

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 14 DE ABRIL DE 2011 (7588/2011)**

**Diferencias importantes entre las retribuciones
de los esposos no confieren automáticamente
derecho a percibir pensión compensatoria**

Comentario a cargo de
Ana Laura Cabezuelo Arenas
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2011**

ID CENDOJ: 28079110012011100757

PONENTE: *EXCMA. SRA. DOÑA ENCARNACION ROCA TRÍAS*

Asunto: En esta sentencia apreciamos cómo la compensación del art.97 CC no ha nacido para paliar diferencias patrimoniales existentes entre los cónyuges que no están cimentadas en el matrimonio y que, por ello, no se identifican con el verdadero desequilibrio. Que ambos cónyuges obtengan ganancias dispares no constituye, en todo caso, un daño compensable por esta vía. Puede estar conectado simplemente a una diferente aptitud originaria de cada uno de los consortes en las que no ha repercutido la unión. Si ésta no impidió a cada cual desarrollar su diverso potencial por separado y obtener unos ingresos que, aun desiguales, eran acordes a sus valías respectivas, no existe desequilibrio. Para comprobar dicho extremo habremos de aplicar el sistema subjetivo. La sentencia casada concedió automáticamente una pensión indefinida a la esposa basándose en que los ingresos del marido duplicaban los suyos, sin ponderar previamente, como era debido, si en ello incidieron los factores del art. 97 CC.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Introducción. 5.2 No toda desigualdad económica se identifica con el desequilibrio compensable ex art. 97 CC. La Audiencia aplicó el criterio objetivo. 5.3 La sentencia recurrida atenta contra la finalidad de la compensación del art. 97 CC. 5.4. ¿Cómo se estimó que era perpetuo un desequilibrio inexistente? **6. Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

En la STS 897/2010 se sustancian los efectos económicos derivados de un divorcio.

El Alto Tribunal se centra concretamente en uno de ellos: una pensión compensatoria indebidamente reconocida a la esposa del recurrente que finalmente deja sin efecto.

2. Soluciones dadas en primera instancia

Mediante Sentencia de 20 de marzo de 2006, el Juzgado de Primera Instancia número uno de Pola de Laviana declaró disuelto por divorcio el matrimonio formado por Don Constancio y Doña Nieves.

Estimando parcialmente la demanda de divorcio interpuesta por Don Constancio y parcialmente la reconvencción formulada por la representación de Doña Nieves, atribuyó a esta última la custodia del hijo menor del matrimonio, y *per relationem* el uso de la vivienda conyugal, e impuso a Don Constancio el deber de contribuir con el 20% de sus ingresos netos a los alimentos del referido hijo. Asimismo, reconoció el derecho de doña Nieves a percibir mensualmente y con carácter indefinido el 5% de los ingresos netos de Don Constancio en concepto de pensión compensatoria.

3. Soluciones dadas en segunda instancia

El recurso de apelación interpuesto por Don Constancio contra la Sentencia dictada en Primera Instancia fue desestimado por la Sentencia de 7 de julio de 2006 de la Audiencia Provincial de Oviedo, que confirmó íntegramente todos los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

4. Los motivos de casación alegados

Contra dicha sentencia, la representación de Don Constancio interpuso recurso de casación. Éste se basaba en el art. 477.1.3 LEC y contaba con dos motivos. El segundo pierde su objeto a causa de la mayoría de edad sobrevinida del hijo, pues se refería a la negativa del Tribunal a adoptar un régimen de guarda y custodia compartida.

El primero, único sobre el que se pronuncia finalmente el Tribunal Supremo, suscitaba dos cuestiones relacionadas con la pensión compensatoria: 1) Que con el reconocimiento de una pensión compensatoria a la esposa del recurrente se había infringido la Ley y la Jurisprudencia, pues el matrimonio no representó un obstáculo para el desarrollo profesional de la acreedora de la pensión. 2) Subsidiariamente, se solicitaba que, de entenderse adecuada la pensión, se acordara ésta con carácter temporal. Para el recurrente, la desaparición del desequilibrio coincidiría entonces, como alegó en su momento, con la extinción de la carga hipotecaria que gravaba una de las propiedades de la sociedad de gananciales, ya que la deuda era imputable a ambos al cincuenta por ciento.

El Tribunal Supremo estimará el recurso y dejará sin efecto la pensión. Entenderá finalmente que no existe desequilibrio compensable, al no haber impedido el matrimonio a la esposa trabajar de forma habitual, ni reportarle pérdida de oportunidades laborales.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

Nuestra sentencia hace aplicación de la doctrina contenida en la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 (RJ 2010, 417):

“La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC (LEG 1889, 27) 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. A la vista de ello, el juez debe

estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal". Además, la STS de 17 julio 2009 (RJ 2009, 6474) recogió la jurisprudencia anterior en el sentido de que la pensión compensatoria no constituye un mecanismo reequilibrador de los patrimonios de los cónyuges.».

5.1. Introducción

Me centraré exclusivamente en la improcedencia de reconocer una pensión compensatoria a quien en puridad ningún desequilibrio acusa en el instante de la ruptura. Estimo absurdo abundar en otros efectos de este divorcio que la propia sentencia estimó intrascendentes por circunstancias sobrevenidas. Me refiero concretamente a que, siendo el hijo menor de edad cuando el matrimonio se disuelve, y habiendo accedido a la mayoría de edad cuando el Alto Tribunal resuelve el recurso, no tiene sentido ahondar ahora sobre un régimen de guarda y custodia compartida solicitado por el recurrente que deviene absolutamente impracticable por motivos obvios.

Así pues, tenemos a una esposa a la que se le concede una pensión compensatoria con vocación indefinida simplemente porque se aprecia que sus emolumentos difieren sensiblemente respecto a los obtenidos por su marido tras la jubilación.

Demostraremos que: Se concedió derecho carente de sustrato fáctico, pues no existía daño alguno que resarcir ligado a la convivencia matrimonial; y que la decisión de la Audiencia entra en pugna con la verdadera naturaleza de la compensación según doctrina y Jurisprudencia.

5.2. *No toda desigualdad económica se identifica con el desequilibrio compensable ex art. 97 CC. La Audiencia aplicó el criterio objetivo*

Diré, ante todo, que comparto plenamente la visión del Alto Tribunal, coincidente con lo que ya expresé en otros estudios míos, y acorde con una Jurisprudencia que se ha consolidado, y que caminaba en esa dirección incluso antes de la reforma del art. 97 CC acogiendo la limitación temporal de la pensión. Estamos ante un caso paradigmático de desigualdad no compensable por la vía del art.97 CC. Tras la recepción por parte del TS del denominado sistema subjetivo de desequilibrio, sería inconcebible que el Alto Tribunal hubiera arribado a una conclusión distinta en la sentencia que comentamos.

La STS de 19 de enero de 2010, que acabamos de citar, se centró en la diferenciación entre los sistemas objetivo y subjetivo de desequilibrio, resumiendo las razones que avalaban la opción por este último.

Con la recepción del denominado sistema subjetivo, por la que apostamos en el pasado, y que se hace evidente en aquélla, se evita el riesgo de reconocer automáticamente una pensión a quien simplemente se aferra a que sus recursos económicos no guardan paridad con los de su consorte. Esto era lo que caracterizaba al denominado sistema objetivo de desequilibrio, del que indebidamente ha hecho uso la sentencia recurrida, provocando un resultado absolutamente irreconciliable con la naturaleza y el fundamento de la compensación del art. 97 CC. Quienes apostaban por el sistema objetivo, relegaban los factores del art. 97 CC a un segundo plano, entendiendo que tan sólo servían para cuantificar una pensión a la que sería acreedor todo el que experimentara una desigualdad económica patente en el instante de la ruptura.

Lo lógico era entender, sin embargo, que el cometido de las circunstancias que allí se reseñaban no se agotaba en esa función puramente cuantificadora. Antes al contrario: aquéllas previamente decidirían si existía el desequilibrio, porque actuarían como elementos desencadenantes de aquél. Ellas configuraban el desequilibrio. Con lo que a los criterios que aparecen enunciados en el art. 97 CC que, recordemos, no constituyen un listado cerrado, se otorgó algo más que una doble virtualidad. Dichos parámetros servirán para configurar en sí mismos el desequilibrio, determinarán posteriormente su variedad y, en función de aquello, indicarán si es procedente limitar en el tiempo la pensión. Lo que sólo deberá admitirse en el supuesto de que el desequilibrio finalmente resultante de uno o varios de esos factores sea inequívocamente coyuntural y no perpetuo. Por último, cuantificarían la pensión que, en su caso, debiera ser concedida.

Como ya expresé en su momento (Cabezuelo la limitación temporal... pág 50), y se hace ahora realidad, la opción por el sistema subjetivo garantiza al cónyuge que ostenta una posición económica más sólida en el instante de la ruptura, que nada habrá de abonar al otro, cuando su capacidad laboral permanezca intacta. Es decir, cuando conforme a sus méritos y conocimientos, obtenga la retribución adecuada.

En este planteamiento sería pionera, como expusimos en anteriores trabajos, la Audiencia de Madrid, cuya influencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo con el devenir de los años, se ha dejado sentir. Se hicieron famosas aquellas sentencias en las que se apostaba por el sistema subjetivo, recalcando que el matrimonio no ha nacido para igualar, a través de la pensión, a seres que, al unir sus vidas, ya eran radicalmente distintos. Puesto que los cónyuges originariamente pueden presentar diferencias abismales en los más diversos planos: social, económico, cultural, laboral, profesional.. La pensión del art. 97 CC no era, como se recogió hasta la saciedad en numerosas sentencias «un mecanismo igualador de economías dispares». Por ello, si en nada se resintió la capacidad de cada uno de los esposos de procurarse individualmente el sustento con arreglo a sus respectivas aptitudes, la pensión no debía funcionar

como un medio para fomentar que uno de ellos dependiera a perpetuidad del otro, simplemente porque sus medios fueran superiores. SSAAPP de Madrid 3 de octubre de 1995 (AC 1995,2101) y de 23 de febrero de 2001 (JUR 2001, 168278).

La diferencia salarial entre los cónyuges no siempre justifica el reconocimiento de una pensión. Lo hará, lógicamente, cuando a través de aquélla se ponga de manifiesto que uno de los esposos ha perdido oportunidades de ascender o progresar en su carrera por dedicarse a la familia, a los hijos comunes, a la actividad profesional del otro cónyuge que contribuyó a forjar durante algún tiempo sin obtener retribución alguna... Pero no tiene por qué hacerlo cuando responde simplemente a la diferente y originaria valía personal de los esposos.

Para gozar de este beneficio tendría que haberse acreditado un daño ligado al matrimonio, que aflora en la ruptura. Lo que impondría confrontar las posiciones de ambos cónyuges para medir el impacto que tendrá en sus respectivas economías el cese de la convivencia. Una vez realizada esta operación, el cónyuge más desfavorecido tendrá derecho a una pensión sólo si prueba que esa desigualdad se traduce en una pérdida de expectativas profesionales o económicas por la concurrencia de alguno de los factores enumerados en el art.97 CC o, más genéricamente, por su dedicación al matrimonio o la familia.

De ahí que la STS de 19 de enero de 2010 resaltara que, permaneciendo intacta la capacidad de trabajo de la recurrente, no existía base sobre la que se pudiera asentar el reconocimiento de pensión alguna. El divorcio no empeoró su situación laboral, ni el matrimonio le impidió trabajar cada vez que halló oportunidad de hacerlo.

Ha recordado entonces la SAP de Córdoba de 28 de julio de 2014 (JUR 2014, 258101) que *«la finalidad correctora de dicha pensión no puede identificarse con un derecho al mantenimiento de un poder adquisitivo o confundirse con una finalidad igualitaria y uniforme contraria al principio de diversidad personal y a la propia institución matrimonial. En definitiva, no se trata de hacer iguales las economías de ambos cónyuges, sino de colocar al perjudicado en posición de poder solucionar sus propios problemas económicos si por razón del matrimonio ha desatendido su vida laboral o profesional, haciendo posible que la persona beneficiaria de la pensión esté en condiciones de afrontar de forma autónoma la posición económica que le corresponde, según sus propias aptitudes y capacidades, para generar recursos económicos en cumplimiento de la obligación marcada en el artículo 35 de la Constitución»*. Por ello concedió una pensión, aunque limitada en el tiempo, atendiendo a que la dedicación pasada a los hijos disminuyó la capacidad laboral de la mujer. Para gozar de una compensación por aplicación del art. 97 CC no sería imprescindible demostrar relación directa entre ese sacrificio y el incremento de ganancias obtenido por el marido, como aquí se hace notar. Bastando tan sólo con justificar que

la demandante de la pensión ha visto frustradas unas fundadas expectativas de progresar en diversos ámbitos por anteponer los intereses familiares.

Así, en la STS de 17 de mayo de 2013 el Tribunal hará hincapié en que ni el esposo de la solicitante ha visto incrementado sus ingresos como consecuencia de sacrificio alguno de la demandante, ni la diferencia de ingresos entre ambos está originada por estas renunciaciones en pro del matrimonio.

Esta sentencia, recaída con posterioridad a la que comento, muestra numerosos paralelismos con nuestro caso. El Alto Tribunal deja sin efecto la pensión que se reconoció a una esposa sin reparar en los parámetros del art. 97 CC, y atendiendo tan sólo al dato de que los ingresos del marido eran muy superiores a los de su mujer.

En ella se condena abiertamente el sistema objetivo, negando que automáticamente cualquier diferencia patrimonial surgida entre los esposos en el instante de la ruptura aboque automáticamente a la concesión de la pensión a favor de quien perciba ingresos de más escasa entidad. Concepción que se estima, contraria a la dignidad consagrada en el art. 10 de nuestra Carta Magna. Confirmamos con ella que sólo la desigualdad que nace al conjugarse los elementos del art.97 CC genera el derecho a percibir la pensión. Porque éstos configuran el desequilibrio que fundamenta este resorte corrector.

En síntesis, el quid de la cuestión se encuentra en estudiar si la capacidad de desenvolvimiento de uno de los esposos se ha resentido como consecuencia de haber efectuado sacrificios por el matrimonio. Si se apreciara esta circunstancia en uno de ellos al tiempo de la ruptura, aunque ambos cónyuges gozaran de independencia económica, aquello le convertiría en acreedor de una pensión.

De este modo, si los estudios de uno de ellos no pudieron ser concluidos merced a lo anterior, y ello le ha convertido finalmente en mano de obra barata en un mercado sin escrúpulos, existiría daño compensable por esta vía.

También si el matrimonio hubiera supuesto para Doña Nieves una rémora que le impidiese desarrollar su potencial y obtener rendimientos acordes a una preparación más que sólida que no hubiera ya de ser perfeccionada, por haber culminado antes de casarse su periodo formativo. Por ejemplo, porque hubiera aceptado empleos a media jornada para simultanearlos con tareas domésticas, o peor retribuidos que los originariamente desempeñados antes de estar casada, para adaptarse a traslados impuestos por las ocupaciones laborales del marido, o para enfrentarse en solitario a la crianza de los hijos. Y ahora acusara el efecto de lo anterior en una baja cotización a lo largo de los años, al haber abandonado durante un tiempo significativo su puesto de trabajo. De esta manera, la STS de 16 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10435), aplicando el sistema subjetivo, compagina perfectamente la independencia económica de la esposa con la concesión de una pensión compensatoria. Toda vez que

aquella trabaja a tiempo parcial y obtiene un salario reducido porque simulta-
near sus ocupaciones laborales con la dedicación a la familia durante 22 años,
hizo mella en las condiciones a que podía aspirar, extinta la convivencia.

Pero es que aunque hubieran concurrido circunstancias como las antedi-
chas, que aquí no mediaron, lo más lógico es que, afectando a mujeres jóvenes
con experiencia laboral, los Tribunales hubieran adoptado esta medida con
carácter temporal. Estaríamos ante una pensión de reciclaje, ideada para faci-
litar en un plazo prudencial la remoción de los obstáculos encontrados por el
beneficiario en su desenvolvimiento autónomo.

En modo alguno demostró Doña Nieves, parte recurrida en nuestra sen-
tencia, que sus cualidades estuvieran infrautilizadas, o que percibiera por su
trabajo cantidades que no se correspondieran con las mismas como conse-
cuencia de haber relegado su profesión a un segundo plano para dedicarse
al matrimonio y la familia. Algo que, por haberse acreditado en otros contex-
tos, sí convirtió a muchas mujeres en acreedoras de la pensión del art. 97 CC.
En algún supuesto puntual incluso estábamos ante profesionales de alto nivel
que, con el devenir de los años, no alcanzaron en sus respectivas carreras la
proyección conseguida por sus esposos (arquitectas, médicos). Eran sus mari-
dos compañeros de carrera que triplicaban los ingresos obtenidos por aquellas
mujeres al haber sido relevados de ciertos menesteres que recayeron exclusi-
vamente sobre éstas mientras permanecieron juntos. Así ocurrió en la SAP de
Murcia de 11 de enero de 2000 (AC 2000, 153) donde ambos cónyuges eran
médicos, pero ella abandona su plaza de residente al casarse y, cuando quiere
reincorporarse tras permanecer inactiva durante cinco años, tiene que confor-
marse con el sector de la Medicina General, en lugar de moverse dentro de su
especialidad de analista y contar con una plaza estable como la de su marido,
cuyos ingresos triplican los suyos. También la SAP de Castellón de 14 de julio
de 1998 (AC 1998,1429) coadyuva al reciclaje de una arquitecta que, por cen-
trarse más en la familia que su marido, con el que compartía profesión, recibe
un número de encargos insignificante en comparación con los que se enco-
miendan a aquél, cuyo prestigio se ha logrado consolidar.

Todo esto sirve para demostrar, de paso, que no es ésta una pensión de
corte alimenticio, pues se reconoce, incluso a quienes gozan de holgura eco-
nómica. La opulencia es perfectamente compatible con la producción de un
daño compensable por esta vía, como se infiere de las sentencias que acabo
de mencionar, y de otras tantas del Tribunal Supremo, como la STS de 10 de
marzo de 2009 (RJ 2009, 1637). En ésta se resarcio el experimentado por una
mujer que dependió exclusivamente de su marido, y contribuyó al éxito pro-
fesional del mismo. Disuelta la sociedad de gananciales por acordar constante
matrimonio un cambio al régimen de separación de bienes, el marido se las
ingenia para que se le adjudiquen a aquella en su lote bienes improductivos,
mientras que al suyo se asignan bienes que le reportaron prontamente, con

una hábil gestión, unos ingresos anuales de 22 millones de pesetas. Cesada la convivencia, encontramos a una mujer que carece de formación y de experiencia laboral por haberse dedicado de pleno a su familia y haber colaborado a encumbrar a su cónyuge. Y que ahora es incapaz de barajar un patrimonio cuyo valor ascendía a 180 millones de las antiguas pesetas extrayendo un mínimo de rentabilidad, ni de incrementarlo con el fruto de su trabajo, lo que en cambio conseguía con creces su marido. La sentencia reconoció a la mujer 2100 euros mensuales.

5.3. *La sentencia recurrida atenta contra la finalidad de la compensación del art. 97 CC*

Doña Nieves tiene, en cambio, la errónea convicción de que la compensación del art. 97 CC será para ella una suerte de subsidio. Craso error. Parece que con ello la recurrente se quisiera garantizar, si se nos permite la expresión, un plan de pensiones, pero utilizando la vía del art. 97 CC que consagra otra de índole bien distinta, y ahorrándose la oportuna cotización.

Porque basta una simple lectura de la sentencia recaída en apelación para comprender que lo que subyace es el convencimiento de que se tienen que nivelar esos patrimonios, al haberse comprobado que Doña Nieves, en activo, gana la mitad que su marido de jubilado. De lo que no se remontará por más tiempo que transcurra, puesto que cuando ella deje de trabajar, lógicamente, percibirá cantidades aún más insignificantes.

Sin embargo, lo cierto es que por significativa que resulte la diferencia entre los emolumentos obtenidos por uno y otro cónyuge, si la disparidad no está enraizada en la incidencia de los factores del art. 97 CC, no constituye desequilibrio en sentido técnico, y se ha de denegar la pensión. Al no ser ésta, como ya se viene indicando, un mecanismo meramente equilibrador de economías o patrimonios dispares (SSTS de 10 febrero 2005 (RJ 2005, 1133), 5 noviembre 2008 (RJ 2009, 3) y 10 marzo 2009 (RJ 2009, 1637). Razón por la cual no está llamada a subsanar desigualdades que tienen su origen en elementos extraños al matrimonio, que pudieran anteceder incluso a aquél. Salvo, claro está, que se quiera desnaturalizar su función, y degradar, de paso, la propia institución matrimonial. Consiguiendo que por el mero hecho de haberse casado con alguien que perteneciera a un status socioeconómico superior, éste hubiera de sufragar de por vida los gastos del otro, por efímera o prolongada que fuera una unión que no dejó huella en su vida. Como sostuvimos tiempo atrás, el matrimonio se convertiría en una profesión para personas sin escrúpulos que lo concertarían con la idea preconcebida de esclavizar por esta vía a los que cayeran en sus redes.

La sentencia recurrida aplicó, pues, el denominado criterio objetivo, proscrito por nuestra Jurisprudencia, porque reconoció una pensión basándose simplemente en que los ingresos del marido excedían a los de su esposa.

El resultado de lo anterior no pudo ser más desafortunado: se fomentó el parasitismo, igualando indiscriminadamente dos patrimonios. Cuando lo correcto hubiera sido supeditar la concesión de este paliativo a la previa demostración de los extremos antedichos.

La compensación del art. 97 CC no está pensada, por tanto, para mantener un nivel de vida a costa de quien fuera nuestro cónyuge, sino para paliar un daño que la solicitante en nuestra sentencia no llegó a justificar.

La STS de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1637) nos instruye acerca de que «*«La regulación del Código Civil (LEG 1889, 27), introducida por la Ley 30/1.981, de 7 de julio (RCL 1981, 1700), regula la pensión compensatoria con características propias –“sui generis”–. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia –que atiende al concepto de necesidad–, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los arts. 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la “perpetuatio” de un “modus vivendi”, o a un derecho de nivelación de patrimonios».*

Esto se hace realidad en la sentencia que ahora comentamos, donde las retribuciones del recurrente gozan de más significación que las de su mujer. Pero ésta no acredita, como en otros precedentes que hemos citado, que su capacidad laboral se haya resentido en modo alguno a causa del matrimonio. Tenemos, por tanto, que una diferencia monetaria originada tan sólo por la dispar valía intelectual que ya presentaba uno de los cónyuges al ligarse al otro, o por su mayor grado de preparación, no genera automáticamente un derecho a ser compensado, como erróneamente interpretó la Audiencia sin entrar en el estudio de qué condiciones gestaron esa disparidad.

Obviamente, cuando aquéllas fueran las enumeradas en el art. 97 CC y aun otras ligadas al matrimonio –pues no es aquel un *numerus clausus*– tiene sentido que quien goza de una posición más sólida compense a quien queda en franca desventaja al separar sus caminos.

A nada de ello asistimos, en cambio, en esta sentencia que ahora comentamos. La solicitante de la pensión percibía unos emolumentos acordes a su preparación. De donde se colige que aunque queda en condiciones de clara inferioridad económica tras el divorcio, no experimentó daño, pues no demandaba readaptación alguna de la que pudiera esperarse una mejora en sus ingresos, ni estaba ligada esa desventaja a una falta de preparación o a una precariedad laboral que trajeran causa directa del matrimonio, como hallamos, en cambio, en la SAP Castellón de 6 de septiembre de 2007 (JUR 2007\340321).

Doña Nieves tocó techo en su oficio, que era ayudante minero en un pozo de HUNOSA, como reza en la sentencia casada, y que no daba para más. Y su ex marido, aun jubilado, cobraba más que ella permaneciendo en activo, por ser la suya una profesión mejor retribuida en su momento, que le impuso cotizar sobre una base superior. Hay desigualdad, desde luego, pero no existe desequilibrio.

Porque, como expresa la STS de 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 1900), por más que trabaje una enfermera, nunca logrará cobrar más que un cirujano como era en aquella ocasión su marido. Y es que a través de la pensión no se va a conferir a la reclamante una cualificación profesional que nunca ha poseído ni poseerá, cobrando lo que percibiría quienes están sobradamente más preparados que ella por haber escogido caminos que estaban completamente alejados de sus particulares opciones y valía. Se puntualizó entonces: «*No puede olvidarse que una cosa es que la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo profesional como enfermera, y otra, bien distinta, que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su exmarido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución).*».

Por esta razón, una simple diferencia salarial por sí sola resultaría absolutamente intrascendente a los efectos de sustentar el reconocimiento de una pensión, como ya han reconocido anteriormente los Tribunales, si no viene acompañada de una disminución de la capacidad laboral de la demandante (SAP de Asturias de 15 de octubre de 2010 (AC 2010,2280) y el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de junio de 2011 RJ 2011 (RJ 5666) aplicando la doctrina recogida en STS 17 de julio de 2009 (RC 1369/2004).

La concesión de una pensión fue, sencillamente, una decisión completamente arbitraria y arribaba a resultados injustos. No se entiende por qué el marido habría de hacer partícipe a su mujer tras el divorcio de su pensión de jubilación, entregándole un porcentaje de la misma, cuando ésta seguía desenvolviéndose perfectamente en el mercado laboral al igual que cuando estuvieron casados. Y sobre todo, porque no acreditó oportunamente que la unión interfiriese en su proyección profesional mermando sus ganancias. Sólo entonces existiría fundamento para la concesión de una pensión.

La sentencia recaída en apelación infringe claramente la doctrina del Tribunal Supremo: Inaplica el sistema subjetivo, que es el implantado por nuestra Jurisprudencia y acuña la tesis objetiva, condenada por aquélla. Porque no estudia si la disparidad tiene su origen en el matrimonio o en factores completamente ajenos al mismo y otorga la pensión, sin más.

Si, de ordinario, no pueden ser revisadas en casación las decisiones recaídas en Tribunales de apelación acerca de la procedencia de conceder la pensión, está claro que aquí estamos ante la excepción a la regla general. En consecuencia, tendremos que concluir que la sentencia apelada fijó la pensión basándose en unos criterios diametralmente opuestos a los admitidos por la Jurisprudencia, puesto que la decisión de reconocer aquélla no fue fruto de una libre ponderación de los criterios contenidos en el art. 97 CC, sino merced

a dotar de significación a una circunstancia totalmente irrelevante, abocándose a un resultado absurdo. Porque es completamente irracional que se conceda una pensión con carácter indefinido cuando, sencillamente, no existe desequilibrio alguno que haya de ser paliado.

5.4. *¿Cómo se estimó que era perpetuo un desequilibrio inexistente?*

Y si venimos insistiendo en que no existía fundamento para conceder la pensión, porque sencillamente no había desequilibrio alguno, tendría que resultar ociosa cualquier referencia a una temporalización, puesto que la inexistencia de aquél hubiera tenido que determinar la desestimación de la pretensión de la esposa, sin más. Cuanto más sorprendente resulta, no sólo que se estimara, sin existir sustrato fáctico que la avalara, sino que, además, la medida se articulara como lo hizo.

El reconocimiento de una pensión con carácter indefinido sólo debe quedar reservado a aquellos casos en los que, de manera irreversible, el demandante de la pensión se manifieste absolutamente incapaz de conseguir autonomía (STS de 9 de octubre de 2008, RJ 2008, 5685. y STS 17 de octubre de 2008, RJ 2008, 5704 y STS de 3 de julio de 2014). Lo que falta por definición cuando la perceptora viene ya haciendo gala de que se encuentra en posesión de aquélla.

Antes de que se operara la reforma del art. 97 CC en 2005 nuestras Audiencias realizaron aseveraciones que tendrían eco después en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Básicamente, incidieron aquéllas en que la escala de valores imperante en nuestra sociedad imponía desterrar la concepción de la pensión compensatoria como «*una suerte de seguro vitalicio que autorice a uno cualquiera de los contrayentes a vivir indefinidamente a expensas del otro*» –SAP de Guipúzcoa de 18 de noviembre de 1999 (AC 1999,2106)– en aras a garantizar que la compensación del art. 97 CC es un derecho relativo, condicional y circunstancial.

Esta concepción de la pensión es la más acorde con la dignidad de los cónyuges, difícilmente compatible con la perpetuación de un estado de dependencia sin que exista causa que lo legitime, como era el creado por la sentencia casada.

No estamos, pues, ante un derecho cuya concesión se anude simplemente a la existencia de diferencias económicas entre quienes están ligados por matrimonio. Sino en un paliativo ideado por el legislador para colocar al beneficiario en igualdad de oportunidades económicas y laborales a las que habría accedido de no mediar el vínculo matrimonial.

Aquí estábamos ante una mujer –Doña Nieves– que era perfectamente capaz de valerse por sí misma, como así lo venía demostrando antes de que los cónyuges separasen sus caminos. Ni siquiera había margen para introdu-

cir límites temporales, cuanto menos para ligar a perpetuidad al recurrente. Porque aquéllos topes se calculan atendiendo a que las posibilidades de desenvolvimiento que presenta el solicitante sean reales y estén fundadas (STS de 17 de octubre de 2008. RJ 2008, 5702) Y aquí no nos hallamos ante un futuro, sino ante hechos consumados: la acreedora tenía un empleo acorde con su formación y ya estaba en posesión de una fuente de ingresos autónoma. Nada había que fomentar articulando un sistema de plazos. Salvo que entendiéramos, claro está, que el matrimonio funciona a modo de profesión retribuida y con carácter vitalicio. Que es a lo que arriba aplicando el sistema objetivo.

Ni siquiera se ponderó debidamente la capacidad económica del marido

Aunque nuestra sentencia no profundiza sobre este punto, no desaprovecharé la ocasión para observar que tampoco podemos comparar, sin más, lo que ganan uno y otro para ver si sus respectivas posiciones están equilibradas. Los efectos económicos del divorcio servirán asimismo para determinar la capacidad económica de ambas partes. En esto las sentencias suelen ser reiterativas. Porque no se trata de medir aquélla atendiendo tan sólo a sus ingresos, nos dirá entre otras la STS de 17 de diciembre de 2012 (RJ 2013\377), sino también ponderando cuáles son las obligaciones que a cada cual corresponde asumir en relación a los hijos comunes, entre otras muchas.

Esto es, podemos estar ante patrimonios exentos de obligaciones tras el divorcio o sobre los que penden, contrariamente, algunas de enorme envergadura. Pues, de ordinario, las crisis matrimoniales repercuten negativamente en la economía de ambos cónyuges efectuadas las comparaciones con el nivel de vida que ambos mantuvieron mientras convivieron.

Aunque la capacidad laboral de Doña Nieves se hubiera resentido –que vemos que permaneció intacta– tendrían que haber sido sopesados debidamente los sacrificios que recaían tras la ruptura sobre cada uno de los cónyuges y que provocaban, como es natural, el correlativo empobrecimiento para ambos. Así se mide la magnitud del desequilibrio.

Es palmario que la capacidad real del marido no fue aquí valorada suficientemente. Y era ésta una operación necesaria para confrontarla posteriormente con la de su ex mujer, con vista a decidir si había desequilibrio.

La posición de Doña Nieves no podía ser más ventajosa, ni más precaria la del marido. La sentencia detalla extremos que permiten milimetrar el alcance económico de esta ruptura, con lo que haremos ciertas valoraciones sobre el particular.

La esposa obtuvo, en su calidad de guardadora del hijo común, el uso de la vivienda familiar. Y el mantenimiento de aquél se sufraga en mayor medida gracias al pago de la pensión alimenticia que abona el marido recurrente. La Audiencia ya tiene en cuenta que abona el 20% de sus ingresos

en concepto de alimentos del hijo, y que va a pagar en lo sucesivo las cuotas del crédito hipotecario concertado por ambos, pero no ve inconveniente alguno para gravarlo adicionalmente con esta otra obligación a favor de la esposa y *«reputa adecuado el porcentaje del 5% (de los ingresos del marido) fijado en la recurrida»*.

Por ello, no debe pasarnos desapercibido este detalle: la sentencia hizo recaer sobre el recurrente la carga de afrontar en exclusiva las amortizaciones del crédito hipotecario solicitado por ambos cónyuges para la adquisición de la vivienda habitual. Medida que sería inconcebible en nuestros días, toda vez que en la actualidad en un procedimiento matrimonial un Juez no puede dictar decisiones de este tenor, incidiendo en el ámbito contractual que rige las relaciones entre los otrora cónyuges y una entidad bancaria. De manera que una obligación asumida por aquéllos con carácter solidario no puede perder este carácter por semejante imposición judicial. Pero, sea como fuere, el Tribunal Supremo aun tardaría en erradicar estas alteraciones judiciales de préstamos concedidos para la adquisición de vivienda familiar. Tengamos presente que la sentencia recurrida recae en 2006 y que el Tribunal Supremo destierra esas prácticas en la STS de 28 de marzo de 2011, reiterando la doctrina contenida en la STS de 5 de noviembre de 2008, que rechazó la conceptualización de esas deudas como «cargas del matrimonio» a los efectos de lo dispuesto en los art. 90 y 91 CC, y las recondujo al art. 1362.2 CC. (Vid Cabezuelo, ¿ Son cargas matrimoniales los préstamos concertados...).

Con lo cual tendríamos que en la fecha en que se acordó venían siendo habituales en nuestras Audiencias. Pero y es aquí donde quería llegar, para ser rigurosos tendríamos que apuntar que las Salas que se acogían entonces a aquellas soluciones tenían sus razones. En algunos casos, actuaban impulsadas por el temor de que la precariedad en que quedaba sumido el progenitor guardador repercutiera sobre los menores. Poniendo a cargo de quien ostentaba una posición más sólida dicha obligación se garantizaba la morada de los hijos sometidos a potestad.

Cuando no era preciso preocuparse por tal extremo, era común que el cónyuge demandante de la pensión se plegara a reducir su montante para el caso de que el otro asumiera el compromiso de hacer frente en lo venidero a las amortizaciones del crédito hipotecario concertado por ambos. El fundamento de que algunos asumieran esta obligación radicaba, pues, en la rebaja conseguida en lo tocante a la compensación del art. 97 CC (Vid. SAP de Sevilla de 25 febrero de 2013. JUR 179/5000), o incluso en la la acotación temporal de esta medida.

En otras palabras: el marido en nuestra sentencia pagaría por los dos, por supuesto, sin perjuicio de los reintegros posteriores a los que hubiere lugar. Su esposa, evidentemente seguía siendo deudora solidaria frente a la entidad bancaria. Pero aquel compromiso formulado en el contexto que

hemos esbozado diría mucho a su favor. Asombrosamente, aquí, donde no existe desequilibrio alguno, y mucho menos del desmesurado alcance que le fue conferido por la Audiencia, no se dota de importancia a un dato como el antecedente que, en otros casos, hubiera inclinado la balanza a favor del marido. Le reportaría quedar exento del pago de la compensatoria, por disminuir con ello las distancias económicas que cimentaban el desequilibrio o, cuanto menos, verse liberado en breve plazo del pago de una pensión y que se introdujera la pertinente limitación temporal, como imploraba subsidiariamente en el recurso. Porque nos representamos a un marido que después de ver cómo el 20% de su sueldo se destina a su hijo, tiene que pagar enteramente lo que resta del crédito hipotecario y cubrir después sus propias necesidades habitativas, entre otras, realizando el pertinente gasto, al haber sido desposeído del domicilio familiar.

Insisto en que aun cuando la mujer hubiera experimentado una rémora en su desarrollo profesional, esto es, aun cuando hubiera existido desequilibrio, en un escenario como éste la asunción de tales compromisos por el marido produciría un acercamiento entre sus respectivas posiciones y justificaría la temporalidad. Pero es que aquí no se probó perjuicio alguno. ¿Cómo se explica entonces la decisión de la Audiencia, indemnizando una diferencia patrimonial del modo en que lo hizo, y postergando los factores del art. 97 CC a una función puramente cuantificadora?. ¿Cómo avaló la Audiencia un enriquecimiento de la esposa que no encajaba en el supuesto de hecho del art. 97 CC?

Terminaremos recordando con la SAP de Las Palmas de 20 de mayo de 1999 (AC1999, 5481) que con la pensión se quieren amortiguar los efectos drásticos que tiene la ruptura para uno de los esposos, pero no mejorar incluso la posición que se tendría mientras estuvo vigente el régimen económico matrimonial, sea cual fuere el que ambos acordaron. Pues incluso si hubieran convenido un régimen de separación de bienes, en defecto de pacto habrán de participar en el levantamiento de las cargas familiares de modo proporcional a sus respectivos recursos (art. 1438 CC). Aquí regía, como nos consta, una sociedad de gananciales. Y garantizar a la esposa, como en el caso que estudiamos, que se reservará para sí cuanto gane y que, además, indefinidamente tendrá derecho a un porcentaje en los ingresos del marido sin que exista causa que lo justifique provoca el resultado denunciado entonces por esta Sala. Asisténdose a la paradoja de que la disolución del vínculo le coloca en una posición mucho más ventajosa de la que disfrutaba constante matrimonio. Porque se le libera de cuantos inconvenientes lleva aparejada para ella la convivencia, al cesar los deberes inherentes a la gestión y se le reservan, en cambio, una serie de ventajas sin contrapartida alguna a favor del marido, que deviene único responsable a partir del dictado de esa sentencia de una serie de débitos contraídos por ambos.

6. Bibliografía

- CABEZUELO ARENAS, AL -«*La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y doctrinal*». Aranzadi Thomson. Cizur Menor. Navarra. 2002
- «¿Son cargas matrimoniales los préstamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda? El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concertadas con la entidad de crédito» en *Ejecución hipotecaria: Solución a tiempos de conflicto*. Coord. Por Antonio Salas Carceller. Thomson Reuters-Aranzadi 2012. ISBN 9788490141526, Págs. 263-272.
 - «La pensión por desequilibrio económico» en “Disposiciones comunes a nulidad, separación y divorcio”. *Tratado de Derecho de la Familia Volumen II*. 2011. Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas. Págs 519- 578.
 - «Comentario a la STS de 17 de julio de 2009» *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. Núm 82. Págs 593-611.
 - «Comentario a la STS de 10 de febrero de 2005». *Familia y Sucesiones. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. Dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO. Thomson Cívitas. Navarra Págs 257- 276.
 - Comentario a la STS de 10 de marzo de 2009. *Cuadernos Cívitas Jurisprudencia Civil*. Num. 81 septiembre- diciembre 2009. Págs.1397-1428
 - «La pensión compensatoria del art.97 CC. ¿Carácter indefinido o limitación en el tiempo?» *Aranzadi Civil*. Núm.4 Mayo 2002. 2307-2330.