

11.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ENERO DE 2010

La existencia del desequilibrio generador de la pensión del artículo 97 CC se subordina a la concurrencia de circunstancias o factores de trascendencia económica

Comentario a cargo de:
ANA LAURA CABEZUELO ARENAS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 2010

Ponente: Excm. Sra. Doña Encarnación Roca Trías

Asunto: La Sentencia aborda la polémica cuestión de la generación del desequilibrio que ha de paliar la compensación del artículo 97 CC. Expuestas las dos posturas antagónicas sustentadas por los Tribunales españoles, se ha presentado como doctrina jurisprudencial que para determinar la existencia del desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria deben tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio.

Los factores enumerados en dicho precepto son constitutivos del desequilibrio, determinando su propia existencia. No han de quedar relegados a un segundo plano, sirviendo a un cometido puramente cuantificador.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010

La existencia del desequilibrio generador de la pensión del artículo 97 CC se subordina a la concurrencia de circunstancias o factores de trascendencia económica

ANA LAURA CABEZUELO ARENAS

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Resumen de los hechos

Don Jesús Manuel y Doña Crescencia contrajeron matrimonio en 1969. Interpuesta demanda de separación por el primero, se solicitaría, entre otras medidas, que no se fijara pensión compensatoria alguna a favor de la esposa.

Doña Crescencia, en su contestación a la demanda, se opuso a los pedidos de ésta y formuló reconvencción, solicitando que, en atención al tiempo dedicado al cuidado y atención a la familia, se le concediera como pensión compensatoria la mitad de la pensión de invalidez permanente que percibía su marido, que ascendía a 944,20 euros.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 66 de Madrid de 16 de noviembre de 2004, estimó parcialmente tanto la demanda como la reconvencción, de lo que derivó el reconocimiento a favor de doña Crescencia, de una pensión compensatoria de 472 euros mensuales, valorándose que carecía de ingresos en aquel momento aun cuando en el pasado hubiera desempeñado actividades retribuidas trabajando con contratos temporales.

Recurrida la sentencia por Don Jesús Manuel, sería revocada por la Audiencia de Madrid, el 28 de septiembre de 2005, basándose en que no siendo la pensión compensatoria un mecanismo igualador de economías dispares, y habiendo trabajado la perceptora fuera del domicilio durante largos periodos a lo largo de la convivencia matrimonial, no estaría residenciado el desequilibrio en el cese de la misma, como requiere la concesión de esta suma, sino en vicisitudes laborales de la esposa que no ampara el art.97 CC.

Doña Crescencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal formulando tres motivos, dirigidos a cuestionar la valoración llevada a cabo por la Audiencia del interrogatorio de las partes y de los documentos administrati-

vos referidos tanto su vida laboral, como a su documentación médica, en orden a demostrar que su reinserción laboral quedaba dificultada por el padecimiento de ciertas enfermedades. Los tres motivos fueron desestimados.

Asimismo interpuso recurso de casación contra la sentencia de apelación formulando, al amparo del art.477.2.3 LECiv, interés casacional. Aducía la recurrente que la Sentencia recurrida basó su decisión en la aceptación de la tesis subjetiva de desequilibrio. Ligaba los parámetros del art.97 CC al reconocimiento del derecho (idoneidad para generar el desequilibrio), al margen de que con posterioridad sirvieran para determinar la cuantía de una pensión cuya procedencia quedaba subordinada a la confluencia de aquéllos. El interés casacional concurría, para la recurrente, al existir dos tendencias o corrientes antagónicas en las Audiencias. Pues era manifiesta la contradicción entre la tesis antedicha y los pronunciamientos de otros Tribunales que optaron por el criterio objetivo y para los que las circunstancias del art.97 CC servían exclusivamente al efecto de concretar la cuantía de la pensión, tras atender tan sólo al hecho objetivo de que el patrimonio de un cónyuge era, tras la crisis, inferior al del otro.

COMENTARIO

Sumario: 1. Tesis subjetiva versus tesis objetiva del desequilibrio: El panorama en las Audiencias Españolas. 2. La trascendencia de la consagración del enfoque subjetivo. 2.1 Criterio subjetivo y función reequilibradora de la compensación del art. 97 CC. 2.2 La generación del desequilibrio. Concurrencia de los parámetros 2.3 Criterio subjetivo: Fijación judicial de la pensión y autonomía de la voluntad. 3. Bibliografía.

1. Tesis subjetiva versus tesis objetiva del desequilibrio: El panorama en las Audiencias españolas

La configuración del desequilibrio y, con ello, del presupuesto que genera el derecho a la pensión del art.97 CC tras la separación o el divorcio, ha sido una cuestión especialmente polémica en las Audiencias Provinciales, principalmente en la última década del pasado siglo.

Los esfuerzos interpretativos acometidos por nuestros jueces quedan plenamente justificados, cuando nos percatamos de la parquedad de una norma que ni siquiera dispensaba una definición del desequilibrio que se proponía combatir a través de la pensión.

El precepto no aclaraba si, prescindiendo de toda circunstancia accesoria, debía atenderse tan sólo al hecho objetivo de que, tras el cese de la convivencia, uno de los esposos experimentase una disminución patrimonial en su posición,

en comparación con la conservada por el otro y con la mantenida por ambos antes de la crisis (criterio objetivo). O si, por el contrario, las circunstancias que rodearon a la convivencia resultaban decisivas para conformar o tejer por sí mismas el desequilibrio.

Desde una posición subjetiva, el protagonismo adquirido por los acontecimientos que motivaron esa disminución patrimonial en uno de los cónyuges se percibe clara y rotundamente. Las sentencias que se decantan por el modelo subjetivo, subordinan la decisión de otorgar la pensión a la confluencia de los factores que se enumeran en dicho precepto, y aun de otros, pues no olvidemos que los mismos no constituyen una lista cerrada o *numerus clausus*. Conciben que en ellos se plasma el desequilibrio, y con su presencia, permiten distinguir aquél de simples diferencias patrimoniales entre los esposos, completamente ajenas a las desproporciones que el art.97 CC pretende paliar. Anticipamos, pues, que la tesis subjetiva funciona a modo de hábil instrumento, ya no sólo para evitar que prospere reclamación alguna por este concepto, cuando las desigualdades se ligen a las aptitudes que ambos cónyuges presentaban antes de contraer matrimonio, a sus respectivas valías personales y cualificaciones profesionales y no a renunciaciones que hayan hecho en estos terrenos obligados por la dedicación a la familia, sino también para medir cuantitativa y temporalmente la incidencia de un desequilibrio, cuyos componentes han sido debidamente sopesados.

La principal aportación de la Sentencia que comentaremos consiste en inclinarse, en el marco de un debate que expondremos, a favor del sistema subjetivo de desequilibrio. Forjándose una idea de este último no como un elemento previo de se ha de partir, esto es, no como una realidad preexistente, sino como el producto de estos factores. Se confiere en ella un doble cometido a los parámetros que se relacionan en el artículo 97 CC, abogando por una interpretación integradora en los siguientes términos: *«De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 C tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión».*

Remontándonos a la confusión antecedente a la que pone fin el dictado de esta Sentencia del Alto Tribunal, apreciamos cómo apostando por una visión netamente objetiva, la SAP de Málaga de 5-10-2007 (JUR 2008/69855) niega que los hechos a los que se refiere el art.97 CC gocen de otra relevancia que no sea la de servir a la cuantificación de la compensación. Argumentará que: *«Respecto a la pensión compensatoria es cierto que (...) la sentencia apelada dice que los litigantes estuvieron casados cuarenta años, cuando en realidad fue cinco el periodo de duración de éste, pero eso carece de especial relevancia, pues lo que determina el derecho a percibir la pensión compensatoria, según el artículo 97 del Código Civil, es el desequilibrio económico que el divorcio produce a la esposa, en relación con la posición de su marido, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, y eso se ha pro-*

ducido pues la mujer trata de incorporarse a la actividad laboral después de la ruptura de la convivencia, en la que se dedicó a las tareas del hogar, y el marido no ha sufrido incidencia alguna en su trabajo como funcionario de correos, cuyo producto era el sustento de la unidad familiar, y las circunstancias que luego enumera el citado precepto son para determinar su importe, y realmente su cuantía es escasa (...)»

Ferviente defensora de la corriente jurisprudencial subjetiva y valedora, por tanto, de una interpretación integradora del art.97 CC que ha terminado por imponerse con el dictado de la Sentencia del Tribunal Supremo en la que ahora nos centramos, llegaría a ser la Audiencia de Zamora. No fueron pocas las ocasiones en las que ésta abogaría por el abandono de postulados objetivos, sumándose a una trayectoria que parecía consolidarse. Arguyendo al respecto en numerosas sentencias que «*inicialmente la jurisprudencia consideró que las circunstancias contempladas en el citado precepto no eran mas que parámetros a tener en cuenta para determinar la cuantía de la pensión, que previamente se había decidido conceder por el mero hecho de ser el patrimonio de uno de los cónyuges en el momento de la separación o el divorcio inferior al del otro, e inferior también al que tenía durante el matrimonio, con posterioridad, sobre todo a raíz del año 1993, la jurisprudencia empieza a inclinarse por hacer una valoración del desequilibrio económico atendiendo a un criterio subjetivo, esto es, entendiendo que las circunstancias que han guiado la vida matrimonial son determinantes para conceder, denegar o limitar temporalmente el derecho a pensión compensatoria. De manera tal que un desequilibrio económico, con empeoramiento de la situación económica que se disfrutaba durante el matrimonio, no dará con toda seguridad derecho a pensión por desequilibrio sino concurren otras circunstancias de las contempladas en el artículo 97 del Código Civil.*». Razonamiento que extraemos de la SAP de Zamora 27-05-2008 (JUR 2008/ 330389) y que sirvió para avalar otras decisiones de la Audiencia, según apreciamos en SS de 28-01-2000 (AC 2000/ 152) y 29-01-1999 (AC 1999/ 246).

En la SAP de Zamora de 11-11-1999 (AC 1999,8625) ya se abogó por ello, concluyéndose que: «*Siendo lo cierto que el artículo 97 del Código Civil, establece que el presupuesto básico para el establecimiento de la pensión compensatoria a favor de alguno de los cónyuges, es el desequilibrio económico que experimente alguno de los esposos con posterioridad a la separación o divorcio, con empeoramiento de su situación económica y para la determinación del desequilibrio es determinante, atender al criterio subjetivo, según las circunstancias de la vida matrimonial, que recoge el propio artículo 97 CC duración del matrimonio, cualificación profesional, dedicación pasada y futura a la familia, etcétera*».

El desconcierto reinante hasta el presente. Lo que percibimos especialmente cuando nos cercioramos de que en las SSAP de Zamora de 15-09-2004 ([JUR 2004\292886] y de 17-04-2002 [JUR 2002/ 155324], la misma Sala que efectuara una defensa aguerrida de los logros del criterio subjetivo, relega en esta ocasión a un segundo plano los parámetros del artículo 97 CC, potenciando el papel a desempeñar abstractamente por un desequilibrio al que concibe ahora aisladamente y desligado por completo de aquéllos. El avance que supu-

sieron las decisiones anteriores, entra en pugna frontalmente con el retroceso y la desorientación que suscitan estas últimas, donde la asunción del criterio objetivo se produce de modo inequívoco. Esta y no otra significación es la que cabe extraer de la siguiente declaración, que se incluye en dichas sentencias:

«La pensión compensatoria no presupone, como los alimentos entre cónyuges, una situación de necesidad en el acreedor, sino la constatación de un efectivo desequilibrio económico en perjuicio suyo, lleve o no aparejada aquella situación de necesidad. Pero, concurriendo el referido presupuesto legal, esto es, el desequilibrio económico consecuente con la separación o divorcio, la pensión compensatoria reclamada ha de ser judicialmente establecida, sean cuales fueran la edad y estado de salud de los esposos, su calificación profesional, sus cargas familiares y la duración del matrimonio, que el Código Civil menciona en el artículo 97, no como factores determinantes de su otorgamiento, sino como circunstancias a ponderar para la determinación de su cuantía».

En la misma dirección apuntaron la SAP de Las Palmas de 1-09-2004 (JUR 2004/288303) y la SAP de Salamanca de 10-10-2005 (JUR 2006/ 2351). Apuestan todas ellas por una visión del art.97 CC que escinde el papel cuantificador de sus parámetros, de la antecedente comprobación de que se acusaba un desnivel que no se entiende fruto de aquellos.

Sorprendentemente, la confusión reinante en las Audiencias llegaría a ser tal, que no sólo se dictaron, sentencias contradictorias sobre este particular por la misma Audiencia, sino que incluso los detractores del sistema subjetivo, aun llegando a desdeñarlo en alguna puntual ocasión, lo hicieron con tan escasa fortuna, que terminaron abrazando en una misma resolución lo que inicialmente se propusieron descartar.

Así, concibiendo el desequilibrio como un presupuesto de cuya previa existencia hay que partir para, con posterioridad, volver la mirada hacia los criterios del art. 97 CC y cuantificar la pensión, la SAP de Almería de 5 de julio de 1999 (AC 1999, 7300), se suma, en principio, a las tesis objetivas. No sin contradecirse en sus planteamientos, opondremos nosotros. Si el desequilibrio es una realidad independiente de los criterios que se enumeran y se parte de él para que tenga lugar el juego –puramente aritmético– de esos factores (criterio objetivo)...¿Cómo justificar la exclusión que se propugna de las uniones efímeras, en base a que en ellas no se ha «consolidado la convivencia» y no es creíble que exista desigualdad alguna compensable *ex art.97 CC*? Se sostiene una tesis y aún la inversa, pues se termina admitiendo que de la materialización de un factor dependa la existencia misma del desequilibrio. A uno de los criterios del precepto –«duración del matrimonio y de la convivencia conyugal» (art. 97.6 CC)–, se le otorgará un papel de tan marcada relevancia, que su ausencia excluirá por sí misma la producción del desequilibrio. Hemos topado, pues, con la asunción de lo que previamente se había desdeñado: el criterio subjetivo.

Detengámonos en el análisis de algunas aseveraciones que efectúa la sentencia para percatarnos de lo que denunciamos: «(...)el derecho a obtener la pensión compensatoria del art. 97 CC, se halla condicionado al hecho de que la separación o el divorcio perjudique económicamente a uno de los cónyuges en relación con su situación anterior en el matrimonio y con la que continúe disfrutando el otro, originando un desequilibrio entre ambos, no debiendo confundirse este requisito (que es previo e inexcusable para el nacimiento del derecho a pensión) con los criterios que el propio art. 97 CC fija para la determinación de la cuantía de la misma (concreción del derecho), de modo y manera que si no se vislumbra, acredita o prueba aquel «prius» no nace el derecho. La existencia de ese desequilibrio exige, desde luego, cierta permanencia en la relación marital que implique un asentamiento de las nuevas condiciones de vida, de modo y manera que en los matrimonios de escasa duración es difícilmente sostenible la tesis del desequilibrio pues la pensión compensatoria tiene como fin último otorgar una cobertura provisoria a uno de los cónyuges cuando la crisis de su matrimonio —el cual implica, por sí, una comunidad en sentido amplio con asignación de roles más o menos queridos y renunciadas— le coloca en situación económica desfavorable, situación que no se puede asumir en todos los casos como definitiva y absoluta.»

2. La trascendencia de la consagración del enfoque subjetivo

2.1. Criterio subjetivo y función reequilibradora de la compensación del art. 97 CC.

La sentencia objeto de nuestro comentario, obligado es reconocerlo, no sólo pone fin a una controversia que enfrentaba a la Jurisprudencia Menor, apostando claramente por el criterio subjetivo, sino que se revela, a nuestro juicio, como un eslabón más de una cadena de sentencias que han ido cimentando la doctrina sobre esta figura incluso con anterioridad a la Reforma operada en el Código Civil por Ley 15/2005, de 8 de julio. Es receptora esta sentencia, además, de la finalidad que el legislador se propuso alcanzar a través de esta medida.

No en vano, la limitación temporal de la pensión, introducida entonces y admitida ya por numerosas Audiencias en los años noventa y por el TS en la Sentencia de 10-02-2005 (RJ 2005/1133), dictada en interés casacional, no se concibe, como ahora reconoce el Alto Tribunal, al margen de la aceptación del sistema subjetivo. La catalogación —como perpetuo o coyuntural— del desequilibrio y, por ende, la duración de la pensión, se determinarán en función de la magnitud de los sucesos que hubieran coadyuvado a la producción de aquél. Estos factores marcarán a continuación la proyección en el futuro del mismo. Decidirán si se acusa en el perjuicio experimentado por uno de los cónyuges vocación de permanencia e inalterabilidad y hay fundamento para la concesión de una pensión indefinida. O si, por el contrario, se adivina en el desequilibrio

un carácter coyuntural o transitorio, idóneo para avalar el sometimiento a aco-taciones temporales de la pensión, en atención a que los obstáculos que impi-den el desenvolvimiento autónomo del solicitante se removerán con toda pro-babilidad en un futuro próximo, mediando una normal implicación del beneficiario (que se incentivará, por todo lo demás, a través de esta técnica).

Suscribimos, por tanto, plenamente el razonamiento del Alto Tribunal cuando concluye que una interpretación integradora del art.97.2 CC, suscepti-ble de dispensar dos cometidos a los parámetros allí contemplados (configura-dores y cuantificadores del desequilibrio), dispensará al Juez un instrumento hábil para decidir, además, sobre una tercera cuestión, cual es: «*si la pensión ha de ser definitiva o temporal*».

Recordemos que la STS de 10-02-2005 (RJ 2005, 1133), ya partiría, antes de la nueva redacción otorgada al art. 97 CC por Ley 15/2005 de 8 de julio, de que había de ser potenciado el papel de las circunstancias enumeradas en el art.97 CC, concluyendo al respecto que: “(...) *la ley –que de ningún modo cabe tergiversar– no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación*”.

Enlazamos aquí con un nuevo tema al que la Sentencia alude igualmente: la naturaleza de la pensión del art.97 CC. Pues, aun cuando fuera más correcto referirnos a esta figura como «compensación», tras la reforma operada en 2005 en el CC, dado que la forma de pago no siempre habrá de ser la de una pensión periódica, según se ha previsto ya en el precepto, es lo cierto que ésta será usual-mente la convenida por las partes. Y tampoco ignoraremos que únicamente el abandono de las tesis que sostuvieron un enfoque alimenticio de esta institu-ción, nos coloca en el punto de partida para abrazar la limitación *ab initio* de la pensión como técnica idónea en los casos en los que el desequilibrio sea supe-rable. El art. 97 CC, se insiste de nuevo al unificar la doctrina sobre el criterio que ha de regir la concepción del desequilibrio, no posee una finalidad ni es-tringentemente indemnizatoria, ni acusa, como ya afirmara la STS de 10-02-2005 «*un carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor*».

Si hubiera respondido exclusivamente a una necesidad vital de este último, habría de ser mantenida hasta tanto ésta persistiera y la finalidad de la pensión quedaría frustrada a través de la temporalización. Sirviendo, en cambio, al ob-jetivo de lograr el reequilibrio entre las partes, comprenderemos que el margen de autonomía de que gozan éstas permita desde la configuración de la figu-ra del art.97 CC como una prestación sometida a término o modo, si así lo convienen voluntariamente; hasta la liberación del deudor a través de cualquie-ra de las fórmulas alternativas del art.99 CC. Siendo la renunciabilidad una de las notas que distinguen a este derecho, su régimen será más flexible, permane-

ciendo ajeno a las restricciones que se imponen sobre quienes quedan vinculados por una obligación estrictamente alimenticia (art. 1814 CC).

A estas conclusiones llegamos tras aceptar que el sistema subjetivo de desequilibrio enlaza con la concepción que se mantenga de la naturaleza de la pensión, concebida como una prestación que no responde a una única finalidad y que presenta, en consecuencia, una naturaleza híbrida. No ignoramos que el Tribunal Supremo ha venido negando que con el art.97 CC se pretenda en puridad otorgar una indemnización. Mas entendemos que, con ello, se insiste en apartar a esta figura de los contornos de la culpa, a los que es ajena por completo, como extraemos de la sentencia que analizamos. La compensación del art.97 CC no está concebida para paliar daños asociados a comportamientos culpabilísticos, pero sí para compensar o resarcir, si así se quiere expresar, el menoscabo que ha supuesto para uno de los cónyuges la dedicación a la familia en su realización profesional o en su patrimonio.

Descartado que ésta cumpla un cometido alimenticio, a lo que se alude en la Sentencia y constituye doctrina reiterada en resoluciones anteriores del Alto Tribunal, no hallamos reparo en el pasado, por nuestra parte, en conciliar tesis indemnizatorias y compensatorias en la dirección sugerida por numerosas sentencias de la Audiencia de Córdoba (SSAP de Córdoba de 25 de marzo de 1999 (AC 1999, 597) y 13 de enero de 1999 (AC 1999, 155). En ellas, fiel a un criterio subjetivo, se reputa *«imprescindible hacer una interpretación integradora del tan citado artículo 97 del Código Civil, en el sentido de llevar a cabo una hermenéutica del precepto armonizando el párrafo 1º con las circunstancias que, como “númerus apertus”, enumera el mismo, de forma que éstas no sólo jueguen para graduar la pensión, sino que puedan incluso eliminarla, en el sentido de graduarla en cero pesetas, si de su examen se observa que, no obstante el desequilibrio económico, el cónyuge desequilibrado no ha sufrido ningún perjuicio con la separación o divorcio del que deba ser resarcido en aras de la justicia y la equidad»*. Todo ello desde defensa de que *«la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no se erigen en caracteres excluyentes o antagónicos, sino complementarios, pues para la viabilidad de la pensión que estudiamos será preciso en primer lugar una descompensación entre los cónyuges a causa de la separación o divorcio y, en segundo lugar, que el cónyuge en peor situación tenga derecho a un resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el precepto en cuestión.»*

Se suman a esta construcción Sentencias de la Audiencia de Toledo, tales como las de 22 de enero de 2004 (JUR 2004, 61923), 3 de julio de 2003, (JUR 2003, 212519), 13 diciembre de 2002 (JUR 2003, 92510).

2.2. La generación del desequilibrio. Concurrencia de los parámetros

Culminando este proceso, la sentencia comentada ha declarado como doctrina jurisprudencial que *«para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y ente otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cón-*

yuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio».

Nos centraremos, en primer lugar, en la condena del automatismo que, una vez más, efectúa el Tribunal Supremo.

De entrada, precisaremos, no sólo se ha de probar la concurrencia de aquellos factores, sino, por supuesto, demostrar cumplidamente que repercutieron negativamente en la posición del solicitante de la pensión. Puesto que, curiosamente, esto no acontecerá en todos los casos.

La Sentencia del Alto Tribunal niega que se haya de incurrir en una suerte de automatismo en cuya virtud la concesión de la pensión se ligue, tan sólo, a la demostración de que confluyeron ciertos eventos plasmados en la norma. La incidencia o repercusión de estos últimos en la situación que atraviesa el solicitante de la pensión es un requisito obligado. Deberá acreditarse la relación causa-efecto entre aquéllos y el desequilibrio finalmente experimentado, ya que las realidades enumeradas en el artículo 97 CC no siempre desencadenarán este resultado. Con lo cual, el simple acaecimiento de alguno de estos eventos, carecería de trascendencia abstractamente considerado, si no se prueba que existe un nexo causal entre esos sucesos y la inferior posición ocupada por un cónyuge al cesar la convivencia.

Buena prueba de ello, es que la sentencia del Tribunal Supremo en la que nos centramos rechaza que la dedicación a la familia haya constituido una rémora para quien solicita ser compensado, como quiera que cuando tuvo oportunidad y deseó hacerlo, la demandante de la pensión se desenvolvió con absoluta normalidad en el mercado laboral.

La dedicación pasada a la familia no generaría *per se* derecho alguno, si no restase oportunidades en otros terrenos, que debieran ser compensadas a través de la figura del art.97 CC. Resulta ilustrativa la SJPI Madrid de 19-07-2007 (JUR 2007/ 276116). Y a ella nos remitimos en ocasiones anteriores para fundamentar que es concebible que materializadas una o varias de las incidencias a que el precepto hace mención, ello no posea reflejo o repercusión alguna en el ámbito profesional y, por añadidura, económico de quien las ejecuta. En ella, respecto a un hombre joven de 43 años, se sostiene sin ambages que *«se encuentra plenamente incorporado al mercado de trabajo (y) además no queda acreditado que el mismo haya sacrificado su vida profesional en aras de la matrimonial, toda vez que el hecho de que haya participado en la educación y cuidado de sus hijas, al igual que la madre, no es sino reflejo de una paternidad responsable que se valora y traduce en el sistema de guarda y custodia establecido pero en absoluto puede traducirse en establecimiento de pensión compensatoria alguna.»* (CABEZUELO ARENAS, AL. “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2008” *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. Núm 80.Pg 910).

Llegados a este punto, advertiremos que el desequilibrio no está ligado indefectiblemente a una pérdida absoluta de independencia económica. Englobaría asimismo una merma o disminución en los ingresos de uno de los cónyuges, experimentada como consecuencia de sacrificios soportados por la dedicación en soledad a la familia o a los negocios del otro cónyuge, que se mencionan en la doctrina de esta sentencia. Son los «costes de oportunidad» a los que aluden los expertos en la materia [ROCA TRÍAS, E. Familia y cambio social (1999). P 187].

Recordemos, a mayor abundamiento, cómo la STS de 17-07-2009, objetaría que *«no es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientes económicamente no hay pensión en ningún caso, porque a pesar de ello, puede haber desequilibrio. Solo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares»*.

De todo ello se infiere que sólo cuando la desigualdad entre los ingresos generados entre los cónyuges se ligue a una disparidad en las aptitudes que ambos presentaban antes del matrimonio merced a su distinta valía, preparación e inteligencia, se desestimará cualquier pretensión formulada a la luz del art.97 CC. La misión del art. 97 CC no es convertir en seres idénticos a quienes por su inteligencia y por su formación presentaban ya notables diferencias en el momento en el que decidieron unir sus vidas. La STS de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008/7123) hace suyo este planteamiento cuando reconoce respecto a la pensión que: *«Constituye su presupuesto esencial «la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad –el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo–, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios»*.

No toda divergencia se localiza, pues, en el supuesto de hecho de esta norma. Cuando dos personas que ya presentaban al unir sus destinos cualificaciones que distaban mucho de ser comparables y obtenían unos ingresos acordes con las mismas siguen obteniendo cada una por separado los rendimientos que sus respectivas preparaciones son susceptibles de generar, constatamos simplemente que los otrora cónyuges no poseían el mismo nivel cultural, pero no que uno de ellos no se hubiera realizado profesionalmente, de acuerdo con sus personales aptitudes, por sacrificios o renunciadas efectuadas generosamente mientras permanecieron unidos. No toda desigualdad, es reconducible, por tanto, al terreno del desequilibrio. Como extraemos de la SAP de Madrid de 10 de octubre de 2001 (JUR 2002,15078) el matrimonio, a través de la pensión, *«no es un instituto jurídico dador de cualificaciones profesionales que no se tienen»*, que sería el resultado que se derivaría indefectiblemente de la recepción del criterio objeti-

vo. Atinadamente explica esta sentencia « como el reequilibrio en esta esfera significa que cada parte puede subvenir a sus propias necesidades con sus propios ingresos según sus actitudes y capacidades económicas, en supuestos como el presente donde ambas partes trabajan y obtienen ingresos, no entra en juego, no puede ser aplicado el artículo 97 del Código Civil. En efecto, es doctrina jurisprudencial, existente con carácter general para casos análogos desde junio de 1985 que: “contando ambos cónyuges con ingresos propios de sus respectivos trabajos, no hay motivos para estimar que la separación o el divorcio haya de producir desequilibrio económico en ninguno de ellos, por lo que no es de aplicación el artículo 97 del Código Civil»

Al instaurar el criterio subjetivo, el Alto Tribunal soslaya graves inconvenientes. Resulta vital, se insiste, tener «en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial». Con lo que evitaremos concebir la pensión como un instrumento empleado para el mantenimiento a ultranza de un nivel de vida que se alcanzó gracias al matrimonio. Concepción desafortunada que encuentra el terreno abonado desde el enfoque que ahora se proscribire, en el que el Juzgador se ha de cerciorar de la previa existencia de un desnivel entre las posiciones de las partes, mas no de que quien demanda la pensión contribuyó realmente a la gestación de ese status durante la convivencia.

Rotundas fueron las críticas del sistema objetivo desde la doctrina, censurándose que con aquél se corría el riesgo de degradar la misma institución matrimonial. La sola celebración del matrimonio bastaría para exigir una ulterior nivelación de los patrimonios de ambos cónyuges, sin reparar en la importancia ni del contexto en que se desarrolló la convivencia, ni de la contribución efectuada por quien solicita la prestación. El matrimonio quedaría convertido, así, en una profesión al servicio de personas desaprensivas que adquirirían el derecho a conservar indiscriminadamente el mismo nivel de vida disfrutado durante el matrimonio. Quedarían amparadas por obra de un planteamiento objetivo situaciones abusivas tales como la obligación de costear gastos superfluos que recaería sobre uno de los cónyuges, simplemente por haber aceptado unirse a quien jamás se desenvolvió en ese ambiente, ni contribuyó a generar la riqueza que disfrutó; o la consolidación de derechos de estas características en el marco de uniones efímeras en los que la convivencia difícilmente pudo causar mella en la trayectoria de quien formula posteriormente su petición [LASARTE ÁLVAREZ, C. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R (1982) P 767 y CAMPUZANO TOMÉ (1994) pp. 542-543.

La interpretación integradora que sanciona esta sentencia funciona a modo de barrera frente esta degradación de la institución matrimonial estudiando cuáles son las raíces de la diferencia patrimonial que se acusa entre los esposos.

En ello basa el Alto Tribunal su decisión, aduciendo que la dedicación a la familia no impidió a la recurrente trabajar cuando lo consideró conveniente o cuando encontró oportunidades para ello. Ninguna repercusión habrán des-

plegado esos parámetros en la producción de una disparidad que no es misión de este precepto combatir.

De lo que se infiere que no registrándose pérdida alguna en la capacidad laboral de la demandante, pues la sentencia puntualiza que se encontraba « *en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio* », el perjuicio subsanable a través de la aplicación del art.97 CC deviene, por ello, absolutamente inexistente, por más que simultaneara el desempeño de sus obligaciones laborales con la crianza de sus hijos o las tareas puramente domésticas. No existen «costes de oportunidad», puesto que éstas se mantuvieron incólumes. No necesitaba acogerse al cabo de los años a un período de reciclaje o puesta al día que le liberase de trabajos mal retribuidos o de escasa especialización, porque cuantas oportunidades le surgieron de desempeñar ocupaciones laborales, fueron aprovechadas por la demandante. Con lo que nos movemos en una órbita distinta de la que dibuja la SAP de Pontevedra de 1-07-1999 (AC 1999\1857), cuando reconoce que « *no toda ocupación laboral ha de conducir necesariamente a la negación de pensión compensatoria si aquélla, por su nivel de rendimiento económico o por su intensidad, no destruye el desequilibrio que la pensión está llamada a remediar* ». Naturalmente, puesto que si se hubiera abandonado el mercado laboral durante un periodo prolongado, por imponerlo así la dedicación a la familia, deviniendo obsoletos los conocimientos de unos de los cónyuges, nacería el derecho a percibir una pensión mientras se concluyera una fase de actualización que resultaría imprescindible. Panorama que dista mucho de ser el experimentado por la recurrente.

Para la Sentencia comentada, recordemos, jugaba asimismo un papel relevante a la hora de decidir sobre la generación del desequilibrio: « *el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio* ». Precisamente, uno de los argumentos en los que basó la confirmación de la sentencia recurrida, negando la procedencia de la pensión del art.97 CC, sería que rigió entre los cónyuges el régimen económico de gananciales, lo que permitió « *que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que los dos inmuebles de que son titulares lo son por mitad* ».

Reconoceremos, de entrada, que la instauración del régimen de gananciales se ha asociado generalmente a un menor riesgo de que las posiciones de las partes queden desniveladas al cesar la convivencia, merced a la comunicación de ingresos que se origina en el mismo. Pero opondremos que este juicio no ha de elevarse a la categoría de dogma, de suerte que se identifique este régimen con la asunción de una suerte de ventajas en el orden económico que haga ilusoria cualquier pretensión a la luz del art.97 CC. A pesar de que sean distribuidos los rendimientos obtenidos por uno de los cónyuges de forma paritaria, la permanencia de uno de ellos al frente del negocio que los genera y el apartamiento del otro que queda imposibilitado por su edad e inexperience para el ejercicio de una actividad retribuida que le reporte autonomía económica, pro-

vocará el desequilibrio en la SAP de Valladolid de 14-09-2007 (JUR 2008, 50836). Con lo que nos convencemos de que habremos de atender al resultado que producen las operaciones liquidatorias.

Siendo la liquidación de la sociedad de gananciales el momento clave para apreciar la trascendencia que alcanza la opción por este régimen económico y si se logra efectivamente el reequilibrio mediante la atribución de bienes concretos a los cónyuges, una vez satisfechas las deudas que pesaran sobre la sociedad, es oportuno reconocer que tampoco ha existido hasta el momento presente unanimidad en nuestras Audiencias a la hora de aceptar dicha asociación.

Algunas sentencias niegan que en tal instante asistamos a otra cosa que no sea recibir cada uno de los cónyuges *«nada nuevo que no tuviera antes»* y reputan intrascendente la liquidación de la sociedad, que no enervaría el previo reconocimiento a favor de uno de los cónyuges del derecho a la pensión (SAP de Madrid de 5-11-2008, JUR 2009/48672).

Otras, más atinadamente, condicionarán la exigibilidad o el mantenimiento de aquélla a que el resultado que arroje la liquidación sea posesionar al solicitante de la pensión de bienes fructíferos, otrora gananciales, en cantidad suficiente como para alcanzar autonomía financiera. Para la SAP de Palencia de 2 de marzo de 1998 (AC 1998, 546): *«cabe decir que la liquidación de la sociedad legal de gananciales efectivamente puede significar una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de señalar una pensión por desequilibrio económico, y puede en ocasiones que, tras tal liquidación resulte injustificado el mantenimiento de una pensión por desequilibrio económico; pero lo que no se puede hacer es anticipar a este momento la solución de una situación que todavía no se ha planteado. Cuando la liquidación se produzca, y si efectivamente ello comporta una modificación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la adopción de esta medida, cabe la posibilidad de interesar su modificación o su supresión, según proceda»*.

Hasta tal punto ello es así, que si bien la ausencia de cualificación profesional ha sido uno de los criterios en los que se ha cimentado, de ordinario, la negativa a introducir límites temporales en las pensiones, la SAP de Zamora de 27-05-2008 (JUR 2008/330389) remueve este obstáculo, y acuerda acotar temporalmente la pensión, oponiendo a la ausencia de preparación de la esposa, la sensible mejora que experimentará su capacidad económica tras unas operaciones liquidatorias que le proporcionarán en lo sucesivo una fuente de «ingresos regulares» mediante la adjudicación de uno de los negocios familiares.

Llegados a este punto, reconoceremos que optar por el régimen de separación de bienes no ha de suponer, por supuesto, menoscabo alguno si las aportaciones a las cargas familiares fueron idénticas y permaneció intacta la capacidad de cada cónyuge para realizarse en el terreno profesional (SAP de Murcia de 23-02-2009 (JUR 2009, 18835). Sin que en ningún caso, el simple pacto en capitulaciones matrimoniales de este último régimen, se asocie a una presunción de que los interesados desearon renunciar igualmente a la pensión com-

pensatoria que eventualmente pudiera corresponder a uno de ellos si surgiera una crisis matrimonial,. Así lo ha negado recientemente la STS de 10-03-2009. Las renunciaciones en capitulaciones matrimoniales a cualesquiera compensaciones exigibles tras la crisis han de constar expresamente: SAP de Granada de 14 de mayo de 2001 (AC 2001\1599) en lo referente al art. 97 CC y SAP de Murcia de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003, 71008) referida al art.1438 CC.

Experimentando uno de los cónyuges el desequilibrio en esta sede, la falta de comunicación entre los patrimonios de ambos, característica de este régimen, se subsanaría a favor de quien efectuara ciertas concesiones que repercutieran negativamente en su posición, por el juego de los arts. 97 y 1438 CC. Toda vez que nos consta, que ambas percepciones –pensión compensatoria y la compensación por trabajo doméstico– son perfectamente compatibles. Pues la compensación del artículo 1438 CC, como nos ilustra la SAP de Toledo de 9 de noviembre de 1999 (AC 1999, 2379) «no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial pueda generar para uno de los cónyuges en relación con su situación precedente, sino exclusivamente en su función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente en régimen económico de separación hasta la extinción del mismo».

2.3. Criterio subjetivo: Fijación judicial de la pensión y autonomía de la voluntad

Si nos hemos pronunciado acerca de la necesaria prueba de la confluencia de esas circunstancias del art. 97 CC y de su repercusión en la esfera económica y profesional del demandante, de acuerdo con lo exigido por el Alto Tribunal, aún nos resta preguntarnos si el margen de autonomía de que gozan los particulares ha de presumirse mayor a la hora de fijar y cuantificar la pensión, relegando estos controles únicamente a los supuestos en los que aquella sea concedida por el Juez y no a aquellos en los que sea pactada en convenio regulador.

Recordemos que en alguna ocasión se juzgó que al ser la pensión un instituto de Derecho dispositivo, al que se puede renunciar, el juego de las circunstancias del art.97 CC no vincula al juez hasta el extremo de que deba denegar lo que las partes se avienen a satisfacer. Si del análisis de los parámetros del art. 97 CC se dedujera que no existía fundamento alguno para exigir pensión, pero uno de los esposos estuviera conforme en abonar durante un período la cantidad que se fijase, el Juez no podría negarse a homologar el convenio en el que se recogiera lo anterior, como extraemos de la SAP de Madrid de 8 de mayo de 2008 (JUR 2008/ 186847) cuando sostiene que: « En cuanto al instituto jurídico del art. 97 del C.C., pensión por desequilibrio, (compensatoria); cabe recordar, siguiendo a la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo, constante desde diciembre de 1987, al decir que: “el artículo 97 del C.C. no es una norma de derecho imperativo, sino dispositivo, que depende sólo de la voluntad de las partes de pedirla o no; y que puede ser renunciada por las partes no haciéndola valer”. Pues bien, de lo que antecede,

del estudio de las actuaciones, de las circunstancias del caso y en concreto las que adornan a la Sra.. Soledad, el tema, en puridad jurídica, sería para no conceder a dicha señora pensión compensatoria del Art. 97 del C.C. D^a Soledad es persona cualificada laboralmente, trabaja en una gran empresa, percibe importantes ingresos y ocupa puesto de relevancia en Herbalife. Se insiste, repartir los ingresos actuales recibidos por la licencia de titularidad conjunta de ambas partes de la entidad Herbalife es ajeno a esta esfera de Familia; pero estos datos determinan que la pensión compensatoria no debe concederse al no ser creada para supuestos como el presente. Ahora bien, por lo que se dijo, que este instituto jurídico es de derecho privado, rogado, dispositivo; depende de la voluntad de las partes su establecimiento o extinción; procede su señalamiento en el caso pues la Sra. Soledad lo pide, subsidiariamente, pero lo pide; y el Sr. Víctor lo ofrece en cuantía de 1800 E mensuales y por tres años; y es por este principio dispositivo que sin deberse señalar; procede, en cambio, su señalamiento a favor de D^a Soledad por el expreso deseo del Sr. Víctor en que sea y así se establezca, en la cantidad de 1800 E mensuales y por el periodo de tres años o la efectividad en el pago de 36 meses; y es en este sentido y por lo dicho, por lo que procede desestimar el recurso de la Sra. Soledad y estimar este motivo del Sr. Víctor.»

No obstante, la doctrina finalmente no ha excluido la aplicación de los parámetros del art.97 CC en este último supuesto, estimando que la remisión que efectúa a aquél el art. 90. 1 F CC impedirá que los interesados convengan arbitrariamente cualquier cantidad y obliga a un cálculo más o menos exacto de la que se adecue a las circunstancias. Relegar la eficacia de los indicadores del art. 97 CC únicamente al ámbito de la fijación judicial, eximiendo a los particulares de cualquier sujeción a los mismos nos abocaría a desnaturalizar la figura, asemejándola a unos alimentos convencionales. ROCA TRÍAS, E “El convenio regulador y los conceptos de alimentos ...” (1984) P 229-230

En efecto, en aquellos supuestos en los que se reconoce expresamente que la convivencia no ha causado perjuicio alguno en las posiciones particulares de las dos partes implicadas y quedó expresamente excluido el desequilibrio, se confiere carácter alimenticio a la suma que una de ellas satisface voluntariamente a la otra, dado que el cometido compensatorio quedó inicialmente descartado (SAP de Islas Baleares 25-06-2007 (JUR 2008/343008). La extinción de esta prestación queda al margen del 101 CC, afectándole el divorcio que recaería entre acreedor y deudor, que pondría fin –al contrario de lo que acontecería si su naturaleza fuera la de una pensión compensatoria– a la obligación de pago que pesa sobre el deudor.

No en vano, la reciente STS 10-10-2008 (RJ 2008, 5688) efectuando un contraste entre ambas prestaciones, hará hincapié en que las peculiaridades que se asocian a su diverso fundamento, se trasladan igualmente al momento de su extinción. Se argumenta sobre este extremo que «*La finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge, sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan en uno de los cónyuges y así se ha dicho que el presupuesto esencial para que nazca el derecho a obtener la pensión estriba en “la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que gozaba cada*

uno antes y después de la ruptura”. Se trata de un derecho que puede ser renunciado por quien sería su beneficiario. En cambio, el derecho de alimentos constituye una protección de las necesidades vitales de una persona, que no puede ser renunciada previamente.

Es cierto que desde el punto de vista teórico existe una clara diferencia entre ambas instituciones, lo que no ha impedido que algunas veces se hayan equiparado ambos conceptos. Sin embargo, esta Sala ha considerado siempre que el carácter familiar de la prestación alimenticia hace que ésta se extinga cuando los cónyuges han obtenido el divorcio, aunque se mantiene mientras subsiste el vínculo matrimonial, a pesar de que se haya producido la separación, porque en este caso perdura aun la obligación de socorro, establecida en el Art. 68 CC, que desaparece al disolverse el matrimonio por el divorcio».

3. Bibliografía

- CABEZUELO ARENAS, AL. *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal*, Cizur Menor. Navarra. Ed. Aranzadi Thomson Company. 2002.
- CABEZUELO ARENAS, AL “La pensión compensatoria del art.97 CC. ¿Carácter indefinido o limitación en el tiempo?” *Aranzadi Civil* núm.4 Mayo 2002. pp. 29 y ss.
- CABEZUELO ARENAS, AL. “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2008” *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. Núm 80*. pp. 905 y ss.
- CABEZUELO ARENAS, AL. “Comentario a la STS de 10 de marzo de 2009” *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. Núm 81* pp. 1397 y ss.
- CABEZUELO ARENAS, AL. “Comentario a la STS de 17 de julio de 2009” *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. Núm 82* pp. 593 y ss.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*. Ed Bosch. Barcelona 1994. Tercera Edición.
- LASARTE ÁLVAREZ, C y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Comentario al Art.97 Cc”. *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*. Coordinados por JL LACRUZ BERDEJO. Ed. Cívitas. Madrid 1982
- ROCA TRÍAS, E. *Familia y cambio social. “De la casa a la persona”*. Ed. Civitas. Madrid 1999.
- ROCA TRÍAS, E “El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad” en *Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales*. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. 1984. pp. 175 Y SS
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J “La concesión temporal de pensión por desequilibrio”. *Aranzadi Civil* 1995 (I).pp. 119 y ss.