efecte l'aplicació retroactiva que imposa la Sentència objecte de recurs.

QUART. Estimat el recurs de cassació, no se n'imposen les costes a cap de les parts (art. 394 i 398 LEC). Cal, doncs, tornar el dipòsit constituït.

PART DISPOSITIVA

LA SALA CIVIL I PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA decideix:

Estimem el recurs de cassació interposat per la representació processal Don. Cornelio contra la Sentència de data 23 de novembre de 2010 dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotlle d'apel·lació núm. 56/10 , i la cassem en part deixant sense efecte el pronunciament contingut en l'incís primer, " desde la fecha de la misma " que ha de ser substituït per " desde la fecha de esta sentencia ". La confirmem pel que fa a la resta de pronunciaments, sense expressa condemna a pagar les costes del recurs a cap de les parts. Torneu el dipòsit constituït.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts personades i juntament amb un testimoniatge torneu el rotlle i les actuacions a la Secció indicada de l'Audiència.

Així, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.



PUBLICACIÓ. La Sentència l'han signat tots els magistrats que l'han dictat i s'ha publicat d'acord amb la Constitució i les lleis. En dono fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ