



Roj: **STS 869/2019 - ECLI:ES:TS:2019:869**

Id Cendoj: **28079110012019100153**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2019**

Nº de Recurso: **2762/2016**

Nº de Resolución: **147/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 959/2016,**
STS 869/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 147/2019

Fecha de sentencia: 12/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2762/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Bilbao, sección 4.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 2762/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 147/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 12 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de mayo de 2016, dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, recurso de apelación núm 129/2016, dimanante de autos de divorcio contencioso núm. 438/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Bilbao.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente doña Pura representada por la procuradora doña Amalia Rosa Sáenz Martín, bajo la dirección letrada de don José Manuel Villar Villanueva.

No ha comparecido ante esta sala la parte recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- D. Casimiro representado por la procuradora doña María del Mar Orega González, y bajo la dirección letrada de don Fernando Gil Pérez, formuló demanda de divorcio y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que, estimando la presente demanda, declare disuelto por divorcio el matrimonio formado por don Casimiro y doña Pura, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, y acordando declarar la extinción de las pensiones alimenticias que gravan a mi defendido, en el caso de la de los hijos con efectos retroactivos al momento en que se acredite acontecieron causas extintivas, y en el caso de la demandada desde la interposición de esta demanda, y condenando a doña Pura a que devuelva las cantidades que ha recibido indebidamente con motivo de los alimentos que se declaren extinguidos"

2.- La demanda referenciada fue presentada ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Bilbao, que la registró con número de procedimiento 438/2014 y por decreto se admitió a trámite, se ordenó su sustanciación por los trámites de juicio de divorcio contencioso y se acordó dar traslado a la demandada y al Ministerio Fiscal para contestar a la misma.

3.- La procuradora doña Amalia Rosa Sáenz Martín, en nombre y representación de doña Pura, bajo la dirección letrada de don José Manuel Villar Villanueva, contestó a la demanda y suplicó al juzgado:

"[...] dicte sentencia en la que estimando esta oposición por las excepciones y/o causas de fondo alegadas, así como por aquellas otras que de oficio pudieren serlo, declare disuelto el matrimonio de actor y demandada por divorcio, desestimando el resto de las peticiones adversas, absolviendo a mi principal de las condenas contra ella interesadas, manteniendo el derecho de doña Pura, a percibir la pensión compensatoria establecida con carácter vitalicio en el Convenio Regulador de 27 de diciembre de 1991, a cargo de don Casimiro, en cuantía entonces de 20.000 ptas. (120,20 €) mensuales, y hoy, con sus convenidas actualizaciones, en 228,26 €, hasta la próxima revisión en el mes de diciembre del año en curso y subsidiariamente, y para el supuesto de entender legitimada a mi poderdante para la defensa de sus hijos mayores de edad, se declare no haber lugar a cualquiera de los pedimentos formulados contra ellos en la demanda contestada, con expresa imposición de costas a la parte actora".

4.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Bilbao, dictó sentencia el 14 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por don Casimiro contra doña Pura, debo decretar y decreto el divorcio del matrimonio contraído entre los expresados, con todos los efectos legales, modificando las medidas definitivas de la separación en los siguientes términos:

"1.- Se declara extinguida la obligación de don Casimiro de abonar a doña Pura la pensión de alimentos del hijo Ezequias con efectos desde la presente resolución.

"2.- Se declara extinguida la obligación de don Casimiro de abonar a doña Pura la pensión de alimentos del hijo Jesús Carlos con efectos desde el mes de mayo de 2015, debiendo doña Pura reintegrar a don Casimiro las cantidades indebidamente percibidas por alimentos del referido hijo desde el mes de mayo de 2015 incluido éste.

"3.- Se declara extinguida la pensión compensatoria a favor de la esposa, con efectos desde la presente resolución.

"Todo ello sin expresa imposición de las costas devengadas en la tramitación del presente procedimiento".

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Pura correspondiendo su resolución a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que dictó sentencia el 19 de mayo de 2016 con el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Pura , contra la sentencia de data 14 de diciembre de 2015, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Familia, de los de Bilbao , en divorcio contencioso 438/14-R, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, imponiendo a la recurrente las costas de la presente alzada".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Pura , con base en los siguientes motivos:

"I.- Primer motivo casacional, al amparo del art. 477.2.3.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000), por existencia de interés casacional en cuanto la sentencia recurrida se opone a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en materia de alimentos, y en concreto la que interpreta los arts. 111 , 113 , 116 y 154 del CC .

"II.- Segundo motivo, al amparo del art. 477.1 de la LECn , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por presentar la resolución del recurso interés casacional (art. 477.2.3.º), en cuanto la sentencia recurrida se opone a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sobre el valor vinculante de lo fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador, con infracción de los arts. 101 , 1091 , 1255 y 1323 del CC .

"III.- Tercer motivo, al amparo del art. 477.1 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al presentar interés casacional la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, en rollo 129/16 , el día 19 de mayo de 2016, considerando que existe ese interés casacional, toda vez que la meritada sentencia se opone a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo con infracción de los arts. 97 y 101 del CC ".

2.- La sala dictó auto el 17 de octubre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por D.ª Pura , contra la sentencia dictada en fecha 5 de septiembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 129/2016 , dimanante del juicio de divorcio n.º 438/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Bilbao.

"2.º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría"

3.- La parte recurrida no se ha personado ante esta sala.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el 26 de febrero de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Don Casimiro formuló solicitud de divorcio matrimonial contra doña Pura , en cuya demanda pretendía que se dictase sentencia decretando el divorcio del matrimonio, legalmente separado, con adopción de las medidas definitivas que interesaba, que son la causa de este recurso de casación.

2.- Las partes contrajeron matrimonio el 19/05/1984, teniendo como descendencia dos hijos, Ezequias (nacido el NUM000 /1984) y Jesús Carlos (nacido el NUM001 /1986), de treinta y uno y veintinueve años, respectivamente.

Los cónyuges están separados judicialmente por sentencia de 4/02/1992 , que aprobó el convenio regulador de 27/12/1991, en los autos de separación de mutuo acuerdo n.º 11/1992 de este mismo Juzgado. En aquel momento ambos hijos eran menores de edad, acordando los cónyuges que permanecieran bajo la guarda y custodia de la madre, con un amplio régimen de visitas respecto del padre, la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar mientras no se procediera a su liquidación, debiendo abonar el esposo una pensión de



alimentos para los hijos de 60.000 pesetas mensuales y una pensión compensatoria a favor de la esposa de 20.000 pesetas, ambas anualmente actualizables con arreglo al IPC.

Don Casimiro propone la extinción de la pensión de alimentos de ambos hijos, con efectos retroactivos al momento en que se acredite que comenzaron a trabajar y la extinción de la pensión compensatoria con efectos retroactivos a la interposición de la demanda, solicitando asimismo que se condene a la demandada a devolver las cantidades que ha recibido indebidamente con motivo de los alimentos que se declaren extinguidos.

Doña Pura se opone a la extinción de las pensiones de alimentos de los hijos y a la extinción de la pensión compensatoria.

3.- La sentencia de primera instancia, en lo relevante para el presente recurso, declaró extinguida la obligación del Sr. Casimiro de abonar a la Sra. Pura la pensión de alimentos del hijo Jesús Carlos con efectos desde el mes de mayo de 2015, debiendo doña Pura reintegrar a don Casimiro las cantidades indebidamente percibidas por alimentos del referido hijo desde el mes de mayo de 2015 incluido éste.

Asimismo declaró extinguida la pensión compensatoria a favor de la esposa, con efectos desde la presente resolución.

4.- La motivación de ambas decisiones fue la siguiente:

(i) En cuanto a los alimentos del hijo Jesús Carlos, va a acordarse igualmente la extinción de sus alimentos, una vez que se ha reconocido por la demandada que el hijo dejó de convivir con ella desde el mes de mayo o junio pasado, de forma que en ningún caso concurren desde ese momento los presupuestos del art. 93-2 del Código Civil para que el hijo pueda seguir siendo merecedor de tales alimentos. La extinción de la pensión de alimentos del hijo Jesús Carlos sí que tendrá efectos retroactivos desde mayo de 2015, teniendo en cuenta que desde el momento en que el hijo dejó de convivir con la madre, ésta no debió percibir ninguna cantidad por alimentos del hijo en cuestión, debiendo haberlo comunicado al padre para evitar el pago de nuevas pensiones alimenticias, sin que lo llevara a efecto, incurriendo en un claro supuesto de cobro de lo indebido, por lo que la demandada deberá devolver las cantidades indebidamente percibidas por alimentos del hijo Jesús Carlos desde el mes de mayo de 2015.

(ii) En relación con la extinción de la pensión compensatoria, y tras unas consideraciones doctrinales sobre dicha pensión, expone que nos encontramos con que los cónyuges contrajeron matrimonio el 19/05/1984, suscribiendo convenio regulador de separación el 27/12/1991, aprobado en sentencia de 4/02/1992.

El convenio regulador estableció una pensión compensatoria a favor de la esposa de 20.000 pesetas mensuales, sin especificar las circunstancias tenidas en consideración, aunque son parámetros claros que la convivencia matrimonial debió durar unos ocho años y que la esposa tenía treinta años al tiempo de dictarse la sentencia de separación. Los hijos eran entonces menores de edad y quedaban bajo custodia materna. El esposo regentaba en aquel momento un negocio familiar de cristalería que al parecer fue posteriormente traspasado a la esposa.

Se ha reconocido en la propia demanda que a pesar de la separación judicial los cónyuges siguieron ocupando la misma vivienda hasta aproximadamente el año 2013.

Se ha acreditado un descenso en la posición económica del actor, derivada del hecho de su jubilación, pasando a percibir una pensión de unos 1.300 euros mensuales netos, constando la existencia de deudas derivadas del negocio familiar de cristalería y el embargo de la vivienda de su propiedad sita en DIRECCION000, debiendo el actor abonar la renta mensual de la vivienda de alquiler municipal que asciende a 249 euros, y habiendo sido derivado por los servicios sociales de base al banco de alimentos.

Por otra parte, han transcurrido más de veintitrés años desde que se estableció la pensión compensatoria a favor de la esposa, periodo más que razonable para que la esposa, relativamente joven al tiempo de la separación, hubiera podido consolidar una situación de inserción en el mercado laboral. La esposa de hecho desempeñó actividad profesional con alta en el régimen de autónomos desde el 1 de abril de 1998 hasta el 31 de mayo de 2005. Consta asimismo la adquisición por la esposa de un inmueble en DIRECCION001 mediante escritura de 6/03/2014.

En las circunstancias expuestas y transcurridos más de veintitrés años desde que se estableció la pensión compensatoria, el desequilibrio económico en su momento previsto al establecer la pensión debería estar ya superado con toda probabilidad, y si esto no ha podido tener lugar por las circunstancias de falta de formación de la esposa, se trata de impedimentos derivados de circunstancias inherentes a la persona de la esposa pero que no pueden trasladar sobre el esposo una obligación de abonar la pensión compensatoria *sine die* o por tiempo ilimitado, una vez que ha transcurrido un plazo más que razonable para la corrección del desequilibrio en circunstancias normales.



Por todo lo expuesto, se considera que el desequilibrio en su momento apreciado derivado exclusivamente del matrimonio y no de las circunstancias personales de la demandada como lo es su falta de formación -que no pueden repercutirse *sine die* sobre el esposo una vez finalizado cualquier vínculo de solidaridad familiar- ha quedado corregido en la forma expuesta, procediendo declarar extinguida la pensión conforme al art. 101 CC .

Declaró como *dies a quo* para que operase el efecto extintivo de la pensión compensatoria el de la fecha de la sentencia.

5.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bizcaia que dictó sentencia el 19 de mayo de 2016 desestimatoria del recurso.

6.- En su motivación, en relación con la extinción de la pensión compensatoria, literalmente expone lo siguiente:

"Si nada hay que decir a la extinción de los alimenticias, el mismo tratamiento debe darse a la compensatoria, simplemente concatenar el hecho de matrimonio con data 1984, con separación en 1.992, y los fácticos trascendentes, al folio 123, informe de la S.S. vida laboral de la acreedora de la compensación, en donde se explicita actividad entre 1.998 y 2.005, prueba directa, y prueba de inferencia, presuntiva, el dato de adquisición de inmueble el 6 de marzo de 2.014, se recoge en instancia y no se refuta. Evidencia de que la ruptura, el desequilibrio inicial, la necesidad temporal de ayuda para formación o inclusión en quehaceres profesionales de los que dimanaban los ingresos y estabilidad vivencia, ya había sido superado, se accede a haberes y hay capacidad para compra con sustantiva cifra económica, la dimanante de toda adquisición inmobiliaria, concatenamos fechas y afirmamos que la acreedora resuelve el inicial desequilibrio, necesidad, por lo que decae su derecho, a más el obligado vemos que se encuentra, afirmable, decadencia en la obtención de ingresos, residencia bajo fórmula de alquiler municipal y deriva al banco de alimentos por los servicios sociales."

7.- En relación con los efectos de la extinción de la pensión alimenticia de Jesús Carlos , el tribunal de apelación, también literalmente, expone lo siguiente:

"El recurso, ante la precariedad de las extinciones queda centrado en hacer frente a la condena de la instancia de devolver la alimenticia de uno de los hijos, Jesús Carlos , desde mayo de 2.015, por no convivir con la madre, se nos dice que debe haber sentencia que anule lo declarado por otra, que no cabe que fáctico abata la obligación. Discrepando de la posición alzante indicar: A) No cumplimiento de la requisitoria del art. 93.2 del C.C ., el hijo mayor de edad no convive con la madre desde la fecha indicada, mayo de 2.015, y apenas tiene ingresos propios, capacidad económica. Simplemente el no cumplir los presupuestos que dan derecho motiva decaimiento, y la no existencia de los mismos es de manera rotunda, clara, nítida, no cabe duda o discrepancia interpretativa, que diera pie a amparar disfrute en base a seguridad jurídica dimanante de la sentencia, y B) En concatenación reafirmando,, lo concluyente es el no cumplirse la requisitoria, no convive y tiene ingresos, capacidad económica, nos lleva en unión a no poder solidificar un manifiesto abuso de derecho, algo externamente legal, sentencia, que daña un interés no protegido, la propia realidad del obligado, explicitándose inmoralidad en el hacer/conducta. Me amparo en una resolución, sé que no se cumplen los presupuestos que dieron lugar al derecho que nace de la misma, y sigo beneficiándome dañando al inicialmente obligado. No cabe amparo de ese proceder, y en iteración la duda fáctica sí me protege, pero la nitidez del hecho hace decaer mi derecho, hace que mi conducta no sea protegible/amparable y haga emanar afirmación de instancia, incardinación en un cobro indebido, por quien recepciona, concatenación absoluta de conocimiento entre hijo y madre, generador y receptora, en consecuencia ajustada devolución/abono declarada en instancia."

8.- La parte demandada interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, en los términos que se expondrán más adelante.

Ahora interesa hacer dos consideraciones:

(i) La parte recurrente, como preámbulo de su recurso, centra el objeto de éste en los siguientes términos:

"Como veremos al formular los motivos casacionales, este recurso, según lo ya expuesto, es formulado al amparo del Art. 477.2.3º de la Ley Procesal , por existencia de interés casacional al oponerse la Sentencia nº 308/16, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4 a, a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, con infracción de los Arts. 111 , 113 , 116 , 154 y 148.3 del Código Civil , y la vieja Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las Sentencias de 30 de junio de 1885, y 26 de octubre de 1897 , que establecieron que los alimentos no tienen efecto retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida".



"Por otro lado, la Resolución nº 308/16, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5 a, se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, interpretadora el Art. 97 del CC , con sus concordantes, y a virtud de la cual es improcedente la extinción de la pensión compensatoria pactada entre los cónyuges, al amparo del Art. 1.323 del CC , salvo que existan, y se acrediten modificaciones sustanciales en las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (Art. 101 del CC)."

(ii) No se interpone recurso extraordinario por infracción procesal para, con cita del art. 24 CE y requisitos exigidos por la sala, denunciar error en la valoración de la prueba.

Por tanto, cualquier intento de modificar los aspectos fácticos de la sentencia recurrida o de la de primera instancia, a la que aquella remite, para la defensa del recurso de casación, conduciría al fracaso por hacer supuesto de la cuestión.

9.- La sala dictó auto el 17 de octubre de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación interpuesto.

SEGUNDO.- *Primer motivo del recurso de casación. Enunciación y desarrollo .*

Se interpone al amparo del Art. 477.2.3º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000) por existencia de interés casacional, en cuanto la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en materia de alimentos, y en concreto la que interpreta los Arts. 111 . 113 , 116 y 154 del CC , y concluye que no puede obligarse a devolver alimentos o pensiones consumidas en necesidades perentorias. Doctrina reflejada entre otras en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 30 de junio de 1985 . 26 de octubre de 1987 , 18 de abril de 1913 ; 18 de noviembre de 2014 . todas ellas citadas en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2015, dictada en el recurso n.º 1254/13 .

En su desarrollo afirma la recurrente que en el supuesto de apreciarse claro fraude de Ley (Art. 6.4 del CC), abuso de derecho o mala fe (Art. 7 del CC), por parte del perceptor de la pensión -aquí, don Jesús Carlos -, por falta de necesidad del alimentista o bien falta de los presupuestos para su devengo (independencia económica, falta de convivencia...) es a él y no a doña Pura , a quien procede reclamar la cantidad indebidamente pagada, pero en caso alguno, a su progenitora, máxime cuando don Jesús Carlos , a presencia judicial, en el acto de la vista oral celebrada en segunda instancia ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.a, admitió de forma expresa el haber recibido, y consumido, el importe de las pensiones alimenticias desde mayo de 2015.

TERCERO.- *Decisión de la sala.*

1.- En evitación de confusiones que oscurezcan el debate se ha de tener en cuenta que la pensión alimenticia que ha venido percibiendo la recurrente lo es, en la actualidad, con destino a hijos mayores de edad, al amparo de lo previsto en el art. 93. 2 CC .

Por tanto hemos de soslayar toda doctrina relativa a pensión alimenticia a favor de hijos menores de edad.

2.- A partir de tal dato fáctico resulta de sumo interés traer a colación la sentencia 156/2017, de 7 de marzo , para entender la legitimación de la recurrente para ser perceptora de la pensión alimenticia, aunque destinada a contribuir a las necesidades de tal naturaleza de sus hijos mayores de edad.

Afirma lo siguiente:

"La ley 11/1990, de 15 octubre, añadió el párrafo segundo del artículo 93 CC , incorporando que se permitiese fijar los alimentos de los hijos mayores de edad en la propia sentencia que resuelve el proceso de nulidad, separación o divorcio.

"En concreto, establece que "si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código .".

"La doctrina ofreció varias razones para justificar esta previsión normativa. Ya por economía procesal, para evitar otro proceso, este de alimentos a instancia de los hijos. Ya para evitar que éstos tuvieran que enfrentarse con los padres o con alguno de ellos. En cualquier caso daba respuesta a una necesidad social acuciante, que era proteger al hijo que, aún siendo mayor de edad, no era independiente económicamente y habría de convivir con alguno de sus progenitores.

" Este párrafo del artículo 93 CC ha dado lugar a cuestiones muy controvertidas, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

La que es relevante a efectos del recurso, y de otra parte la más cuestionada, es la relativa a la legitimación del progenitor que reclama alimentos en el proceso matrimonial a favor del hijo que convive con él.



"Se ha cuestionado si se trata de una legitimación directa o indirecta, y si fuese esta última si es legitimación por sustitución o legitimación representativa.

"Asimismo han existido corrientes doctrinales y jurisprudenciales que han buscado justificación a la legitimación. Destacan las que la basan en las cargas de matrimonio o las que creen que existe un derecho de reembolso del progenitor convivente.

"El origen del problema se encuentra en que el artículo 93.2 CC establece como requisitos para su aplicación los siguientes: (i) que los hijos mayores carezcan de ingresos propios, lo que se interpreta por doctrina y jurisprudencia en sentido amplio, esto es, no como una falta total de ellos sino que sean insuficientes; (ii) que los hijos mayores convivan en el domicilio familiar, lo que también ha merecido una interpretación extensa.

"El primer requisito no hacen más que reconocer el derecho de alimentos de los hijos mayores en virtud del artículo 143 CC, siendo ellos, pues, los necesitados.

"El segundo requisito, que es la novedad, justifica el nuevo cauce procesal para reclamar los alimentos de los hijos mayores, en concreto que se fijen en el proceso matrimonial.

"Tiene el precepto la laguna de no concretar, dentro del proceso matrimonial, la legitimación para reclamarlos.

"Se echa en falta la existencia de una norma, como sucede en otros ordenamientos, que expresamente conceda legitimación al progenitor convivente con el hijo mayor de edad para solicitar la contribución del otro en el sostenimiento del hijo.

"Así aparece en el artículo 295 del Code Francés, tras la reforma del 11 de junio de 1975, al disponer: "el padre que asuma a título principal la carga de los hijos mayores de edad que no pudieran por ellos mismos satisfacer sus necesidades, podrá solicitar a su cónyuge que le haga una aportación a su manutención y su educación".

"En el mismo sentido lo dispone el artículo 155 del Código Civil Italiano, y dentro de España el artículo 233-4 del Código Civil de Cataluña, al disponer que la autoridad judicial, "a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan", pueden acordar alimentos para los hijos mayores de edad emancipados teniendo cuenta lo establecido en el artículo 237-1.

"Prevén, pues, una legitimación directa del progenitor convivente.

"A consecuencia de la citada laguna ha tenido que ser la jurisprudencia la que haya tenido que decidir la cuestión, y así lo hace la sentencia 411/2000, de 24 abril, ampliamente comentada por la doctrina científica y citada en todos los recursos sobre la materia. En el presente litigio la cita tanto la parte recurrente como la recurrida.

"En esta sentencia se declara la exclusiva legitimación del progenitor convivente en lo que se refiere a los alimentos del hijo mayor de edad, pero naturalmente siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto tal como se interpretan jurisprudencialmente.

"Por tanto la sentencia 411/2000, de 24 de abril, seguida por la 432/2014, de 12 julio, ha supuesto un cambio del estado de la cuestión al dejar claro que la legitimación la tiene el progenitor que convive con el hijo mayor, que es lo ahora relevante, sin entrar en opiniones doctrinales todas dignas de consideración."

Más adelante añade que el hecho de que se decida en el proceso matrimonial sobre los alimentos de los hijos mayores se fundamenta no en el derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, que es indudable, sino "a la situación de convivencia en que se hayan respecto a uno de sus progenitores".

Por tanto, desde que los hijos de la recurrente alcanzaron la mayoría de edad, la legitimación de ella para percibir la pensión alimenticia se fundó en la previsión del art. 93.2 CC.

3.- También conviene traer a colación la sentencia 483/2017, de 20 de julio, que, al decidir sobre los efectos temporales de la sentencia que extingue la obligación alimenticia, contiene la siguiente declaración:

"Es doctrina reiterada de esta sala 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" (sentencias 3 de octubre 2008; 26 de marzo 2014; 25 de octubre 2016).

"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 ésta", 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.

"En segundo lugar, es también reiterada doctrina, desde la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015 y 29 de septiembre de 2016, que los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida".

4.- Apreciese que se afirma pensiones percibidas y se añade "por supuesto consumidas".

Y es que el efecto no retroactivo de la modificación de alimentos (SSTS 26 -marzo- 2014 ; 23 de junio de 2015 y 6 de octubre 2016) tiene sus raíces en el carácter consumible de los mismos.

De ahí, que las sentencias que, tratándose de hijos mayores de edad y litigios entre los progenitores, han fijado el efecto de la modificación de la pensión alimenticia desde la fecha de la sentencia se hayan dictado en supuestos en que los alimentos habían sido consumidos por los hijos beneficiarios (sentencias 661/2015, de 2 de diciembre , y 483/2017, de 20 de julio) por seguir conviviendo con su progenitor.

5.- Sin embargo, en el caso sometido a la decisión de la sala, y desde el escrupuloso respeto a los datos fácticos de la sentencia recurrida, lo que consta es que el hijo Jesús Carlos goza de ingresos propios y dejó de convivir con su madre; por lo que la cuestión no gira alrededor de las necesidades alimenticias de Jesús Carlos, tema que queda extramuros de este procedimiento, sino en si la recurrente dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del arts. 93. 2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia.

Desde que el hijo Jesús Carlos dejó de convivir con la madre, el único legitimado para reclamar alimentos a su progenitor era él, al ser mayor de edad.

6.- Aunque se trataba de un supuesto de pensión compensatoria, y no de pensión alimenticia, la sala en la sentencia 453/2018, de 18 de julio, negó el efecto de su extinción a la fecha de la sentencia, ya que la perceptora había ocultado al obligado la concurrencia de una causa objetiva de extinción de la pensión, cual es la convivencia marital con otra persona.

En el caso enjuiciado habían desaparecido las bases fácticas para que la recurrente tuviese legitimación para seguir percibiendo la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad, y no lo comunicó al alimentante.

Además la sentencia recurrida, como *ratio decidendi* concurrente y no simple argumento *ex abundantia*, apoya su resolución en la necesidad de no consagrar "un manifiesto abuso de derecho", en el que entiende una convivencia entre madre e hijo.

7.- Por todo lo expuesto el motivo debe desestimarse.

CUARTO.- Segundo motivo.

Por infracción de las Normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por presentar la resolución del recurso interés casacional (Art. 477.2.3.º), en cuanto la sentencia recurrida se opone a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sobre el valor vinculante de lo fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador, con infracción de los Arts. 101 . 1091 , 1255 y 1323 del CC, con la posibilidad de que los cónyuges contemplen derechos económicos a favor de uno de los esposos que resulten independientes de que concurren, o no, los requisitos para la pensión compensatoria, al considerar la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se trata de pactos válidos que no tienen limitado su objeto y que sirven para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios (SSTS de 20 de abril de 2012, [RCIP n.º 2009/2010], y 31 de marzo de 2011 [rec n.º 807/2007] y STS de 2 de abril de 1997).

Según es de ver en la documentación obrante en las actuaciones, el día 27 de diciembre de 1991, doña Pura y don Casimiro, suscribieron un convenio regulador de separación matrimonial, acordando que los dos hijos del matrimonio, entonces de siete y cinco años de edad respectivamente, quedarán bajo la guarda y custodia de la madre, estando obligado el progenitor no custodio a abonar a la Sra. Pura, para su entrega a los menores, en concepto de alimentos, la cantidad de 60.000 ptas. mensuales (360,61€), a razón de 180,30€, para cada uno de ellos.



En la "Cláusula Octava", del Convenio de 27 de diciembre de 1991, don Casimiro , asume el compromiso de abonar a doña Pura , en concepto de pensión compensatoria del Art. 97 del CC , la cantidad de 20.000 ptas. mensuales (120,20€), con actualización anual en base a las variaciones del IPC.

El tantas veces aludido Convenio de data 27 de diciembre de 1991, fue redactado para regular las consecuencias personales y patrimoniales de la separación de los esposos y también con una finalidad a futuro, y por eso, en la "Estipulación Décimo-primera", los firmantes pactan: "Décimo primera.- Ambos cónyuges se comprometen desde este momento a la tramitación de la demanda de divorcio, una vez transcurra un año desde la interposición de la demanda de separación, lo que llevarán a cabo por el procedimiento establecido en la Disposición Adicional 6.a de la Ley 30/81 de 7 de Julio , declarando como válido a todos los efectos el presente Convenio Regulador del que pedirán su ratificación en el proceso de divorcio que se incoe, renunciando expresamente a cualquier tipo de reclamación."

QUINTO.- *Decisión de la sala.*

1.- El problema que plantea el motivo es si el derecho dispositivo de la pensión compensatoria permite que en un convenio regulador se puedan pactar las causas por las que procedería la modificación o extinción de la pensión alterando el régimen general previsto en los arts. 100 y 101 CC .

2.- La sentencia de 24 de marzo de 2014 fijó como doctrina jurisprudencial que "a los efectos de la modificación de la pensión compensatoria, no es alteración sustancial que el cónyuge acreedor de la pensión compensatoria, obtenga un trabajo remunerado, si en el convenio regulador se ha previsto expresamente que esta circunstancia no justificará la modificación de la pensión".

Considera la sala que se está en presencia de una norma de derecho dispositivo y no imperativo (art. 97 CC) y que, por ende, nada obsta a reconocer que las partes podrían libremente acordar que la pensión podía ajustarse a parámetros determinados y diferentes a los usualmente aceptados por los cónyuges en situación de crisis.

La sala ya había analizado un caso análogo al problema que aquí se plantea en la sentencia de 20 de abril de 2012 .

La más reciente 678/2015, de 11 de diciembre, hace una recopilación de la doctrina de la sala en los siguientes términos:

"1.- Es reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 20 de abril y 10 de diciembre 2012 ; 25 de marzo 2014), la siguiente: 1.º la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2.º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS 217/2011, de 31 de marzo , confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997 .

"El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre).

"2.- Desde la perspectiva del artículo 101 CC , puede afirmarse con carácter general que el reconocimiento del derecho a pensión en juicio anterior de separación no constituye óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio de considerarse acreditado el supuesto de hecho normativo a que se refiere dicho precepto, y que fue causa de su reconocimiento (SSTS de 23 de enero y 10 de diciembre de 2012).

"3.- No obstante, cuando la pensión por desequilibrio se haya fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador lo relevante para dilucidar la cuestión de su posible extinción sobrevenida es el valor vinculante de lo acordado, en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, regido por el principio de la autonomía de la voluntad. "

3.- Si la anterior doctrina se aplica el caso de autos el motivo no puede ser estimado, pues la interpretación que hace la parte recurrente de la cláusula décimo primera del convenio de 27 de diciembre de 1991 no puede conducir a extraer el resultado pretendido.

Es cierto que ambos cónyuges pactaron que el convenio de esa data, acordado para la separación conyugal, sería válido para el posterior proceso de divorcio, pero también es cierto que ello se encontraba estrechamente entrelazado con el compromiso de ambos cónyuges, contenido en la misma cláusula, de tramitar la demanda de divorcio, una vez transcurrido un año desde la interposición de la demanda de separación; lo que, a todas luces, no se ha cumplido, por avatares matrimoniales entre los cónyuges.

SEXTO.- *Tercer motivo. Enunciación*



Por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al presentar interés casacional la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya. sección 4.ª, en el rollo 129/16, el día 19 de mayo de 2016, considerando que existe ese interés casacional, toda vez que la meritada sentencia se opone a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo con infracción de los Arts. 97 y 101 del CC , que aplica indebidamente, pues la pensión compensatoria pactada entre las partes, solo puede modificarse por "alteraciones" en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen, en la redacción del Art. 100 del CC , tras la Ley 15/15, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, infringiendo también el citado Art. 100 del CC , que aplica de forma contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sala 1.ª, que resulta de la sentencias de 23 de enero de 2012 . de 21 de febrero de 2014 , de 18 de marzo de 2014 , de 26 de marzo de 2014 y de 2 de junio de 2015 .

En el desarrollo del motivo la parte recurrente pretende que la sala valore circunstancias fácticas que resultan acreditadas de la prueba documental, declaraciones de las partes en el acto del juicio oral y testificales de los hijos del matrimonio, que no han sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- *Decisión de la sala.*

Procede la inadmisión del motivo, que en esta fase procesal supone su desestimación.

La parte recurrente se centra en el recurso en alterar la base fáctica de la sentencia.

A tales efectos se debe recordar que es doctrina constante de la sala que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada (sentencias 142/2010, de 22 de marzo ; 56/2011, de 23 de febrero ; 71/2012, de 20 de febrero ; 669/2012, de 14 de noviembre ; 147/2013, de 20 de marzo ; 5/2016, de 27 de enero y 41/2017, de 20 de enero ; entre otras muchas).

Como consecuencia de lo cual, y aquí no ha sucedido con fidelidad, en el recurso de casación se ha de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados en la sentencia recurrida (por otros auto de la sala de 7 de junio de 2017, rec. 3723/2016).

Finalmente, y si se hubiese estado solo a las valoraciones jurídicas que hace el tribunal de apelación de los hechos que declara en su sentencia, se habría de concluir que no ofrecen tacha de arbitrariedad o irracionalidad como para fundar un interés casacional, pues ambas sentencias, sobre todo la de primera instancia, a la que remite la recurrida, conocen y aplican la doctrina de la sala.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en los art. 394.1 y 398. 1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Pura contra la sentencia de fecha 19 de mayo de 2016, dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, recurso de apelación núm 129/2016 , dimanante de autos de divorcio contencioso núm. 438/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Bilbao.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida cuya firmeza se declara.

3.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.