

LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR CONVIVENCIA
MORE UXORIO: ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE*

*THE EXTINCTION OF THE COMPENSATORY PENSION FOR COEXISTENCE
MORE UXORIO: STUDY OF RECENT JURISPRUDENCE*

ALMUDENA CARRIÓN VIDAL

Abogada

madelal@alumni.uv.es

RESUMEN: La pensión compensatoria tiene como claro fundamento la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges, pero este no es incondicional, sino que por el contrario se sujeta a una serie de límites, planteándose problemas en el supuesto de convivencia *more uxorio*, en los casos en los que se demuestra que el acreedor/a de la pensión convive con otro/a persona (artículo 101 del Código Civil). Entre los supuestos problemáticos nos referiremos a dos de ellos, a mi parecer los más importantes, que se entiende por convivencia *more uxorio* y en qué momento puede considerarse extinguida la pensión, examinando para ello las más recientes sentencias en la materia.

PALABRAS CLAVE: pensión compensatoria; desequilibrio económico; convivencia *more uxorio*.

ABSTRACT: The compensatory pension is clearly based on the existence of an economic imbalance between the spouses, but this is not unconditional, on the contrary, it is subject to a series of limits, raising problems in the case of *more uxorio* coexistence, in the cases in which it is shown that the creditor of the pension lives with another person (article 101 of the Civil Code). Among the problematic assumptions we will refer to two of them, in my opinion the most important, which is understood by *more common* coexistence and at what moment the pension can be considered extinguished, examining for it the most recent sentences on the matter.

KEYWORDS: compensatory pension; economic imbalance; *more uxorio* coexistence.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO COMO FUNDAMENTO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.- III. LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR CONVIVENCIA *MORE UXORIO*- 1. Causa de

* Comunicación del IX Congreso Internacional: “Nuevas Tendencias Jurisprudenciales en el Derecho de Familia”.

extinción- 2. Significado de la expresión *convivencia more uxorio*. - 3. Dificultades de prueba. - 4. Momento de la extinción. - 5. Críticas a esta solución.

I. INTRODUCCIÓN.

La pensión compensatoria es un concepto que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, adaptándose a las nuevas necesidades sociales y ello porque, aunque siempre han existido rupturas matrimoniales, las de hoy en día poco tienen que ver con las que se producían en tiempos anteriores, dado que como es sabido la duración de los matrimonios actuales es mucho menor que las de antaño.

Esta evolución en el tiempo ha sido más sociológica que jurídica tomando en cuenta el contexto social de cada momento histórico.

Así, en 1981 la idea que guiaba a la pensión compensatoria era la de compensar al cónyuge que tras el divorcio o separación quedaba en peor situación económica, idea que encontraba claramente fundamento en los años de duración del matrimonio y en la contribución casi exclusiva de la mujer a la familia y al hogar, si bien esta opinión fue criticada por numerosos sectores de la doctrina que consideraban que carecía de sentido pensar que tras una separación y más aún después de un divorcio había que estar a ese deber de solidaridad entre cónyuges¹.

Posteriormente y dados los cambios sociales que fueron produciéndose como la incorporación de la mujer al trabajo, la descendencia de la natalidad y la menor duración de los matrimonios se introduce por Ley 15/2005 la posibilidad de una pensión compensatoria de carácter temporal² (artículo 97 del C.C), evitando así, que el cónyuge favorecido desistiera de buscar trabajo, acogiéndose a esa situación de comodidad.

En todo caso, respecto a la cuantía de la pensión una vez se determine por los tribunales que procede, sea temporal o definitiva, se deja en primer lugar a las propias partes, es decir se da preferencia a los acuerdos que estas puedan adoptar en la materia y sólo en defecto de ello se fijará por el juez atendiendo a los criterios del apartado

¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, I.: *La Pensión Compensatoria de la Separación Legal y el Divorcio*, Madrid, 2001, pp.79 y ss.: “Me resisto a pensar que la pensión compensatoria posterior al divorcio, que es la misma y de igual naturaleza, por tanto, que la que tiene su base en la separación, pueda estar justificada por la existencia de una solidaridad postconyugal, ni que el matrimonio pueda mantener una serie de efectos después de su disolución”.

² SAP Guipúzcoa, 16 mayo 2000, (núm. 694/2000): “La pensión compensatoria no puede suponer el establecimiento a favor del cónyuge acreedor de un derecho permanente a mantener la misma posición económica que se tuvo durante el matrimonio a costa del otro. Extinguido el contrato matrimonial ambos cónyuges dependen de sus propios actos y el pretender obtener unos ingresos al margen de su propio esfuerzo personal no resulta conforme con la naturaleza del contrato, ni con la libertad, dignidad y capacidad de cada persona”.

segundo del artículo 97, con lo que se intenta evitar la intervención de un tercero ajeno totalmente a la relación matrimonial en la decisión de una cuestión anexa a la misma.

Tanto a la pensión compensatoria de carácter indefinido como a la temporal le afectan las causas de extinción del artículo 101 del C.C entre las que se encuentra la de la convivencia marital, cuestión que va a constituir el objeto de la presente comunicación, no sin antes dejar de hacer referencia brevemente al llamado desequilibrio económico que en todo caso constituye el fundamento de la misma.

II. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO COMO FUNDAMENTO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

La pensión compensatoria encuentra su fundamento en el desequilibrio económico, pero ¿qué se entiende por tal? ¿una equiparación de patrimonios o únicamente una compensación económica por los efectos derivados de la separación o el divorcio?

La opinión mayoritaria no acoge la primera opción³ ya que no se trata de que la parte económicamente perjudicada siga recibiendo la misma cantidad de la que disfrutaba durante el matrimonio, lo que llevaría a la no búsqueda por parte del acreedor de empleo o mejora laboral, anclándose en una situación de comodidad y conformismo, si ello le facilita la subsistencia.

Parece pues, que la idea sobre la que se asienta la pensión compensatoria es la de paliar los efectos negativos de esa separación o divorcio al cónyuge más desfavorecido con la nueva situación y todo de acuerdo con una serie de reglas objetivas que aplicará el juez en falta de acuerdo y que tienden a evitar arbitrariedades a la hora de su aplicación.

En vista de lo anterior es necesario separar dos situaciones, por un lado las diferencias entre los patrimonios de los cónyuges y por otra los desequilibrios que produce esta situación de crisis, sea divorcio o separación⁴.

³ CORNU, G: *Droit Civil*, La Famille, París, 1993, p.536: “La pensión no va dirigida a nivelar, sino que por su carácter de indemnización económica tiende a un reequilibrio patrimonial posterior al divorcio”.

⁴ MUÑOZ RODRIGO, G: “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital: significado y finalidad, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8bis (extraordinario), 2018: “Es importante distinguir la mera diferencia patrimonial entre ambos cónyuges por sus respectivas trayectorias personales, del verdadero desequilibrio económico que se produzca en el momento de la ruptura matrimonial y que deba su origen a la pérdida de oportunidades a causa de las distintas circunstancias que se toman en consideración para su establecimiento.”

Por tanto, en el supuesto en el que ambos cónyuges trabajen podrá existir la pensión compensatoria, ya que una cosa no excluye la otra y así se ha pronunciado la jurisprudencia⁵

A la hora de valorar este desequilibrio económico que como hemos dicho ha de provenir de la separación o el divorcio⁶ se tendrá en cuenta, además, el tiempo que el cónyuge desfavorecido ha dedicado a la familia y al hogar o su contribución en la actividad económica o profesional del otro cónyuge⁷, así como también el resultado de las medidas definitivas que se adopten en sentencia en materia de pensión de alimentos o atribución de la vivienda familiar entre otras.

Resulta así, que la cuantía de la pensión compensatoria se hace depender de un gran número de factores de carácter objetivo tendentes a evitar fraudes y a lograr un resarcimiento justo en la medida de lo posible, por lo que habrá que estar a la casuística.

III. LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR CONVIVENCIA MORE UXORIO.

1. Causa de extinción.

Como afirma textualmente el artículo 97 del C.C “El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motiva, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”. A continuación, añade “El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor”.

La primera de las causas no genera mucho problema, ya que es lógico que si se acordó la pensión compensatoria como consecuencia por ejemplo de la ausencia de actividad laboral de uno de los cónyuges, si este accede posteriormente a un empleo, deba desaparecer.

⁵ STC 17 junio 2009 (Tol 1577965) dispone: “No es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientemente económicamente no hay pensión en ningún caso, porque a pesar de ello puede haber desequilibrio.” “Sólo dejara de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio, cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares.

⁶ STS, 18 marzo 2014 (núm. 106/2014): “El desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial”.

⁷ STS, 20 febrero, 2014 (núm. 104/2014): “En orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración de desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultantes tras el divorcio como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial”.

En cuanto a la segunda, se entiende qué si uno de los dos cónyuges contrae matrimonio, carece también de sentido mantener una prestación cuando ya ha desaparecido esta unión anterior y operan los deberes de socorro de los artículos 68 y siguientes del C.C con el nuevo cónyuge.

La última de ellas, la convivencia *more uxorio* y en la que vamos a centrar esta comunicación es la que genera más problemas. Su introducción en 1981 se hizo necesaria dado el surgimiento de estos nuevos modelos familiares, con la finalidad de equiparar el matrimonio y la unión de hecho a efectos de extinción de la pensión compensatoria, evitando así los frecuentes fraudes realizados por quienes percibían dicha pensión que evitaban lógicamente el matrimonio para mantenerla.

Si bien, en todo caso hay que tener en cuenta que la regulación de la pensión compensatoria tiene carácter dispositivo, con lo que caben pactos que permitan seguir cobrando la misma a pesar por ejemplo de acceso a un trabajo⁸ o de contraer nuevo matrimonio⁹, aunque como ha afirmado el Tribunal Supremo en este último caso, no se puede incluir la convivencia marital si ésta ha sido expresamente excluida por los cónyuges¹⁰.

Por último, en cuanto a la no extinción de la pensión compensatoria por muerte del deudor no existe tampoco conflicto dada la posibilidad de solicitar la supresión o reducción de la misma por parte de sus herederos, cuándo el caudal hereditario no alcanzase para cubrir la misma o afectare a su legítima¹¹, no generándose así problemas entre el acreedor y los herederos del deudor.

2. Significado de la expresión “*convivencia more uxorio*”.

Desde la introducción por Ley 30/1981 de esta causa de extinción de la pensión compensatoria, la Doctrina y la Jurisprudencia se han planteado que debe entenderse por este tipo de convivencia.

⁸ STS, 20 abril 2012 (Tol 2532595): “Admite la validez de un pacto contenido en un convenio regulador, por el cual se acuerda que el marido satisfaga una pensión compensatoria a la mujer, aunque esta acceda a un puesto de trabajo y, por lo tanto, no la necesite para subsistir”.

⁹ STS 678/2015, 11 de diciembre (LA LEY 188257/2015): “Se trata de un derecho disponible regido por la autonomía de la voluntad tanto en su configuración como en su extinción, no excluyéndose así que, acordada la pensión; se puedan fijar los supuestos en que esta se extinga o no, incluyendo el caso de que la acreedora contraiga nuevo matrimonio”.

¹⁰ SAP Las Palmas, 6 de marzo 2017 (núm. 145/2017): “El artículo 101 permite extinguir la pensión compensatoria si se da alguno de los supuestos normativos que en tal precepto se contemplan, entre ellos, el invocado en la demanda rectora de esta litis (el matrimonio) pero no cuando las partes han excluido expresamente alguna de las causas (convivencia marital), como ocurre en este caso”.

¹¹ STS, 17 marzo, 2004 (núm. 133/2004): “El hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción”.

Así existían dos perspectivas, la de aquellos que consideraban que la convivencia *more uxorio* era una convivencia análoga a la matrimonial y la que por el contrario entendía que cualquier convivencia estable de pareja llevaba a la extinción de la pensión compensatoria, excluyendo las ocasionales o esporádicas, al no concurrir en ellas esa nota de permanencia.

La primera, más restrictiva, exigía para hablar de ella la cohabitación¹² y la estabilidad¹³ asimilándola a la relación matrimonial¹⁴, lo que llevaba a que la nueva pareja del acreedor no conviviera en el mismo domicilio e incluso a la simulación de contratos de hospedaje o arrendamiento para justificar esa convivencia bajo el mismo techo.

La segunda, por su parte, un poco más amplia, es la que se acoge por el Tribunal Supremo en 2012¹⁵, entendiéndose que existía esa convivencia marital por los siguientes motivos: primero por haber confirmado la propia acreedora la existencia de esa relación, segundo por tener conocimiento de ella los amigos de la pareja, tercero por haber tenido esta una duración de un año y medio, ser exclusiva y estable y por último porque aunque no vivían bajo el mismo techo las visitas se producían asiduamente en el domicilio de uno o de otro, en lugares públicos y actos sociales.

Esta, a diferencia de la anterior, no exige la cohabitación, adecuándose quizá más a los tiempos que corren, en los que muchas parejas conviven únicamente fines de semana o vacaciones, siendo dicha tesis acogida ya por numerosas sentencias¹⁶ anteriores y posteriores a la del Supremo.

Con ello, se intenta evitar actuaciones fraudulentas en los casos en los que la nueva pareja convivía únicamente fines de semana, puentes y vacaciones para evitar que el acreedor de la pensión compensatoria pudiera perder la misma, evitando así esa convivencia continuada bajo el mismo techo que servía como prueba extintiva de la pensión por parte del deudor.

Pero también considero que hay que tener en cuenta que el cónyuge que recibe la pensión compensatoria tiene derecho a rehacer su vida, y puede que durante esos años de matrimonio haya contribuido mucho en la actividad económica o empresarial

¹² SAP Murcia, 20 mayo 2010 (JUR 2010/238440): “La convivencia en un mismo domicilio es un dato esencial para apreciar la relación similar al matrimonio”.

¹³ STSJ Cataluña, 18 octubre 2007 (RJ 2009/3130): “La pensión compensatoria no tiene razón de ser en virtud de la convivencia estable de la actora con otra persona”.

¹⁴ SAP Madrid, 9 diciembre 2002 (JUR 2003/33192): “es precisa la creación de una apariencia matrimonial no siendo suficiente la simple relación amorosa o afectiva sin convivencia”.

¹⁵ STS, 9 febrero 2012 (RJ 2012/2040).

¹⁶ SAP Madrid, 22 Septiembre 2000 (JUR 2000/303199): “acuerda extinguir la pensión pese a que en el caso la beneficiaria de la misma y su pareja tenían domicilios separados”, STS, 28 Marzo 2012 (RJ 2012/5591): “El dato de la convivencia resulta hoy desdibujado en lo que son relaciones matrimoniales o asimiladas, SAP Valencia, 27 Marzo 2017 (LA LEY 68718/2017): “Convivir bajo el mismo techo únicamente en vacaciones o en fines de semana no es óbice para declarar la extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital”.

del otro y en el hogar familiar, sin poder desarrollar actividad alguna, con lo que también sería injusto privarle de ella por haber iniciado una nueva relación.

En vista de lo anterior, creo que habría que desligar esa compensación que debería de recibirse por la posible dedicación pasada a la familia a la que se refiere el artículo 97 del C.C como criterio cuantificador de la pensión, de la posibilidad que tiene cada cónyuge para rehacer su vida con otra persona tras la separación o el divorcio. Son cuestiones totalmente distintas que se mezclan en las soluciones jurisprudenciales y que llevan desde mi punto de vista a soluciones injustas en muchos casos.

3. Dificultades de prueba.

Una vez el deudor/a de la pensión tiene conocimiento de la existencia de una convivencia marital o *more uxorio* se encuentra con el problema de su prueba, prueba que es esencial para que el Juez decrete la extinción de la pensión compensatoria.

Esta prueba, por tanto, corresponde a quien alega la extinción y lleva a la necesidad de acudir a una serie de medios que permitan confirmar esa convivencia, ya que, en la mayoría de casos, como es lógico, no se reconoce por parte del acreedor de la misma.

Mientras que algunos de estos medios no generan coste alguno, como el de la propia confesión o el testimonio de testigos, otros, por el contrario, pueden añadir un mayor coste como el informe de detectives privados, medio que cada vez aparece como más frecuente.

También aquí debemos mencionar el mundo tecnológico, en concreto las redes sociales (Instagram, Facebook, WhatsApp o twitter) que no sólo ha proporcionado ventajas a la hora de relacionarse, sino que también, pueden generar algún peligro en los casos en los que el deudor a través de ellas tiene conocimiento de esa relación del acreedor de la pensión con un tercero.

El reconocimiento de la vida marital por el acreedor, es objeto de sentencias como la SAP de Badajoz de 28 de Junio de 2005¹⁷ o la SAP de Madrid de 9 de Marzo de 2011¹⁸ si bien es muy limitada, pues en la mayoría de los casos, se niega u oculta por su perceptor para no perder su derecho.

¹⁷ SAP Badajoz, 28 junio 2005 (JUR 2006/46115): “Reconoce en su interrogatorio que convive maritalmente y de manera estable en el anterior domicilio conyugal con una tercera persona, la cual contribuye económicamente al sostenimiento de los gastos de la casa”.

¹⁸ SAP Madrid, 9 marzo 2011 (JUR 2011/191288): “La propia demandada reconoce en su interrogatorio que desde hace ya ocho años mantiene una relación estable de pareja con un hombre con el cual convive en una vivienda que fue adquirida por ambos”.

Ante la falta de pruebas directas, se acude a otras vías, las llamadas “pruebas indiciarias”¹⁹ que permiten acreditar la existencia de esa convivencia marital, entre las que nos encontramos las certificaciones de registros administrativos o padrones municipales²⁰, de rápida obtención y eficacia fehaciente.

También existen casos en los que se recurre a testigos, familiares, vecinos, amigos o familiares para que a través de sus declaraciones el juez pueda adquirir certeza acerca de la existencia de dicha relación, pudiendo citar en tal sentido la SAP Albacete 17 de Marzo 2005²¹ o la SAP Murcia 9 Enero 2003²², si bien, en estos casos de hijos o hijas hay que adoptar las debidas cautelas al poder tener desavenencias, discusiones o encontrarse enfrentados al otro progenitor, lo que generaría dudas sobre la credibilidad de su declaración.

Supuestos más complejos, en los que no se puede acudir a los medios anteriores requieren otros distintos, más arduos y de mayor coste y es aquí donde aparecen los informes de los detectives privados²³, contratados por la parte interesada en la extinción y que centran su actividad en obtener pruebas, sean fotos, videos o cualquier otra, que permita acreditar la convivencia del otro cónyuge con un tercero, y ayudar al juez a formar esa convicción. Esta prueba que en los tiempos actuales es cada vez más frecuente, requiere de un requisito temporal importante y es la necesidad de que ese seguimiento individualizado se extienda un determinado periodo de tiempo para que pueda concedérsele relevancia probatoria. Es decir, no basta con un seguimiento de uno o dos días, sino que se requiere uno más amplio, que si bien no se establece en cuánto, se entiende que será el necesario para dar por acreditada esa circunstancia²⁴.

Antes de concluir este apartado he de referirme a los medios virtuales, dado el auge de la tecnología en los tiempos que corren y que como es lógico inciden también en esta materia. Así, existen casos en los que el perceptor de la pensión sube a su perfil

¹⁹ SAP Tenerife, 8 marzo 2010 (JUR 2011/13028): “Ante las serias dificultades que ordinariamente se presentan para la obtención de una prueba directa de tal circunstancia, se debe considerar suficiente la prueba indiciaria siempre que las evidencias sean serias y plausibles, de suerte que permitan inferir el hecho base que se trata de justificar-la vida marital- aplicando las reglas de la lógica y del sano criterio como señala el artículo 386 de la LEC”.

²⁰ SAP Barcelona, 20 septiembre 2011 (JUR 2011/367/591): “La Inscripción en el padrón de habitantes demuestra la publicidad necesaria para considerar que la demandada ha constituido una pareja *more uxorio*”.

²¹ SAP Albacete, 17 marzo 2005 (EDJ 2005/30680): “Declara acreditada la existencia de una relación *more uxorio* deduciéndola de las declaraciones de las hijas del matrimonio”.

²² SAP Murcia, 9 enero 2003 (JUR 2003/114086): “Considera probada la vida marital de su ex mujer con un tercero y procede a la extinción de la pensión declarando especialmente significativa la declaración del hijo de los litigantes que reconoció que su madre vivía con su novio”.

²³ STSJ Cataluña, 18 octubre 2007 (RJ 2009/3130): “La actora mantiene una relación con un tercero al que conoció en un cruce antes de la ruptura matrimonial según consta en el informe de detectives”.

²⁴ SAP Tarragona, 2 febrero 1999 (AC 1999, 3624): “Se considera probada la convivencia marital de la mujer con un tercero y se deja sin efecto la pensión que recibía su ex marido en virtud de informe de detective privado contratado por espacio de cinco días”.

de Facebook o de cualquier otra red social fotografías o videos en actitud cariñosa con su nueva pareja e incluso le califica de tal al etiquetar las mismas, permitiendo si su perfil es público el acceso del otro cónyuge al mismo y el conocimiento de dicha situación²⁵.

Así, a diferencia de lo que ocurría en tiempos anteriores en los que la obtención de pruebas indirectas eran más complejas (la obtención de documentos requería de mayores trámites, los detectives privados no abundaban y no existían los medios tecnológicos) considero que hoy en día se obstaculiza la labor de aquel que pretende a toda costa negar u ocultar esa relación, de manera que siempre habrá algún resquicio que permita a la otra parte conocer y defender la verdadera realidad en un proceso judicial. Si bien, en todo caso, estas pruebas como es sabido, al no ser pruebas directas no serán por sí mismas suficientes para desvirtuar las alegaciones del acreedor de la pensión, sino que el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica deberá analizar todas en su conjunto y llegar a una u otra conclusión según haya o no confirmado su certeza con las mimas.

4. Momento de la extinción.

Doctrina y Jurisprudencia se plantean una vez acreditada la causa de extinción de la pensión, cual es el momento en el que esta tiene lugar, si estamos por tanto ante una resolución declarativa (efectos ex tunc) o constitutiva (efectos ex nunc), es decir si tendría lugar en el momento en el que comienza la convivencia marital del perceptor con un tercero, en el de presentación de la demanda o ya en el de la sentencia extintiva.

En sentencias como la de la SAP 15 Diciembre 2011²⁶ se confirma la sentencia del Juzgado de Instancia en el que se acuerda la extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital de la ex mujer con un tercero, reconocida por ella misma , pero no esa retroacción de efectos al momento del hecho solicitada por el recurrente. A pesar de que este alega que en casos excepcionales la extinción debería tener efectos retroactivos, por tratarse de un hecho indubitado, objetivo e indiscutible la Audiencia dispone en la sentencia que el artículo 101 del C.C no contempla en dicho supuesto retroacción alguna.

Otras sentencias, por el contrario, fijan ese efecto extintivo en el momento en el que se interpone la demanda por el deudor de la pensión y así la sentencia dictada por la SAP 20 de Mayo 2010²⁷, frente a la petición de devolución por parte del ex marido de las cantidades recibidas por su ex mujer desde el momento del hecho o subsidiariamente desde la interposición de la demanda, acuerda no estimar la primera,

²⁵ SAP A Coruña, 14 octubre 2016 (JUR 2016/253863).

²⁶ AP Oviedo, 15 diciembre 2011 (AC 2012, 41).

²⁷ AP Murcia, 20 de mayo 2010 (JUR 2010, 238440).

sino la segunda debido a la presentación de la demanda, no en 2003, que es cuando comienza la relación, sino en 2008.

Ante la diversidad de criterios, el Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez en 2018 sobre esta cuestión controvertida²⁸.

El supuesto de hecho era el siguiente:

1. La demandada mantenía una relación con un tercero desde 2004, lo que provoca la interposición de la demanda de modificación de medidas de su ex esposo en 2015 ante el Juzgado de Primera Instancia de Salamanca.

2. El juzgado accede a su pretensión y declara la extinción de la pensión compensatoria, pero con efectos desde el dictado de la sentencia.

3. No contento con ello, el exmarido recurre de nuevo a la Audiencia y solicita la retroacción de esos efectos al momento posterior a la sentencia de divorcio alegando que recibía cuantiosos ingresos por su trabajo. La Audiencia rechaza su petición estableciendo que la extinción de la pensión compensatoria no puede tener efectos retroactivos, sino desde la interposición de la demanda, y mucho menos puede comprender la devolución de las cantidades percibidas. En concreto expone la sentencia: “ Habrá de ser la resolución que ponga fin a la misma la que expresará las causas de esa extinción y las razones del porque ha perdido su razón de ser, y ello únicamente tendrá lugar mediante la aportación de las pruebas por quien solicita la extinción de la pensión, y la valoración por el órgano judicial en función de las pruebas aportadas, y finalmente por la declaración de que el desequilibrio que la ruptura conyugal había producido en principio, ya ha desaparecido”.

4. Ante la decisión de la audiencia se recurre de nuevo, esta vez al Supremo quién asume la sentencia de la Audiencia y afirma que “no hay motivo para no retrotraer los efectos de la extinción a la presentación de la demanda toda vez que resulta un hecho probado que la situación de convivencia que da lugar a la extinción, existía desde 2004 (más de diez años antes de la interposición de la demanda) por lo que carece de sentido prolongar más allá del ejercicio del derecho por el demandante la existencia de la obligación de pago de la pensión, cuya extinción podía haberse producido en la práctica muy tiempo atrás”. Añade que “la razón de ser de la pensión compensatoria está en relación con la comunidad de disfrute de dos personas- unidas por matrimonio- de una determinada posición económica, lo que da lugar a que -extinguido el vínculo- deba ser compensado aquel de los cónyuges que sufre un desequilibrio perjudicial respecto de la situación en que se encontraba vigente el matrimonio; compensación que se extinguirá cuando esa comunidad de disfrute se instaure de nuevo con otra persona”

²⁸ STS, 18 julio 2018 (núm. 453/2018).

Un año después, en 2019²⁹, el Tribunal Supremo se pronuncia también sobre el mismo tema, manteniendo la misma postura. Los antecedentes son los que se exponen:

1. Esta sentencia deriva de otro proceso anterior en el que tras recurrir el demandante en casación, se declara extinguida la pensión compensatoria, casando la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid y confirmando la de Primera Instancia en la que ya se había decretado dicha extinción.
2. Posteriormente, el demandante inicia otro procedimiento exigiendo la devolución de las cantidades que había pagado a su exmujer desde la sentencia de primera instancia en 2010 hasta la dictada por el Supremo dos años después, fundándolo en un cobro indebido (artículo 1985 del C.C).
3. En Primera Instancia se desestima su petición, argumentando que la fecha que determina la extinción de la pensión es la de la sentencia del Supremo, no implicando la confirmación de la de Instancia efectos retroactivos.
4. El mismo argumento utiliza la Audiencia Provincial para desestimar el argumento del demandante.
5. Por último, se interpone recurso de casación, alegándose la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial fijada por la Sala del Tribunal Supremo en sentencia 162/2014 de 26 de marzo que a su vez confirma la pronunciada por sentencia 171/2011 de 26 de octubre también del Supremo.

Este motivo es admitido y por lo tanto se entiende que asumida una sentencia de Instancia que declara extinguida la pensión compensatoria desde una determinada fecha, produce efectos desde la misma.

La sentencia cita a su vez otra sentencia anterior (STS 453/2018, de 18 de Julio), comentada anteriormente, en la que se distingue entre una “modificación” de medidas” que se produce por las causas del artículo 100 (alteraciones en la fortuna de los cónyuges) y “la extinción” de las mismas, supuesto en que se aplicaría el artículo 101 (supuesto que nos ocupa al tratarse de convivencia marital de la perceptora con un tercero). Por tanto, en el primer caso los efectos se producen desde la fecha de la sentencia de modificación y en el segundo, desde el momento en el que se produce el hecho determinante de la extinción.

Así, se condena a la demandada a pagar las cantidades cobradas indebidamente en concepto de pensión compensatoria más el interés legal que corresponda desde la interposición de la demanda, por la existencia de una relación afectiva y estable análoga a la “marital” de la misma con un tercero.

²⁹ STS 17 diciembre 2019 (núm. 3923/2019).

5. Críticas a esta solución.

Del examen de los casos examinados, nos encontramos con dos posibilidades, la de considerar que las sentencias de extinción de la pensión compensatoria tienen carácter constitutivo, produciendo efectos desde la misma o bien declarativo, retrotrayendo los mismos al momento de la interposición de la demanda o a aquel en el que se produce el hecho.

Si bien, aunque extendido el concepto de convivencia marital también a la que se sucede durante los fines de semana o vacaciones, siempre que se trate de una relación estable y no meramente esporádica, sigue siendo complicado la prueba de la misma por el deudor de la pensión, con lo que son pocos los casos en los que efectos se remontan al momento en el que se inicia esa convivencia.

Como hemos afirmado, casi no hay casos en los que la acreedora reconozca la misma, lo que obliga a recurrir a otros medios, no siempre económicos (como por ejemplo informes de detectives privados), para poder acreditar la realidad de la situación, lo que genera necesariamente un lapso de tiempo, en ocasiones bastante amplio hasta la interposición de la demanda.

Por ello, considero que en muchos casos se producen casos de enriquecimiento injusto, ya que siempre que se pueda, el acreedor de la pensión va a retrasar dolosamente esa demanda ocultando por todos los medios posibles su relación.

Por otro lado, también es necesario tener en cuenta que el perceptor de la pensión puede haber colaborado en las actividades económicas o profesionales del otro y en el hogar familiar durante el matrimonio y que en esos casos quizá no debería hablarse de enriquecimiento injusto sólo por el hecho de rehacer su vida con otra persona, cabiendo plantearse si devolver o no esas cantidades anteriores a la sentencia que declara la extinción.

Creo que, en ningún caso puede fijarse una regla general en esta cuestión, sino que se deberá valorarse por los jueces, quienes atenderán al caso en concreto y a sus circunstancias y optarán por aplicar, o no, esa retroactividad.