

EDJ 2009/288525

TSJ Cataluña, sec. 1ª, S 14-10-2009, nº 41/2009, rec. 7/2009

Pte: Ramos Rubio, Carlos

Resumen

El TSJ desestima el recurso de casación interpuesto por el esposo divorciado, contra la sentencia de la AP, derivada del proceso de divorcio. Considera el Tribunal, entre las diversas cuestiones planteadas, que en relación con la extinción o con la reducción de la pensión compensatoria basada en un cambio de las circunstancias económicas del obligado al pago y del beneficiario del mismo, sólo merecerá el necesario interés casacional cuando pueda tildarse de ilógico, irrazonable o arbitrario, no pudiendo apreciar que en el presente caso se den dichos motivos.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña
art.76.2 , art.84 , art.86 , art.259

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Concepto

Límite temporal

Cuantía

Supresión

Otras cuestiones

Pensiones alimenticias a los hijos

Determinación de la cuantía

Proporcional a ingresos y necesidades

Modificación

Otras cuestiones

RECURSOS

APELACIÓN

Procedimiento

Sentencia

Reformatio in peius

CASACIÓN

Recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia

Cuestión de derecho propio de la Comunidad Autónoma

Otras cuestiones

REGÍMENES FORALES

CATALUÑA

Otras cuestiones

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada; Desfavorable a: Esposo divorciado

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.76.2, art.84, art.86, art.259 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña
Cita art.2, art.4, art.218, art.398.1, art.773, art.775 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
Cita art.24.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.102, art.151, art.1100 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 1 Pleno de 20 enero 2009 (J2009/11739)
Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones STSJ Cataluña de 3 julio 2008 (J2008/372100)
Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones STSJ Cataluña de 8 mayo 2008 (J2008/372093)
Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones STSJ Cataluña de 26 noviembre 2007 (J2007/374351)
Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones STS Sala 1ª de 30 marzo 2006 (J2006/65258)
Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones STSJ Cataluña de 9 enero 2006 (J2006/11903)
Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concepto, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones STSJ Cataluña de 27 octubre 2005 (J2005/197515)
Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía STSJ Cataluña de 12 enero 2004 (J2004/58608)
Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones STSJ Cataluña de 6 noviembre 2003 (J2003/157523)
Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones SAP Barcelona de 15 abril 2003 (J2003/137556)
Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones STSJ Cataluña Sala de lo Civil de 5 mayo 2003 (J2003/30565)
Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones STSJ Cataluña Sala de lo Civil de 10 febrero 2003 (J2003/8890)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 23 enero 2002 (J2002/379)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 23 abril 1998 (J1998/2612)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 13 mayo 1996 (J1996/2668)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 8 marzo 1996 (J1996/1125)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 30 diciembre 1994 (J1994/9926)
Cita en el mismo sentido SAP Vizcaya de 10 junio 1994 (J1994/6956)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 21 mayo 1994 (J1994/4630)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 11 diciembre 1993 (J1993/11267)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 12 noviembre 1993 (J1993/10207)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 16 junio 1993 (J1993/5897)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 22 junio 1992 (J1992/6695)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 30 de julio de 2004 el procurador de los tribunales Sr. Vicenç Ruiz Amat, en nombre y representación de D. José Ignacio, presentó una demanda de divorcio contra su entonces cónyuge Dª Inés, para reclamar la declaración de divorcio del matrimonio y, con modificación de las medidas acordadas en la precedente sentencia de separación, que no se dispusiese nada sobre el uso del domicilio familiar; que se decretase la guardia y custodia del hijo menor (Marc) a favor de la madre con un amplio régimen de visitas a favor del padre, señalándose una pensión de alimentos a cargo de éste y a favor de aquél de 600 # mensuales más 4.000 # una vez al año; que no se reconociese el derecho a alimentos al hijo mayor (Luca) o, como máximo, se estableciese en su favor la pensión indispensable hasta un máximo de 400 # mensuales; que se fijase como máximo en 600 # mensuales la pensión compensatoria a favor de la demandada, caso de que llegase a acreditar ser acreedora de la misma; y todo ello desde la fecha de la presentación de la demanda "con el fin de evitar el enriquecimiento injusto de Dª Inés".

A la demanda se opuso la demandada Dª Inés, representada por la procuradora Sra. Roser Davi Feixa y asistida por la letrada Sra. Sonia Frouchtman Lang, solicitando igualmente la disolución del matrimonio por divorcio y su inscripción en el Registro Civil Central; la fijación de una pensión de alimentos a favor de los hijos de 15.000,00 # mensuales, revisables anualmente, sin establecer derecho de visita alguno a favor del actor sin perjuicio del derecho a relacionarse con su hijo menor con la aceptación de éste; el establecimiento

de una pensión compensatoria a favor de la demandada de 8.800,00 # mensuales o, cuando menos, el mantenimiento de la pensión de la misma clase por importe 6.589,00 #, en todo caso revisables anualmente.

La demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Rubí (autos núm. 539/04), que, previos los trámites legales terminó dictando una sentencia el doce de mayo de dos mil siete, en cuyo fallo se dispuso de la siguiente forma:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador Vicenç Ruiz Amat, en nombre y representación de José Ignacio, contra Inés, debo declarar y declaró el DIVORCIO del matrimonio formado por los litigantes.

Asimismo, debo acordar y acuerdo el mantenimiento de las medidas complementarias adoptadas en el proceso de separación conyugal -sin que proceda a efectuar pronunciamiento alguno respecto a la guarda y custodia del hijo Marc, al ser mayor de edad-, con las siguientes modificaciones:

-Se fija en la suma de 3000 # mensuales la pensión alimenticia a cargo del Sr. José Ignacio y a favor de los hijos Luca y Marc.

-Se establece en el importe de 2000 # mensuales la cantidad a satisfacer en concepto de pensión compensatoria a favor de la Sra. Inés.

Ambas cuantías satisfarán por meses anticipados, en la cuenta que designe la Sra. Inés, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y se actualizarán anualmente de acuerdo con las variaciones del IPC publicado por el INE u organismo que legalmente lo sustituya.

No procede imponer las costas a ninguna de las partes".

Segundo. Contra la anterior sentencia presentaron el actor y la demandada sendos recursos de apelación, que después de su oportuna tramitación fueron resueltos por la sentencia de diez de noviembre de dos mil ocho dictada por la sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo núm. 1079/2007), en la que se decidió:

"Que, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por D. José Ignacio y con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Dª Inés, ambos contra la Sentencia dictada en fecha 12 mayo 2007 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Rubí en el procedimiento sobre divorcio contencioso registrado con el núm. 539/2004 seguido de instancia de D. José Ignacio contra la Dª Inés, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha Sentencia en el sentido de acordar la extinción de la pensión alimenticia del hijo Luca, con efectos desde la fecha de esta nuestra Sentencia, en el de fijar en 600 # el importe de la pensión alimenticia a satisfacer por el Sr. José Ignacio al hijo Marc, igualmente con efectos desde esta nuestra Sentencia, confirmándola en lo demás. Y sin hacer especial condena en cuanto a las costas causadas por ambos recursos de apelación."

Tercero. Contra la referida sentencia fue preparado primero e interpuesto después un recurso de casación, al amparo de los núm. 2º y 3º del art. 477.2 LEC EDL 2000/77463 , por infracción de lo dispuesto en los art. 84.1 y 3, 86.1.a, 262 y 271.1.b CF y "las normas aplicables para resolver la retroactividad de los efectos de la extinción y modificación de la pensión alimenticia y la pensión compensatoria declaradas en la sentencia, hasta la fecha de la interposición de la demanda".

Cuarto. Recibidas las actuaciones en la Secretaría de esta Sala, previos los trámites legales, se decidió declarar la competencia de esta Sala para resolver sobre el recurso de casación interpuesto así como su admisión a trámite por una interlocutoria de diecinueve de marzo de dos mil nueve, que también dispuso dar traslado a la demandada comparecida en el rollo, Dª Inés, representada por la procuradora de los tribunales Sra. Elena Soria de Villalonga, la cual se opuso a la estimación del recurso, tras lo cual se señaló oportunamente la fecha para la votación y fallo.

Ha sido magistrado ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sala D. Carlos Ramos Rubio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Además de los que se han expuesto con anterioridad en los antecedentes de la presente resolución y de los que se incluirán en el lugar oportuno de los siguientes razonamientos jurídicos, los hechos en que se funda el presente recurso, que se desprenden de la lectura de la sentencia recurrida y, por remisión de ésta, de la sentencia de primera instancia, confirmada por aquélla, son los siguientes:

a) Los litigantes contrajeron matrimonio el 2 de septiembre de 1981, convivieron durante 20 años y tuvieron dos hijos, Luca, nacido el 7 de julio de 1985, y Marc, nacido el 25 de mayo de 1988.

b) Al tiempo de la ruptura de la convivencia, la esposa contaba con más de 50 años de edad, era concedora de varios idiomas y no consta que hubiere desarrollado trabajo estable alguno. Con posterioridad a la separación, desempeña un trabajo como "directora regional de una compañía franquiciada para la venta de productos de perfumería y de limpieza a domicilio", del que no consta que obtenga beneficios por el momento.

c) La separación matrimonial fue declarada por Sentencia de 17 de junio de 2002, del Juzgado de primera instancia núm. 51 de Barcelona, que fue modificada en parte por la Sentencia de 15 abril 2003 de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona EDJ 2003/137556 , en lo relativo a la pensión alimenticia establecida a favor de los hijos, que quedó definitivamente fijada en 6.600 # al mes, mientras que la pensión compensatoria lo fue en 6.000 # mensuales.

d) El Sr. José Ignacio fue despedido el 18 diciembre 2003 del trabajo que desempeñaba al tiempo de la separación, siendo contratado por una nueva empresa, con el cargo de director, con efectos desde el 4 de mayo de 2004 y una retribución fija de 72.000 # brutos anuales, más una retribución variable hasta un máximo de 72.000 # anuales en función de los objetivos conseguidos, garantizándose respecto a esta última durante los años 2004 y 2005 el 50% de su importe.

e) El Sr. José Ignacio ha establecido en la actualidad una nueva relación de pareja, de la que ha nacido una hija (Sarah-Emilie), con la que convive en una casa alquilada de la que es propietaria una sociedad administrada por un pariente suyo.

Segundo. 1. El primer motivo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. José Ignacio denuncia la "falta de aplicación" del art. 86.1.a) CF, al no declarar la Audiencia Provincial la extinción de la pensión compensatoria señalada a favor de la demandada en un procedimiento de separación anterior, o, en su defecto, "la vulneración" del art. 84.1 y 3 CF, al no reducir subsidiariamente el mismo tribunal el importe de dicha pensión a los 600 euros mensuales ofrecidos por el recurrente, en ambos casos, en atención a los "datos objetivos" que se desprenden de los propios hechos declarados probados, de manera que, por ello, "el razonamiento de la Sala 'ad quem' resulta arbitrario y ajeno a las reglas de la lógica" y, por lo tanto, revisable en casación.

Los "datos objetivos" invocados por el recurrente y extraídos en su mayoría -según se afirma- de la propia resolución judicial combatida se refieren al despido del trabajo que desempeñaba al tiempo de producirse la separación matrimonial, ocurrido el 18-12-2003; a la relevante reducción del salario que percibe en su actual trabajo, en relación con el que percibía cuando fue fijada la inicial pensión compensatoria; al pago en la actualidad de una hipoteca de considerable importe (2.000 # mensuales) por una vivienda de la que es propietaria al 50% la demandada, a la espera de la liquidación del patrimonio común; a la necesidad de devolver los préstamos familiares que se ha visto obligado a tomar el recurrente para atender a su actual situación; al pago del alquiler de su actual vivienda (1.650 # al mes), en la que convive con una nueva pareja y con la hija común, y en la que, además, ha debido acometer costosas obras de rehabilitación; y, finalmente, a la atención de otros gastos fijos por razón del servicio doméstico (900 # al mes) y del seguro médico (600 # al mes).

A ello se une, además -siempre según la versión del recurrente-, la acreditada mejora de la situación económica de la demandada, que no trabajaba en el momento de la separación, pero que en la actualidad es "directora regional de una compañía franquiciada para la venta de productos de perfumería y de limpieza a domicilio", habiéndose negado a aportar dato alguno sobre sus actuales ingresos e, incluso, a comparecer en la vista del pleito principal del divorcio, circunstancia ésta que hubiera debido bastar -entiende el recurrente-"para que se considerasen admitidos todos los hechos alegados por el demandante". Según el recurrente, indicios de esta mejora son otros datos que "incomprensiblemente... la Sala ad quem ha omitido en su fundamentación fáctica", tales como que la demandada disfrute en la actualidad de una vivienda en la ciudad de Londres de la que "no consta que tenga que pagar canon o alquiler alguno", o que haya adquirido en el año 2003 una vivienda en dicha ciudad y la haya revendido poco después (2006) con un ganancia de 220.050 libras esterlinas, o que se haya comprado un vehículo recientemente (2007).

Alega el recurrente que no existen otros "datos objetivos" -o por lo menos no se concreta ningún otro en la sentencia de instancia ni en la de apelación- de la situación económica de las partes que los que él pone de manifiesto en su recurso de casación, por lo que, "al no valorar bajo las reglas de la lógica las pruebas practicadas y los documentos aportados a la litis" y al resolver la Audiencia Provincial como lo hizo, emitió "un juicio valorativo de la prueba... arbitrario" cuando fijó una pensión compensatoria que supone entre el 50% y el 60% del actual salario del recurrente, en lugar de declarar extinguida o de reducirla al importe ofrecido subsidiariamente por el recurrente (600 # mensuales), lo que -según él- implica "transgredir los criterios y las limitaciones legales impuestas para la determinación de la pensión compensatoria por el art. 84 del Codi de Família".

2. Como hemos avanzado en el fundamento de derecho primero, en el procedimiento de separación matrimonial precedente, el actor había sido condenado a satisfacer a su ex cónyuge una pensión compensatoria de 6.000 euros al mes, que en el presente procedimiento de divorcio se ha visto reducida, ya desde la primera instancia, a una tercera parte (2.000 # mensuales).

Para ello, el Juzgado de primera instancia tuvo en cuenta "la nueva situación familiar del Sr. José Ignacio, que debe hacer frente a los gastos que supone la manutención de otra hija", así como el transcurso de "un tiempo más que prudencial para que la Sra. Inés se incorpore al mundo laboral con determinada estabilidad" (FJ8).

Para confirmar dicho pronunciamiento, la Audiencia provincial tuvo en consideración, por un lado, que la situación económica del recurrente había variado "sustancialmente" en relación con la que disfrutaba cuando se dictó la sentencia de separación (FJ2), al haber sido despedido del trabajo que le proporcionaba los ingresos tomados entonces en consideración y pasar a percibir un salario inferior, no obstante lo cual entendió el tribunal a quo que, en la actualidad, sigue manteniendo "un elevado nivel" (FJ3), como lo demuestra su capacidad de gasto mensual (2.000 #, por una hipoteca, y 1.650 #, por el alquiler de su vivienda; a los que, según la sentencia de primera instancia, deben añadirse 900 #, por el sueldo de una empleada doméstica, y 600 #, de seguros médicos).

Por otra parte, al confirmar en este punto el pronunciamiento de primera instancia, la Audiencia consideró que la ex cónyuge se había incorporado al mercado laboral como "directora regional de una compañía", si bien seguidamente dejó constancia de que "se trata de una franquicia para la venta de productos de perfumería y de limpieza a domicilio" de la que no consta que obtenga todavía beneficios (FJ2), por lo cual el tribunal concluye que "sigue viendo más perjudicada su situación económica en relación a la que disfrutaba durante la convivencia conyugal... sin que conste en datos objetivos que permitan señalar una fecha en la que previsiblemente pueda cesar la desigualdad entre los niveles de vida de uno y otro litigante, por lo que no puede señalarse plazo para qué finalizado el mismo se extinga la pensión compensatoria" (FJ3).

3. Ante todo, se hace necesario precisar que no podrán ser tenidos en cuenta aquellos hechos relativos a la nueva situación económica de la acreedora de la pensión compensatoria que se describen en el recurso (plusvalía obtenida de la venta de una casa en Londres, la compra de un vehículo) pero que no han sido contemplados en la sentencia recurrida. Su incorporación al debate hubiera debido realizarse mediante el oportuno recurso extraordinario por infracción procesal, que ni siquiera se ha anunciado. En consecuencia, conforme a lo que se desprende de la jurisprudencia que, por reiterada, no es preciso citar, es necesario afrontar ahora el examen del recurso de casación desde el escrupuloso respeto a los hechos tomados en consideración por el tribunal a quo.

Por otra parte, no está de más precisar que, a diferencia de lo sucedido en la apelación, no se plantea ahora por el recurrente la necesidad de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria, sino sólo la de declarar su extinción definitiva o su reducción a la cantidad de 600 # mensuales. No sería razonable, por lo tanto -ni acorde con el principio de congruencia de las resoluciones judiciales (art. 218 LEC EDL 2000/77463)-, que esta Sala se planteara de oficio la cuestión, sobre todo teniendo en cuenta que la Audiencia

la ha despejado adecuadamente al dejar constancia expresa de la imposibilidad de establecer por el momento una previsión temporal de la desaparición del desequilibrio económico que describe, lo que se considera sustancialmente conforme con la doctrina que hemos establecido para otros casos en interpretación de lo dispuesto en los art. 84 y 86 CF, según la cual la fijación de un límite temporal no es necesaria, sino facultativa, y dependerá de circunstancias de muy distinto orden que, en cada caso, puedan apreciarse por el tribunal de instancia, a quien simplemente se exige un juicio suficientemente ponderado y razonable de previsión de la superación o desaparición del desequilibrio que justificó su concesión (SS TSJC 10/2002 de 4 mar., 1/2003 de 10 feb. EDJ 2003/8890 , 12/2003 de 5 may. EDJ 2003/30565 , 1/2004 de 12 ene. EDJ 2004/58608 , 20/2004 de 21 jun., 11/2005 de 24 feb., 41/2005 de 27 oct. EDJ 2005/197515 , 1/2006 de 9 ene. EDJ 2006/11903 , 8/2006 de 27 feb. EDJ 2006/65258 , 20/2007 de 30 may. y 36/2007 de 26 nov EDJ 2007/374351).

Por lo demás, en relación con la extinción (art. 86.1.a CF) o con la reducción (art. 84.3 CF) de la pensión compensatoria basada en un cambio de las circunstancias económicas del obligado al pago y del beneficiario del mismo, tenemos reiteradamente dicho que el correspondiente juicio del tribunal de apelación "sólo merecerá el necesario interés casacional cuando pueda tildarse de ilógico, irrazonable o arbitrario" (S TSJC 11/2005 de 24 feb., 17/2008 de 8 may. y 26/2008 de 3 jul. EDJ 2008/372100), de la misma manera que hemos declarado que la apreciación de las circunstancias que, según la ley, han de ser tomadas en consideración para la fijación (cuantificación) de la pensión compensatoria "es competencia del tribunal de instancia, de forma que, no siendo ilógica, arbitraria o irracional, no puede ser objeto de revisión" (SS TSJC 1 de diciembre de 2003 y de 9 de enero de 2006 EDJ 2006/11903 ; 11/2005, 36/2007 de 26 nov. EDJ 2007/374351 y 17/2008 EDJ 2008/372093).

Por lo que se refiere al supuesto del presente recurso, pese a lo argumentado en él, el razonamiento de la Audiencia Provincial no puede considerarse ni ilógico ni arbitrario, teniendo en cuenta que, sobre el del Juez de primera instancia -"los signos externos que se vislumbran en este caso parecen contradecirse con esa reducción de ingresos (salariales) que se predica"-, que aprecia en el recurrente la posesión de una "capacidad económica" o "capacidad financiera" por encima de la declarada, y pese al cambio de las circunstancias que justifican una importante reducción (en más del 66%) de la pensión compensatoria respecto de la que venía establecida en la previa Sentencia de separación, el tribunal de apelación sigue atribuyendo al recurrente, en atención a su capacidad de gasto -lo que se considera plenamente razonable-, "un elevado nivel", de manera que considera probado el mantenimiento del desequilibrio respecto de la situación de la ex esposa -"que sigue viendo más perjudicada su situación económica en relación a la que disfrutaba durante la convivencia conyugal"-, circunstancias fácticas que no han sido adecuadamente combatidas mediante el oportuno recurso extraordinario por infracción procesal y que, por lo tanto, no podrán ser obviadas a la hora de resolver sobre los motivos de casación, sin que se aprecie tampoco contradicción alguna entre el juicio emitido sobre dicha pensión y el que afecta a la pensión de alimentos, que se suprime para uno de los hijos y se reduce para el otro, conforme a lo ofrecido por el recurrente, debido sólo a la ausencia de acreditación por parte de los alimentistas de sus "gastos actuales" y a la vista de lo dispuesto al respecto por el art. 76.2 CF en relación con el art. 259 CF.

En consecuencia, se desestima este motivo del recurso.

Tercero. 1. El segundo motivo del recurso de casación denuncia la "falta de aplicación" de los art. 262 y 271.1.b) y c) CF, así como la del art. 86.1.a) CF, al negar efectos retroactivos a la reducción de las pensiones alimenticia y compensatoria desde la fecha de interposición de la demanda, teniendo en cuenta, además, que en el presente caso el recurrente solicitó en su día la adopción de medidas provisionales coetáneas, que no fueron acordadas por causas ajenas a la voluntad del actor, y que el procedimiento se ha prolongado en la primera instancia cerca de tres años, con el lógico perjuicio económico para él, todo ello con alegación de la existencia de una "jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales de Cataluña" y de la inexistencia de "una doctrina uniforme al respecto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña", del que se cita una única Sentencia, la núm. 41/2003, de 6 de noviembre EDJ 2003/157523 .

Considera el recurrente que, habiéndose decidido la reducción de las pensiones llevada a cabo en las anteriores instancias de este proceso (la compensatoria ya en la primera y la de alimentos en apelación), en base, fundamentalmente, al despido laboral de que fue objeto el día 18 de diciembre de 2003, y teniendo en cuenta la dilatada tramitación de las actuaciones, debida, especialmente, al empeño de la demandada en mantenerse en paradero desconocido para dificultar su emplazamiento y a la "saturación" del Juzgado de primera instancia, lo razonable es reconocer que la sentencia de divorcio tiene carácter declarativo (y no constitutivo), por lo que sus efectos civiles (art. 76 CF) deben retrotraerse a la fecha de interposición de la demanda, máxime cuando en el presente caso el recurrente interesó oportunamente en la primera instancia las correspondientes medidas provisionales, sobre las que finalmente nada se decidió.

2. A este respecto, se comprueba que, en efecto, el recurrente solicitó en su demanda la modificación provisional (ex arts. 773 y 775 LEC EDL 2000/77463) de las medidas definitivas establecidas en la sentencia de separación de 17 de junio de 2002, modificada en parte por la sentencia de la AP de Barcelona (12ª) de 15 de abril de 2003 (rollo núm. 932/2002), formulando, entre otras pretensiones, la extinción de la pensión de alimentos señalada en favor del hijo mayor (Luca) o, en su defecto, la reducción a 400 # mensuales; la reducción de la pensión de alimentos fijada en favor del otro hijo (Marc) a 600 # mensuales, más otros 4.000 # anuales; y la reducción de la pensión compensatoria en favor de la ex esposa a 600 # mensuales "en el caso de que acredite seguir siendo acreedora" de la misma. Al propio tiempo, ya en ese momento demandó que las medidas tuvieran efectos desde la interposición de la demanda.

Sin embargo, nada se dispuso al efecto por el Juzgado de primera instancia en el auto de admisión de la demanda, y contra esta resolución ningún recurso ni impugnación fueron presentados por el actor, ni la cuestión fue replanteada tampoco en sus propios términos -mediante la oportuna denuncia por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso determinante de nulidad o de indefensión y/o vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE EDL 1978/3879) - en la apelación, ni tampoco lo ha sido ante esta Sala por el cauce oportuno (art. 469.1.3º ó 4º LEC EDL 2000/77463), por lo que no será posible actuar ahora en otro entendimiento que en el de que, en realidad, su solicitud de modificación provisional -de cuya carencia de efectos retroactivos no parece dudarse- fue desestimada, como, por lo demás, viene siendo práctica frecuente en los supuestos de divorcio subsiguiente a una separación matrimonial.

3. Como se ha dicho ya, la Sentencia de primera instancia denegó la aplicación del efecto de la reducción de los importes de las pensiones desde la fecha de la presentación de la demanda, tal y como era solicitado por el actor, por entender (FJ9) que:

"Las modificaciones efectuadas en las cuantías de las pensiones no tienen efectos retroactivos, ya que la obligación alimenticia mantiene su vigencia en tanto no se declare por una nueva resolución su variación, prohibiendo el art. 151 del Código Civil EDL 1889/1 la compensación de deudas alimenticias. Tampoco puede soslayarse el hecho de que los alimentos se consumen, con lo que no es posible la devolución. Y aunque ello podría ser predicable únicamente respecto a la pensión alimenticia y no a la pensión compensatoria, dada la diferente naturaleza de ambas, no se puede negar que la última desempeña una función alimenticia, puesto que se dirige a satisfacer las necesidades del pensionista, tal y como acontece en este caso, por lo que hay que predicar igualmente el carácter y retroactivo de la modificación".

Por su parte, la Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación denegó igualmente (FJ2) la retroacción solicitada:

"... por cuanto, con independencia de que los alimentos son consumibles, resulta evidente que donde se valoran las pruebas es en la Sentencia que pone fin al procedimiento, aún (sic) la duración del mismo, y precisamente, lo que la legislación contempla (art. 260 CF), es el efecto contrario al pretendido por el Sr. Zazurca, esto es, el efecto retroactivo cuando lo que se reclaman son alimentos, no cuando se extinguen o se aminoran estos, sin que ello pueda considerarse ni abuso de derecho, por cuanto no queda constatada la independencia económica de los alimentista, a los que se les extingue y minora la pensión por no constar acreditada la continuación de la formación y precisar de alimentos en la misma o en mayor cantidad que con la que se conforma el padre, ni, por supuesto, enriquecimiento injusto ya que el derecho a la percepción de la pensión alimenticia encuentra su causa, además de en el hecho biológico de la paternidad, en el título habilitante para ello que constituía la Sentencia de Separación en que se fijó la cantidad a pagar por el progenitor no custodio hasta que la misma ha sido modificada en esta Sentencia de divorcio."

4. Es cierto que este Tribunal Superior ha declarado en dos ocasiones -no sólo en la citada por el recurrente de la S TSJC 41/2003 de 6 nov. EDJ 2003/157523, sino también en la de la S TSJC 16/2005 de 21 mar.- que "l' art. 262 del Codi de família de Catalunya que atorga el dret d'aliments des de la data de la reclamació judicial (o des de l'extrajudicial degudament provada) és un precepte general de l'aplicació del qual no n'estan exclosos el processos matrimonials"; pero también lo es que, al propio tiempo, se ha encargado de precisar que, cuando se han solicitado y otorgado medidas provisionales para atender a los alimentos durante el proceso, "la sentència posterior que posarà fi al procés matrimonial substituirà les mesures provisionals adoptades amb anterioritat (art. 774,3 i 4 de la L.l.e.c. actual, art. 1893 de l'anterior) i els seus efectes seran per tant "ex nunc", és a dir, des de la data de la seva ferma, perquè els aliments del període anterior durant la tramitació del procés hauran estat satisfets amb les mesures provisionals en el seu dia i cas adoptades a petició de l'interessat" (S TSJC 41/2003 de 6 nov. EDJ 2003/157523).

Por lo demás, el supuesto del presente recurso nada tiene que ver con los contemplados en las dos sentencias mencionadas.

No es sólo, como pone de manifiesto la Audiencia Provincial, que aquí se trate de la solicitud del deudor para que se extinga o, al menos, se reduzca una pensión compensatoria (art. 84 CF) y dos pensiones de alimentos (arts. 76.2 y 259 CF), y no de la reclamación ex novo por el alimentista de una de éstas últimas -único supuesto contemplado en el art. 262 CF -, sino que, además, en el presente caso existe una Sentencia de separación matrimonial cuyos efectos civiles, no modificados durante el proceso de divorcio, deben considerarse plenamente subsistentes hasta la firmeza de la declaración del divorcio y de sus nuevos efectos civiles. No se da, por lo tanto, a diferencia de los supuestos enjuiciados en las sentencias mencionadas, una ausencia o vacío de disposición judicial sobre los alimentos de tramitación, que pudiera justificar "ex lege" (art. 262 CF) el reconocimiento a la declaración contenida en la sentencia de efectos retroactivos desde la fecha de la demanda.

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 EDJ 1992/6695)-, 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 EDJ 1993/5897 ; y entre las más recientes, las SS TS 1ª 1160/1993 de 11 dic. EDJ 1993/11267 , 464/1994 de 21 may. EDJ 1994/4630 , 378/1996 de 13 may. EDJ 1996/2668 y 373/1998 de 23 abr. EDJ 1998/2612), salvo supuestos excepcionales de retroactividad de grado máximo (S TS 1ª 1077/1993 de 12 nov. EDJ 1993/10207), 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. EDJ 1994/6956 y 968/1997 de 8 nov.; S TSJC 12/2002 de 18 abr. EDJ 2002/379), 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. EDJ 1996/1125).

Pero sólo en los supuestos expresamente previstos en la ley -el del art. 262 CF es uno; el del art. 1.100 C.C EDL 1889/1 . en relación con el devengo de los intereses de demora es otro (SS TS 1ª 1201/1994 de 30 dic. EDJ 1994/9926 y 1234/2009 de 20 ene. EDJ 2009/11739), al margen de los que son consecuencia de su admisión (ad exemplum, art. 102 C.C EDL 1889/1 .)- 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.

En consecuencia, se desestima igualmente este motivo del recurso de casación.

Cuarto. Como consecuencia de la íntegra desestimación del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC EDL 2000/77463 , procede condenar en las costas del mismo al recurrente.

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por el procurador de los tribunales D. Carlos Testor Ibars, en nombre y representación de D. José Ignacio, contra la sentencia dictada por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 10 de noviembre de 2008 (Rollo núm. 1079/07), dimanante de los autos núm. 539/04 tramitados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Rubí, e imponemos las costas del recurso al recurrente.

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

Así por ésta, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Yo el Secretario de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña doy fe.

Publicación.- Esta Sentencia se ha firmado y publicado el mismo día de la fecha por la Presidenta y los Magistrados de esta Sala que la han dictado. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019310012009100057