

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 29 de enero de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 743/2013

**SUMARIO:**

**Viudedad.** *Derecho a pensión cuando en situación de separación judicial no se ha fijado pensión compensatoria, abonándose, no obstante, pensión a favor de la esposa, aunque utilizando una terminología variada y equívoca, sin una calificación jurídica estricta. Recurso de casación para la unificación de doctrina.* Procedencia. El reconocimiento de cualquier suma periódica a favor de la esposa, sea cual sea la denominación dada en su atribución -más allá de los alimentos de los hijos-, tiene la naturaleza de pensión compensatoria y, por consiguiente, permite, en su caso, el acceso a la pensión de viudedad, al tratarse de una prestación que se ve truncada por el fallecimiento del deudor. La dependencia económica mantenida en el momento del óbito se produjo tanto si el supérstite estaba percibiendo pensión compensatoria *strictu sensu*, como si era beneficiario de cualquier otro pago regular a cargo del fallecido, como puede suceder con la pensión alimenticia a la que podía estar obligado legalmente en caso de separación o a la pactada. Sala General. Voto particular [Vid., STS, de 21 de febrero de 2012, rec. núm. 2095/2011 (NSJ044921), cuya doctrina es revocada por esta sentencia].

**PRECEPTOS:**

Código Civil, art. 97.

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 174.

**PONENTE:**

*Don María Lourdes Arastey Sahun.*

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Sánchez-Toril y Riballo en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en recurso de suplicación nº 983/10, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos núm. 1294/08, seguidos a instancias de Dña. Susana contra la ahora recurrente y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre pensión viudedad

Ha comparecido en concepto de recurrida Dña. Susana representada por el letrado Sr. Gómez Guedes.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 19-02-2010 el Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1.º- Susana, presentó solicitud de pensión de viudedad el 26-06-08.

2º- El Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución el 3-07-08 denegando la pensión de viudedad solicitada por no tener derecho en el momento del fallecimiento a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil, de acuerdo con el art. 174.2, párrafo primero, de la Ley General de la Seguridad Social .

3º- La demandante estuvo casada con Eleuterio, mediante sentencia de fecha 23-07-91 se declaró la separación del matrimonio, por reproducida. En la referida resolución se establece que el hijo menor quedará la cuidado de la madre y que el esposo asume los gastos necesarios para el aliméntemele los hijos, fijándose en la suma de 70.000 pesetas mensuales, sin establecer pensión compensatoria.

4°- No obstante lo anterior el hijo menor del matrimonio, Indalecio, nacido el NUM000 de 1984, convivió con su hermana mayor desde 1989 hasta 3-09-05. Esta se hizo cargo de todos los gastos de su hermano en el anterior periodo. A partir de ese momento (septiembre de 2005) Indalecio pasó a convivir con su padre.

5°- Eleuterio ingresó mensualmente en concepto de manutención a la actora la suma de 480,81 euros hasta septiembre de 2007 y desde entonces y hasta su fallecimiento (12-06-08) la cantidad de 580,81 euros.

6°- La actora no está dada de alta en ningún régimen de la seguridad social.

7°- La base reguladora asciende a la cuantía de 1.719,35 euros mensuales.

8°- Interpuesta reclamación previa resultó desestimada."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimo la demanda interpuesta por Dña. Susana, contra el El Instituto Nacional de la Seguridad Social y la TGSS y en su virtud declaro el derecho de la actora a percibir la prestación de viudedad, que se hará efectiva en los términos reglamentarios y con los incrementos y revalorizaciones que en derecho procedan, condenando a los demandados a estar y pasar por esta resolución y al INSS al pago de las cantidades correspondientes desde el 12-06-08 con una base reguladora mensual de 1.719,35 euros y teniendo en cuenta el tiempo convivido."

### **Segundo.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por INSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la cual dictó sentencia en fecha 14-09-2012, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSS frente a la sentencia de 19-02-10 del Juzgado de lo Social nº 6 de esta localidad en procedimiento nº 1294/08, que confirmamos."

### **Tercero.**

Por la representación del INSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 01/03/2013, en el que se alega infracción del art. 97 del Código Civil . Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2012 (R-2095/11 ).

### **Cuarto.**

Por providencia de esta Sala de fecha 23/05/2013 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

### **Quinto.**

Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17-10-2013. Suspendido dicho trámite, y dada la trascendencia y complejidad del asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del mismo se hiciera en Sala General, señalándose el día 22-01-2014 fecha en que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

1. El INSS recurre en casación para unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Canarias/Las Palmas, de 14 de septiembre de 2012 (rollo 983/2010 ), por la que se confirma la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de los de Las Palmas de Gran Canaria, de 19 de febrero de 2010 ( autos 1294/2008), en la cual se había reconocido a la demandante inicial el derecho a la pensión de viudedad solicitada en la demanda.

La sentencia de suplicación analiza el requisito que el INSS exigía a la solicitante, consistente en tener derecho a pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil, argumentando que la pensión fijada en el momento de la separación judicial para contribuir a los gastos de alimento de los hijos fue siempre utilizada para paliar la situación económica de la madre, dado que el hijo menor no convivió con ella.

2. El recurso del INSS aporta, como sentencia de contraste, la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo el 21 de febrero de 2012 (rcud. 2095/2011 ). En ella que se estimó el recurso de casación para

unificación de doctrina interpuesto por la misma Entidad Gestora razonando que la naturaleza y finalidad de la pensión compensatoria y de la pensión por alimentos son diferentes, pretendiendo el legislador compensar la extinción de la pensión compensatoria por la muerte del causante con la nueva pensión de viudedad. Se trataba allí de un supuesto en que en el proceso de separación judicial se había fijado una pensión a abonar a la esposa en concepto de "alimentos y ayuda a la misma e hijos".

**3.** Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren los requisitos de identidad sustancial exigidos por el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS ).

En ambos supuestos se examina si existe derecho a la pensión de viudedad cuando en situación de separación no se ha fijado pensión compensatoria a favor de uno de los esposos, abonándose, no obstante, pensión a favor de la esposa; y siendo en ambos casos aplicable, a la vista de la fecha de los respectivos hechos causantes, el art. 174 LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/2007. Además, se trata de casos en que entre la separación judicial y el fallecimiento del causante habían transcurrido más de 10 años, por lo que no se daba el presupuesto de la Disp. Trans. 18ª de la Ley General de la Seguridad (LGSS), en la redacción dada a la misma por la Ley 26/2009.

Ambas sentencias consideran exigible el requisito de la previa existencia de la pensión compensatoria, pero diferencian su fundamento en la naturaleza que atribuyen a las cantidades atribuidas en favor de la esposa cuando en el momento de la fijación no se les ha atribuido la denominación de "pensión compensatoria".

## **Segundo.**

**1.** El INSS alega que la sentencia recurrida infringe el art. 174.2 LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con el art. 97 del Código Civil (CC ).

**2.** La cuestión suscitada fue resuelta por esta Sala en la STS/4ª de 14 de febrero de 2012 (rcud. 1114/2011 ), con criterio reiterado después en la STS/4ª de 21 de febrero de 2012 (rcud. 2095/2011 ) que se aporta de contraste, así como en las STS/4ª de 21 de marzo (rcud. 2441/2011 ) y 17 de abril de 2012 (rcud. 1520/2011, si bien en este caso no se había reconocido pensión ni cantidad alguna a la demandante en momento alguno); y se suscitaba también en la STS/4ª de 27 de mayo de 2013 (rcud. 2545/2012 ), aunque se apreció allí falta de contradicción y, en consecuencia, no se resolvió sobre el fondo del asunto.

**3.** Partiendo de que, en la legislación de la Seguridad Social, el derecho de la percepción de la pensión de viudedad se condiciona para las personas divorciadas o separadas judicialmente, a que sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 CC cuando se extinga por el fallecimiento del causante, hemos llegado a la conclusión de que "para la ley, la situación de dependencia se da cuando se acredita la pensión compensatoria".

De ahí que hayamos venido asumiendo la argumentación del Ministerio Fiscal, reiterada en el presente caso, que indica que la norma legal es contundente cuando señala expresamente al art. 97 CC . Ciertamente, el legislador optó por acudir a este concepto jurídico y no por otro tipo de requisito ni por la remisión a otro concepto de configuración legal, como lo sería la pensión de alimentos.

**4.** Tal consideración justificaba que en la primera de las sentencias citadas, la STS/4ª de 14 febrero de 2012 (rcud. 1114/2011 ), se denegara la prestación porque lo que en aquel caso se había fijado era una pensión de alimentos para los hijos. Sostuvimos, pues, que la pensión compensatoria no podía confundirse con otra cosa, como era esa pensión de alimentos en favor de los descendientes. Acudíamos así a la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª (Civil) de este Tribunal Supremo, que había establecido claramente las diferencias existentes, tanto en el concepto como en la finalidad, entre la pensión compensatoria que regula el art. 97 CC y la pensión alimenticia entre parientes regulada en el art. 142 y ss del mismo (así, por todas la STS/1ª de 10 de octubre de 2008, rec. 839/2008 ).

**5.** Ahora bien, en muchas ocasiones se constata que los conceptos de las prestaciones económicas que se satisfacen como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial mediante decisión judicial generan confusión al identificarlos, particularmente desde esta óptica de la pensión de viudedad, dada la remisión hecha por el legislador.

En la atribución de las prestaciones que uno de los cónyuges satisface al otro tras la ruptura tal confusión surge especialmente cuando existen hijos a los que, sin duda, ha de satisfacerse pensión de alimentos. Y ello porque la atribución del cuidado de los hijos al otro progenitor provoca que la pensión en favor de los hijos se entregue a aquél con el que permanecen, incluyendo, por tanto, la compensación por los gastos que ello genera.

En este sentido, las cargas que se derivan, por ejemplo, de la utilización de la vivienda forman parte del concepto de alimentos a favor de los hijos y no de la pensión compensatoria al ex cónyuge, aunque éste habite en ella.

La realidad demuestra que, mientras las pensiones para el sustento de los hijos constituyen la regla habitual, la pensión compensatoria a la que se refiere el art. 97 CC exige la ponderación de circunstancias mucho más sutiles y, por ello, no sigue una tónica de automaticidad.

**6.** Como establece la STS/1ª (Pleno) de 19 enero 2010 (rec. 52/2006) -en doctrina seguida por las STS/1ª de 14 abril 2011 (rec. 701/2007), 25 noviembre 2011, 4 diciembre 2012 y 17 mayo 2013 -, la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que pueda producir la convivencia recaiga solo sobre uno de los cónyuges, y para ello se ha de tener en consideración lo que haya 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 desequilibrio que genera posibilidades de compensación (tesis subjetiva).

Efectivamente, la pensión compensatoria ha de distinguirse con la pensión de alimentos, pues la primera no está basada en la concurrencia de necesidad, sino que trata de solucionar el desequilibrio tras una ruptura matrimonial en los términos indicados ( STS/1ª de 10 marzo 2009 - rec. 1541/2003 - y 9 de febrero de 2010 -rec. 501/2006-).

**7.** La prestación de alimentos requiere, en el caso del divorcio, de una atribución expresa en el momento de la ruptura del vínculo, pues la obligación de prestar alimentos entre cónyuges viene determinada por razón del parentesco establecido entre esposos y está ligada al vínculo matrimonial. La pérdida de la condición de esposos supone la extinción de la obligación, salvo que haya habido un contrato éntrelas partes.

Hay ahí un elemento de diferenciación importante con la pensión compensatoria que, precisamente, surge, en su caso, cuando se ha producido la ruptura de la convivencia o del vínculo matrimonial, sin que la pensión compensatoria venga a sustituir a la pensión de alimentos ( STS/1ª de 10 marzo 2009 - rec. 1541/2003 -).

### **Tercero.**

**1.** Establecido el concepto de pensión compensatoria y su diferencia con la pensión alimenticia, nos encontramos con el problema de encajar la primera de tales figuras en cada caso en que hay que analizar si concurre la fijación de la pensión a los efectos de cumplimentar el requisito de acceso a la pensión de viudedad.

Y ello porque con harta frecuencia nos vemos en la necesidad de examinar el mismo partiendo de lo que las partes determinaron el convenio regulador de la separación o divorcio en los que falta una calificación jurídica estricta, utilizando terminología variada y equívoca sobre las obligaciones que asume uno de los cónyuges frente al otro y frente a los hijos.

Así puede constatarse en los supuestos hasta ahora resueltos por esta Sala, en que se trataba de valorar el alcance de prestaciones denominadas "alimentos y ayuda a esposa e hijos" (sentencia de contraste), pensión para subvenir "a las cargas familiares" sin que constara que existieran hijos ( STS/4ª de 21 de marzo -rcud. 2441/2011 -) o pensión "para gastos de la esposa e hijos" ( STS/4ª de 27 de mayo de 2013 -rcud. 2545/2012 -).

**2.** Frente a este panorama de pensiones innominadas, no podemos pretender ceñimos exclusivamente a la denominación dada por las partes. Dicho de otro modo, no cabe una interpretación literal que exija que la pensión compensatoria haya sido fijada con esa denominación para poder admitir que se cumple con el requisito para el acceso a la prestación de viudedad.

Por el contrario, habrá que acudir a la verdadera naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante, extraída de las circunstancias del caso y acudiendo, en suma, a una interpretación finalista del otorgamiento de aquélla. Así por ejemplo, en un hipotético supuesto de divorcio sin hijos, salvo que de modo expreso se establezca el pacto de alimentos, tendrá que presumirse que cualquier cantidad fijada en favor del otro cónyuge ostenta la condición de compensatoria. Por el contrario, la fijación de una sola pensión cuando haya hijos que quedan a cargo de quien después resulta ser el superviviente habrá de presumirse como pensión de alimentos a favor de éstos.

**3.** La vinculación querida por el legislador entre pensión de viudedad y pensión compensatoria no está exenta de otras disfunciones. Así, por ejemplo, tras la Ley 15/2005, la pensión compensatoria puede concebirse como una pensión temporal, pues ello aparece como lo más congruente con su propia esencia. En tales casos, la remisión de la viudedad a la pensión compensatoria comportara consecuencias absolutamente distintas según se trate de una pensión temporal ya agotada en el momento del fallecimiento -en que ya no cabrá el reconocimiento de la pensión de viudedad- o de que el fallecimiento se produzca estando aún vigente la obligación de satisfacer la prestación compensatoria.

Esa opción por la remisión que la legislación de Seguridad Social hace al citado art. 97 CC nos obliga a afirmar que la pensión de viudedad en caso de separación o divorcio no guarda relación alguna con el estado de necesidad del beneficiario, sino con la pérdida del montante económico que aquél percibiera en el momento y a causa del fallecimiento del causante a cargo de éste.

Lo que la ley de seguridad social tiene en cuenta es el vínculo económico preexistente, con independencia de cuál sea la situación económica del propio beneficiario. De este modo, tras la Ley 40/2007, se da un tratamiento más restrictivo de este tipo de pensiones, ya que, hasta su entrada en vigor y a raíz de la Ley 30/1981, el reconocimiento de la pensión de viudedad a los que hubiesen sido cónyuge tenía lugar fuera cual fuera tanto el estado de necesidad del supérstite, como la vinculación económica entre quienes hubieren estado unidos por un matrimonio y disuelto.

Por consiguiente, el reconocimiento de la pensión de viudedad pasa en estos casos por determinar si en cada supuesto concreto el fallecimiento pone fin al abono de una obligación asumida por el causante con la finalidad de satisfacer ese concepto a que atiende la pensión compensatoria, excluyendo los excepcionales supuestos en que, en caso de divorcio, se hubieran pactado alimentos en favor del cónyuge supérstite.

#### **Cuarto.**

1. En el presente caso, no cabe duda de que la demandante percibía determinadas sumas económicas a cargo de quien había sido su cónyuge y que, con independencia de la denominación dada a esa prestación en el momento de la separación judicial, que hacía mención a los gastos de alimento de los hijos, lo cierto es que el único menor de la pareja no convivía con ella incluso desde antes de la separación judicial de los cónyuges; circunstancia, pues, no ignorada por el esposo, con quien finalmente pasó a convivir el indicado menor. Pese a ello, no solo se fijó la pensión mensual, sino que ésta le fue incrementada a la actora un año antes del fallecimiento del causante -y 16 años después de la separación judicial-.

En esta tesitura no cabe considerar que la pensión era una pensión alimenticia del hijo, sino que se trataba de una cantidad en beneficio exclusivo de la actora.

2. Llegados a este punto, la Sala debe revisar la doctrina que acogíamos en la sentencia de contraste en la que, sin otro criterio que el de la literalidad, negamos que pudiera considerarse pensión complementaria la que se fijaba en concepto de alimentos y ayuda a la esposa e hijos, sin discriminar entre los alimentos a los hijos -o, incluso a la propia esposa- y lo que se denominaba "ayuda" con mención expresa de la esposa.

La falta de concreta especificación de la determinación de los alimentos y la no constancia de las cantidades de las que pudiera deducirse su naturaleza, habría de llevarnos a entender, por el contrario, que el reconocimiento de cualquier suma periódica en favor de la esposa - más allá de los alimentos de los hijos- tiene la naturaleza de pensión compensatoria y, por consiguiente permitirá el acceso, en su caso, a la pensión de viudedad, al tratarse de una prestación que se ve truncada por el fallecimiento del deudor. En realidad, resulta difícil impedir el acceso a la prestación en el caso de que, en el momento del fallecimiento, el supérstite sea acreedor a cualquier suma periódica a costa del causante, sea cual sea la denominación dada en su atribución, y con independencia de la naturaleza jurídica de la misma.

La razón del requisito para el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito y, tal dependencia se produjo tanto si el supérstite estaba percibiendo pensión compensatoria strictu sensu, como si era beneficiario de cualquier otro pago regular a cargo del fallecido, como puede suceder con la pensión alimenticia a la que podía estar obligado legalmente en caso de separación o a la pactada. Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite que era acreedor de pensión a cargo de aquél, sea cual sea su denominación, ó su naturaleza jurídica.

3. Procede, en consecuencia, desestimar el recurso del INSS y confirmar la sentencia recurrida. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en recurso de suplicación nº 983/10, y confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, autos núm. 1294/08, seguidos a instancias de Dña. Susana . Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisprudencial de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Miguel Ángel Luelmo Millán, EN LA SENTENCIA DICTADA EN SALA GENERAL, EL 29 DE ENERO DE 2014, EN EL RECURSO N° 743/2013.*

Aun aceptando, por imperativo legal, el parecer decididamente mayoritario de la Sala y suscribiendo la solución adoptada y plasmada en la sentencia que antecede, he de manifestar mi discrepancia con la misma porque entiendo que no es de recibo parigular lo que aparece de lege data con lo que constituye un planteamiento de lege ferenda y porque en el concreto caso examinado ni siquiera se dan las condiciones para poder entender que lo que el causante abonó desde que se separó de la actora y mientras vivió constituía, en realidad, una pensión compensatoria.

En efecto: parece evidente que tal y como está regulada la cuestión en la LGSS ( art 174.2) en relación con el art 97.2 del CC, la finalidad que la pensión de viudedad pretende cumplir no se realiza de la forma adecuada puesto que es lógico entender que si puede acceder a la pensión de viudedad el cónyuge separado o divorciado que tiene asignada una pensión a cargo del otro por habersele producido un desequilibrio económico en relación con la posición de éste que implique un empeoramiento en la situación que mantenía aquél en el matrimonio con mayor razón debe tener derecho el que sólo ha accedido a la pensión de alimentos, que cubre únicamente lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Pero lo cierto es que el texto legal es meridianamente claro respecto a la solución a que aboca tanto si ésta se debe a sucesivas reformas parciales poco armonizadas o de decisiones en sede legislativa cuyo alcance no se midió debidamente o de cualquier otra causa en que radique el aparente desafuero, y esa posible incoherencia no es algo que corresponda resolver al órgano jurisdiccional con interpretaciones teleológicas de la norma que trascienden, a todas luces, del ámbito que le es propio, sino que debe merecer una iniciativa de otra clase que pasa por la modificación del marco normativo a efectuar por quien corresponda.

El caso enjuiciado tiene como base táctica, según se ha dicho, una separación judicial y no un divorcio, lo que supone que el matrimonio no se ha disuelto todavía, de manera que los cónyuges continúan siendo parientes, por lo que les alcanza la recíproca obligación de alimentos del art 143 del CC, que alude a aquellos en su n° 1, entendiéndose por alimentos según el artículo precedente (142), "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica" y comprendiendo tal obligación, como beneficiarios, también a los ascendientes y descendientes en el n° 2 del primero de los preceptos mencionados, es decir, que igualmente los hijos del matrimonio se hallan protegidos por dicha vía. Por otra parte y conforme al art 148, segundo párrafo, de la misma norma, "se verificará el pago por meses anticipados", precisando el 149 que el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos" y que "esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial...". Existe, pues, pensión de alimentos entre dichos parientes (cónyuges e hijos)

La pensión compensatoria, por su parte, tiene una finalidad distinta, pues pretende, como su propio nombre indica, compensar, según el art 97 del CC, el desequilibrio económico padecido por uno de los cónyuges en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, siendo abonable tanto en caso de separación como en el de divorcio, de manera que no es necesario que el beneficiario de tal prestación se halle en el estado de necesidad que la de alimentos supone, pudiendo admitirse, si acaso, que la compensatoria, tratándose de separación, abarque los alimentos (al menos cuando así se determine expresamente) pero no al revés.

Sobre esta base, lo que en el presente caso se contempla es el antedicho abono de facto (porque nada se pactó al respecto) de una cantidad mensual a la actora en concepto de manutención y nada más, y en cuanto a los hijos a que igualmente se hace referencia (uno en este caso), se dice que el padre asumió unos gastos en concepto de alimentos que luego resulta que abonó la hermana del menor con la que éste se fue a vivir, siendo de reseñar al respecto, en todo caso, que el convenio regulador de la separación judicial a que alude el art 81 del CC cuando ésta se efectúa a petición de ambos cónyuges (si la solicitud es de uno solo lo que habría de mediar es propuesta fundada de medidas que hayan de regular la separación), debe contener, al menos, los extremos del art 90 del CC, entre los que cuenta el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad (apartado A) "la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos" (apartado D) comprendiendo, por otra parte, tales cargas, como señala la doctrina, el global sostenimiento de la familia en el sentido del art 1362.1° del propio CC, que incluyen, por tanto, los gastos de alimentos en su amplio sentido, y "la pensión compensatoria que conforme al art 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges" (F), conceptos estos dos últimos que a la fecha de la separación se regulaban, en los apartados C) y E) del precepto pero en los mismos términos y que, como se ve, se mencionan separadamente. De todo ello se desprende que a los específicos efectos de dicha separación, se prevé

expresamente la distinción entre alimentos y pensión compensatoria y que si no se estableció esta última en este caso, como así se declara (hecho tercero de la sentencia de instancia) y los alimentos, se pacten o no, constituyen una obligación legal ex arts 142 - 143 del CC entre parientes, como continúan siéndolo los cónyuges separados, es claro que lo que el marido abonaba a su esposa era exclusivamente alimentos, como, por otra parte, se infiere de la propia denominación de los ingresos mensuales que efectuaba en concepto de "manutención" (hecho quinto).

No cabe olvidar, en fin, la jurisprudencia que interpreta el art 97 del CC, de la que es una muestra reciente la STS, Sala de lo Civil, de 17 de Mayo del 2013 (Rec 419/2011 ) y las que en ella se citan, conforme a la cual, "el artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero . La pensión compensatoria -declara- "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....."

Esta doctrina se ha aplicado en las sentencias posteriores 856/2011, de 24 noviembre, 720/2011, de 19 octubre y 719/2012, de 16 de noviembre.

Una de las circunstancias que el artículo 97 exige tener en cuenta es el caudal y medios económicos y necesidades de cada uno de los cónyuges y ella es la que tiene en cuenta la sentencia porque "la adora sufre un desequilibrio al no poder capitalizar en su haber los importantes ingresos periódicos del demandado "..... Lo esencial es tener en cuenta lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y, entre otras cosas, pues a ninguna más se refiere la sentencia, el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en cuanto pueden hacer desaparecer o minorar el desequilibrio que genere posibilidades de compensación....."

Ninguna de las circunstancias relatadas se pone de manifiesto en este caso para que se pueda llegar a la conclusión de que lo que se quiso fue fijar a la esposa una pensión compensatoria sino que sobre no haberse pactado ninguna clase de ayuda para la misma sino tan solo alimentos para uno de los hijos (hecho tercero), lo que hizo después el marido fue ingresarle mensualmente a aquélla, según se ha señalado, una suma "en concepto de manutención", es decir, pura y simplemente alimentos y no pensión compensatoria, no cabiendo olvidar, en fin, que la separación tuvo lugar varios años después de introducirse en la normativa dicho compensación, no siendo posible argumentar que los conceptos de las prestaciones económicas que se satisfacen en estas situaciones mediante decisión judicial generan confusión para tratar de justificar el reconocimiento de la pensión en litigio porque ello sería tanto como entender que el error o la ignorancia de la ley en sus justos términos excusa de su cumplimiento en contra de lo que dispone el art 6.1 del CC, en cuyo segundo párrafo se acota el principio que previamente formula con carácter general otorgando efectos limitados al error de derecho defiriéndolos a la correspondiente normativa de aplicación.

La solución, pues, de la sentencia que antecede, resulta tan bienintencionada como voluntarista pero, en todo caso, indebidamente equiparadora, a los efectos en discusión, de dos conceptos claramente distintos y suficientemente diferenciados en dicha normativa que obedecen a dos finalidades igualmente diversas. Y si son los cónyuges los que equivocaron o confundieron los conceptos, sobre no poder deducirse de lo expuesto, ni se justifica tal hipotético error, ni es cosa que la Sala pueda enmendar, ni puede perjudicar a un tercero como es la parte demandada. Y si, en fin, se quiere ver en la propia regulación normativa el origen de tal estado de cosas, habrá que dar -como inicialmente he expresado- a quien tiene atribuida esa función la oportunidad de enmendarlo, sin por ello asumir dicha tarea al amparo de una interpretación jurídica que excede de tal condición, pues, en todo caso, el art 174.2 de la LGSS dice lo que dice refiriéndose, concreta y exclusivamente, a las personas divorciadas o separadas judicialmente (que) sean "acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art 97 del CC " y no a ninguna otra clase de pensión, cuando pudo haberse flexibilizado este requisito en tal extremo ampliándolo, de manera que aun en el hipotético supuesto de que se pudiese considerar compensatoria en función de las circunstancias concurrentes una pensión innominada o indebidamente denominada de alimentos en un caso de divorcio en que ya no se deben éstos por haberse roto el vínculo familiar (supuesto que es ya una cuestión ajena a este procedimiento) al tener en él otra finalidad la pensión que pudiera pactarse (a no ser que expresamente se especifique otra cosa al establecerla), lo cierto es que, cuanto menos, ello no se puede extrapolar, sin más, y por principio, a los casos de separación judicial por cuanto he expresado hasta ahora, ni tampoco a uno de este clase de sus concretas circunstancias, porque éstas no justifican suficientemente dicha decisión, aunque lo deseable sea, indudablemente, que la cobertura legal pudiera existir.

Madrid, 29 de enero de 2014

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrado Dña. María Lourdes Arastey Sahún así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado

D. Miguel Ángel Luelmo Millán hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.