

## LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN RELACIÓN CON LA COMPENSACIÓN DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL EN ESPAÑA. UNA VISIÓN PRÁCTICA

MARÍA JOSÉ SÁNCHEZ MARTÍ

Abogada, Valencia, España

Doctorando en Derecho Civil Privado por la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica de Valencia.

[mjsanchezmarti@gmail.com](mailto:mjsanchezmarti@gmail.com)

*RESUMEN:* En el presente artículo se propone realizar una comparación amplia de la pensión compensatoria y la compensación del artículo 1.438Cc derivadas de la extinción del matrimonio y/o el régimen económico matrimonial de separación de bienes y su interrelación con otro tipo de prestaciones que pudiera percibir la persona acreedora de las mismas, en revisión de las últimas novedades legislativas y jurisprudenciales al respecto.

*PALABRAS CLAVE:* divorcio, pensión compensatoria, compensación, separación de bienes, prestaciones.

*KEY WORDS:* *divorce, compensatory pension, compensation, separation of goods, benefits.*

*ABSTRACT:* *This article proposes a broad comparison of the compensatory pension and the compensation of article 1.438Cc derived from the extinction of the marriage and / or the matrimonial economic regime of separation of goods and their interrelation with other type of benefits that the creditor of the same, in review of the latest legislative and jurisprudential sentences.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.- II. LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL.- III. LA COMPENSACIÓN DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL.- IV. PRESUPUESTOS DE COMPATIBILIDAD ENTRE EL ARTÍCULO 97 Y 1438 DEL CÓDIGO CIVIL.- V. LA PENSIÓN DE VIUEDEDAD DESPUÉS DEL DIVORCIO.

## I. INTRODUCCIÓN.

En primer lugar, considero importante incluir en el presente artículo una definición del derecho de familia que por su brevedad y concisión es muy clarificadora de las relaciones jurídico-económicas que se van a tratar en el presente artículo.

Se define el derecho de familia como “aquel sector del Derecho Civil que regula las relaciones entre los cónyuges y parientes”, según expresa DE VERDA Y BEAMONTE. (*Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2016).

Resulta tal y como hemos comentado simple y muy clarificadora la definición al respecto del tema tratado. Y eso es así puesto que tanto el artículo 97 del Código civil como el artículo 1.438 del precitado texto legal hablan de “compensar”, normalmente en situaciones producidas o derivadas de una crisis matrimonial que finaliza en divorcio, pese a que no son lo mismo.

El artículo 143 del Código civil además expresa que “están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda su extensión los cónyuges, ascendientes y descendientes”, estando íntimamente relacionado con el artículo 97 del mismo cuerpo legal.

Existe innumerable y profusa literatura jurídica, ya sea doctrinal o jurisprudencial, sobre el artículo que contempla la pensión compensatoria, siendo bastante más desconocida la compensación económica derivada del artículo 1.438 del Código Civil pese a que los titulares ya sean activos o pasivos de las mismas (acreedor o deudor) son los cónyuges o ex cónyuges en dicho momento.

## II. LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo 97.1 del Código Civil expresa: “el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique una situación de empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en convenio regulador o divorcio”.

La situación objetiva para acordarse dicha pensión es que se produzca un “desequilibrio económico”, según el profesor DE VERDA en la obra citada anteriormente, desequilibrio que ha de estar referenciado a la situación anterior al matrimonio por parte de quien resulte acreedor, con una serie de presupuestos, los cuales servirán para que ambos cónyuges de mutuo acuerdo o el juzgador determinen el derecho a dicha pensión compensatoria y en caso afirmativo, su cuantía y duración.

La pensión compensatoria, a diferencia de la pensión de alimentos para los hijos no es determinada de oficio, por lo que la parte interesada debe solicitarla expresamente al Juzgador del divorcio, existiendo dos momentos procesales en los cuales se puede solicitar.

El primer momento procesal es dentro de la demanda de divorcio, ya que no cabe en la solicitud de medidas provisionales, donde el cónyuge que considera que sufre mayor desequilibrio económico derivado del divorcio puede solicitarla si lo considera oportuno. Es justicia rogada, por lo que el juzgador no la acordará si no se solicita.

El segundo momento procesal en que puede solicitarse es en el caso de que el interesado sea el demandado, junto con la contestación a la demanda de divorcio y solamente en ese momento, estando descartada para procedimientos posteriores como modificaciones de medidas.

Dicha pensión no tiene carácter alimenticio, por lo que resultará compatible con la percepción de un salario y no será necesario acreditar el sufrimiento de un estado de necesidad.

En cuestiones prácticas será necesario en caso de que el procedimiento sea un divorcio contencioso probar que efectivamente se ha producido o se va a producir un evidente desequilibrio económico entre los cónyuges, no teniendo carácter de reequilibrador total e igualador entre los patrimonios o ingresos de ambos.

En un primer momento dicha pensión compensatoria se creó en los años ochenta principalmente para aquellas mujeres que debido a la realidad social en la que se habían educado y contraído matrimonio se veían totalmente desprotegidas al no contar con educación (en ocasiones solamente tenían estudios muy básicos), dedicarse a la familia exclusivamente y verse que con cierta edad (y a veces junto con una precaria salud) su esposo les solicitaba el divorcio. Debemos tener en cuenta que dichas mujeres no habían cotizado a la seguridad social, por lo que tampoco tenían derecho a ningún tipo de

prestación por el simple hecho de producirse la ruptura matrimonial, y además en aquella época tampoco se les concedía posteriormente ninguna pensión de viudedad en caso de fallecimiento del exesposo ya que para ser beneficiarias de una pensión de dichas características se exigía que fueran cónyuges.

Los parámetros que se contemplaban a efectos del otorgamiento y la cuantía de la pensión compensatoria se encuentran recogidos en el párrafo 2 del propio artículo 97 del Código civil.

“A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.<sup>a</sup> Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.<sup>a</sup> La edad y el estado de salud.
- 3.<sup>a</sup> La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.<sup>a</sup> La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.<sup>a</sup> La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.<sup>a</sup> La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.<sup>a</sup> La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.<sup>a</sup> El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.<sup>a</sup> Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

La sociedad ha ido evolucionando desde el primer momento relatado, y en los momentos actuales en los cuales el acceso al mundo laboral de las mujeres es un hecho habitual, cada vez se acuerdan menos pensiones compensatorias y si se acuerdan éstas son de escasa cuantía y/o duración. Además, se ha dado también (aunque en menor escala) la concesión de pensiones compensatorias a maridos cuyas esposas han logrado mayor capacidad económica o mejor cualificación profesional.

Otro de los aspectos reseñables es la duración del matrimonio, ya que actualmente los matrimonios tienen menor duración que en el momento de creación de dicha pensión compensatoria.

### III. LA COMPENSACIÓN DEL ARTÍCULO 1.438 DEL CÓDIGO CIVIL

La aplicación del artículo 1.438 del Código civil se producirá en el momento en que se extinga el régimen de separación de bienes entre los cónyuges, coincidiendo habitualmente en el momento del divorcio de ambos.

Según dicho artículo: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.”

Hasta hace escaso tiempo, se exigía que el cónyuge que percibía la compensación se hubiera dedicado exclusivamente al trabajo de la casa, siendo denegada la compensación sistemáticamente para el caso de que hubiera trabajado fuera de la misma. Posteriormente hemos ido viendo a través de la jurisprudencia una evolución por la cual se matizaba que el trabajo fuera del hogar no tenía que ser realizado por cuenta ajena. Sin embargo, a partir de la Sentencia del Pleno de 26 de abril de 2017 del Tribunal Supremo se ha reconsiderado dicha postura, permitiéndose la concesión de la precitada compensación en los supuestos en que se compaginaban los trabajos para la casa con colaboración en actividades profesionales o negocios familiares.

El trabajo para la casa se entiende como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares en concordancia con los artículos 1.318 y 1.362 del Cc.

Dicha reconsideración ha venido provocada por la adaptación a la realidad social actual propugnada a tenor del artículo 3.1 del Código Civil, siendo bastante habitual las (mayoritariamente) esposas que se dedican a la casa en el sentido más amplio posible con unas cargas domésticas notables y con un trabajo en el negocio familiar.

El artículo 3.1 del Código recoge entre sus pronunciamientos que las normas se interpretarán según (...) la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y ello ha dado lugar a la reconsideración de la definición del “trabajo para la casa” que se recoge en el artículo 1.438 del Código civil, que como hemos visto ha ido ampliándose a lo largo del tiempo desde la prohibición de realizar trabajo alguno a la posibilidad de compatibilizar la dedicación a las cargas familiares con un trabajo.

#### IV. PRESUPUESTOS DE COMPATIBILIDAD ENTRE EL ARTÍCULO 97 Y 1.438 DEL CÓDIGO CIVIL

En primer lugar, debemos de manifestar que pese al parecido en su nomenclatura la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil y la compensación del artículo 1.438 del Cc tienen naturalezas jurídicas distintas, y en unos casos podrán concederse simultáneamente ambas y en otros serán incompatibles o una de ellas no procederá su aplicación y otorgamiento.

Tal y como hemos comentado, mediante la pensión compensatoria del artículo 97 del código civil en el procedimiento de separación o divorcio se cuantifica el desequilibrio económico que a uno de los dos cónyuges le produce dicha situación de crisis matrimonial, valorándose una serie de criterios como la edad, duración del matrimonio, estado de salud, oportunidades laborales, y dedicación pasada y futura a la familia por el cónyuge perceptor de la misma.

Sin embargo, la compensación del artículo 1.438 del Cc solamente se acordará cuando los cónyuges estuvieran sometidos a un régimen económico matrimonial de separación de bienes, y como espacio temporal solamente se valorará la dedicación a las cargas familiares en el pasado y hasta que se produce la extinción de dicho régimen económico matrimonial, no en el futuro.

Es por ello que solamente en el caso en que los cónyuges estuvieran casados en régimen de separación de bienes en el momento de la disolución de dicho régimen económico se podrá conceder ambas si concurren los requisitos ya comentados para ello.

En ese caso, para la cuantificación de la pensión compensatoria del artículo 97 Cc se observará por parte del juzgador la cuantía que se acuerde para la compensación del artículo 1.438 CC, ponderándola en el caso de que fuera de importancia determinada.

#### V. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DESPUÉS DEL DIVORCIO.

Con la entrada en vigor de la Ley 40/2007 de la Seguridad Social el día 1 de enero de 2008 se produjo un cambio en el régimen jurídico de protección por viudedad, en aras a la adaptación a la realidad social que comentábamos anteriormente, con las parejas de hecho y las víctimas de violencia de género, que ha ido derivando en las últimas sentencias jurisprudenciales.

Para finalizar el presente artículo quisiera comentar la Sentencia del Tribunal Supremo 1015/2017 de 19 de diciembre, Sala 4ª, puesto que es la última en la cual se contiene la interpretación que debe hacerse por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social respecto a la situación cada vez más cotidiana en la cual se solicitan por parte de mujer y exmujer el reconocimiento de la pensión de viudedad del marido/exmarido.

La cuestión que se plantea es si la exmujer tiene derecho a percibir pensión de viudedad si posteriormente ha vuelto a contraer matrimonio el exmarido, y en dicho caso, qué requisitos y cómo se distribuye el importe de dicha pensión.

Dicha cuestión ha sido controvertida durante muchos años, y después de variada legislación adaptándose a la realidad social, en octubre del año pasado ya el Tribunal Supremo confirmó que sólo se repartirá proporcionalmente al tiempo vivido con el causante (marido/exmarido fallecido) cuando existan varias beneficiarias. Para tener derecho a dicha prestación en el divorcio se debe haber concedido pensión compensatoria vitalicia a la exmujer.

¿Cómo se calcula entonces el porcentaje que recibe cada una de las "viudas"? En primer lugar, debemos decir que a la esposa a tiempo de fallecimiento se le otorgará un mínimo del 40% del importe de la pensión, y el resto se distribuirá entre las varias beneficiarias según el importe de la pensión compensatoria y el tiempo transcurrido, siguiendo el principio de coherencia y proporcionalidad.

Por último, comentar que, si bien solamente se ha hablado de las viudas porque la sentencia habla de mujeres beneficiarias del derecho a pensión de viudedad, entiendo que en el caso de que fueran hombres los beneficiarios se calcularía de igual manera, así como si en vez de dos mujeres hubieran sido más las que hubieran estado casadas con el causante.