

LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA PENSIÓN COMPENSATORIA*

ARTÍCULO

*Carmen Hernández Ibáñez***

I. Introducción.....	253
II. Caracteres de la pensión compensatoria.....	256
III. Determinación y fijación de la pensión compensatoria.....	262
IV. Pensión compensatoria y pensión de alimentos.....	267
V. Pensión compensatoria: definitiva o temporal.....	269
VI. ¿El cónyuge en situación de desequilibrio tiene, siempre, derecho a la pensión compensatoria?.....	272
VII. Modificación de la pensión compensatoria.....	275
VIII. Extinción de la pensión compensatoria.....	276
IX. Pensión compensatoria y pensión de viudedad.....	280
X. Indemnización en la nulidad matrimonial.....	283

I. Introducción

La separación y el divorcio dan lugar al cese de la convivencia marital; y el divorcio, también, origina la extinción del vínculo matrimonial. Como consecuencia surten unos efectos para los cónyuges o ex cónyuges, entre otros, la fijación de una pensión compensatoria, si procede. A ésta podrá tener derecho cualquiera de los esposos, si lo han pactado en el convenio regulador o lo decreta el Juez, a falta de acuerdo, en la sentencia judicial que ponga fin al procedimiento matrimonial, siem-

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER. 2011-22469 del Ministerio de Ciencia e Innovación sobre “Negocio Jurídico de Familia: La autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema”; y forma parte de las actividades del Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 931083, dirigido por el Prof. Dr. Rams Albesa.

** Catedrática (acreditada) de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

pre que se den las circunstancias previstas en el Código civil.

La pensión compensatoria está regulada en los artículos 97 al 101¹ del Código civil español, ubicados en el Capítulo IX bajo la rúbrica “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, del Título IV que se ocupa “Del matrimonio”, del Libro Primero “De las Personas”.

Figura que se recoge por vez primera en nuestro Ordenamiento jurídico como consecuencia de la Ley 30/1981, de 7 de julio que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Que siguió el modelo francés de prestación compensatoria regulado en los artículos 270 y siguientes, introducidos en el Code a raíz de la Ley de 7 de julio de 1975².

Es el artículo 97³ el que define y regula las circunstancias de la pensión compensatoria, reformado posteriormente, por la Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La nueva redacción de este precepto ha cambiado la denominación de

¹ En el Derecho foral o especial catalán se reguló la pensión compensatoria en los artículos 84 al 86 de la Ley 9/1998, de 15 de julio de Código de Familia, de una manera prácticamente idéntica a como se preceptúa en el Código civil español. Código que ha sido derogado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, y que regula esta institución en el artículo 233-14.

Véase. Sobre pensión compensatoria: Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio (naturaleza jurídica, determinación, transmisión y extinción)*, (Lex Nova, Valladolid 2001). Saura Alberdi, B., *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, (Tirant lo Blanch, Valencia 2004).

² Señala Rams Albesa, que: “El texto del artículo 97 se inspira en la letra de la denominada *prestation compensatoire* del Derecho francés y se concibe como un elemento corrector del desequilibrio generado como consecuencia directa e inmediata de la separación o divorcio acordados”, Comentario al artículo 97 en *Comentarios al Código Civil*. T. II. Vol. 1º, 1023 (José María Bosch Editor, Barcelona 2000)

Continúa el mismo autor: “La idea de compensación precisa para ser tal, de una pérdida efectiva e importante de nivel de vida por un cónyuge ocasionada por la crisis matrimonial con ruptura judicial de la convivencia, siempre y cuando el otro mantenga el nivel de vida anterior”. Ob. cit. Pág. 1025.

³ La actual redacción del artículo 97 del Código civil establece:

El cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un 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 el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en la sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2ª La edad y el estado de salud. 3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a su empleo. 4ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9ª Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijaran las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

pensión compensatoria por compensación, y ha añadido que, también, podrá consistir en una pensión de carácter temporal. No obstante, su espíritu permanece inalterable.

La pensión compensatoria consiste en un derecho económico a favor del cónyuge al que la separación o el divorcio ocasionan un desequilibrio económico en relación a la posición del otro, que produce un empeoramiento respecto a la situación que gozaba durante el matrimonio. Lo que determina una compensación, que se fijara en el convenio regulador, o en la sentencia judicial, teniendo en cuenta las circunstancias del párrafo segundo del artículo 97 del Código civil. La STS de 10 de marzo de 2009 (1130/2009)⁴ en su FD Primero señala que por pensión compensatoria ha de entenderse: “[...] una prestación económica a favor de un esposo y a cargo de otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio”.

Circunstancias que no suponen un *numerus clausus*, así el Juez podrá estimar otras que considere en la valoración y ponderación de cada caso concreto. Puesto que, no sólo, la Ley 15/2005 ha añadido una regla 9ª al artículo 97 en su párrafo segundo que señala “cualquier otra circunstancia relevante”, sino que también la redacción originaria de este precepto regulaba en el último inciso del primer párrafo “entre otras”, al referirse a las circunstancias que debía de tener en cuenta el Juez. Admitiéndose, a mi entender, de forma expresa que la Autoridad judicial pueda estimar alguna otra circunstancia de interés para fijar la pensión compensatoria.

Para Lacruz⁵, la directriz del artículo 97 se basaba en que:

Roto el matrimonio, ningún cónyuge debe notar en su vida material (y dentro de lo posible) los efectos de la ruptura. Quien tiene menos, pues, debe recibir de quien tiene más lo suficiente para seguir viviendo al mismo nivel que antes del divorcio o la separación. O, al menos, al mismo nivel equivalente al del otro, pues, siendo los ingresos constantes, el divorcio ha de pesar sobre el presupuesto de sus protagonistas, al ser ahora dos hogares los que se han de sostener con las mismas rentas, en lugar de uno.

Opinión válida tras la aprobación de las leyes de 1981⁶ que modificaron el Código civil como consecuencia de la aprobación de la Constitución española de 1978.

⁴ Ponente: J. Almagro Nosete.

⁵ Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Fascículo segundo, 262 (Librería Bosch, 1982)

Pues la separación o el divorcio⁷ tenían lugar tras un largo periodo de convivencia matrimonial, y la esposa, en bastantes casos, no gozaba de una independencia económica, al no trabajar fuera del hogar. Ello dio lugar a que la pensión compensatoria fuera una constante en las sentencias de los procedimientos matrimoniales, y tuviera carácter indefinido. No obstante, en el momento presente, y desde hace años, la situación ha cambiado, debido a que la mujer casada se ha incorporado al mundo laboral, dando lugar a que no se fije prestación compensatoria en muchos supuestos, al no producirse un desequilibrio económico, o que ésta tenga un carácter temporal. Aunque, bien es cierto, que tienen derecho a pensión compensatoria cualquiera de los cónyuges.

II. Caracteres de la pensión compensatoria

La ley ha fijado unos caracteres típicos de la pensión compensatoria que configuran su singularidad, sin posibilidad de equiparación a otras figuras.

En el plano doctrinal García Cantero⁸ dice que:

Posee una finalidad compensatoria, pues trata de corregir el desequilibrio económico que el divorcio pueda crear entre los cónyuges, derivado de la pérdida de toda clase de ventajas vinculadas al matrimonio. [. . .] Puede hablarse de una finalidad indemnizatoria, pero con reservas o limitaciones. No indemniza a uno de los cónyuges de la totalidad de los daños y perjuicios que le ha podido causar la sentencia de divorcio, sino únicamente de los de naturaleza patrimonial, y no de todos ellos, sino sólo de aquellos que sean resultado del desequilibrio económico que resulte de comparar la situación anterior y la posterior al divorcio.

Posición similar sostiene Roca Trias⁹ al manifestar que:

La pensión constituye un supuesto de resarcimiento de un daño objetivo, el desequilibrio económico, consecuencia de la separación y el divorcio.

⁶ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

⁷ Introducido por la Ley 30/1981, como causa de disolución del matrimonio, y hasta entonces no regulado en España. Con excepción del breve periodo de tiempo, durante la Segunda República española, que estuvo en vigor la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, derogada por Ley de 23 de septiembre de 1939. Pues la Ley de Matrimonio Civil de 1870 mantuvo el principio de la indisolubilidad del matrimonio, a pesar de establecer como obligatorio el matrimonio civil.

⁸ García Cantero, Comentario al artículo 97, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I., 436-439 (Edersa, Madrid 1982).

⁹ Roca Trias, E., Comentario al artículo 97, en *Comentario del Código Civil*, T. I., 404 (Ministerio de Justicia, Madrid 1991)

No se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo consiste en la pérdida de las expectativas de todo tipo que derivan del matrimonio.

A. El desequilibrio económico

Como primer requisito y primordial, que debe subyacer en toda pensión compensatoria, está el desequilibrio económico que ha de producirse en uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, originado por la separación o el divorcio. Desequilibrio que ha de ser veraz y probar la parte que lo pide.

Desequilibrio que, necesariamente, tiene, en opinión de Rams¹⁰, que:

Producir un empeoramiento de la situación de quien resulta deudor, pero esto no debe suponer que la parte favorecida con la corrección vaya a obtener, con ocasión de la ruptura, el goce de un caudal gastable igual a la mitad de lo que constituía la mitad de la economía familiar, sino otro bastante o muy inferior a ese punto y con dificultades objetivas para el reequilibrio que se señalan como circunstancias en el mismo precepto.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo señala que ha de entenderse por desequilibrio. Entre la más reciente jurisprudencia, las SSTS de 23 de enero de 2012 (1/2012)¹¹ y 4 de diciembre de 2012 (749/2012)¹², que en su FD Séptimo señala:

[. . .] por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cón-

¹⁰ Rams Albesa, J., Comentario al artículo 97 en *Comentarios al Código Civil* T. II. Vol. 1º, 1026 (José María Bosch Editor, Barcelona 2000)

¹¹ Ponente: J.A. Xiol Rius, que dice en su FD Tercero: “[. . .] Entre las más recientes, las SSTS de 22 de junio de 2011 [RJ nº 1940/2008] y 19 de octubre de 2011 [RC nº 1005/2009] resumen la doctrina de esta Sala sobre la naturaleza de la pensión compensatoria, en particular, respecto del concepto de desequilibrio. . . .”

¹² Ponente: J.A. Seijas Quintana.

yuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial.

Así como la STS de 17 de julio de 2009 (562/2009)¹³, que en su FD Segundo expresa que:

El artículo 97 CC establece una compensación para aquel cónyuge que sufra *un desequilibrio económico en relación a la posición del otro, que implique un empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio*, redacción dada por la Ley 15/2005, pero que no hace más que aclarar lo que decía la redacción de 1981. Ambas disposiciones parten de la base del desequilibrio económico, *que implique un empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio*. El artículo 97 CC concibe legalmente este derecho como reequilibrador para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio y sólo se acreditará cuando se pruebe la existencia de dicho desequilibrio patrimonial. No supone un mecanismo igualitario de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura. Esta doctrina ha sido mantenida de forma reiterada y unánime por esta Sala. Así la sentencia de 10 de febrero de 2005, repetida en las de 5 de noviembre de 2008 y 10 de marzo de 2009. [...] Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de incidencias determinantes en su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria (Sentencia de 2 de diciembre de 1987: . . . todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente (arts. 142 y ss. CC)). [. . .] De ello se deduce que no es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientes económicamente no hay pensión en ningún caso, porque a pesar de ello, puede haber desequilibrio. Solo dejará 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.

¹³ Ponente: E. Roca Trías.

Desequilibrio, que como muy acertadamente matiza Cabezuelo¹⁴ origina que “no toda diferencia entre las posiciones económicas que ostentan los cónyuges es susceptible de ser calificada como desequilibrio pues, no todas se encuentran enraizadas en el matrimonio y, por consiguiente, estando ligadas a factores ajenos o extraños, no generan el derecho a percibir la pensión”. Y que en opinión de Lasarte Y Valpuesta¹⁵, tesis que ha sido seguida por un amplio sector de la doctrina:

Esta neta separación que parece imponer la norma entre *desequilibrio y circunstancias* puede tener consecuencias realmente importantes. Pues podría generar la impresión de que la simple celebración del matrimonio es causa suficiente para reconocer sin más a los cónyuges un derecho de *nivelación* en su situación económica, que cobraría virtualidad, una vez acontecida la separación o el divorcio, a través del derecho a la pensión. Ello se pondría de relieve, sobre todo, en los supuestos límites de gran desigualdad patrimonial entre los cónyuges en el momento de contraer matrimonio. Por todo lo dicho, parece conveniente propugnar una interpretación integradora del artículo 97, y con esta idea se ha insistido reiteradamente en que la pensión debe ser consecuencia fundamentalmente de las condiciones en que se ha desarrollado la vida conyugal, lógicamente apreciadas desde el punto de vista de su trascendencia económica.

Desequilibrio entre la posición económica de los cónyuges, que no tiene porqué ser desigualdad, y que habrá de determinar la autoridad judicial teniendo en cuenta no sólo las circunstancias preceptuadas en el párrafo segundo del artículo 97, sino que también habrá de examinar:

La economía de conjunto o familiar y la particular de cada uno de los cónyuges proyectada a posteriori, de otro modo no se puede hablar de desequilibrio y menos de empeoramiento, pues aunque ambos conceptos sean inevitablemente subjetivos no pueden formularse apriorísticamente, sino tan sólo a la vista de los datos económicos probados a instancia del cónyuge que pretende en convertirse en pensionista del otro¹⁶.

Así como el régimen económico que ha regido durante el matrimonio, pues deberá tenerse en cuenta entre los diversos factores que determinan la concurrencia del

¹⁴ Cabezuelo Arenas, A. L., *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código civil. Estudio jurisprudencial y doctrinal*. Edit. Aranzadi, 2002, p. 49.

¹⁵ Lasarte Álvarez, C., y Valpuesta Fernández, R., Comentario al artículo 97 en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil, 767*, (Edit. Civitas, Madrid 1982).

¹⁶ Rams Albesa, J., Comentario al artículo 97 en *Comentarios al Código Civil T. II*, Vol. 1º, 1029, (José María Bosch Editor, Barcelona 2000).

desequilibrio. Aunque como considera la STS de 8 de mayo de 2012 (279/2012)¹⁷, en su FD Segundo:

[. . .] De aquí cabe deducir que el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Sólo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio, si bien entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, debe también incluirse el régimen de bienes.

Desequilibrio que ha de producirse y, valorarse en el momento de la ruptura de la convivencia matrimonial y no en momento posterior alguno. Por lo que habrá de tener en cuenta las circunstancias de ese momento y no de otro, ni las previsibles en un futuro.

En este punto es muy clara y precisa la doctrina jurisprudencial. Entre otras, la STS de 9 de febrero de 2010 (10/2010)¹⁸ que en su FD Tercero estima que: “1º. Debe recordarse en primer lugar que esta Sala ha entendido que el desequilibrio económico que da lugar a la pensión compensatoria debe haberse producido en el momento de la crisis matrimonial. Así, la sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 2008 dice que es necesariamente [. . .] *al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía*. Al igual que la STS de 19 de octubre de 2011 (720/2011)¹⁹, y la STS de 23 de enero de 2012 (1/2012)²⁰, cuyo FD Tercero considera: “[. . .] dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurrió la crisis matrimonial”.

B. Carácter dispositivo

Otra característica de la pensión compensatoria es su carácter dispositivo, ya que es una medida sujeta a la voluntad de las partes y no apreciable de oficio por el Juez, siendo necesario que se solicite de forma expresa por el cónyuge que lo alega. Bien porque lo acuerden los cónyuges en el convenio regulador o, porque lo pida uno de ellos en la demanda de separación o divorcio. Así lo considera la STS de 17 de julio de 2009 (562/2009)²¹, en su FD Segundo:

¹⁷ Ponente: E. Roca Trias.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Ponente: E. Roca Trias, cuyo FD Tercero considera: “[. . .] 2ª. El desequilibrio que da lugar a la pensión 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 acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial”.

²⁰ Ponente: J. A. Xiol Rius

[...] Se trata además de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal puesto que, según afirma la propia Sentencia de 2 de diciembre de 1987 «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).

A *sensu contrario* hay que preguntarse si los cónyuges pueden renunciar a la pensión compensatoria. Desde mi punto de vista, es posible en el momento en que tenga lugar la separación o el divorcio, pues al no tener carácter imperativo se aplica el principio de la autonomía de la voluntad. Pero, más que ante una renuncia expresa, en la mayoría de los casos, existe una renuncia tácita ya que los esposos no lo pactan en el convenio ni la solicitan en la demanda de separación o divorcio. Así la STS de 2 de diciembre de 1987 (7718/1987)²² que en su FD Segundo considera: “[...] porque cuando no existe petición expresa de un derecho facultativo o dispositivo y este tampoco se desprende de la *causa petendi*, el órgano jurisdiccional ha de sujetarse a lo solicitado . . .”.

Pero, ¿cabe la renuncia con anterioridad a que se produzca una situación de crisis matrimonial, porque los esposos lo acuerden bien en capitulaciones matrimoniales o en otro tipo de pacto? En este punto la doctrina no mantiene una postura unánime, y esgrimen distintos argumentos para admitir o negar su validez.

Se ha sostenido que, realizándose el pacto antes de la ruptura de la convivencia, momento en que debe apreciarse la existencia o no de desequilibrio, es de todo punto imposible que los actos previos a ese momento puedan considerarse actos de renuncia a la pensión, que vinculen a la recurrida dado que fueron realizados sin tener consciencia de ese ulterior y eventual derecho. En esta línea se defiende que no es posible renunciar a un derecho que todavía no ha nacido. Sin embargo, parece haber tomado peso la línea que sostiene la validez y eficacia ulterior de la renuncia, bien por imbricar el supuesto en una exclusión voluntaria de la ley aplicable por las partes, admisible en los términos del art. 6.2º CC, bien por subrayar que el Derecho español admite, en el art. 1271.1º CC, que sean objeto de contrato los bienes o derechos futuros²³.

En una línea intermedia, que comparte Díaz Martínez²⁴:

²¹ Ponente: E. Roca Trias.

²² Ponente: E. Fernández-Cid de Temes.

²³ Díaz Martínez, A., Comentario al artículo 97, en *Comentarios al Código Civil*, T. I., 1029 (Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2013).

Se argumenta, vinculando la eficacia de la renuncia a la prestación de un consentimiento perfecto, que si se renuncia a la pensión compensatoria desconociendo las circunstancias que concurrirán en el tiempo de la ruptura conyugal, siendo el cambio relevante y de imposible previsión en el momento del acuerdo, se debe entender que el consentimiento se prestó sobre bases erróneas y, en consecuencia, se debería poder analizar el desequilibrio libremente sin vinculación judicial en el pacto previo de renuncia. Con esta misma orientación, se considera que la renuncia no será vinculante si se tenía un conocimiento equivocado de las circunstancias económicas de la otra parte, es decir, del cónyuge o futuro cónyuge.

Por otro lado defiende la renuncia libre y voluntaria y de forma consciente por una de los cónyuges, Forcada Miranda²⁵ y dice que ello:

Impedirá su obtención ulterior. Se trata de una medida que nace con la resolución que la fija, aun por referencia a un desequilibrio anterior pero constatado fácticamente al momento de su fijación y no con anterioridad y que integra una obligación de pago transmisible mortis causa, siendo destacable su carácter excepcional reiterado en numerosas resoluciones judiciales.

III. Determinación y fijación de la pensión compensatoria

El régimen económico es relevante, aunque no determinante, para la fijación y cuantía de la pensión compensatoria, sí es que ha lugar a ésta. Pues si el régimen es el de sociedad de gananciales o el de participación origina, en principio, que la situación de desequilibrio económico sea menor entre los cónyuges o ex-cónyuges, que la que se puede presentar ante un régimen de separación de bienes, donde los patrimonios de ambos esposos son totalmente independientes durante la vigencia del mismo, y en la liquidación ninguno participa de las ganancias del otro o de ambos. Lo que no es óbice para que exista pensión compensatoria con independencia del régimen que rija constante matrimonio.

Cabe reseñar la STS de 8 de mayo de 2012 (279/2012)²⁶, cuyo FD Segundo considera:

[. . .] Cuando los cónyuges se encuentren en separación de bienes debe demostrarse que la separación o el divorcio producen el desequilibrio,

²⁴ *Id.*

²⁵ Forcada Miranda, *Novedades en la pensión compensatoria. La compensación por desequilibrio, Novedades legislativas en materia matrimonial*, Rev. Estudios de Derecho Judicial 130-2007, 105 y 106 (2007)

²⁶ Ponente: E. Roca Trias.

es decir, implican *un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio* a los efectos de la pensión, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto. De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes como en uno de separación.

Tras la separación o divorcio procede la disolución del régimen económico matrimonial, si el que impera entre los cónyuges es el de gananciales²⁷ o el de participación, a tenor de los artículos 1392 y 1415 del Código civil. Disuelto el régimen se procederá a su liquidación, que también puede tener lugar si los esposos han pactado el de separación, siempre que haya bienes que pertenezcan *pro indiviso* a ambos consortes.

Realizada la liquidación y división de los bienes se conocerá el montante que corresponde a cada uno de los esposos, teniendo en cuenta el régimen que ha presidido el matrimonio. Y tras la adjudicación de los bienes habrá de estimarse su posición económica²⁸, que junto con las circunstancias del párrafo segundo del artículo 97 del Código civil, determinará si la separación o divorcio causa un desequilibrio económico en algunos de los cónyuges, y consecuentemente si procede o no pen-

²⁷ Señala Rams Albesa J. que:

La liquidación y partición de la sociedad de gananciales, a pesar de introducir algunas innovaciones como las atribuciones preferentes, está, como apuntaba, excesivamente cercana a unos precedentes que tienen su fundamento en la contemplación como supuesto ordinario de disolución del régimen la muerte de uno de los cónyuges y para los cuales no se preveían más elementos conflictivos que los que pueden aportar los acreedores del consorcio – hoy desmesuradamente acrecidos por el legislador en sus legítimas pretensiones -. Es decir, se ha mantenido una especie absurda de ausencia de conflictividad, porque así parece deducirse de la pura estadística, ya que es cierto que en su gran mayoría las sociedades de gananciales se extinguen todavía por muerte de uno de los cónyuges y con significativa armonía en estas operaciones entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto. . . . *La sociedad de gananciales*, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 623-624 (Madrid 2010)

²⁸ Cabe destacar la STS de 8 de mayo de 2012 (279/2012), de la que fue ponente E. Roca Trias, que en su FD Segundo dice:

[. . .] El art. 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 tiene en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno de 19 de enero. [. . .] De aquí cabe deducir que el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Sólo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio, si bien entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, debe también incluirse el régimen de bienes.

sión compensatoria. En este sentido, la STS de 19 de enero de 2010 (327/2010)²⁹ considera:

[...] 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”.

Aunque “el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales no implica un incremento de su fortuna ya que la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial)³⁰

Una vez conocido si existe o no desequilibrio, teniendo en cuenta las circunstancias del párrafo segundo del artículo 97, habrá de fijarse el importe de la pensión compensatoria, que pueden haber pactado los esposos en el convenio regulador o, en su defecto, al Juez en la sentencia³¹ siempre que lo haya solicitado uno de los cónyuges en la demanda de separación o divorcio. De lo que no cabe duda es que una convivencia matrimonial corta, como ocurre en muchos supuestos hoy en día, no llega a producir un desequilibrio, y consecuentemente no origina una pensión compensatoria, o se fija con un carácter temporal o limitado.

Respecto a la “dedicación pasada y futura a la familia”, regulada como regla 4ª en el 2º párrafo del artículo 97, hay que valorarla en el sentido de que haya impedido o dificultado al cónyuge el llevar a cabo una actividad laboral fuera del hogar familiar, y consecuentemente la obtención de una remuneración económica, o bien que ésta haya sido escasa. Matiza Díaz Martínez³²:

²⁹ Ponente: E. Roca Trias.

³⁰ Así lo ha considerado el FD Tercero de la STS de 23 de enero de 2012 (1/2012), cuya ponencia correspondió a J. A. Xiol Rius.

³¹ La STS de 22 de junio de 2011(434/2011), de la que fue ponente J.A. Xiol Rius, en su FD Tercero considera:

La expresada naturaleza y función de la pensión compensatoria obligan al órgano judicial a tomar en cuenta para su fijación, cuantificación y determinación del tiempo de percepción, factores numerosos, y de imposible enumeración, entre los más destacados, los que enumera el artículo 97 CC. Estos factores o circunstancias tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión (STS de 19 de enero de 2010, de Pleno [RC n.º 52/2006], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007] y 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008]). Por último, operan también estos factores para poder fijarla con carácter vitalicio o temporal, pues permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para este juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre”.

La dedicación a la familia no sólo se valora en relación al tiempo de convivencia matrimonial sino también hacia el futuro, en relación con la atribución de la custodia de hijos menores a uno de los cónyuges, si esta circunstancia afectara a su incorporación al mundo laboral o le obligara a reducir su dedicación, con los correspondientes efectos salariales. Parece adecuado valorar de forma independiente la existencia de hijos con necesidades de atención especiales por motivos de discapacidad, que podrían incidir necesariamente en las posibilidades de dedicación al trabajo del progenitor que se encargue más directamente de su cuidado.

La STS de 23 de enero de 2012 (1/2012)³³, expresa en su FD Tercero:

[. . .] Al constituir finalidad legítima de la norma legal colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender, de una parte, que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia. . . .

En cuanto a la regla 8ª:

El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, tiene un sustrato patrimonial y no ha de entenderse como mecanismo simplemente igualador de las fortunas de ambos cónyuges, de modo que se conciba el matrimonio como instrumento para participar automáticamente, tras la ruptura de la convivencia, en la mejor situación económica del otro. Obsérvese que han de tomarse en consideración no sólo las necesidades del cónyuge acreedor de la pensión sino también la del cónyuge deudor, no sólo para cuantificar la prestación sino incluso decidir sobre su procedencia o no³⁴.

La STS de 19 de enero de 2010 (864/2010)³⁵, distingue entre tesis objetivista y subjetivista. Considera su FD Sexto que:

³² Díaz Martínez, A., Comentario al artículo 97 del Código civil, en *Comentarios al Código Civil*, T. I, 1023 (Tirant lo Blanch, Valencia 2013)

³³ Ponente: J. A. Xiol Rius.

³⁴ Díaz Martínez, Ana, Comentario al artículo 97, en *Comentarios al Código Civil*, T. I., 1023-1024 (Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2013)

Es cierto, sin embargo, que el artículo 97 CC ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación. La que se denomina *tesis objetivista*, en cuya virtud, el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión; según esta concepción del artículo 97 CC, las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo de dicho artículo serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada. La *tesis subjetivista* integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 CC determinan si existe o no desequilibrio económico compensable por medio de la pensión del artículo 97 CC. [...] La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal.

Siguen esta línea, decantándose por la tesis subjetivista, dos recientes sentencias del Tribunal Supremo³⁵, la de 16 de noviembre de 2012 (710/2012) que en su FD Primero señala:

[C]onforme a la cual el presupuesto de la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de los patrimonios de los cónyuges y exige la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica, que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura, debiéndose tener en cuenta entre otros factores

³⁵ Ponente: E. Roca Trias.

³⁶ De ambas sentencias ha sido ponente J. A. Seijas Quintana.

la edad, duración efectiva de la convivencia matrimonial, dedicación pasada y futura al hogar y los hijos, estado de salud y el trabajo que desempeñe o pueda desempeñar el acreedor, todo ello para decidir si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria, cual es la cuantía y si la pensión debe ser definitiva o temporal". Y la de 4 de diciembre de 2012 (STS 749/2012), que en su FD Cuarto estima: "[...] pues lo que se compensa, como ha quedado dicho, es el sacrificio o pérdida que para el cónyuge más desfavorecido derivó de esa mayor dedicación a la familia, en cuanto conste probado que esta dedicación le impidió acceder a legítimas expectativas o derechos económicos que podrían haber obtenido por su formación. Es decir, la mera independencia económica de los esposos no descarta la existencia de una situación de desequilibrio si los ingresos de uno y otro son absolutamente dispares y dicha disparidad es consecuencia de aquella pérdida y no de una diferente cualificación o experiencia profesional.

IV. Pensión compensatoria y pensión de alimentos

La pensión compensatoria no ha de equipararse ni confundirse con el derecho de alimentos que un cónyuge puede recibir del otro. Los alimentos o pensión alimenticia pueden, además, acordarse con carácter previo a la separación o al divorcio, y únicamente se fijan en la sentencia de separación, a tenor de los artículos 142 y ss. del Código civil, que regulan los alimentos entre parientes. Es el artículo 143 del mismo texto legal el que preceptúa la obligación recíproca de los cónyuges a darse alimentos; que será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, artículo 146; y que comprenden el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, artículo 142. Por ello, es necesario que uno de los cónyuges se encuentre en un estado de necesidad para que tenga lugar la pensión alimenticia, si así se ha fijado en el convenio regulador o en la sentencia de separación, al no extinguirse el vínculo matrimonial. Mientras que, el derecho de alimentos no tiene lugar en el divorcio, pues el matrimonio queda disuelto, en el momento en que se dicte la sentencia que ponga fin al vínculo matrimonial³⁷, con lo que desaparece esta obligación entre los que fueron esposos.

Por el contrario, la pensión compensatoria cabe en la sentencia de separación y en la de divorcio, pues su fundamento se encuentra en el desequilibrio económico que causa a uno de los esposos la cesación de la convivencia matrimonial, que im-

³⁷ Cabe citar la STS 23 de septiembre de 1996 (742/1996), de la que fue ponente J. Almagro Noste, cuyo FD Primero considera que:

[...] Producido el divorcio, dejan de ser cónyuges, desaparece la razón legal de alimentos, por esta causa, y la sentencia de alimentos pierde su eficacia, viniendo a regular la nueva situación el Derecho matrimonial y la sentencia de divorcio que a su amparo se dicta. La sentencia de esta sala de 29 de junio de 1988 había establecido, en efecto, que el divorcio al suponer el no man-

plique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, a pesar de que posea medios suficientes para mantenerse por sí mismo, y no se encuentre en un estado de necesidad. Y aunque excepcional, cabría que tras haberse decretado la separación judicial, a uno de los cónyuges se le otorgara pensión de alimentos y pensión compensatoria. Así se pronuncia la STS de 10 de marzo de 2009 (1130/2009)³⁸, cuyo FD primero dice:

[S]u naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria (Sentencia de 2 de diciembre de 1987 ...*todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente* (arts. 142 y ss. CC).

Lo que no cabe es que la pensión alimenticia fijada en la sentencia de separación se transforme en pensión compensatoria, si posteriormente se acude al divorcio, ya que la pérdida del derecho a los alimentos no es determinante para fijar la concurrencia o no de desequilibrio económico, y por tanto de pensión compensatoria. En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2010 (292/2010)³⁹ que en su FD Tercero considera:

tenimiento del matrimonio al haber sido disuelto, según claramente manifiesta el artículo 85 del Código civil, no genera en cuanto a los cónyuges divorciados causas de aplicación de los artículos 143, 150 y 152 del Código civil, referidos a los alimentos entre parientes, sino a la fijación de una pensión a establecer en la resolución judicial que acordó el divorcio, conforme se deduce de lo establecido en el artículo 97 del Código civil, que precisamente por su propia naturaleza, características y manera de fijarla no puede de hecho y jurídicamente confundirse con la prestación de alimentos, a lo que no obsta la referencia a los alimentos que se hace en el artículo 90 del Código civil, pues tal mención hay que entenderla con limitación a quienes, producida la extinción del vínculo matrimonial, siguen teniendo derecho a ellos, como concretamente sucede en relación a los hijos, dado que aquella radical ruptura del vínculo matrimonial en manera alguna hace perder la relación de filiación.

Al igual que la STS de 30 de octubre de 2012, (653/2012), cuya ponencia correspondió a J.A. Seijas Quintana, que señala en su FD Segundo:

[...] El derecho a percibir la pensión compensatoria nace de la sentencia que es constitutiva del derecho a percibirla y a la misma no pueden aplicarse los efectos previstos en el artículo 148 del CC, referida a los alimentos, según el cual éstos «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda. Así se expresa la doctrina constante de esta Sala (SSTS 14 de junio, 21 de julio y 26 de octubre de 2011).

³⁸ Ponente: J. Almagro Nosete.

2º [L]os alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas. Así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de necesidad (SSTS de 17 de octubre y 21 de noviembre de 2008 y 10 de marzo de 2009, entre otras). Es por ello que la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas”. Aunque, continúa la misma STS “3º. Puede haberse pactado una pensión de alimentos para uno de ellos, pensión que va a desaparecer con el divorcio a no ser que se haya acordado un contrato de alimentos (arts. 1791 ss CC) que los cónyuges pueden pactar en virtud de su autonomía...”

Sin embargo, es válido el que un cónyuge se reserve el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, sí venía percibiendo una pensión alimenticia que ocultaba un desequilibrio económico que ya existía en el momento de la ruptura matrimonial. Así la citada STS de 9 de febrero de 2010 que en su FD Tercero motiva:

4º [E]n este caso lo que ocurre es que el pacto sobre alimentos si se produce, como en el presente caso, puede ocultar el desequilibrio ya existente, que se va a poner de relieve con toda crudeza. Por tanto no se trata de que el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos.

V. La pensión compensatoria: definitiva o temporal

Una cuestión que se planteo es si la fijación de una pensión compensatoria, con carácter temporal estaba o no permitida en la ley, y si admitida cumplía la función reequilibradora entre los cónyuges, que es el fundamento de la misma.

Cuestión que tuvo sus defensores y detractores en la doctrina, y resoluciones contradictorias en las Audiencias Provinciales. Polémica que carece hoy de sentido, pues la Ley 15/2005, dio una nueva redacción al artículo 97, y regula que la compensación “podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única”. A diferencia de su redacción originaria, que únicamente se refería a pensión y la omisión de cualquier adjetivo le atribuyó un carácter

³⁹ Ponente: E. Roca Trías.

indefinido o vitalicio, debido, también, a las circunstancias en que ésta surgió.

Para la regulación del carácter temporal de la compensación han sido relevantes las sentencias de las Audiencias Provinciales, y fundamental la STS de 28 de abril de 2005 (307/2005)⁴⁰, dictada en interés casacional, cuyo FD Primero considera:

En la línea discursiva expresada se manifiesta la más reciente doctrina científica y jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y ahora este Tribunal, que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del artículo 97 CC, siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal [...] Se requiere que sea posible la previsión *ex ante* de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado *futurismo o adivinación*. El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación –como en realidad en todas las apreciaciones a realizar–, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que evitan la total desprotección.

Carácter temporal que una vez regulado en el Código civil, lo ha seguido la doctrina jurisprudencial en numerosas sentencias, siempre que se dieran las características precisadas por la ley.⁴¹ Cuyo FD Cuarto considera que:

La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala ... que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijadas por las sentencias de 10 de febrero de 2005, como por haberse manifestado también posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC, estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

⁴⁰ Ponente: I. Sierra Gil de la Cuesta

⁴¹ SSTs de 19 de diciembre de 2005 (1024/2005); 17 de octubre de 2008, 21 de noviembre de 2008 (1113/2008), 17 de julio de 2009 (562/2009), 29 de septiembre de 2009, 19 de enero de 2010 (864/2010), 9 de febrero de 2010 (10/2010), 28 de abril de 2010, 29 de septiembre de 2010, 4 de noviembre de 2010, 14 de febrero de 2011, 22 de junio de 2011, 5 de septiembre de 2011 (624/2011), 23 de enero de 2012 (1/2012); 23 de octubre de 2012 (6683/2012) y 15 de junio de 2011 (472/2011)

No obstante, la fijación de la pensión compensatoria con carácter temporal es una posibilidad no una obligación, de modo que la entrada en vigor de la reforma de 2005 no impone revisar un pronunciamiento anterior, favorable a su carácter vitalicio, que encontrara adecuada justificación en las circunstancias fácticas valoradas en ese momento, no revisables en casación. El mero trascurso del tiempo no es causa de extinción de la pensión ni presupone la desaparición de la situación de desequilibrio que fue causa de su adopción, el cual se afirma como hecho probado, aún subsistente. En este sentido se han manifestado numerosas sentencias del Tribunal Supremo⁴².

Sin embargo, cabe que la pensión vitalicia se transforme en temporal, porque las causas que originaron su nacimiento han desaparecido total o parcialmente, dando lugar a una modificación en la compensación. En este sentido, la STS de 20 de Diciembre de 2012 (799/2012)⁴³, cuyo FD Tercero considera:

[E]s el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida –vitalicio–. Es cierto que esta transformación de la pensión vitalicia en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y, alcanzarse por tanto la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 27 de junio de 2011, 23 de octubre de 2012, entre otras).

⁴² Las SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008 (5166/2008; 5363/2008), mencionadas por las de 28 de abril de 2010 (2165/2010) y 4 de noviembre de 2010 (7208/2010), y la más reciente de 23 de octubre de 2012 (622/2012), de la que es ponente, J.A. Seijas Quintana, y cuyo FD Segundo considera:

[. . .] que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico e irracional, o cuando se asiente en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

⁴³ Ponente: J. A. Seijas Quintana.

VI. ¿El cónyuge en situación de desequilibrio tiene derecho, siempre, a la pensión compensatoria?

Otra cuestión que se ha suscitado en torno a la pensión compensatoria, es si el cónyuge, al que le produce un desequilibrio económico la separación o el divorcio, en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a la compensación, sin tener en consideración los motivos que han originado la crisis matrimonial. Es decir sí, un cónyuge puede ser acreedor de la compensación porque pruebe y alegue que existe alguna de las circunstancias preceptuadas en el párrafo segundo del artículo 97 del Código civil, sin tener en cuenta su conducta durante el matrimonio, y que ésta desembocara en la separación o al divorcio.

Respecto a este punto, ya dijo García Cantero⁴⁴, aunque no significa que estuviera de acuerdo: “La pensión es ajena a toda idea de culpabilidad en el proceso de divorcio, adoptando los caracteres de una responsabilidad objetiva, o si se quiere, por riesgo”. En el mismo sentido la STS de 17 de julio de 2009 (562/2009)⁴⁵ que considera en su FD Segundo: “[...] Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de incidencias determinantes en su fijación) [...]”.

Que pueda ser acreedor de la compensación el cónyuge que fue culpable de la crisis matrimonial, o que con su conducta provocó la separación o el divorcio, a pesar de que no lo rechaza la ley, y es recogido por la jurisprudencia, produce un rechazo casi unánime en la doctrina civil. Lacruz⁴⁶ manifestó que:

Esta *filosofía* aséptica de la pensión compensatoria tiene – al menos, para quien esto escribe– el inconveniente de que, de otorgar el mismo trato al bien y al mal, se pasa a pensar que el bien y el mal no existen. El cónyuge que con sus vicios o/y su crueldad hace imposible la subsistencia del matrimonio, por ejemplo, conforme a este principio es acreedor a la pensión compensatoria si es más pobre, siempre que no viva luego maritalmente. ¡Cosa veredes! La pensión presenta, así, una doble faz: para el cónyuge más pobre es un incentivo al divorcio, al asegurarle, una vez divorciado y libre de los deberes conyugales, la misma protección económica, y ello aunque sea el causante de la ruptura: quien ha abandonado a la familia, por ejemplo. Para el cónyuge rico es una barrera, pues sabe que si pide el divorcio, por graves que sean las culpas del otro, habrá de compartir

⁴⁴ García Cantero, G., Comentario al artículo 97 en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. II, 439 (Edit. Edersa, 1982)

⁴⁵ Ponente: E. Roca Trias.

⁴⁶ Lacruz Berdejo J. L. Y Sancho Rebullida, F., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Fascículo segundo, 262 (Librería Bosch, 1982)

con él sus ingresos. Por supuesto, la culpabilidad tampoco constituye una ventaja a estos efectos: el cónyuge inocente tiene asimismo, en caso de desequilibrio económico desfavorable a él, derecho a la pensión. Queda, con todo, un recurso para interpretar de un modo más humano el artículo 97, y es la explicación que da de que las circunstancias que expresa se tendrán en cuenta *entre otras*, es decir, no solo ellas. La pensión – dice el principio de este precepto, *se fijará en la resolución judicial teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias*. Es una cláusula que valdrá para lo que quiera el juez o el tribunal, y que, por tanto, nada garantiza en firme al justiciable, pero podrá ser aprovechada para introducir en la ley consideraciones de decencia y honestidad en las que seguramente está de acuerdo la gran mayoría de la gente.

Al igual que para Lasarte⁴⁷:

La opción técnica seguida por el legislador de 1981 no deja de ser llamativa y ha suscitado – y sigue suscitando– asombro en la ciudadanía y entre los propios juristas, incluso entre los más relevantes. Añade que hay un dato importante en el *iter* legislativo de la norma que desaconseja la pretensión de incluir en el inciso *entre otras* del artículo 97 los referentes a la culpabilidad en la crisis matrimonial: en la elaboración parlamentaria de la Ley, hasta su salida del Congreso de los Diputados, el Proyecto de Ley recogía como primera circunstancia a tener en cuenta por el Juez *los hechos que hubiesen determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos*. Con ello no se consagraba en absoluto el régimen de separación o divorcio-sanción, pero se tenía en cuenta la idea de la culpabilidad en la crisis matrimonial en relación con la fijación o el establecimiento concreto de la pensión. Esto es, en contra de cuanto ocurre en Derecho francés, no se pretendía imponer necesariamente al cónyuge causante de la crisis matrimonial la pérdida del derecho a la pensión, pero al menos se expresaba la necesidad de valoración de tales hechos por el Juez al efecto de condicionar la posible concesión y, en su caso, cuantía de la pensión.

La radical supresión de dicho inciso en la tramitación parlamentaria seguida en el Senado permite concluir que los hechos motivadores de la ruptura conyugal deberán ser intrascendentes en relación con la pensión económica contemplada en el artículo 97.

En tal sentido, además, parece pronunciarse de forma reiterada la jurisprudencia de las AT (hoy TSJ) que, en más de una ocasión, han exigido de forma expresa desconectar el tema de la pensión de la conducta de los cónyuges en la crisis matrimonial.

⁴⁷ Lasarte Alvarez, C., *Principios de Derecho Civil IV, Derecho de Familia, 157-159* (Edit. Marcial Pons, Madrid 2007)

Con todo, la conclusión irrefutable de que el factor de la culpabilidad de cualquiera de los cónyuges en la crisis matrimonial es irrelevante respecto de la pensión o compensación regulada en el artículo 97 CC, no deja de ser una pieza extraña o relativamente extravagante en nuestro *sistema familiar*.

Efectivamente, el artículo 97 del Código civil no contempla la culpabilidad del esposo receptor de la pensión compensatoria como una de las incidencias determinantes para que no se fije. La Ley 15/2005 ha suprimido las causas de separación y divorcio reguladas en los antiguos artículos 82 y 86 Código civil. Por lo que el divorcio y la separación se decretarán cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81 del mismo Texto legal.

Desde la aprobación de la Ley 30/1981, que fue la que introdujo la pensión compensatoria, un cónyuge podía ser acreedor de ésta, a pesar de haber sido declarado culpable en la sentencia de separación o divorcio. Pues, tanto una como otro podían ser causales, por mutuo acuerdo de los cónyuges o porque uno lo pidiera y el otro lo consintiera. De ello fue consciente el legislador, ya que se presentó una enmienda para incluir como circunstancia en la valoración de la pensión "...el incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales", enmienda que no prosperó⁴⁸. Tras la aprobación de la Ley 15/2005, también, un esposo tiene derecho a percibir la compensación, aunque el divorcio o separación haya sido solicitado unilateralmente por él, o su conducta suponga un riesgo para la vida, integridad física o moral, libertad e indemnidad sexual del otro o de los hijos. Debido a que no se ha modificado el precepto en este sentido. No obstante, se ha añadido en la nueva redacción del artículo 97 la regla 9ª que señala: "Cualquier otra circunstancia relevante", que aunque hace referencia a cualquier otro motivo para determinar el desequilibrio y consecuentemente fijar la compensación. No obstante, a mi entender, el Juez amparándose en ella podría valorar la conducta del cónyuge y denegarle la compensación, a pesar de que se den alguna de las otras circunstancias del artículo 97 del Código civil.

Tanto antes como ahora no me parece justo ni equitativo, que el cónyuge, causante de la separación o el divorcio, o que lo pida de forma unilateral, reciba una

⁴⁸ En el iter parlamentario se presentó una enmienda, la nº 35 por el Grupo Parlamentario Mixto, al artículo primero, ocho. De adición. Texto que se propone: Al final del apartado 9º de la redacción propuesta al artículo 97 del Código Civil, se añade lo siguiente "...entre ellas el incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales". Justificación: Pese a erradicarse la concepción del divorcio causal, entendemos que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 67 y 68 del Código Civil puede ser valorado a la hora de fijar las pensiones sin que ello suponga introducir de nuevo el divorcio-sanción en nuestro ordenamiento jurídico. Enmienda que no prosperó, aunque considero que hubiera sido aconsejable su aceptación.

pensión compensatoria, excepto en aquellos supuestos en que la solicitud se deba a una mala o reprochable conducta del otro. Por lo que me adhiero a la propuesta hecha por Lasarte⁴⁹, que nula repercusión ha tenido en la última reforma del artículo 97, y dice:

Desde el punto de vista de *lege ferenda* y realizando un análisis de orden axiológico, creemos que resulta excesivo reconocer el derecho a la pensión al cónyuge que por su sola conducta sea responsable de la ruptura conyugal. En otras palabras, el inciso suprimido en el Senado en la elaboración parlamentaria de la Ley 30/1981, debió mantenerse, en evitación de conductas abusivas.

VII. Modificación de la pensión compensatoria

La pensión compensatoria “sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge”, conforme al último inciso del artículo 100 del Código civil. El precepto es taxativo al señalar que “sólo”, pero seguidamente indica “alteraciones sustanciales”, y al no especificar cuales, cabe alegar todas aquellas que los cónyuges consideren que inciden en su cambio de fortuna. Y será el Juez el que tenga que considerar si procede su modificación, porque han cambiado las circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento.

Alteración en la pensión compensatoria que es independiente de la bases de actualización y de las garantías para su efectividad que se dictaran en la resolución judicial donde se fije la pensión compensatoria, a tenor de lo preceptuado en el último párrafo del artículo 97 del Código civil.

Es obvio, que será cónyuge obligado al pago de la pensión compensatoria el que pedirá la modificación, porque las causas que originaron su nacimiento han dejado de existir parcial o totalmente, circunstancias que ha de probar y darse en ese momento, no condicionarlas a una eventualidad futura. En este sentido, la STS 10 de enero de 2012 (627/2012)⁵⁰, que en su FD Tercero estima:

[P]uesto que la pensión compensatoria no es un instrumento o mecanismo de previsión anticipada de necesidades futuras, ni es posible al órgano judicial condicionar el reconocimiento de la pensión a una eventualidad futura como la pérdida de empleo, ni la futura obtención del mismo puede valorarse anticipadamente, como condición que permita privar del derecho a la beneficiaria que acceda al mercado laboral.

⁴⁹ Lasarte Alvarez, C., *Principios de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, 159 (Edit. Marcial Pons, Madrid 2007)

⁵⁰ Ponente: J. A. Xiol Rius.

Modificación de la pensión compensatoria, que sí procede, en muchos casos, supondrá la transformación de una pensión vitalicia en temporal, como lo ha considerado la STS de diciembre de 2012 (799/2012),⁵¹ en su FD Tercero: “[...] Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida –vitalicio–”.

VIII. Extinción de la pensión compensatoria

La extinción del derecho a la pensión compensatoria está regulada en el artículo 101 del Código civil. El párrafo primero enumera las causas, y son: “el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”.

Causas con las que estoy absolutamente de acuerdo, pues no hay razón para que se continúe percibiendo una compensación si se produce alguna de estas circunstancias. En el primer supuesto porque desaparecido el desequilibrio, fundamento de toda pensión, concluye la causa que lo origina y por tanto ha de producirse la extinción de la misma⁵². Y en los dos supuestos siguientes, porque no parece adecuado que si el cónyuge acreedor vuelve a casarse o vive maritalmente, su antiguo cónyuge continúe “pagando sus gastos o parte de ellos”, a pesar de que con su nueva situación no mejore su posición económica o incluso empeore. Sin olvidar que el cónyuge que contrae nuevo matrimonio, alcanza el *status* de casado y, “el motivo se circunscribe a la pensión que se percibe en *estado* de divorciado⁵³”.

Me llama la atención, que no se haya señalado el motivo fundamental, y que no ofrece ninguna duda, de extinción de la pensión compensatoria como es la muerte del cónyuge acreedor, aunque por ser tan obvio, se puede decir que innecesario.

Las tres causas que dan lugar a la extinción de la compensación tendrán que ser alegadas por el cónyuge deudor, ya que el acreedor se abstendrá de manifestarlos. De los tres, la que plantea menor dificultad en cuanto a la prueba es haber contraído

⁵¹ Ponente: J.A. Seijas Quintana.

⁵² La STS de 3 de Octubre de 2011 (700/2011), de la que fue ponente J.A. Xiol Rius, consideró que no procedía la extinción pues no ha cesado la causa que lo motivó, y en su FD Quinto expone: “[...] se ha de descartar también la posibilidad de extinguir una pensión concedida con carácter vitalicio atendiendo únicamente al mero trascurso del tiempo y no al dato objetivo de la subsistencia o no del desequilibrio que lo motivó. [...] la extinción ulterior de dicho derecho quedaba constreñida a la concurrencia de alguna de las causas que se recoge en el artículo 101 CC, entre las cuales no aparece el mero trascurso del tiempo, sin que resulte admisible ligar automáticamente el discurrir del tiempo con la desaparición de la situación de desequilibrio que motivó su reconocimiento...”.

⁵³ Rams Albesa, J., Comentario al artículo 97 en *Comentarios al Código Civil*, T. II. Vol. 1º, 1034 (José María Bosch Editor, Barcelona 2000)

nuevas nupcias, aunque a veces se puede complicar si se ha omitido la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, como de hecho ha ocurrido en alguna ocasión si el posterior matrimonio se ha celebrado en forma canónica.

En relación a que ha de entenderse como “vivir maritalmente con otra persona”, para que cause la extinción de la pensión compensatoria, se ha pronunciado la STS de 9 de febrero de 2012 (42/2012)⁵⁴, que en su FD Cuarto dice:

Se ha intentado interpretar la disposición contenida en el art. 101.1 CC, que ahora resulta cuestionada en este litigio. En la doctrina se han mantenido dos posturas: la de quienes entienden que el Código civil utiliza la expresión *vivir maritalmente*, como equivalente a convivencia matrimonial, y la de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Esta misma discrepancia se ha producido en las sentencias de las Audiencias Provinciales. [...] Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión *vida marital con otra persona* puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones.

Respecto a los dos criterios que señala esta Sentencia del Tribunal Supremo, me inclino por el primero de ellos, esto es vivir maritalmente implica una convivencia matrimonial. Lo fundamento en las leyes de las Comunidades Autónomas que han regulado las parejas estables no casadas, y sobre todo en las de aquellas Comunidades que tienen un Derecho civil especial cuyas leyes han otorgado a los convivientes los mismos derechos que a los cónyuges. Sin embargo, para que se produzcan estos efectos es necesario reunir unos determinados requisitos, entre otros un periodo de convivencia que oscila entre uno o dos años, pero la relación y, por tanto, la convivencia ha de ser “de afectividad análoga a la conyugal” y “con independencia de su orientación social”. Al igual, que otras leyes de nuestro ordenamiento jurídico que reconocen derechos a parejas estables no casadas, exigiendo una convivencia marital, valga de ejemplo la Ley de Arrendamientos Urbanos en sus artículos 15 y 16. Y esta convivencia sólo tiene lugar, desde mi punto de vista, si es estable,

⁵⁴ Ponente: E. Roca Trias

entendiendo por tal que los miembros de la pareja vivan juntos de forma permanente, y no durante las vacaciones o cortos periodos de tiempo.

Por ello, me parece muy acertada la sentencia de la AP, sección 1ª de Valladolid, de 31 de mayo de 2010⁵⁵, con la que estoy totalmente de acuerdo, en lo relativo a la pensión compensatoria, a pesar de haberse reconocido la existencia de convivencia, estima en su FD Único:

a) [A]mbas partes coinciden en que cualquier relación no puede servir como causa extintiva como también es de concluir con criterios de interpretación jurídica vistos los términos en que aparece redactado el art. 101 que utiliza el vocablo “maritalmente”, que se ha mantenido en la reforma de 2005;

b) no queda demostrada de forma suficiente la existencia de una convivencia continuada y estable propia de una relación matrimonial;

c) para la existencia de una relación equivalente a la marital, debería haberse probado “*la existencia de un modo de vida en común que evidencie o exteriorice un proyecto compartido*”. Solo se prueba la existencia de una relación sentimental, de manera pública y en diversos vehículos y establecimientos hosteleros de esta ciudad y sus alrededores;

d) una relación de amistad íntima incluso con mantenimiento de relaciones sexuales y de cierta duración no puede ser calificada de marital si no va acompañada de ese detalle calificador de tener un proyecto común de presente y de futuro que no se constata en la relación mantenida [...] Lo probado sobre dicha relación sólo faculta para considerarlo como un ejercicio de su derecho a desenvolver su vida tras la separación matrimonial de manera libre, pues el percibo de una **pensión compensatoria** no le obliga a realizar una vida de aislamiento social, estándole permitido efectuar cualquier actividad que sirva a su realización personal entre la que debe incluirse el pleno desenvolvimiento de su libertad sexual sin conllevar la sanción del art. 101 CC sólo reservada a la celebración de un nuevo matrimonio o a la convivencia marital caracterizada por ese propósito[...].

No obstante, dos recientes SSTS, la citada de 9 de febrero,⁵⁶ y la de 28 de marzo de 2012 (179/2012)⁵⁷, de la que también es ponente la Excm. Sra. Roca Trias, se decantan por la segunda postura que entiende que cualquier tipo de convivencia

⁵⁵ Sentencia del recurso de apelación que estimo el recurso de la esposa. Posteriormente recurrió en casación el marido cuyo fallo es el de la STS de 9 de febrero de 2012, que casa en este punto la sentencia de la Audiencia.

estable extingue la pensión compensatoria. Y en estos supuestos existe una relación entre las partes que reconocen, aunque la convivencia no es continua ni permanente, ya que no viven en el mismo domicilio. Y ello trae como consecuencia la extinción de la pensión compensatoria.

La finalidad de que se introdujera esta causa como extinción de la pensión compensatoria se debe, como ha señalado la STS de 9 de febrero de 2012 en su FD Cuarto:

[E]vitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente sólo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor. El Código civil de Cataluña, también incluye esta causa de extinción de la que denomina prestación compensatoria en su art. 233-19.1.b), tal como lo había recogido el art. 86.1 c) CF.

Finalidad con la que estoy totalmente de acuerdo, ya que lo contrario daría lugar a que los que perciben una pensión compensatoria no contrajeran matrimonio en el caso de mantener una relación de estabilidad con otra persona para evitar la pérdida de la compensación. Y ello originaría que se favoreciera y primara las relaciones de parejas estables en detrimento de los matrimonios. Sin embargo, una relación entre dos personas, por muy afectuosa que sea, si no conlleva una convivencia estable, que es primordial en el matrimonio y que tiene su causa en la obligación de vivir juntos, artículo 68 del Código civil, considero que no ha de conllevar la pérdida de la pensión compensatoria, porque su relación no es igual al matrimonio. Es cierto que puede originar un fraude en algunos casos, aunque las relaciones que se contemplan en estos supuestos sólo han durado un año y medio y dos. Lo que no me parece un tiempo excesivo sobre todo porque no hay convivencia estable, y por tanto afectividad análoga a la conyugal para que haya de extinguirse la pensión compensatoria, pues ello impide a la personas el libre desarrollo de la personalidad, como proclama el artículo 10.1 de la Constitución española, tras una separación o divorcio. Aunque soy consciente de que al cónyuge deudor le parecerá tiempo suficiente, para pedir la extinción de la pensión, como así lo ha considerado el Tribunal Supremo.

⁵⁶ La convivencia de D^a F. con una tercera persona durante año y medio, que la propia implicada reconoció haberse producido y que la sentencia recurrida tiene por cierta, tuvo el carácter de *vida marital* a los efectos de extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el art. 101 del Código civil.

⁵⁷ “La ex esposa demandada y su hija reconocieron en el acto del juicio que la convivencia era real y que tenía una duración de dos años en aquel momento”.

El FD Quinto de la misma STS, 9 de febrero de 2012, señala una posición que comparto totalmente, y que ahorra cualquier comentario:

5º [L] a extinción de la pensión por la causa del art. 101.1 CC no puede considerarse una sanción, sino simplemente el cese de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que no debe olvidarse, ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex cónyuge, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio.

El párrafo segundo del artículo 101 del Código civil reza:

El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

Así, la muerte del cónyuge deudor de la pensión no causa su extinción, transmitiéndose a los herederos la satisfacción de la misma, deduciéndose que esta obligación no goza de la naturaleza de personalísima. No obstante, se marca un límite que consiste en la posible reducción o supresión si no hay bienes suficientes en la herencia o afecta a los derechos de la legítima, con el fin de no perjudicar los derechos de los herederos, que en la inmensa mayoría de los casos serán los hijos del cónyuge acreedor y del deudor.

IX. Pensión compensatoria y pensión de viudedad

La pensión compensatoria guarda una estrecha relación con la pensión de viudedad, desde la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social que, como señala su Preámbulo, introduce:

Modificaciones en las condiciones de acceso a la pensión de viudedad en caso de matrimonio [. . .] El acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código civil.

El artículo 5 de la Ley 40/2007, modifica la redacción del artículo 174 del Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y en su apartado tres punto 2, párrafo primero preceptúa:

En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedará extinguida a la muerte del causante.

A partir de la entrada en vigor de esta Ley se suprimió que, determinadas personas pudieran percibir una pensión de viudedad, a la que tenían derecho hasta ese momento. Para que una persona divorciada o separada judicialmente tenga derecho a pensión de viudedad es requisito *sine qua non* que tuviera fijada en el momento del fallecimiento de su cónyuge o ex cónyuge una pensión compensatoria. Quedan, por tanto, excluidos de la pensión de viudedad aquellos esposos a los que no se les hubiera establecido una compensación en la sentencia que puso fin al procedimiento matrimonial, al igual que aquellos a los que se les hubiera decretado una pensión compensatoria de carácter temporal y, se hubiera extinguido al tiempo del fallecimiento del causante.

Esto medida podría suscitar que, para que uno de los cónyuges no perdiera la pensión de viudedad en un futuro, se pactara en el convenio regulador una compensación, o se fijara por el Juez en la sentencia por exigua que fuera, sí se dieran las circunstancias establecidas en el párrafo segundo del artículo 97 del Código civil, sin ninguna oposición del cónyuge acreedor. Como acertadamente señala Muñoz García⁵⁸:

[C]onocido el verdadero alcance de la norma, no podemos dejar de considerar un hecho que sin duda pudiera llegar a un auténtico fraude de ley en el contexto de las pensiones de viudedad. Pensemos... que se pactó la pensión compensatoria con la única finalidad de preservar el derecho a una pensión de viudedad, y que no sólo ha habido voluntad de no pagar, sino que tampoco hubo intención de exigirla por el acreedor de la misma, constituyéndose eso sí, dicha pensión compensatoria ficticia, en una especie de *seguro de vida* para el sobreviviente.

De esta “picaresca” debió percatarse el legislador, pues la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en la Disposición Final Tercera punto diez, que modifica el primer párrafo del apartado

⁵⁸ Muñoz García, C., *Pensión compensatoria negociada. Repercusión sobre el devengo al derecho a la pensión de viudedad*, *Diario La Ley*, nº 7963, 4 (2012).

2 del artículo 174 del Texto Refundido de la LGSS, introduce como novedad: “En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última”. Establece, a continuación, la excepción:

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

En la misma Disposición Final Tercera, el punto catorce señala que se añadirá una Disposición Transitoria decimoctava al Texto Refundido de la LGSS, con la siguiente redacción sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, cuyo párrafo primero regula:

El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiado alguna de las condiciones siguientes: a) La existencia de hijos comunes del matrimonio; b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

Esta última norma, que entró en vigor el 1 de enero de 2010, mantiene el cobro de la pensión de viudedad, y lo supedita únicamente a aquellos cónyuges o ex cónyuges que percibieran una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante, consecuencia del desequilibrio económico que les había producido la separación o el divorcio, a tenor de lo preceptuado en la Ley 40/2007. Además, limita el *quantum* de la pensión de viudedad, que no podrá ser superior al fijado como pensión compensatoria. Establece una única excepción para los divorciados y separados judicialmente antes del primero de enero de 2008, pero con la exigencia de cumplir numerosos requisitos. Pues la duración del matrimonio ha de ser de diez

años como mínimo, y que entre la fecha de la sentencia de separación o divorcio y la de la muerte del causante no haya transcurrido más de diez años, además de la existencia de hijos comunes y que el cónyuge acreedor sea mayor de cincuenta años en el momento de la muerte del causante.

Medidas que son un ahorro para la Caja de la Seguridad Social, y que no dudo que fueran el objetivo de las mismas.

X. Indemnización en la nulidad matrimonial

La pensión compensatoria procede cuando se cumple lo preceptuado en el artículo 97 del Código civil, pero únicamente en los supuestos de separación y divorcio. Por el contrario, si se ha decretado la nulidad matrimonial, el artículo 98 regula una indemnización a favor del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, siempre que haya habido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.

Este precepto se refiere a una indemnización, que consistirá en una prestación única, aunque nada impide que se pueda pactar el pago del capital a plazos. Para que el cónyuge tenga derecho a la indemnización es requisito inexcusable la buena fe reflejada en la sentencia de nulidad matrimonial, y la mala fe del cónyuge deudor, aunque se debe partir de la buena fe en ambos esposos en virtud del artículo 7.1 del Código civil. Una vez declarada la buena fe, la cuantía de la indemnización se fijara de acuerdo con las circunstancias del párrafo segundo del artículo 97 del Código civil. Si hay buena fe en ambos cónyuges, considera la STS 10 de marzo de 1992 (STS 266/1992)⁵⁹, en su FD segundo:

[E]n estos casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el alegado artículo 98. Ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al artículo 1195 del Código Civil, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada. En los casos de mala fe de ambos, tampoco ha de aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia.

Indemnización que podría pensarse que se debe a la aplicación de las normas sobre matrimonio putativo del artículo 79 del Código civil⁶⁰. No obstante, el artículo 98 concede el derecho a una indemnización al cónyuge de buena fe, efecto que es posterior a la nulidad del matrimonio, y que por tanto no se encuentra entre los “ya producidos” que predica el artículo 79 para el contrayente o contrayentes de buena

⁵⁹ Ponente: A. Villagómez Rodil.

⁶⁰ Reza el artículo 79 del Código civil: “La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos o del contrayente o contrayentes de buena fe”.

fe. Por lo que me inclino, siguiendo a RAMS⁶¹ que esta indemnización, se basa en “que quien contrae un matrimonio nulo a sabiendas y con intención de dañar al otro cónyuge directa o indirectamente deberá indemnizar al **inocente** por los daños ocasionados”.

El cónyuge de buena fe tiene derecho a una indemnización derivada de la nulidad del matrimonio, y como consecuencia de ello a una pensión de viudedad, en virtud del artículo 5 de la Ley 40/2007, que modifica la redacción del artículo 174 del Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Precepto que en su apartado tres punto 2, párrafo tercero regula:

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.

Por lo que, también, la indemnización del artículo 98 del Código civil tiene una trascendencia en la percepción de la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad matrimonial.

⁶¹ Rams Albesa, J., Comentario al artículo 98 en *Comentarios al Código Civil*, T. II. Vol. 1º, 1033 (José María Bosch Editor, Barcelona 2000).