



Roj: **STS 7718/1987 - ECLI:ES:TS:1987:7718**

Id Cendoj: **28079110011987100642**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/12/1987**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO FERNANDEZ-CID DE TEMES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 795.- Sentencia de 2 de diciembre de 1987

PONENTE: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández Cid de Temes.

PROCEDIMIENTO: Procedimiento de divorcio (Ley 30/1981, de 7 de julio).

MATERIA: Pensión compensatoria.

NORMAS APLICADAS: Artículo 97 del Código Civil .

DOCTRINA: La Ley no autoriza al Juez a que señale de oficio la pensión compensatoria y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro; empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio). Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio.

En la villa de Madrid, a dos de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Vistos por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el recurso de casación en interés de Ley contra la sentencia que con fecha 15 de marzo de 1986, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, como consecuencia de autos de juicio incidental procedentes del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de los de Valladolid, cuyo recurso fue interpuesto por el Ministerio Fiscal, y en su representación el Excmo. Sr. don Francisco Hernández Gil, y como recurrido, personado doña María Inés , representada por el Procurador don Manuel Gómez Montes, y asistido de la Letrada, que no compareció al acto de vista, doña Irene , siendo también recurrido don Salvador .

Antecedentes de hecho

Primero: Por la Procuradora doña María José de Diez Vega, en nombre y representación de doña María Inés , formuló ante el Juzgado número tres de Familia de los de Valladolid, demanda de separación, contra su cónyuge don Salvador , estableciendo los siguientes hechos: El marido de su representada está incurso en las causas de separación que a continuación detallan y que, en fundamentos jurídicos señalarán con sus preceptos legales aplicables. En efecto: El marido abandonó injustificadamente el hogar familiar sin explicación alguna, el pasado día 21 de septiembre del corriente año de 1984 y a partir de entonces se



ha desentendido totalmente de sus obligaciones afectivas y económicas hacia su esposa y hacia los hijos del matrimonio. El marido de su representada dijo que iba a trabajar, ese día 21 de septiembre pasado y no ha vuelto a casa. Pero, aparte de ello, el marido, desde hace ya muchos años ha mantenido respecto a su esposa una conducta injuriosa y vejatoria continuada, con malos tratos de palabra, morales y psíquicos, con contestaciones hirientes, desembocando todo ello en una vida en común, por así llamarla distante, sin intimidades de ningún tipo y sin comunicación (a veces estaba hasta seis meses sin dirigir la palabra a su esposa), lo que su representada ha soportado, únicamente por los hijos del matrimonio y en atención a los mismos. Alegó los fundamentos de Derecho que creyó oportuno y terminó con la súplica de que se dicte sentencia en su día acordando la separación del matrimonio formado por los cónyuges doña María Inés y don Salvador , con todo lo demás que en justicia proceda, incluida la imposición de costas al denunciado.

Segundo: Admitida la demanda y emplazado el Ministerio Fiscal, contestó a la demanda en los siguientes términos: Que ha sido notificada providencia citada en juicio incidental de separación, promovido por María Inés contra su esposo don Salvador en la que se da traslado a este Ministerio Fiscal para que comparezca y conteste la demanda, lo que hace mediante el presente escrito que basa en los siguientes hechos: Niegan en principio los correlativos de la demanda en tanto no tengan su debida confirmación mediante la prueba que al efecto se practique a instancia de la parte demandante, reservándose la fijación definitiva de su criterio tras dicho período de pruebas y en el trámite de la vista que proceda a la sentencia. Por todo ello este Ministerio solicitó el señalamiento de vista tras el examen de las pruebas practicadas por las partes dictándose por ahora sentencia desestimando la demanda con las reservas enunciadas, poniéndose de manifiesto el procedimiento a esa Fiscalía con una antelación, al menos de dos días a fin de formular las conclusiones definitivas en el proceso.

Tercero: Por la Procuradora doña María Teresa Alba Alonso, en nombre de don Salvador , contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, en los siguientes hechos: El que la hija mayor del matrimonio, M.a Trinidad, trabaje, no presupone su independencia económica, como lo acredita el hecho de seguir viviendo en el domicilio familiar, a todos los efectos legales y como integrante de la unidad familiar, y así se ha puesto de manifiesto en las pruebas practicadas en Expediente de Adopción de Medidas Provisionales. Igualmente rechazan que sea la madre quien mantiene y cuida al menor de los hijos del matrimonio, Salvador de 13 años, por dos razones: 1.º Su representado siempre aportó al acervo familiar la totalidad de sus ingresos, hasta el momento de «salir» de la vivienda o domicilio conyugal. Es a partir de la salida, cuando deja de efectuar dicha aportación, y ello por una razón: No ha retirado o cobrado sus emolumentos desde el mes de septiembre de los corrientes; no porque la empresa se los niegue, sino por no encontrarse en condiciones para hacerlo. 2.º Debido al horario laboral de la esposa (de 2 a 8,30 horas de la tarde), la relación entre madre e hijo, ha sido escasa, más bien mínima. Siendo el esposo, quien se ha encargado siempre del cuidado y educación del hijo; acudiendo a la salida del colegio, ayudándole en las tareas escolares, etc. Fruto de esta relación continua, es la predilección que el hijo siente por el padre y viceversa. El esposo jamás vejó o injurió a la esposa, ni la hizo objeto de malos tratos de palabra, morales y psíquicos, si no más bien todo lo contrario. Es el esposo quien estoicamente ha sufrido continuas vejaciones e insultos por parte de la esposa, todo ello motivado por el cambio en el carácter experimentado por la esposa, a raíz de las dos operaciones de tiroides padecidas por la misma. Si reprochable es la actitud de la esposa, antes de la salida del esposo de la vivienda familiar, aún lo es más, si eso es posible, después de la referida salida y consiguiente detención e internamiento. Estando el esposo en paradero desconocido (aún no se había producido la detención) la esposa comunicó los hechos a los padres y hermanos del esposo, mediante una llamada telefónica efectuada desde el Hospital Militar de esta ciudad. No desaprovechando la ocasión para insultar gravemente al esposo en presencia de una hermana del mismo y de la Superiora de la Comunidad Religiosa. Ha impedido toda comunicación del esposo con sus hijos, no entregándoles dos cartas a ellos dirigidas, como reconoció a la Asistente Social del primer pabellón del Hospital Psiquiátrico. Lo que motivó, que el esposo dirigiera a sus hijos una carta, y para evitar cualquier «retención», la remitió al Centro Cultural Vallisoletano (centro en el que estudia el hijo) con el ruego de que la hicieran llegar al mismo como en efecto hicieron. En todo el tiempo que el esposo lleva internado en el Hospital Psiquiátrico, nunca ha visitado al esposo ni se ha interesado por su salud. Desconociendo su estado actual, o si está o no internado en dicho centro. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó aplicables y suplicó se dicte sentencia desestimando la demanda interpuesta contra él, al no concurrir las causas de separación que al mismo se imputan.

Cuarto: Que recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas; y unidas a los autos las pruebas practicadas el Juez de Primera Instancia número tres de Valladolid, dictó sentencia con fecha 6 de marzo de 1985 , estimando la demanda inicial y reconvenional, y cuyo fallo es como sigue: Estimando las demandas inicial y reconvenional, debo declarar y declaro la separación del matrimonio formado por doña María Inés y don Salvador , con todas las consecuencias legales. Declaro extinguida y en liquidación a la sociedad de gananciales. Elevo a definitivas



las medidas provisionales, debiendo entenderse que la parte dispositiva del Auto correspondiente pasa a integrarse en esta sentencia y a formar parte de este fallo. En concepto de pensión compensatoria de la separación el marido abonará a la mujer la cantidad de cinco mil pesetas mensuales (5.000); esta cantidad será actualizada por períodos anuales del mismo modo que se actualice la pensión alimenticia del hijo del matrimonio. No hago una expresa condena en las costas del juicio referida a esa primera instancia, a ninguna de las partes.

Quinto: Apelada la anterior resolución por la representación de la parte demandada don Salvador y sustanciada la alzada con arreglo a Derecho la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 15 de marzo de 1986 confirmando la sentencia del Juzgado y cuyo fallo es como sigue: Confirmamos la sentencia dictada por el limo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia número tres de esa ciudad, el 6 de marzo de 1985, sin hacer especial imposición de las costas de esta instancia.

Sexto: Por el Ministerio Fiscal se ha interpuesto recurso de casación en interés de Ley interpuesto por él, contra sentencia dictada en autos seguidos por doña María Inés, al amparo de los siguientes motivos: Único: Al amparo del artículo 1.692, ordinal 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción, por aplicación indebida, del artículo 97 del Código Civil, según la redacción dada por la Ley de 7 de julio de 1981 en relación con el artículo 6.2 del mismo Cuerpo legal.

Séptimo: Admitido el recurso por la Sala, e instruidas las parte personada, se señaló día para la vista que ha tenido lugar el 26 de noviembre actual.

Fundamentos de Derecho

Primero: Por el Ministerio Fiscal, cual le autoriza la Ley 30/1981, de 7 de julio, en su disposición adicional quinta, letra j), se plantea recurso de casación en interés de la Ley, fundándolo en el artículo 1.692-5.º de la Ley Procesal; y denuncia infracción, por aplicación indebida del art. 97 del Código Civil, según la redacción que le dio la Ley inicialmente citada, relacionándolo con el art. 6.2 del propio Código sustantivo, concretándose su pretensión, en definitiva, en que se establezca la doctrina de que la llamada pensión compensatoria, regulada en el art. 97 antes citado, no puede acordarse por el Juez de oficio y si, sólo, en el caso de que el cónyuge que la pida pruebe que la separación o divorcio le ha producido un desequilibrio económico, en relación a la posición del otro, que implique empeoramiento de su situación durante el matrimonio. Le sirven de antecedentes fácticos los siguientes: Doña María Inés, al tiempo que promovía demanda de separación contra su esposo don Salvador, solicitó entre otras, la adopción, como medida provisional (art. 103 del C. Civil), que aportase, como esposo y padre, para el levantamiento de las cargas familiares, la cantidad de 40.000 pesetas mensuales; opuesto el esposo, formuló reconvencción, alegó la causa de separación 1.ª del art. 82 y solicitó la confirmación como definitivas, de las medidas provisionales adoptadas por auto de 5 de diciembre de 1984, entre las que se encontraba la de que «para el levantamiento de las cargas familiares y alimentos del hijo, el marido facilitará a la mujer la cantidad de 15.000 pesetas, por mensualidades adelantadas», no obstante, el propio Juzgado, en su sentencia de 6 de marzo de 1985, a más de estimar la demanda y reconvencción, declarar la separación y extinción de la sociedad de gananciales, elevando a definitivas las medidas que con carácter provisional tenía adoptadas, dispuso que el marido, en concepto de pensión compensatoria, abonara a la mujer 5.000 pesetas mensuales, con la correspondiente actualización, al igual que la pensión alimenticia para el hijo; resolviendo la apelación formulada por el esposo, la Audiencia Territorial de Valladolid, en su sentencia de 15 de marzo de 1986, confirmó la del Juzgado y argumenta, en el fundamento jurídico tercero, sobre la contribución del esposo a las cargas familiares, que puede comprenderse dentro de las mismas la pensión a favor de la esposa sin incurrir en incongruencia, al tener tal concepto las derivadas de la existencia de una común familia y anterior convivencia conyugal, que no por cesar hace desaparecer la necesidad de atender a la subsistencia de la esposa y de los hijos comunes; el Ministerio Fiscal preparó en tiempo y forma el recurso.

Segundo: Su acogimiento es obligado por las siguientes razones: A) Desde un punto de vista puramente procesal, puede afirmarse que el proceso civil tiene como finalidad la actuación del ordenamiento jurídico privado; impera el principio dispositivo, en el que ha de integrarse el de rogación, y la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, su iniciación, no se produce de oficio, sino que aparece entregada al titular del derecho sustantivo, que puede ejercitarlo o no en juicio, siendo libre incluso para renunciarlo o desistir de la acción entablada, delimitando su libérrima voluntad el estricto contenido del proceso, que ha de versar sobre lo por él querido, con los límites por él señalados, de tal manera que la sentencia que ponga fin al procedimiento ni puede dar más, ni cosa distinta a aquella pedida en la demanda, en congruencia también con las pretensiones del demandado, a nada de lo cual se opone que en el proceso matrimonial convivan con este elemento dispositivo otros de «ius cogens» derivados de la especial naturaleza del derecho de familia, ni que la congruencia se produzca sin conformidad rígida y literal con los pedimentos expresados en los suplicos de



los escritos de las partes, porque cuando no existe petición expresa de un derecho facultativo o dispositivo y éste tampoco se desprende de la «causa petendi», el órgano jurisdiccional ha de sujetarse a lo solicitado, lo que ocurre en el aspecto puramente económico afectante a los cónyuges y no a los descendientes menores de edad. B) Ni en las medidas provisionales anteriores a la demanda de separación o divorcio (art. 104 del C. Civil), ni en las coetáneas al procedimiento, cuando no existe convenio regulador entre las partes (arts. 102 y 103), ni en las medidas definitivas a adoptar por el Juez, a que se refiere el art. 91, figura la pensión compensatoria; si, pues, la ley no autoriza al Juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro; empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio), es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales, como derecho concurrente (artículo 142 y siguientes). C) Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio. D) Y que esto es así en la normativa vigente se desprende de la proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso (Boletín de las Cortes Generales, de 20 de septiembre de 1985), sobre modificación de determinados arts. del Código Civil, en relación con la Ley 30/1981, entre ellos el art. 91, para que el Juez, en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en período de ejecución de las mismas, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del convenio, determine las mismas medidas que contempla actualmente el precepto más «la pensión del art. 97». Si aún no se ha aprobado la modificación pretendida, es claro que ni rige, ni puede el Juez, en el estado actual de la ley, adoptar de oficio tal medida.

Tercero: Por cuanto se lleva expuesto y habida cuenta del alcance con que se entabló el recurso por el Ministerio Fiscal, ha de accederse al mismo, con la única eficacia de formar jurisprudencia sobre la cuestión alegada, discutida y resuelta en el pleito, dejando intacta la situación jurídica particular creada por la sentencia que dictó la Audiencia Territorial de Valladolid en 15 de marzo de 1986 .

Cuarto: No ha lugar a hacer pronunciamiento sobre costas. Por lo expuesto en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS:

Que estimando el recurso de casación planteado por el Ministerio Fiscal en interés de la Ley y a los únicos efectos de crear jurisprudencia, dejando intacta la situación jurídica particular creada por la sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid, dictada en 15 de marzo de 1986 , debemos declarar y declaramos que la llamada pensión compensatoria, regulada en el art. 97 del Código Civil , no puede acordarse por el Juez de oficio y si, sólo, en el caso de que el cónyuge que la pida pruebe que la separación o divorcio le ha producido un desequilibrio económico, en relación con la posición del otro, que implique empeoramiento de su situación durante el matrimonio. No ha lugar a hacer pronunciamiento sobre costas. Y líbrese al Presidente de la Audiencia Territorial de Valladolid la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de Sala que remitió.

ASI, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jaime Santos Briz. Mariano Martín Granizo Fernández.- Antonio Carretero Pérez. - Eduardo Fernández Cid de Temes.- Manuel González Alegre y Bernardo.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. don Eduardo Fernández Cid de Temes, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando Audiencia pública la misma en el día de la fecha de que como Secretario, certifico.