

Roj: STS 7666/2011
Id Cendoj: 28079110012011100759
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 757/2010
Nº de Resolución: 825/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Noviembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, por **D. Casiano**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Jacinto Gómez Simón contra la Sentencia dictada, el día 13 de enero de 2010, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 465/2009, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santoña en los autos sobre disolución de matrimonio por divorcio con modificación de medidas seguidos bajo el nº 591/2007. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. Francisco Javier Ruiz Martínez-Salas, en nombre y representación de Dª Casiano, personándose en concepto de parte recurrente. El Procurador D. Jacinto Gómez Simón, en nombre y representación de Dª Pilar, personándose en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santoña, interpuso demanda de disolución de matrimonio por divorcio con modificación de medidas acordada en la sentencia de separación matrimonial D. Casiano, contra Dª. Pilar. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "*.... se dicte en su día sentencia por la que se declare:*

1º) la disolución, por causa de divorcio, del matrimonio contraído en su día por el actor y la demandada, ordenando que se practiquen las inscripciones registrales que al efecto procedan.

2º) la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia dictada en el proceso de separación matrimonial a la que se hace mención en el hecho segundo del presente escrito, y en su lugar se acuerde:

A) Atribuir el uso y disfrute de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal sito en el DIRECCION000 núm. NUM000 de Laukiz y el ajuar familiar que en la misma se encuentra a favor de mi representado, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a que retire de dicha vivienda sus pertenencias personales en el plazo prudencial de quince días contados a partir de la fecha del pronunciamiento judicial, bajo los apercibimientos legales que correspondan, en caso de no hacerlo.

B) La extinción de la pensión compensatoria establecida a favor de la demanda con efectos de enero de 2005, condenándole a estar y pasar por dicha declaración, a practicar la liquidación por pensiones pendientes de pago de acuerdo con dicho pronunciamiento y a devolver las cantidades que hubiera recibido desde la aludida fecha.

3º) que se impongan las costas a la demandada".

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de Dª. Pilar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "*... en su día dicte Sentencia por la que:*

1º.- Se decrete la disolución matrimonial por divorcio de las partes litigantes.

2º.- Se **DESESTIME ÍNTEGRAMENTE LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS interesada de adverso, con expresa imposición de las costas a la contraparte**". Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se citó a las partes para la celebración de la vista principal, que tuvo lugar en el día y hora señalado y con asistencia de las partes, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Santoña dictó Sentencia, con fecha 9 de febrero de 2009 y con la siguiente parte dispositiva: "**FALLO: Estimando en parte la demanda presentada por la representación Casiano contra Pilar , se procede a hacer los siguientes pronunciamientos: Acordar el divorcio de los cónyuges. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, desestimando la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia dictada en el proceso de separación matrimonial. No ha lugar a efectuar expresa condena en costas...**".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Casiano . Sustanciada la apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santander dictó Sentencia, con fecha 13 de enero de 2010 , con el siguiente fallo: "**Estimar el recurso, revocando la sentencia de instancia a los solos efectos de:**

1º) **Extinguir a partir del 30 de junio la atribución de uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiar hecha a favor de la Sra. Pilar , distribuyendo semestralmente a partir de entonces, comenzando por el Sr. Casiano , y hasta la liquidación de dicho patrimonio, ese uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiar.**

2º) **Extinguir con esta fecha la pensión compensatoria establecida en la precedente sentencia de separación a favor de la Sra. Pilar .**

Todo ello sin imposición de las costas de esta alzada a ninguno de los litigantes".

La representación de D. Casiano , presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 3 de febrero de 2010, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "**Se acuerda no haber lugar a aclarar la sentencia núm. 21/2010 de esta sección segunda, de fecha 13 de enero del presente año**".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D. Casiano , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de Instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por la Procuradora Dª Beatriz Ruenes Cabrillo, lo interpuso ante esta Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Único.- **Infracción del art. 101 del Código Civil** , en cuanto a la fecha o momento temporal en el que opera y adquiere sus efectos la extinción de la pensión compensatoria decretada por el Tribunal.

Por resolución de fecha 15 de abril de 2010, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó el Procurador D. Francisco Javier Ruiz Martínez-Salas, en nombre y representación de D. Casiano , personándose en concepto de parte recurrente. El Procurador D. Jacinto Gómez Simón, en nombre y representación de Dª Pilar , personándose en concepto de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 15 de marzo de 2011 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Jacinto Gómez Simón, en nombre y representación de Dª Pilar , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el 26 de octubre de 2011, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. Dª. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D. Casiano y Dª Pilar contrajeron matrimonio en 1981. Tienen dos hijos que en este momento son mayores de edad.

2º El 19 julio 2004 se dictó sentencia de separación de los cónyuges, que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Bizkaia el 16 febrero 2006 . En ella se acordaron las siguientes medidas: **a)** el uso y disfrute de la

vivienda conyugal se atribuía a la esposa, y **b)** se establecía que el marido pagaría una pensión compensatoria de 2000# durante cinco años y de 1500# durante los tres siguientes, hasta completar un periodo de ocho años.

3º En 2007, D. Casiano formuló demanda de divorcio. En ella pidió la disolución del matrimonio por divorcio, que se modificaran las medidas acordadas en la separación en el sentido de atribuir al demandante el uso de la vivienda porque la esposa no la utilizaba, y que se extinguiera la pensión compensatoria porque Dª Pilar convivía en relación de pareja con otra persona y además, trabajaba en una inmobiliaria. El suplico de la demanda pedía lo siguiente: "*B) la extinción de la pensión compensatoria establecida a favor de la demandada con efectos de enero de 2005, condenándole a estar y pasar por dicha declaración, a practicar la liquidación de las pensiones pendientes de pago de acuerdo con dicho pronunciamiento y a devolver las cantidades que hubiera recibido desde la aludida fecha*".

Dª Pilar se opuso a las medidas pedidas, alegando que el marido no había hecho efectiva su obligación de pago de las pensiones, ni de otros gastos generados por el inmueble que constituyó en su día el domicilio familiar.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Santoña, de 9 febrero 2009 , acordó el divorcio y mantuvo las medidas establecidas en la sentencia de separación porque, en lo que se refiere a este recurso, el demandante conocía el hecho de la convivencia en el momento de la separación y no se opuso a la pensión; este hecho debió haber sido invocado en aquel procedimiento, sin que resultara procedente alegarlo en uno posterior (*Art. 400LEC*).

5º D. Casiano apeló la sentencia. La de la Audiencia Provincial de Santander, sección 2, de 13 enero 2010 , estimó el recurso. Respecto de la pensión compensatoria, dijo que la convivencia de la Sra. Pilar era un hecho incontrovertido; que la ley lo contemplaba como causa de extinción de la pensión; que el marido podía reservarse la alegación de la causa de extinción en un procedimiento posterior y que, en consecuencia, declaraba la extinción de la pensión desde la sentencia que acordaba el divorcio, por tener ésta efectos constitutivos.

6º D. Casiano presenta recurso de casación al amparo del *Art. 477, 2.3 LEC* , que fue admitido por auto de esta Sala de 15 marzo 2011 .

SEGUNDO. Motivo único. Infracción del *Art. 101 CC* en relación a la determinación del momento de la extinción de la pensión compensatoria. La sentencia recurrida sigue la corriente mayoritaria que entiende que la extinción opera desde la fecha de la sentencia, sin efecto retroactivo. Pero señala que existe una contradicción entre las Audiencias Provinciales y cita como favorables a la recurrida, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, de 15 enero 1999 , Córdoba, sección 2ª de 12 abril 2000 y 25 abril 2002 y como sentencias contrarias, las de Barcelona, sección 18, de 16 febrero 2007 y Madrid, sección 24, de 11 diciembre 2001 y 12 marzo 2008 , que sostienen la posibilidad de retrotraer los efectos de la extinción de la pensión al tiempo de la concurrencia de la causa.

TERCERO. En el recurso de casación, el recurrente se limita a pedir que se declare que la extinción de la pensión compensatoria se retrotraiga al momento en que se produjo la causa. Debe recordarse que ha quedado probado que el recurrente conocía la concurrencia de la causa en el momento de plantearse la sentencia de separación y a pesar de ello, no se opuso al reconocimiento de la pensión en aquel procedimiento, ni intentó una posterior modificación de las medidas.

CUARTO. Previamente al examen de este recurso, deben resolverse algunas cuestiones: la primera, se refiere a las situaciones de separación y subsiguiente divorcio, tal como venían reguladas en la normativa aprobada en el Código Civil por la *ley de 1981*. Debe establecerse si la sentencia de divorcio debe siempre aceptar las medidas tomadas en la separación, o bien pueden producirse efectos distintos cuando las circunstancias han cambiado y sean inútiles las anteriores medidas.

La segunda se refiere a los efectos del consentimiento que puede concurrir cuando el deudor de la pensión conoce la existencia de una causa de extinción, de acuerdo con el *art. 101 CC* y a pesar de ello, no se opone a su reconocimiento en la sentencia de separación.

QUINTO. El principal argumento para afrontar la primera de las cuestiones planteadas es considerar que si bien, como regla general, los efectos de la separación se consolidan con el divorcio, no necesariamente debe ocurrir así, porque el divorcio es una situación nueva que puede dar lugar a unos efectos distintos a la separación, derivados de su propia naturaleza extintiva del matrimonio, tal como establece el *art. 86 CC* . El divorcio es distinto de la separación y por ello pueden replantearse todas las medidas tomadas en la primera, entre ellas, la de la pensión compensatoria. La ley ha previsto un procedimiento de modificación de medidas

para los casos en que la situación de base que ha solucionado la crisis matrimonial no haya cambiado; por ello, con mayor razón, puede plantearse una modificación en el procedimiento de divorcio, puesto que se trata de una nueva situación que exigirá nuevas soluciones. Por ello se va a exigir que se pida la ratificación de las anteriores medidas, ya que de otro modo, deberían plantearse de nuevo todas y cada una de ellas.

En conclusión, el divorcio constituye una nueva y distinta solución que será definitiva desde el momento de la firmeza de la sentencia, que en este aspecto, es constitutiva y por ello, todos sus efectos se van a producir desde la firmeza de la sentencia de divorcio (STS 106/2010, de 17 marzo y las allí citadas, entre otras).

SEXTO. La segunda de las cuestiones resulta más concreta y lleva a resolver el punto relativo a si el deudor de la pensión que ha consentido que se establezca, conociendo la concurrencia de la causa en el procedimiento de la separación, puede pedir que se extinga en el momento del divorcio. Si aplicáramos la teoría del consentimiento, esta Sala debería llegar a la misma solución que la sentencia dictada en primera instancia, por aplicación de la doctrina de los actos propios, derivada del principio de buena fe. Pero si consideramos, como esta Sala entiende, que el divorcio es una situación nueva en la que deben fijarse los efectos correspondientes, debemos concluir que, como ha efectuado la sentencia recurrida, es posible alegar la causa ya concurrente, por la característica constitutiva del divorcio. Pero esta nueva situación solo será efectiva desde la sentencia de divorcio y, por tanto, no puede ser retroactiva al momento de la demanda.

En el presente supuesto, *no es posible estimar el recurso de casación* en el que se pretende que la extinción de la pensión se produzca con efectos retroactivos al momento en que concurrió la causa, es decir, antes de la sentencia de separación, porque:

1º El recurrente la conocía en el momento de la demanda de separación y a pesar de ello, la consintió y no planteó posteriormente un procedimiento de modificación de medidas, para pedir su extinción durante el periodo durante el que se mantuvo la separación. Por tanto, existió conformidad mientras se mantuvo la separación.

2º La nueva situación creada por el divorcio permite la extinción de la pensión por concurrencia de una causa probada, pero ello no será efectivo desde el momento de la concurrencia de la causa como pretende el recurrente, sino desde la sentencia que acuerda el divorcio.

SÉPTIMO. La desestimación del único motivo del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Casiano contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 13 enero 2010 , determina la de su recurso.

Dada la dificultad del problema planteado, sobre el que esta Sala no había tenido ocasión de pronunciarse, no se imponen al recurrente las costas de su recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º No se estima el recurso casación presentado por la representación procesal de D. Casiano contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 13 enero 2010, dictada en el rollo de apelación nº 465/09 .

2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

3º No se imponen las costas del recurso

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jesus Corbal Fernandez.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.