

# A vueltas con la pensión compensatoria

## *To returns with the spousal support*

**María Elena LARO GONZÁLEZ**

*Investigadora contratada predoctoral*

*Universidad de Sevilla*

*Departamento de Derecho Procesal-España.*

mlaro@us.es

A lo largo de las últimas décadas resulta evidente la transformación social producida en distintos ámbitos, concretamente en el laboral. En este contexto social hemos transitado de una sociedad patriarcal, donde el papel de la mujer se circunscribía a las tareas del hogar y al cuidado de la familia, a una sociedad donde la mujer ocupa un papel activo en el mercado laboral, aunque la tasa de participación sigue siendo menor que la de los hombres. Esta evolución social también se va a reflejar en el establecimiento de una pensión compensatoria temporal o indefinida, fundada en el cambio de la estructura conyugal-familiar, con las matizaciones que correspondan en función de las circunstancias que se den en el supuesto en concreto. En definitiva, el escenario social en el que nació la institución de la pensión compensatoria difiere del escenario actual. Ello tuvo su reflejo en la jurisprudencia, que si bien la línea jurisprudencial inicialmente seguida se inclinaba a favor del carácter vitalicio de la pensión compensatoria, sin embargo, a partir de los años 90 se produce un cambio a favor de la temporalidad de la misma, siendo esta última la línea mayoritaria

seguida en la actualidad (STS 43/2005, de 10 de febrero, Sala Primera de lo Civil, LA LEY 855/2005).

No obstante, lo anterior no es óbice para pensar que la pensión compensatoria sea destinada exclusivamente al género femenino, pues la misma surge de la necesidad de paliar un desequilibrio económico en relación con la posición económica que ostente el otro cónyuge.

Respecto a la regulación de la pensión compensatoria conviene precisar que fue incluida en el CC en 1981 y que, posteriormente, se dio una nueva redacción al art. 97 del CC por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la cual sustituye la expresión «tiene derecho a una pensión» por «tendrá derecho a una compensación...». De igual modo, se introdujo una nueva modificación por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en la que se da una nueva redacción al último párrafo del art. 97 CC, relativo a la fijación de las condiciones de determinación de la pensión compensatoria –periodicidad, forma de pago, bases de actualización, duración o momento de cese, garantías de efectividad–.

El TS ha fijado unos criterios en cuanto a la interpretación del artículo 97 CC, considerando que: 1) la pensión compensatoria no constituye un mecanismo indemnizatorio; 2) la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges (STS 864/2010, de 19 de enero, Sala Primera de lo Civil; LA LEY 1539/2010).

Además, debemos señalar que la forma de fijar la pensión compensatoria es por medio de convenio regulador o en virtud de sentencia. La norma toma como criterio secundario la determinación de la pensión compensatoria mediante sentencia en defecto de acuerdo de los cónyuges, consecuencia inherente al carácter dispositivo de la pretensión sobre la misma. En consecuencia, al primar la autonomía de la voluntad sobre un posible acuerdo, el planteamiento de la pensión compensatoria se rige por el principio dispositivo, por tanto, la propia pretensión no es apreciable de oficio por parte del juzgador, teniendo que ser solicitada por alguna de las partes –principio de justicia rogada ex. art. 216 LEC– (STS, de 2 de diciembre de 1987, Sala Primera de lo Civil; la ley 53987-JF/0000).

Ahora bien, en cuanto a la fijación de la cuantía, una vez solicitada la fijación de la pensión compensatoria o la modificación de la misma, a falta de acuerdo de los cónyuges, el juez puede modular la cuantía de la misma, fijándose en virtud de sentencia –ex. art. 97 CC–.

En efecto, en el ámbito contractual la autonomía de la voluntad confiere a las partes la potestad de configurar su negocio jurídico, al igual que en el ámbito procesal el principio dispositivo configura la disponibilidad sobre la pretensión y, por tanto, sobre la configuración del objeto del proceso y los confines de la congruencia judicial.

Todo ello difiere del carácter de la pensión alimenticia de hijos menores de edad, en la cual se produce un debilitamiento del principio dispositivo, siendo una obligación

de carácter público, que se rige por normas imperativas y que sí puede apreciarse de oficio por el juzgador –art. 93 CC–. No obstante, las partes en clara manifestación de su autonomía de la voluntad podrán regular las consecuencias relativas a la separación, divorcio o nulidad –las concernientes a los hijos– por medio de convenio regulador que será aprobado por el juez, salvo que sea dañoso o perjudicial para los hijos o para uno de los cónyuges –art. 90 CC–. Por su parte, la norma procesal configura en este caso la indisponibilidad del objeto del proceso –art. 751.1 LEC– en aquellos casos «que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores»– art. 748.4.º LEC–. Recientemente, se ha publicado la Sentencia 112/2019, de 5 de febrero de 2019, de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Primera, Recurso 2039/2018. La citada sentencia versa sobre el reconocimiento de una pensión compensatoria con carácter vitalicio a una mujer. La cuestión estriba aquí en la desestimación de la demanda de modificación de medidas contra la sentencia recaída en primera instancia en el seno de un procedimiento de mutuo acuerdo donde se aprobó judicialmente el convenio regulador y donde se establecía una pensión compensatoria temporal, esto es, durante el plazo de seis años. Tras la desestimación, la mujer interpone recurso de apelación cuyos fundamentos recaen en las circunstancias obrantes en el momento de la firma del convenio regulador, alegando que la firma se produjo en una situación de presión y bajo un estado de desequilibrio por la misma, motivo principal para fundar su petición de conversión de la pensión compensatoria temporal en vitalicia hasta el momento en que pueda percibir por la Seguridad Social una pensión no contributiva.

La Audiencia Provincial de Jaén revoca la sentencia de instancia y estima el recurso de apelación interpuesto por la exesposa, sustentando sus argumentos que en el momento de la firma del convenio regulador las partes no hicieron un correcto cálculo de probabilidad, puesto que la mujer contaba con 53 años de edad, por tanto, las probabilidades de incorporación al mercado laboral eran escasas o inexistentes, considerando que estas circunstancias son nuevas al no ser pronosticadas por las partes firmantes. Además, aunque se considera que las situaciones preexistían, puede considerarse una «alteración sustancial» al ser obviada para utilizarse en beneficio de uno de los cónyuges –del marido–.

Asimismo, la meritada sentencia no pasa por alto el hecho que hubiera recaído sentencia condenatoria contra el exmarido como consecuencia de un delito de malos tratos habituales y falta de daños –hoy delito leve–.

Al respecto, considera el Tribunal que para que nazca el derecho a la pensión compensatoria del art. 97 del CC debe darse los siguientes presupuestos: 1. La existencia de un desequilibrio económico, considerándose el descenso que supone el divorcio en el nivel de vida de uno de los cónyuges respecto al otro, lo que obliga a comparar las necesidades de ambos cónyuges y los recursos a su disposición para satisfacer dichas necesidades. 2. Que tal desequilibrio conlleve un empeoramiento de

la situación respecto a aquella que ostentaba durante el matrimonio, empeoramiento que ha de valorarse al momento de la ruptura matrimonial.

En definitiva, considera el Tribunal que estos argumentos evidencian el desequilibrio patrimonial existente entre ambos cónyuges, el cual no se ha paliado con posterioridad; razón de peso para conceder con carácter vitalicio una pensión compensatoria, con independencia de que las circunstancias cambien a posteriori y pueda instarse una modificación de medidas.

Sentados los fundamentos de la citada sentencia, conviene valorar las reglas generales de justicia rogada por las que se rige la pensión compensatoria, así como la renuncia a una pensión vitalicia –acordada por ambos cónyuges y aprobada judicialmente–, encontrándonos ante normas de derecho dispositivo. Las reglas generales que rigen en el proceso civil, como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la LEC, son la de aportación de parte, correspondiendo a los titulares de derechos e intereses la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso. No obstante, el proceso de familia tiene unas connotaciones especiales, por el carácter público que puede tener el mismo –v. gr. cuando afecte a menores de edad–, pudiendo darse la situación que estos principios de derecho procesal actúen de forma mitigada. Así se expone en la EM de la LEC al considerar que «por lo que respecta a los procesos en que no rige el principio dispositivo o debe ser matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal, la Ley no se limita a codificar, sino que, con pleno respeto a las reglas sustantivas, de las que el proceso ha de ser instrumental, diseña procedimientos sencillos y presta singular atención a los problemas reales mostrados por la experiencia». Consecuencia de esta matización podemos verla plasmada en el art. 751 de la LEC donde se dice que «*en los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción*», donde se requiere la conformidad del MF, continuando el apdo. 3 con las excepciones a esta limitación del principio dispositivo, por tanto, desplegará toda su eficacia en aquellas pretensiones que se formulen en los procesos referidos y que tengan objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente.

Por otro lado, la renuncia a la pensión compensatoria es una clara manifestación del principio de autonomía de la voluntad de las partes, si bien es cierto que tenemos que conectar esta renuncia con la prestación del consentimiento, es decir, que el consentimiento no se encuentre viciado o prestado por error. En el supuesto de hechos, aunque la renuncia no se materializa, sí podemos interpretar que podría existir una renuncia tácita a la pensión compensatoria vitalicia, pues se acordó una pensión temporal, lo que excluye a la vitalicia. Alega la parte apelante que en el momento de la firma del convenio regulador objeto de la litis, la misma lo firmó «presionada y en un estado de desequilibrio que le impedía discernir lo que firmaba». La presión alegada podría erigirse como una forma de vicio en el consentimiento, cuestión que ha de ser probada. Si bien, ello constituye una mera manifestación de parte, en la que

no entra el juzgador pues el mismo fundamenta la sentencia en la modificación por alteración sustancial.

La abundante jurisprudencia existente contempla que las condiciones que se tomaron en cuenta para el nacimiento del derecho cambien a lo largo del tiempo, pudiendo ser motivo de modificación la medida por alteración sustancial. Aquí la cuestión es diferente, las circunstancias no han cambiado por el mero lapso del tiempo, más bien no fueron contempladas en el momento en que tuvo nacimiento el derecho a la pensión compensatoria –esto es, en el convenio regulador–. Alega el juzgador que la pensión compensatoria solo puede modificarse por alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuge –ex. art. 100 CC– que, por cierto, es la única causa contemplada en el CC. Sentado esto, ¿implica este precepto que el desequilibrio no contemplado inicialmente puede considerarse alteración en la fortuna de uno u otro cónyuge? A este respecto, conviene traer a colación la STS 134/2014, de 25 de marzo, de la Sala Primera de lo Civil, donde se analiza un supuesto en el que se establece una pensión compensatoria vitalicia a favor de la esposa y contemplándose como única causa de cese de la misma la convivencia marital o que la misma contraiga matrimonio. En la sentencia de separación que aprueba el convenio se preveía la posibilidad de que la esposa trabajase con la posible reducción de la pensión compensatoria en función de los emolumentos que percibiera la esposa. Posteriormente, se inició procedimiento de divorcio contencioso, donde se insta por parte del esposo la extinción de la pensión compensatoria, pretensión que fue estimada y que tuvo como consecuencia la extinción de la misma. Posteriormente, fue recurrida la sentencia siendo confirmada por el Tribunal en segunda instancia, con base en la autonomía de la voluntad reflejada en el convenio privado y libremente pactado y el de los actos propios –art. 1255 CC–. La cuestión objeto de litigio acaba siendo resuelta por el TS, el cual considera que: 1) Las partes pactaron libremente en qué casos se modificaría la pensión cuando cambiaran las circunstancias y, por tanto, con base en la sentencia se infringe el art. 1255 CC; 2) igualmente, conforme a su doctrina considera que nada obsta a reconocer que las partes podían libremente acordar que la pensión podía ajustarse a parámetros determinados y diferentes a los usualmente aceptados por los cónyuges en situación de crisis; 3) a la luz de los arts. 100 y 101 CC, solo podrá suprimirse la pensión si cesa la causa que la motivó. También, podrá moderarse si se produce una alteración sustancial de la fortuna de uno u otro cónyuge, considerándose que dentro del término alteración sustancial no pueden incluirse las modificaciones que fueron de los pactos, pues dichas alteraciones lejos de ser sorpresivas fueron especialmente previstas, contractualmente dentro del margen legal que establece el art. 1255 CC.

Por tanto, considerando el convenio regulador como un negocio jurídico donde pueden incluirse pactos en clara manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, y teniendo como premisa que la pensión compensatoria es de carácter dispositivo, principio que vincula la decisión judicial, conviene puntualizar que en el supuesto

objeto de este estudio, en el momento de la firma del convenio regulador, se conocía la edad de la esposa y sus circunstancias personales –esto es, carencia de estudios, formación, escasa experiencia laboral, etc.–, las cuales no fueron consideradas por las partes, pactando una pensión compensatoria temporal. Por otro lado, debemos resaltar la apreciación del juzgador en cuanto a la consideración de alteración sustancial, fundamentando que la imposibilidad de hallar un empleo por parte de la esposa debe considerarse como circunstancias nuevas. Sin embargo, sentada esta premisa, continúa fundamentando que a pesar de que las situaciones preexistían y se conocían en el momento de la firma del convenio regulador, aunque fueron obviadas en beneficio de uno de los cónyuges, puede constituir alteración sustancial. Y concluye considerando como fundamento para el establecimiento de la pensión vitalicia la existencia de una verdadera desigualdad patrimonial que no ha sido paliada con posterioridad.

Conforme a lo expuesto, consideramos necesario reflexionar sobre la idoneidad o no de encajar la revocación de la sentencia en el art. 100 CC –alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge– con base en la situación patrimonial de la esposa, la cual era igual al momento en que nació el derecho a la pensión, pues sus circunstancias personales resultan las mismas, máxime cuando estas situaciones, como se pone de manifiesto en la sentencia, preexistían en el momento de la firma del convenio. También, si el fracaso de las expectativas de empleo puede entroncarse como una alteración en la fortuna de uno y otro cónyuge, pues si consideramos que debe haberse producido un cambio respecto a la situación inicial para poder modificar la situación de hecho, las expectativas de encontrar empleo eran las mismas al momento de la firma como posteriormente, por tanto, ¿podríamos catalogarlo como circunstancias nuevas?

Por el contrario, al margen de la alteración en la que se funda la sentencia, otra cuestión –o la única– a valorar sería si la prestación del consentimiento estuvo viciada –fundamentado en la presión y desequilibrio que le impedía discernir lo que firmaba–, atacando la posible nulidad del convenio regulador según ese consentimiento.

En definitiva, debemos aguardar al momento en que el TS se pronuncie –si las partes recurren la sentencia– y decline la balanza a favor de la confirmación del pronunciamiento de la Audiencia Provincial o bien cambie de criterio y revoque la sentencia.