

# Custodia compartida y fecha del devengo de pensiones

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

[jesquivias1959@gmail.com](mailto:jesquivias1959@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

## Enunciado

Interpuesta una demanda de separación, ninguno de los progenitores solicita la custodia compartida, ni durante la sustanciación del procedimiento ni en el acto de la vista oral; pero el juzgado la acuerda. Recurren en apelación utilizando como razonamiento esencial que no se puede acordar si ellos no lo solicitan, independientemente de que lo pida el Ministerio Fiscal –como así sucedió en la instancia–. Consideran que la ausencia de un debate contradictorio impide valorar la conveniencia de la custodia compartida. Al margen de lo anterior, se dice, en contra de la custodia compartida, que no se cumplen los requisitos para su concesión. Finalmente, se solicita por el progenitor paterno que la pensión de alimentos despliegue efectos desde que fue emplazado tras la demanda de separación, y no desde la fecha de la interposición efectiva de esta.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cómo debe interpretarse el artículo 92.8.º del CC sobre quién o quiénes pueden pedir la custodia compartida?
2. ¿Cómo se interpretan los requisitos para su concesión?
3. Fecha de retroacción de la pensión de alimentos.

## Solución

1. ¿Cómo debe interpretarse el artículo 92.8.º del CC sobre quién o quiénes pueden pedir la custodia compartida?

La cuestión es interesante, pues partiendo del artículo 92.8 del CC, que regula la custodia compartida, parece que la interrogante que se produce tiene expresa previsión. Así, en el artículo citado, se dice:

Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Por consiguiente, la primera reflexión que nos produce el precepto es que la custodia compartida la tiene que pedir, al menos, uno de los progenitores; si la piden los dos, lo pueden hacer en el convenio regulador o en el transcurso del procedimiento. Eso es lo que indica el párrafo 5.º del mismo precepto:

Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

Si citamos jurisprudencia, nos podemos acoger a la siguiente STS 400/2016, de 15 de junio (NormaCEF NCJ061379), que dijo que

un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos, de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código Civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

Este artículo ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, suprimiendo –cuestión de matiz importante– exclusivamente el inciso «favorable» respecto del informe del fiscal, en consonancia con la STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (NormaCEF NCJ057489). Como es de apreciar en el caso, el fiscal la solicitó. Tuvo, en consecuencia, un informe favorable, sin que ahora, aparentemente, sea necesario sentirse vinculado por el dictamen favorable del Ministerio Fiscal. En cualquier caso, parece deducirse que la petición aislada de la custodia compartida por el Ministerio Fiscal no está expresamente prevista.

Si seguimos centrados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la misma línea la STS 229/2012, de 19 de abril (NormaCEF NCJ057012) dice:

El art. 92 CC establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite «excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco», acordar este tipo de guarda «a instancia de una de las partes», con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión «excepcionalmente», véase la STS 579/2011, de 22 de julio [NormaCEF NCJ055530]). En ambos casos, un requisito esencial para

acordar este régimen es la petición de uno, al menos, de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

En cuanto al plan contradictorio que se menciona en el supuesto, es importante señalar que es un criterio añadido. Debe solicitarse por los padres y, en todo caso, al valorar la conveniencia para su otorgamiento, el plan, es decir, las bases sobre las que se asiente la custodia compartida (horarios, domicilios, trabajos, etc.), tienen que estar presentes.

Una vez más, nos apoyamos en la jurisprudencia que nos aclara este comentario: la STS 400/2016, de 15 de junio (NormaCEF NCJ061379), nos dice, al referirse a la imperatividad de la petición de parte que

de no existir esta por ninguno de los progenitores, difícilmente puede valorarse un plan contradictorio, adecuadamente informado, sobre el qué decidir con fundamento en el interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia (o la sentencia de 9 de marzo de 2016, rec. núm. 1849/2014 [NormaCEF NCJ061134]).

Sin embargo, a pesar de lo dicho, la intervención del Ministerio Fiscal, garante de los intereses de los menores que deben ser valorados por encima de cualquier otro, ha de ser objeto de análisis diferenciado, porque podríamos plantearnos si, a pesar de la dicción literal del artículo 92.8 del CC, donde la mención al fiscal es posterior a la petición a «instancias de los progenitores», es trascendente y excepciona la regla de exclusividad indicada de que solo cabe la custodia compartida si la piden los dos (el padre o la madre).

Pues bien, puede predicarse del fiscal que no sea un mero dictaminador sin legitimación alguna para pedir custodia compartida, aunque no haya sido solicitada por nadie. Desde una dimensión procesal de legitimación activa del fiscal, en estos procesos, vetar su intervención por ser un requisito de procedibilidad es improcedente. Intentaremos fundarlo: el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, dispone que

todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Invocar este precepto nos permite flexibilizar el rigor de la conclusión alcanzada desde el principio.

Si el fiscal pide una custodia compartida, aunque no haya sido solicitada por los progenitores, y su petición se ampara en datos probados que la aconsejan o la hacen conveniente, no es descartable que el juez la pueda acordar valorando el interés del menor. Conclusión que no parece desacertada si el artículo anterior lo ponemos en relación con el 749 de la LEC en su párrafo segundo, que nos dice: «En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal». Artículo comprendido dentro del libro IV, del título primero, del capítulo primero de la LEC sobre los procesos matrimoniales y de menores, entre otros

Otro argumento a favor de las amplias facultades de intervención del Ministerio Fiscal, en este tipo de materias, lo podemos encontrar en la siguiente STC 178/2020, de 14 de diciembre (NormaCEF NCJ065273):

En síntesis, se debe señalar que en cualquier procedimiento de familia en el que se examinen cuestiones que afecten a bienes o derechos de los menores, sometidos a la tutela del orden público, ha de considerarse tempestivo u oportuno que el juez o el tribunal de oficio pueda adoptar las decisiones y medidas que estime ajustadas a los intereses tutelados, aunque no formen parte de las pretensiones deducidas en los escritos rectores del procedimiento o sean contrarias a las mismas y sin sujeción al principio de perpetuación de la jurisdicción. Porque al tratarse de una cuestión de orden público, no deben prevalecer las pretensiones de los progenitores, sino exclusivamente el real beneficio del hijo menor.

Por tanto, si es una cuestión de orden público que prevalece por encima de las peticiones de las partes, la solicitud del fiscal puede tener acogida porque atiende a la situación del menor. El estatuto del menor es de orden público (STC 141/2000, FJ 5.º [NormaCEF NCJ051961]).

Igualmente, el Tribunal Supremo, en su sentencia 705/2021, de 19 de octubre, nos recuerda:

Esta jurisprudencia de la sala está en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha reiterado que «el principio del interés superior del menor debe inspirar y regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia y que, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental (STC 65/2016, de 11 de abril [NormaCEF NCJ061173]), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4.º [NormaCEF NCJ051746]). Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe

ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2)», tal como resume recientemente la STC 178/2020, de 14 de diciembre (NormaCEF NCJ065273), y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad.

En definitiva, aun cuando al principio parecía que el tenor literal del precepto (art. 92.8 CC) prohibía la solicitud aislada del fiscal, que debe pronunciarse después de la petición de las partes, la cuestión primordial del orden público, el interés del menor y la singular intervención del fiscal en este tipo de procedimientos de menores o matrimonios o parejas de hecho nos permiten decidir, con carácter definitivo, que puede prosperar esta singular petición de custodia compartida si, tras la valoración judicial, deviene aconsejable.

## 2. ¿Cómo se interpretan los requisitos para su concesión?

- a) En cuanto a la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor se dice que consta en la demanda que el padre abandonó el domicilio familiar en el año 2018 dejando el hijo a su cargo (madre), cuya custodia se le atribuyó en el auto de medidas provisionales. Añade que la sentencia de la audiencia recoge que ha sido la principal cuidadora.
- b) Respecto a la existencia de criterios comunes de los progenitores en relación con el menor, se alega que, desde la atribución de la guarda y custodia compartida, se han ido produciendo numerosas controversias entre los progenitores y que solo se comunican por correo electrónico, según consta en la página 8 del informe forense.
- c) Sobre los deseos del menor, se alega que sus manifestaciones no pueden ser concluyentes por estar viciados por la influencia paterna. Hace referencia a la página 12 del informe de la psicóloga forense, en el que se dice que «en el listado de Preferencias Infantiles el menor ha mostrado una opinión totalmente polarizada hacia la figura paterna eligiéndola en todas las opciones, no siendo esta una respuesta adecuada ni congruente con las manifestaciones vertidas durante la exploración, [...] muestra una autoestima negativa». Y también se hace referencia a un escrito en el que la recurrente informó al juzgado de que el menor manifestaba que el padre le hacía decir «cosas feas» de su madre y además las grababa.
- d) Sobre el respeto mutuo en las relaciones personales entre los progenitores se dice que no se da en este caso, aludiendo a las acusaciones del padre contenidas en su demanda y a que en el informe de la psicóloga forense se recogió que el padre tenía una imagen distorsionada de la madre, no considerándola capacitada para ocuparse del menor, mostrando una actitud muy negativa, tratando de descalificarla y habiéndola acusado de ser adicta al alcohol.

Y concluye que todo lo anterior, unido al informe elaborado por la psicóloga forense, hace que no pueda considerarse que la guarda compartida sea lo más beneficioso para el hijo.

La STS 393/2017, de 21 de junio (NormaCEF NCJ062622), ha declarado que:

Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (sentencias 579/2011, de 22 de julio [NormaCEF NCJ055530]; 578/2011, de 21 de julio [NormaCEF NCJ055538]; 641/2011, de 27 de septiembre [NormaCEF NCJ055827]; 431/2016, de 27 de junio [NormaCEF NCJ061583], entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados para adoptar la medida que ahora se cuestiona no son contrarios al interés del hijo, sino todo lo contrario, conforme a las circunstancias concurrentes examinadas.

Señala la STS 757/2013, de 29 de noviembre, que

las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (STS 22 de julio de 2011), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación «no tienen buenas relaciones», no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de los menores.

Y dice la STS 442/2017 (NormaCEF NCJ062656), de 13 de julio, que

tiene declarado la sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (SSTS de 18 de enero de 2011, rec. núm. 1728/2009; 9 de septiembre de 2015, rec. núm. 545/2014 [NormaCEF NCJ060266]; 135/2017, de 28 de febrero).

Así ha obrado la citada sentencia pues ha valorado el informe psicosocial a fin de indagar y motivar el interés de los menores, en conjunción con las manifestaciones de las partes, y ha hecho suyas las conclusiones de aquel.

Cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión, no puede obviarse este sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología tan precisa como en la obrante en autos.

Con arreglo a lo anterior se considera que la sentencia de la audiencia, si se respetan los hechos declarados probados en la resolución, ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, y no de forma irracional, aparente o estereotipada, la conveniencia del sistema de guarda y custodia compartida. La audiencia ha analizado el informe pericial en su conjunto y en relación con el resto de la prueba y justifica detalladamente y de forma coherente las razones por las que se aparta de sus conclusiones. Ha valorado que los progenitores cuentan con las habilidades necesarias para atender al hijo, la falta de rechazo de este a relacionarse con los progenitores y el que las discrepancias en cuestiones sanitarias y de educación del menor que han existido carecen de relevancia. El informe del perito judicial, pese a considerar que ambos progenitores estaban capacitados para el cuidado del hijo, propuso la custodia materna atendiendo principalmente a considerar que el padre no favorecía el desarrollo de la relación de los hijos con el otro progenitor, algo que puede explicarse por sus reticencias hacia la idoneidad de la madre para el cuidado del hijo por su convencimiento de que esta tenía problemas con el alcohol. La audiencia explica que no comparte las conclusiones del informe porque el amplísimo régimen de visitas señalado en el auto de medidas provisionales, con pernoctas entre semana, se ha desarrollado normalmente y sin que consten incidentes surgidos con ocasión de este. Esta última circunstancia, unida a la capacidad de ambos padres para el cuidado del hijo en todos los aspectos de su vida, son las que motivan principalmente su decisión.

La parte recurrente introduce hechos no tenidos en cuenta en la sentencia y que ni siquiera están acreditados en el procedimiento. Así, menciona que los progenitores solo se comunican por correo electrónico cuando este dato solo se recoge en el informe pericial como simple relato de la madre. O alude a una posible manipulación del menor por parte del padre, que tampoco se menciona en la sentencia ni se desprende de la pericial.

En definitiva, el motivo se convierte en una serie de alegaciones sobre la valoración de la prueba que simplemente reflejan un criterio particular y subjetivo, obviando los hechos probados y la razón de decidir de la sentencia y creando su propia razón decisoria con arreglo a sus valoraciones, apartándose de los hechos probados y alterando la base fáctica de la sentencia, pretendiendo una tercera instancia, lo que lleva a que se solicite su desestimación.

### 3. Fecha de retroacción de la pensión de alimentos

La jurisprudencia sobre la retroactividad de las pensiones y por resumir el estado de la cuestión jurisprudencial pueden citarse:

La STS núm. 17/2022, de 13 de enero (Norma CEF NCJ066004) declara lo siguiente:

La doctrina jurisprudencial que debe ser considerada es la que se recoge en las resoluciones citadas por el recurrente y por el fiscal. Según esta doctrina:

«no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y,

por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía [...].

En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual "debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda". Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.

En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, rec. núm. 1088/2013, que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente". 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 esta", razones que llevan 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 resoluciones 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».

La STS núm. 146/2022 (NormaCEF NCJ065972), de 23 de febrero estableció:

no es necesario que la parte fije el *dies a quo* de la pensión alimenticia, pues de acuerdo con el art. 148 del C. Civil, se habrá de fijar desde la interposición de la demanda, cuando, como en este caso, es la primera vez que se determina, unido ello a que de acuerdo con el art. 93 del C. Civil, el juez determinará la pensión alimenticia a los menores «en todo caso», lo cual significa que no está condicionado a la petición de las partes.

La STS núm. 86/2020, de 6 de febrero declara que:

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).

La STS núm. 113/2019, de 20 de febrero declara que:

La primera resolución que fije la pensión de alimentos podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, y en este caso es la resolución dictada por la Audiencia –recurrida– la que por primera vez impone a la demandada el pago de una pensión alimenticia, por lo que no modifica otra que viniera satisfaciendo con anterioridad. Solo en este último caso señala la jurisprudencia de esta sala que los efectos de la modificación tendrían lugar desde el momento en que se dicta la sentencia que así lo establece [...], es correcto hacer coincidir la obligación con la fecha de interposición de la demanda, pues ya en tal fecha se daba la situación que justifica el nacimiento de la misma a cargo de la demandada.

Con mayor claridad, la STS núm. 575/2019, de 16 de octubre declara que:

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.

El ATS de 10 de julio de 2019, rec. núm. 180/2019, realiza un resumen:

«Esta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional sobre la misma cuestión jurídica que ahora se suscita en recientes SSTs de 26 de marzo de 2014, rec. núm. 1088/2013, y 19 de noviembre de 2014, rec. núm. 785/2012 (Norma CEF NCJ059142). [...] «Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y, por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía [...]. En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual «debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda». Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando

se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces [...]. En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, rec. núm. 1088/2013, que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que «cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente». 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 esta», razones que llevan 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 resoluciones 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».

3. Entendemos que tal interpretación no es acorde con la jurisprudencia y contraría el interés superior del menor.

4. La jurisprudencia permite fijar una fecha posterior pero solo sobre la base de los supuestos en los que se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento. La ratio es clara: evitar que se paguen los alimentos dos veces.

5. La audiencia basa su decisión de limitar la retroactividad de este primer reconocimiento de la pensión en que:

i) La demanda fue presentada ante los juzgados de Badalona, aun cuando el último domicilio familiar había radicado en Barcelona, donde residía el demandado, lo que originó que el juzgado planteara su inhibición, emplazándose al demandado el 7 de febrero de 2017.

ii) La actora no solicitó pieza separada de medidas coetáneas.

iii) Consta que el demandado realizó diversos pagos en este periodo.

Concluye literalmente la audiencia con que «la responsabilidad en la demora no puede ser atribuida al demandado».

Décimo segundo.- 1. Entendemos que la audiencia utiliza para restringir la retroactividad unos parámetros que ni son acogidos por la jurisprudencia ni –en nuestra opinión– tienen fundamento lógico y que además son contrarios al interés superior del menor, en cuanto se le priva de pensiones a las que tendría derecho.

2. Consideramos que el único parámetro válido para restringir la retroactividad sería el de los pagos efectuados con anterioridad. En efecto, conforme a la jurisprudencia, la regla de la retroactividad podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento.

3. Sin embargo, la audiencia se limita a declarar que «consta que [el demandado] realizó diversos pagos en este periodo».

La sentencia no especifica ni a qué período se refiere (si los pagos fueron anteriores a 2015 ningún efecto podría tener respecto a la retroactividad de la pensión), ni cuántos pagos realizó, ni a cuánto ascendió el importe de los pagos.

Esta –limitada– constatación respecto de los pagos realizados sería notoriamente insuficiente para restringir la retroactividad de la pensión, trasladando su eficacia desde la fecha de presentación de la demanda en 2015 al 7 de febrero de 2017.

4. En cuanto a que la tramitación de la causa y el emplazamiento se retrasara por la inhibición, entendemos que en ningún caso justificaría que se restrinjan las pensiones a las que el menor tiene derecho.

Tampoco justificaría la privación del devengo de pensiones en favor del hijo menor el hecho de que la madre no hubiera solicitado medidas provisionales.

5. El progenitor tiene una obligación natural de contribuir a la manutención de su hijo, de la que no puede verse exonerado por el hecho de que el procedimiento en el que se reclama esta prestación se demore –sea cual sea la causa– ni por el hecho de que la representante legal no inste medidas provisionales. Los criterios de la audiencia para excluir la retroactividad no casan con la naturaleza de la pensión a los hijos para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE. Como se declara en la STS núm. 484/2017, de 20 de julio (Norma CEF NCJ062657), la obligación legal que pesa sobre los progenitores [...] está basada en un principio de solidaridad familiar y [...] tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y [...] es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico [...], más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención».

Décimo tercero.- En definitiva, entendemos que el razonamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona contraría la jurisprudencia del Tribunal Supremo e intro-

duce unos parámetros restrictivos del derecho a los alimentos del hijo menor que discurren por razonamientos contrarios a su superior interés, por lo que consideramos que el recurso debe admitirse a trámite.

Como se expone *ad exemplum* en la STS núm. 484/2017, de 20 de julio (NormaCEF NCJ062657).

el interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo «en todo caso», conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 92.8, 106 y 146.
- Ley Orgánica 1/1996 (protección jurídica del menor), art. 2.1.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 749 y 774.5.
- SSTS de 18 de enero de 2011, rec. núm. 1728/2009; 578/2011, de 21 de julio (NormaCEF NCJ055538); 579/2011, de 22 julio (NormaCEF NCJ055530); 641/2011, de 27 septiembre (NormaCEF NCJ055827); 229/2012, de 19 de abril (NormaCEF NCJ057012); 9 de septiembre de 2015, rec. núm. 545/2014 (NormaCEF NCJ060266); 9 de marzo de 2016, rec. núm. 1849/2014 (NormaCEF NCJ061134); 400/2016, de 15 de junio (NormaCEF NCJ061379); 431/2016, de 27 de junio (NormaCEF NCJ061583); 135/2017, de 28 de febrero (NormaCEF NCJ062267); 393/2017, de 21 de junio (NormaCEF NCJ062622; 442/2017, de 13 de julio (NormaCEF NCJ062656); 484/2017, de 20 de julio (NormaCEF NCJ062657); 113/2019, de 20 de febrero; 575/2019, de 16 de octubre; 17/2022, de 13 de enero (NormaCEF NCJ066004); 146/2022, de 23 de febrero (NormaCEF NCJ065972).
- SSTC 4/2001, de 15 de enero (NormaCEF NCJ051746); 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (NormaCEF NCJ057489); 65/2016, de 11 de abril (NormaCEF NCJ061173); 141/2000, de 29 de mayo (NormaCEF NCJ051961); 178/2020, de 14 de diciembre (NormaCEF NCJ065273).