

Id Cendoj: 28079110012010100034
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 501/2006
Nº de Resolución: 10/2010
Procedimiento: Casación
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x PENSIÓN COMPENSATORIA x
- x FIJACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA x
- x INTERÉS CASACIONAL x
- x NECESIDADES DE LOS CÓNYUGES x

Resumen:

Pensión compensatoria: solicitud ex novo en pleito de divorcio de acuerdo con la reserva efectuada en proceso de separación. Recurso por interés casacional.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Febrero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Málaga , por D^a Amalia , representado por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Chaves Vergara contra la Sentencia dictada, el día 23 de noviembre de 2005, por la referida Audiencia y Sección, en el rollo de apelación nº 819/2005, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Málaga, en los autos de divorcio nº 731/2004. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de D^a Amalia , en concepto de parte recurrente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Málaga, interpuso demanda de divorcio, D. Juan Carlos , contra D^a. Amalia . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... *dicte en su día Sentencia por la que:*

A) Se declare la disolución del matrimonio por divorcio entre los mencionados consortes, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración.

B) Se declare extinguido el derecho a la pensión alimenticia que a favor de la demandada se estableció en la Sentencia por la que se declaró la separación. C) Y ello con expresa condena en costas a la demandada, si se opusiere a los pedimentos articulados por esta actora" .

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D^a. Amalia , como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... *se dicte Sentencia por la que se desestime la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.*"

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó señalar día y hora para la celebración de Vista, citándose a las partes, y celebrándose la misma en el día y hora señalados, ratificándose éstas en sus respectivos escritos y practicándose la prueba propuesta y previamente declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Málaga dictó Sentencia, con fecha 25 de octubre de 2004 , y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Debo declarar y declaro disuelto, por divorcio, el matrimonio entre D. Juan Carlos y Dª Amalia , con los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento, extinguiéndose la pensión alimenticia que venía acordada y estableciéndose una pensión compensatoria de trescientos siete con ochenta Euros (307,80 Euros) mensuales, a abonar por el actor por meses anticipados, en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que al efecto se designe por la demandada y que se actualizará anualmente, de forma automática, de conformidad con las variaciones que experimente el índice de precios al consumo fijados por el Instituto Nacional de Estadística.*

No es procedente hacer especial pronunciamiento sobre éstas.

Comuníquese esta sentencia, firme que sea, al Registro Civil correspondiente para su anotación".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Juan Carlos . Sustanciada la apelación, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó Sentencia, con fecha 23 de noviembre de 2005 , con el siguiente fallo: *"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por don Juan Carlos , representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Silbermann Montañez, contra la sentencia de veinticinco de octubre de dos mil cuatro, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Málaga en proceso especial de divorcio número 731/2004, revocando parcialmente la misma, debemos acordar y acordamos no haber lugar a la concesión de pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de la demandada, confirmando los restantes pronunciamientos emitidos en la instancia, todo ello sin que se haga especial pronunciamiento sobre costas procesales en esta alzada.*

Devuélvanse las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de Primera Instancia del que dimanen, para que proceda a su cumplimiento y, en su caso, ejecución".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por Dª Amalia , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el Procurador D. Francisco Chaves Vergara, lo interpuso articulándolo en el siguiente motivo:

Único.- Infracción de la norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso en concreto el *art. 97 del Código Civil* , y ello por vía del *art. 477.2.3º* , esto es, por el interés casacional que presenta la resolución del recurso que se interpone, dado que conforme el *art. 477.3 LEC* la sentencia recurrida resuelve puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Por resolución de fecha 20 de febrero de 2006, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Pedro Antonio González-Sánchez, en nombre y representación de la recurrente Dª Amalia . La parte recurrida no se ha personado ante esta Sala. Por Auto de fecha 8 de julio de 2008 , se acordó la admisión del recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el catorce de enero de dos mil diez, en que el acto tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El resumen de los hechos probados es el siguiente:

1º Dª Amalia y D. Juan Carlos habían contraído matrimonio el 25 diciembre 1966. El 10 diciembre 2002 se dictó sentencia de separación en un procedimiento contencioso, aunque se llegó a un acuerdo durante el mismo, por lo que en la sentencia se acordó lo siguiente en lo que afecta al actual recurso de casación: a) pensión de 300# por alimentos a la esposa, y b) Por parte de la esposa se desistió de la solicitud de pensión compensatoria, "no sin perjuicio de reservarse su derecho en un ulterior procedimiento".

2º Dos años después, D. Juan Carlos interpuso demanda de divorcio y pidió que se declarara la disolución del matrimonio y la extinción de la pensión de alimentos. La esposa contestó a la demanda oponiéndose a la extinción de la pensión de alimentos y formuló reconvenición en la que solicitó la conversión de la pensión alimenticia en pensión compensatoria, de acuerdo con la reserva efectuada en el

procedimiento de separación.

3º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Málaga, de 25 octubre 2004 declaró haber lugar al divorcio, la extinción de la pensión por alimentos y la existencia de la pensión compensatoria. Los argumentos fueron: a) La declaración de divorcio supone la extinción de los alimentos; b) En el procedimiento de separación solo se desistió de pedir la pensión en aquel momento, dejando la vía abierta para reclamarla en otro procedimiento matrimonial; c) El reconocimiento del derecho a la pensión no puede hacerse por la mera conversión de la pensión alimenticia, puesto que ambas tienen una naturaleza distinta; d) No existe un momento procesal para pedir la pensión compensatoria, y e) Dada la situación de la mujer, procedía acordar pensión compensatoria.

4º Apelada esta sentencia, la de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 23 noviembre 2005 , la revocó, excluyendo la pensión compensatoria en base a los siguientes argumentos: a) niega que sea posible llevar a cabo una conversión posterior de la pensión alimenticia en pensión compensatoria; b) el momento a tener en cuenta a los efectos de determinar si existe o no pensión compensatoria es la separación judicial, no siendo posible una reserva de la esposa para reclamar la pensión en un posterior divorcio, habida cuenta que el desequilibrio existe o no existe al producirse la ruptura de la relación conyugal, y c) Pudo hacer valer la pensión compensatoria en su momento adecuado, no siendo de apreciar circunstancias sobrevenidas.

5º Dª Amalia presentó recurso de casación en base al *art. 477, 2, 3º LEC* , en su modalidad de interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, que fue admitido por auto de este Tribunal de 8 julio 2008 .

SEGUNDO. *El único motivo* del recurso de casación señala la infracción de la norma aplicable al proceso, que es el *Art. 97 CC* , por concurrir interés casacional, al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. El problema discutido se centra en si pactada una pensión por alimentos en el procedimiento de separación, es posible reclamar la pensión compensatoria en el posterior juicio de divorcio, por haberse convertido la inicial pensión alimenticia en una posterior pensión compensatoria por desaparecer el derecho de alimentos al haberse extinguido el matrimonio.

Las sentencias aportadas por la recurrente son las de la AP de Barcelona, sección 18, de 14 abril 2000, y de la misma sección de 13 marzo 2003, que son contrarias a la de la AP de Málaga ahora recurrida y a la de 29 noviembre 2002 , en cuanto entienden que la pensión alimenticia puede reconducirse a la compensatoria en el divorcio "en cuanto persista la situación de desequilibrio económico que existía entre los cónyuges al tiempo de la cesación de la convivencia", de modo que situaciones esencialmente iguales, reciben distintas respuestas. La recurrente entiende que si ha precedido un procedimiento de separación, no obsta a que pueda reclamarse la pensión en el procedimiento de divorcio, puesto que el *Art. 97 CC* no lo impide.

El motivo se estima.

TERCERO. El problema que se plantea en el presente recurso de casación presenta diferentes aspectos que deben resolverse a los efectos de fijar la doctrina de esta Sala, en relación a las discrepancias existentes entre las Audiencias Provinciales sobre la posibilidad de convertir los alimentos acordados en la separación en pensión compensatoria.

1º Debe recordarse en primer lugar que esta Sala ha entendido que el desequilibrio económico que da lugar a la pensión compensatoria debe haberse producido en el momento de la crisis matrimonial. Así, la sentencia de esta Sala de 3 octubre 2008 dice que es necesariamente "[...] *al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía*" (asimismo, la STS del pleno 19 enero 2010). Esta doctrina se reitera en esta sentencia.

2º Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad (SSTS de 17 octubre y 21 noviembre 2008 y 10 marzo 2009 , entre otras). Es por ello que la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas.

3º Puede haberse pactado una pensión de alimentos para uno de ellos, pensión que va a desaparecer con el divorcio, a no ser que se haya acordado un contrato de alimentos (*arts. 1791 ss CC*) que los cónyuges pueden pactar en virtud de su autonomía. Pero la pensión compensatoria no es un sustituto del derecho de alimentos que se va a perder por la extinción del matrimonio por divorcio, de modo que aplicando las anteriores reglas, si no existió desequilibrio en el momento de la ruptura matrimonial, no va a poder reclamarse pensión compensatoria en el divorcio.

4º Puede ocurrir, como en el caso que es ahora objeto de discusión, que uno de los cónyuges se reserve el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, que lógicamente, se tratará del divorcio. En este caso lo que ocurre es que el pacto sobre alimentos si se produce, como en el presente caso, puede ocultar el desequilibrio ya existente, que se va a poner de relieve con toda crudeza cuando se extinga dicho derecho. Por tanto no se trata de que el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos. Por ello debe confirmarse la doctrina de esta Sala según la que el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura y no deben tenerse en cuenta, a los efectos del reconocimiento del derecho, los hechos que hayan tenido lugar entre la separación y el divorcio.

5º A los efectos de determinar la existencia de desequilibrio, en el momento de la ruptura deben aplicarse los parámetros recogidos por esta Sala en la sentencia de 19 enero 2010 .

CUARTO. Aplicando estos criterios al presente recurso de casación, debe concluirse lo siguiente:

1º Resulta probado que la ruptura matrimonial produjo un desequilibrio a Dª Amalia , puesto que *"se encontraba en una situación inferior a la de su marido y en relación al nivel de vida mantenido durante la convivencia"* .

2º Es válido el pacto entre los cónyuges en cuya virtud la esposa se reservó el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, puesto que estaba ejerciendo su derecho a reclamar dicha pensión y más teniendo en cuenta que recibía alimentos de su marido. El derecho a reclamar la pensión es renunciable y de derecho dispositivo y no puede negarse que fue ejercido por la esposa cuando en el procedimiento de separación decidió reservarlo para reclamarlo en un procedimiento posterior.

3º La pérdida del derecho a los alimentos no es determinante para fijar la concurrencia o no de desequilibrio, por lo que el cálculo de la cantidad que se debía por pensión debe efectuarse de acuerdo con las condiciones existentes en el momento de la ruptura.

QUINTO. Procede declarar como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria.

SEXTO. La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de Dª Amalia determina la de su recurso, reponiendo la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Málaga, de 25 octubre 2004 .

No procede imponer las costas del recurso de casación a ninguno de los recurrentes, de acuerdo con lo dispuesto en el *Art. 398.1 LEC* , que se remite al *Art. 394 LEC* .

Respecto a las costas del recurso de apelación, esta Sala decide no imponerlas a ninguno de los recurrentes por tratarse de una cuestión debatida, que no presenta soluciones unánimes ni en la jurisprudencia o en la doctrina.

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

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Amalia contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 23 noviembre 2005 , dictada en el rollo de apelación nº 819/05.

2º Se anula y se deja sin efecto la sentencia recurrida.

3º En su lugar, se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Málaga de 25 octubre 2004 , dictada en los autos de divorcio incidental nº 731/04.

4º Declarar como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria.

5º No se imponen las costas originadas por el recurso de casación a ninguno de los recurrentes.

6º No se imponen las costas del recurso de apelación a ninguno de los recurrentes.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios .-Roman Garcia Varela .- Francisco Marin Castan .- Jose Antonio Seijas Quintana .- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion **Roca** Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.