

UNIVERSIDAD DE CHILE

**2** 2008

Facultad de Derecho

Escuela de Graduados

Revista  
del **Magíster** y  
**Doctorado** en  
**Derecho**



# LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

**Cristián Luis Lepin Molina**

Abogado, Magíster en Derecho Privado, Ayudante de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Chile.

## **RESUMEN.**

Este trabajo tiene por objeto analizar los alcances de la institución de la pensión compensatoria en el derecho español, tanto en sus aspectos normativos, como en la doctrina y evolución jurisprudencial. Revisando su concepto, caracteres, naturaleza jurídica, requisitos, elementos, y sus formas de sustitución, de modificación y de extinción. Teniendo presente que es un antecedente de nuestra compensación económica, y un referente obligado en materia de derecho comparado.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

Uno de los grandes desafíos del derecho de familia ha sido intentar solucionar las importantes consecuencias económicas que genera el divorcio a los integrantes del grupo familiar, especialmente para las mujeres, quienes recién en los últimos años se incorporan, de manera significativa a las actividades laborales, pero según se aprecia en las estadísticas, en porcentajes aun bajos y con ingresos inferiores a los de los hombres.

De esta forma asumida la realidad que implica la ruptura matrimonial, y en la búsqueda de soluciones, en el derecho comparado se han intentado a través del establecimiento de las siguientes alternativas: fijando una pensión alimenticia o una indemnización por los perjuicios generados por la ruptura, y en algunos casos compatibilizando dichas opciones. Con carácter exclusivamente alimenticio, por ejemplo Suiza y Argentina, con carácter

indemnizatorio, Canadá, y combinando ambas posibilidades, denominadas mixtas, Alemania, Inglaterra y Dinamarca.

En España con la Ley 30/1981, de fecha 7 de Julio, se introduce la institución de la pensión compensatoria (también denominada pensión por desequilibrio), dicha ley modifica el régimen del matrimonio en el Código Civil Español y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio<sup>1</sup>.

## II. REGULACIÓN.

La pensión compensatoria está regulada en los arts. 97 a 101 del Código Civil, en estas normas, se establecen los requisitos, casos en que procede, la sustitución, modificación y el cese de la misma.

Sus antecedentes se encuentran en la legislación francesa, así Beatriz Saura Alberdi, señala “nuestra regulación de la pensión compensatoria tiene su precedente y origen directo en el Código Civil francés<sup>2</sup>, concretamente en la redacción introducida por reforma legislativa realizada en 1975, en la que se desdibuja el inicial carácter esencial del elemento de la culpa para la determinación del establecimiento de estas prestaciones compensatorias, admitiéndose su aplicación sin atender a la posible concurrencia de conducta susceptible de reproche. En este sentido, Leveneur consideraba que el legislador francés de 1975 pretendió separar, claramente, esta entonces innovadora prestación compensatoria respecto a la de alimentos. Se trataba, según el autor de evitar la dramatización culpabilística del divorcio, así como los posteriores conflictos derivados de esta obligación patrimonial periódica”<sup>3</sup>.

Cabe tener presente que la Ley 15/2005, modifica esta institución, principalmente porque ya no se hace referencia al derecho a la pensión, sino a la compensación, se resuelve un tema que en la práctica ya se había solucionado por vía jurisprudencial, el de si se podía establecer una pensión

<sup>1</sup> Sánchez González, María, **La Extinción del Derecho a la Pensión Compensatoria**, editorial Comares, Granda, 2005, pág. 5.

<sup>2</sup> Art. 270 a 285 del Code, disponible en [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)

<sup>3</sup> Saura Alberdi, Beatriz, **La Pensión Compensatoria; Criterios Delimitadores de su Importe y Extensión**, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, páginas 32 y 33.

temporal, y por último, se señala expresamente que la compensación se puede fijar tanto en el convenio regulador, como en la sentencia<sup>4</sup>.

### III. CONCEPTO.

Según Luis Zarraluqui la pensión compensatoria “es la cantidad periódica que un cónyuge debe satisfacer a otro tras la separación o el divorcio, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge (acreedor), en relación con el otro cónyuge (deudor), como consecuencia directa de dicha separación o divorcio, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio”<sup>5</sup>.

Para Herminia Campuzano, es “aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial- en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”<sup>6</sup>.

Se entiende que se trata de una prestación que pretende restablecer el desequilibrio que puede causar la ruptura matrimonial, así el art. 97 del Código Civil prescribe que *“el cónyuge al que la separación o el 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”*.

De esta forma, la ley española busca compensar al cónyuge que se encuentra en una posición de desequilibrio económico en relación con la

<sup>4</sup> Montero Aroca, Juan, **Separación y Divorcio, tras la Ley 15/2005**, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 203

<sup>5</sup> Zarraluqui Sánchez-Eznariaga, Luis, La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalización y sustitución, en [www.nuevodivorcio.com/pensioncompensatoria.pdf](http://www.nuevodivorcio.com/pensioncompensatoria.pdf) [visitado 15 de Noviembre de 2006]

<sup>6</sup> Campuzano Tomé, Herminia, **La pensión por Desequilibrio Económico en los casos de Separación y Divorcio**, editorial Bosch, Barcelona, España, 1986, pág. 28.

posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación que disfrutaba constante el matrimonio.

#### IV. CARACTERES.

Dentro de los principales rasgos distintivos de esta institución, podemos destacar los siguientes:

**1. Exclusión del criterio de culpabilidad.** Para la procedencia de este derecho no se atiende a la existencia de culpa por parte del deudor, ni tampoco, se considera su existencia en el juicio de separación o divorcio.

Así, la Audiencia Provincial de Orense, en sentencia de 1 de Julio de 1998, señala que "...en nuestro derecho la pensión que nos ocupa no se configura como una sanción al cónyuge culpable ni, en contra de lo que aquella parte alega, es su función colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en situación de igualdad de oportunidades a las que habría tenido de no existir el matrimonio. Su finalidad es resarcir el desequilibrio económico, que la cesación de la vida en común ocasiona a uno de los cónyuges en relación con la situación del otro, según resulta del artículo 97 del Código Civil, el cual, una vez acreditado el desequilibrio, establece parámetros a tener en cuenta para la determinación de la cuantía, independiente de cualquier idea de culpa..."<sup>7</sup>.

En el mismo sentido, Encarna Roca indica que "en los distintos métodos escogidos para solucionar este problema, destaca la eliminación de cualquier referencia a la culpa en las causas de la ruptura, especialmente en los sistemas de divorcio no culpable (non fault divorce). Baste decir aquí que el Derecho Español se alinea con esta tendencia y admite la pensión sobre la base de condiciones objetivas. El derecho a la pensión, por tanto, se desliga de la existencia de culpa en la producción de la crisis matrimonial"<sup>8</sup>.

**2. Es una obligación legal.** Derecho establecido en la ley para los casos de separación o divorcio, en que se acredite la existencia del desequilibrio económico, que es la causa que lo genera.

**3. Tiene carácter personalísimo.** En cuanto sólo corresponde al cónyuge (nunca a sus acreedores o herederos) a quien la ruptura matrimonial le ha generado un desequilibrio económico (Sentencia

<sup>7</sup> Sentencia citada por Saura Alberdi, Beatriz, op. cit., páginas 61 y 62.

<sup>8</sup> Roca Trías, Encarna, **Familia y cambio social (De la casa a la persona)**, editorial Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pág. 142

Audiencia Provincial de Tarragona, 11 de Abril de 1994), y en el marco de un juicio de separación o divorcio.

**4. Debe ser alegada o solicitada (principio de rogación).** Es decir, no puede concederse si no se solicita. Según Beatriz Saura “la pensión, consecuentemente con el principio de justicia rogada que preside nuestros procesos civiles, ha de ser solicitada en el pleito, en tanto no puede acordarse por el juez de oficio”<sup>9</sup>.

**5. Exigibilidad del derecho.** La obligación de pago de la pensión, a diferencia de lo que ocurre en el art.148.1 del Código Civil<sup>10</sup>, sólo es exigible desde que la sentencia de separación o de divorcio se encuentre firme y ejecutoriada, y así lo especifica la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de Diciembre de 1984, aclaratoria de que “los derechos regulados en los arts. 97 y 98 CC son conjuntos y simultáneos a la declaración judicial de disolución del vínculo matrimonial”<sup>11</sup>.

**6. Es renunciabile.** El carácter disponible de este instituto se complementa con el principio rogatorio, en el sentido que prima la autonomía de la voluntad de las partes, o en este caso del acreedor de tal derecho, a renunciar al mismo, incluso tácitamente al no solicitarlo.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 2 de diciembre de 1987, señala que “...es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales si se refiere la función tuitiva...Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregado al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sometimiento de la familia ni a la educación o alimentación de los hijos comunes ni a las cargas del matrimonio,

<sup>9</sup> Saura Alberdi, Beatriz, op. cit., pág. 65. En el mismo sentido, Lalana Del Castillo, Carlos, **La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio**, editorial Bosch, Barcelona, España, 1993, pág. 45; Zarraluqui Sánchez-Ezarrriaga, Luis, **Régimen jurídico de la pensión compensatoria**, editorial Lex Nova, Valladolid, 2ª. Edición, 2003, pág. 132. También Sentencia Tribunal Constitucional, Sala Civil, 6 de marzo de 1995, aunque existen fallos en sentido contrario, por aplicación del principio *iura novit curia*.

<sup>10</sup> El art. 148.1 del Código Civil Español, prescribe “*La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*”

<sup>11</sup> Saura Alberdi, Beatriz, op. cit., pág. 70.

salvaguardadas por otros preceptos; se pretende solo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio”.

Sin perjuicio, de lo señalado precedentemente, existen dos puntos que se discuten, el primero, dice relación con la posibilidad de renuncia anticipada, y el segundo, con la renuncia realizada en un juicio de separación.

La renuncia previa o anticipada, ya sea, anterior al juicio o incluso al matrimonio, entiéndase, en las capitulaciones matrimoniales, según Encarna Roca<sup>12</sup>, es perfectamente posible, al no tener naturaleza alimenticia, no se puede aplicar el art.151.1 CC<sup>13</sup>, cuando se reconoce a la pensión la naturaleza de derecho resarcitorio por un daño derivado de la separación o el divorcio, por lo que queda englobado en el derecho de las obligaciones, que permite la renuncia previa a las acciones de indemnización, art. 1102 CC, y en el caso de las capitulaciones matrimoniales, el art. 1328 CC, parece no eliminar esta posibilidad.

En contra, Gabriel García sostiene que “no es un derecho libremente disponible, es de derecho necesario (ius cogens), y en consecuencia no renunciabile. Sin embargo, estima que una vez concedida, es admisible su renuncia”<sup>14</sup>.

El segundo punto dice relación con la eficacia de la renuncia realizada en un juicio de separación, con respecto a un posterior juicio de divorcio. En este sentido, el desequilibrio que origina el derecho a la compensación se ha de producir a la fecha de terminación de la convivencia, por tanto es lógico que, si al momento de la separación se renunció, expresamente, al derecho a la pensión compensatoria, por no existir desequilibrio entre los cónyuges, parece lógico que un cambio sobrevenido no origine un posterior establecimiento de pensión compensatoria<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Roca Trías, Encarna. **Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**, t.2, Ed. Revista de Derecho Privado/Edersa, 2ª. Edición, Madrid, 1982, pág. 644.

<sup>13</sup> Art. 151.1 Código Civil español “No es renunciabile ni transmisibile a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco puede compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos”.

<sup>14</sup> García Cantero, Gabriel, **Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia**, artículos 97 a 101, v.1, Tecnos, Madrid, 1984, páginas 433 y 438.

<sup>15</sup> Saura Alberdi, Beatriz, op. cit., pág. 72.

## V. FUNDAMENTO.

Al respecto nos parece interesante el planteamiento que distingue entre fundamento y naturaleza jurídica, formulado por Carlos Lalana, que señala “a continuación se trata por separado el fundamento y la naturaleza jurídica. Que son dos cuestiones en teoría perfectamente diferenciadas, ya que el fundamento es la razón última o ratio de la institución, mientras la naturaleza aludiría más bien a su íntima esencia desde el punto de vista jurídico. Se comprobará con todo, que entre ambas cuestiones existe una íntima relación, ya que expresa o tácitamente cada autor parte de un previo fundamento para explicar su naturaleza o viceversa”. Parece lo más adecuado distinguir ambos aspectos, si bien en la exposición que se hace a continuación se producirán inevitablemente repeticiones y remisiones<sup>16</sup>.

De esta forma para algunos autores la pensión compensatoria tiene carácter asistencial, basado en un principio de solidaridad postconyugal, haciendo subsistir en cierta forma el vínculo conyugal, manteniendo la relación aunque sea únicamente a efectos económicos. Hay que tener en cuenta la crítica de Carbonnier, que asienta el deber de alimentos posterior a la ruptura de la convivencia, en una suerte de reminiscencia de la indisolubilidad del matrimonio: una indisolubilidad patrimonial del vínculo, que deja en libertad personal, pero no financiera, al cónyuge culpable<sup>17</sup>. Debe considerarse eso sí que esas expresiones dicen relación con la obligación alimenticia generada por la ruptura imputable a uno de los cónyuges, que en cierta forma es el origen de la institución en comento.

Según otros autores la pensión tiene fundamento de reparación o indemnización del daño que haya podido causar a los cónyuges el cambio de estado. En este caso, tiene su razón de ser en la separación o el divorcio<sup>18</sup>. Por lo que el daño estaría dado por el desequilibrio económico, al que nos referimos más adelante.

A juicio de De La Cámara Álvarez, la compensación económica tiene fundamento de equidad si se concibe el divorcio como un remedio frente a una situación de ruptura y no como una facultad de los cónyuges de imponer al otro la disolución del vínculo cuando haya infringido gravemente los deberes inherentes al matrimonio<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., pág. 23.

<sup>17</sup> Citado por Zarraluqui Sánchez-Ezarrriaga, Luis, op. cit., pág. 20.

<sup>18</sup> Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., pág. 25

<sup>19</sup> Ibid., pág. 26.



## VI. NATURALEZA JURÍDICA.

Como en la mayoría de los países el tema más debatido es el de la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria, discutiendo sobre la base si se trata de una prestación alimenticia o asistencial, reparadora de un enriquecimiento sin causa, indemnizatoria e incluso algunas en las que se mezclan dichas alternativas, denominadas mixtas o compuestas.

**1. Alimenticia.** Así como lo señalamos anteriormente, existen autores que estiman que la naturaleza de este instituto es alimenticia, de manera que estaría destinada a cubrir las necesidades del cónyuge beneficiario, quien se encontraría en precariedad económica.

Para Eusebio Aparicio, la pensión compensatoria tiene naturaleza jurídica fundamentalmente análoga a la pensión alimenticia. sostiene esta afirmación en base a dos tipos de argumentos: En el antecedente histórico de la pensión compensatoria, que es la pensión alimenticia entre divorciados que arbitro la ley de divorcio republicana, y en sus reservas sobre la idea de que con el divorcio desaparezcan todas las obligaciones asistenciales que la ley impone al marido y a la mujer, como las circunstancias que el artículo 97 CC menciona (ad exemplum o entre otras) para graduar la pensión, ya que algunas parecen conferir carácter de pensión de alimenticia (así la número 8, recuerda el módulo alimenticio del art.146)<sup>20</sup>. En el mismo sentido, Lasarte y Valpuesta.

Como puede deducirse esta concepción es paralela a su fundamento asistencial. No obstante, creo que debiera distinguirse a efectos conceptuales entre la naturaleza alimenticia de la pensión, que hace referencia a cubrir unas necesidades en base a una relación matrimonial, que en el caso de divorcio ya no existe, y la solidaridad postconyugal, que funcionaría como fundamento asistencial de la pensión pese a no tener esta naturaleza alimenticia<sup>21</sup>.

Al respecto Encarna Roca señala que “lo que hay que poner de relieve es que la naturaleza de la pensión no tiene nada que ver con el mantenimiento de los cónyuges, su fundamento es siempre el desequilibrio económico”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Citado por Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, op. cit., pág. 116.

<sup>21</sup> Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., pág. 27.

<sup>22</sup> Roca Trias, Encarna, op. cit., pág. 145.

A excepción de los autores mencionados la mayoría de la doctrina española, entiende que la pensión compensatoria (actual compensación) no tiene naturaleza jurídica alimenticia<sup>23</sup>.

**2. Enriquecimiento sin causa.** Se ha mencionado el enriquecimiento sin causa como naturaleza jurídica, Zarraluqui citando a Bonnacasse señala “se habla del hermanamiento de este principio con el abuso del derecho y que ambos son consagración de la moderna tendencia espiritualista, que aspira a atemperar y corregir situaciones en apariencia normales y conforme a la legalidad objetiva y formal, pero cuyos resultados no se justifican, a los ojos de la noción del derecho, tal y como se revela y actúa a través del medio social”<sup>24</sup>.

Para la existencia de esta figura, exige la doctrina que exista un incremento económico por parte de uno, un empobrecimiento por parte del otro, y una relación causal entre ambos, además de la calificación de injustificada que lleva en su enunciado y del que, por equidad, surge la obligación de compensar. Por otra parte, son también requisitos de este principio que el desplazamiento patrimonial no se produzca en colisión con alguna norma legal, ni esté legitimado en ninguna otra<sup>25</sup>.

Es cierto que existen casos de ruptura conyugal en que podría aplicarse esta doctrina por concurrir los requisitos antes mencionados, pero la realidad es que en otras muchas, en que la separación o el divorcio causan un desequilibrio en uno de los esposos, no existe tal enriquecimiento por parte del deudor, ni empobrecimiento del acreedor, ni relación de causa a efecto requerida por la jurisprudencia para su aplicación<sup>26</sup>.

Esta postura sólo podría defenderse según Encarna Roca, si concurrieran las características que la jurisprudencia atribuye a este principio para que se pueda reclamar en base al mismo y, salvo en aquellos claramente identificados en el artículo 41 CF<sup>27</sup>, difícilmente se puede argumentar diciendo que los papeles sociales que se atribuyen a cada cónyuge en el matrimonio y que son asumidos voluntariamente en sus relaciones internas y externas, producen un enriquecimiento injusto de uno

---

<sup>23</sup> Existen varias diferencias entre la obligación alimenticia y la compensación, al respecto se pueden revisar las obras de Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., páginas 28 y sgtes; Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, op. cit., páginas 118 y sgtes, y Saura Alberdi, Beatriz, op. cit., páginas 124 y sgtes.

<sup>24</sup> Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, op. cit., pág. 78.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> Ibid., pág. 79.

<sup>27</sup> Se refiere al Código de Familia de Cataluña.

de los cónyuges a costa del otro. Esto es posible argumentarlo en las relaciones de hecho<sup>28</sup>.

**3. Reparación de un daño.** En este extremo, se consideran los planteamientos indemnizatorios, compensatorios y reparatorios, ya que para estos efectos se estiman como sinónimos.

La diferencia entre indemnizar y compensar reside únicamente en la extensión de la reparación. Indemnizar pretende dejar “indemne” al sujeto pasivo e “indemne” es “libre o exento de daño”: de todo daño. O, dicho de otra manera, en la indemnización el objetivo es neutralizar la totalidad del daño causado, con identidad, en la medida de lo posible, entre el perjuicio y su reparación. Por contra, compensar tiene un significado aritméticamente menos igualatorio, aunque su origen semántico sea el mismo<sup>29</sup>.

Para Encarna Roca “la afirmación de que se trata de un resarcimiento por concurrencia de un daño objetivo producido por la ruptura no debe llevar a entender que mi opinión es que la pensión tiene la naturaleza de responsabilidad civil; en definitiva, no se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo que constituye su supuesto de hecho viene caracterizado por consistir en la pérdida de expectativas de todo tipo que pertenecían al propio estatuto del matrimonio y que desaparecen como consecuencia del divorcio. No se trata pues de prevenir necesidades futuras: el artículo 100 CC lo impide, sino que se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio”<sup>30</sup>.

Concluye que “constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio; mientras era eficaz, el matrimonio enmascara esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, las pérdidas se manifiestan con toda su crudeza y por ello debe existir compensación”<sup>31</sup>.

Luis Zarraluqui señala que “la pensión del artículo 97 es indemnizatoria, que por la extensión de la reparación, no igualatoria, tiene un carácter compensatorio. Confirma este aspecto vagamente reparator,

<sup>28</sup> Roca Trías, Encarna, op. cit., pág. 186.

<sup>29</sup> Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalización y sustitución, en [www.nuevodivorcio.com/pensioncompensatoria.pdf](http://www.nuevodivorcio.com/pensioncompensatoria.pdf) [visitado 15 de Noviembre de 2006].

<sup>30</sup> Roca Trías, Encarna, op. cit., pág. 147.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pág. 187.

pero aritméticamente neutralizador del daño –desequilibrio– el que la cuantificación se realice mediante la utilización de circunstancias y parámetros, no incluidos en el desequilibrio. Sin embargo, la aleatoriedad de la cuantificación de la indemnización en la pensión indefinida; la posibilidad de extinguirse cuando el deudor venga a peor fortuna; la transmisión condicionada de la deuda mortis causa; la cesación del derecho por matrimonio o convivencia, son, todos ellos, elementos que contradicen la naturaleza indemnizatoria, compensatoria o reparadora de la pensión. La conclusión es un puro desconcierto. Me inclino por defender que es predominantemente indemnizatoria por compensación, aproximada y aleatoria, del daño, pero falta de todo rigor normativo<sup>32</sup>.

Según Luis Díez- Picazo y Antonio Gullón, señalan al respecto que “en definitiva, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas traducibles económicas”<sup>33</sup>.

Para Teresa Marín, “la proyección indemnizatoria destacada por un sector de la doctrina (Vásquez Iruzubieta, Fosar Benlloch, Díez-Picazo y Roca Trías), cada vez viene siendo acogida en mayor medida por los tribunales”. Cita, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 18 de noviembre de 1995, que indica “como se puede apreciar, la proyección indemnizatoria es compatible con la no vinculación con la responsabilidad por culpa, funcionando como resarcimiento o indemnización a favor del más perjudicado económicamente por las crisis matrimoniales”<sup>34</sup>.

La nueva regulación (Ley 15/2005) de la compensación acentúa el carácter de indemnizatorio de la vieja pensión compensatoria, aunque no se habla propiamente de indemnización y aunque ello se haga para evitar que la misma se refiera a la idea de culpa. Concebidos la separación o el divorcio sin referencia alguna a la culpa de uno de los cónyuges, la indemnización-compensación tampoco podría referirse a esa culpa y por ello se elude el primer término y se usa el segundo<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, op. cit., pág. 129.

<sup>33</sup> Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, **Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia**, V. IV, editorial Tecnos, Madrid, 2006, 10ª. Edición, pág. 125.

<sup>34</sup> Marín García De Leonardo, Teresa, “Soluciones Económicas en las Situaciones de Crisis Matrimonial: La Temporalidad de La Pensión Compensatoria en España”, *El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas*, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pág. 97.

<sup>35</sup> Montero Aroca, Juan, op. cit., pág. 204.

En la jurisprudencia se puede citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de marzo de 1999, que señala “en consecuencia la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes o antagónicos sino complementarios, pues para la viabilidad de la pensión que estudiamos será preciso en primer lugar una descompensación entre los cónyuges a causa de la separación o divorcio y en segundo lugar que el cónyuge en peor situación tenga derecho a un resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el precepto en cuestión”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 1 de octubre de 1998, señala que “la pensión compensatoria, recogida en el art. 97 del Código Civil, es una medida no de índole o carácter alimenticio, sino de naturaleza reparadora tendente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan causar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con la que conserve el otro...”

La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 8 de Julio de 1997, señala que “la pensión que regula el artículos 97 y siguientes CC tiene un carácter estrictamente compensatorio o reparador del desequilibrio patrimonial ocasionado por la separación o el divorcio”.

**4. Mixtas o compuestas.** Según Carlos Lalana “la naturaleza de la pensión por desequilibrio es compuesta. Su componente predominante, aunque no exclusivo, es el compensatorio al ser elemento esencial en la concesión de la pensión la situación posterior a la separación o divorcio, en comparación con la existente constante matrimonio...Pero también el componente asistencial es claro cuando se trata de pensión por desequilibrio económico concedida en proceso de separación, ya que pervive el deber de socorro mutuo entre los cónyuges y en este caso, debe entenderse que la pensión por desequilibrio económico engloba los alimentos del cónyuge. Además si queremos lograr adecuada comprensión de la institución, tampoco podemos olvidar que la pensión se encuadra dentro del Derecho de Familia”<sup>36</sup>.

La Audiencia Territorial de Barcelona en sentencia de 10 de Abril de 1987, señala que “...la pensión no tiene una naturaleza ni alimentaria ni indemnizatoria, aunque se valoren circunstancias que tengan ese carácter...sino un carácter mixto o híbrido asistencial, resarcitorio y compensatorio, primando una u otra faceta en atención a las peculiares circunstancias concurrentes en cada caso concreto...”

---

<sup>36</sup> Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., páginas 32 a 34.

## VII. PRESUPUESTOS.

Para determinar cuales son los presupuestos de la pensión, es menester tener a la vista el art. 97.1 del Código Civil que prescribe “*El cónyuge al que la separación o el 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...*”, de esta disposición se puede extraer que para obtener esta compensación se requiere<sup>37</sup>:

**1. Existencia de una sentencia firme en juicio de separación o divorcio.** Aunque en estricto rigor y según el artículo citado, se puede regular tanto en la sentencia como en convenio regulador, lo que si es indispensable es que se decrete la separación o el divorcio, porque esta institución surge precisamente con la ruptura matrimonial.

En los casos de nulidad de matrimonio procede la indemnización al cónyuge de buena fe, del art. 98 del mismo Código<sup>38</sup>.

Resulta obvio que para que se declare por los tribunales competentes, tanto la separación como el divorcio se requiere acreditar un vínculo matrimonial válido.

Por otra parte, la renuncia expresa en juicio de separación, tiene plena eficacia en el posterior juicio de divorcio.

**2. Desequilibrio económico.** Este presupuesto es requisito indispensable para otorgar la pensión compensatoria, viene a ser el objeto de la misma, en el sentido que es el que justifica su existencia, como consecuencia si no hay desequilibrio, no hay compensación.

Ahora bien, una vez que se produce la ruptura de la vida en común por separación o divorcio, cada uno de los esposos tendrá que subvenir a sus necesidades mediante sus propios recursos, y es aquí donde puede surgir el desequilibrio que dé nacimiento al derecho a la pensión. De acuerdo con el art. 97 CC, dos serían los elementos integrantes del desequilibrio: por una parte, ha de tratarse de desequilibrio relativo, en cuanto ha de afectar a la posición económica de un cónyuge en relación con la mantenida por el otro;

---

<sup>37</sup> En esta materia seguiremos principalmente lo planteado por Luis Zarraluqui y por Carlos Lalana.

<sup>38</sup> Art. 98 Código Civil español “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el art. 97”.

de otra, ha de implicar un deterioro respecto de la situación económica anteriormente disfrutada durante el matrimonio<sup>39</sup>.

Surge aquí la duda si las circunstancias enumeradas en el art. 97 CC, forman parte de la noción de desequilibrio. Existen dos posiciones: las teorías objetivas, que defienden la mera oportunidad de la comparación de patrimonios, y la concesión de la pensión cuando uno es inferior a otro, ya que las circunstancias del art. 97 CC lo son sólo para la fijación de la cuantía, y las teorías subjetivas, que preconizan que, para la determinación de la existencia del desequilibrio, hay que valorar todas las circunstancias del art. 97 CC, que no sólo son relevantes para la cuantificación de la pensión, sino también para el reconocimiento del derecho<sup>40</sup>.

En este orden de ideas, Carlos Lalana señala que “pueden incluirse dentro del desequilibrio las circunstancias enumeradas en el art. 97, puesto que para conocer el empeoramiento del esposo acreedor de la pensión se necesitará acudir a las circunstancias nombradas en el susodicho artículo, que también servirán para cuantificar la pensión”<sup>41</sup>.

Según Teresa Marín, “hasta hace unos años, el desequilibrio económico ha venido siendo valorado por los tribunales españoles atendiendo mayoritariamente a un criterio objetivo de acuerdo con el cual las circunstancias del art. 97 debe tenerlas en cuenta el juzgador para fijar el quantum de la pensión, pero no para la concesión de la misma”. El papel del juez según se ha destacado, queda reducido “a la mera comparación del patrimonio de uno y otro cónyuge, de forma que cuando el de uno de ellos fuera inferior al del otro e inferior también a aquel del que podía disponer durante la vida matrimonial el juez entendía que existía derecho a pensión a favor del perjudicado, sin tener en cuenta ninguna otra circunstancia”<sup>42</sup>.

En cualquier caso, se interpreten los referidos requisitos del art. 97 del Código Civil siguiendo los criterios de cualquiera de las dos mencionadas teorías, subjetiva u objetiva, resulta necesario acreditar la existencia de desequilibrio en el procedimiento en que se reclame la prestación compensatoria.

En tal sentido, la Audiencia Provincial de Madrid estima que “conocida y aceptada es la argumentación de que el equilibrio económico no se

<sup>39</sup> Sánchez González, María, op. cit., páginas 25 y 26.

<sup>40</sup> Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, op. cit., pág. 177. cita sentencia Audiencia Provincial de Córdoba, de 25 de Marzo de 1999.

<sup>41</sup> Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., pág. 38.

<sup>42</sup> Marín García De Leonardo, Teresa, op. cit., pág. 98.

presume sino que se ha de probar cumplidamente, sin que sea de referencia única y válida la del reconocimiento anterior de este derecho, y la carga de la prueba incumbe a quien insta el beneficio conforme al artículo 1124 CC<sup>43</sup>. Se entiende que la referencia es al desequilibrio, ya que es lo que se debe acreditar.

**3. Empeoramiento de la situación del cónyuge beneficiario.** La referencia es a la posición del otro cónyuge y a la situación anterior *en el matrimonio*, que no es lo mismo que la situación anterior al matrimonio.

La jurisprudencia ha considerado este empeoramiento como el descenso en el nivel de vida precedente, que tenga cierta relevancia. No basta con que uno se encuentre en situación de pobreza, sino que es preciso que esas mismas condiciones no le afectaran ya durante la etapa de normal convivencia matrimonial y que no las padezca también el otro<sup>44</sup>.

La jurisprudencia determina que el desequilibrio debe tener su origen o causa en la separación o el divorcio, como se afirma en sentencias de Audiencia Territorial de Bilbao, de 11 de noviembre de 1982 y 31 de marzo de 1983, es claro que el empeoramiento debe realizarse respecto de la situación anterior en el matrimonio, pero el momento para apreciar el tenor de vida conyugal debe referirse, según la opinión dominante en los tribunales, al último período de convivencia conyugal<sup>45</sup>.

**4. Relación causal.** Otro requisito que ha de reunir el desequilibrio económico entre los cónyuges para determinar el derecho a una pensión a favor del más desfavorecido, es que la separación o el divorcio sea la causa directa del desequilibrio. Por lo que se exige una relación de causa a efecto entre la separación o el divorcio y el desequilibrio, como requisito indispensable derivado del artículo 97 CC<sup>46</sup>.

## VIII. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA.

Según el artículo 97 CC, a falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en la sentencia determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias<sup>47</sup>:

<sup>43</sup> Saura Alberdi, Beatriz, op. cit., pág. 138.

<sup>44</sup> Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, op. cit., pág. 183.

<sup>45</sup> Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., pág. 42.

<sup>46</sup> Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, op. cit., pág. 18.

<sup>47</sup> Nótese la semejanza con el art. 271 Código Civil francés *“La prestación se fijará según las necesidades del cónyuge a quien se pague y los recursos del otro,*



1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2ª La edad y estado de salud.

3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un 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 u otro cónyuge.

9ª Cualquier otra circunstancia relevante.

**1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.** Si bien una primera aproximación a este apartado nos da la idea que puede referirse a la posibilidad que las partes pacten el importe, resulta un tanto contradictorio con la redacción del mismo precepto, así, se señala “*a falta de acuerdo entre los cónyuges...teniendo en cuenta las circunstancias siguientes: 1º Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges*”. De lo dicho creemos que la norma, en comento, no se refiere a esa posibilidad.

Por tanto, parece referirse en general a cualquier acuerdo en que las partes, mediando la autonomía privada, regulen las materias entre ellos y respecto de sus hijos, es decir, las cargas de familia. En este sentido, podría

---

*teniendo en cuenta la situación al momento del divorcio y la evolución de ésta en un futuro previsible.*

*En este caso, el Juez tomará en consideración particularmente:*

*- La duración del matrimonio;*

*- La edad y estado de salud de los esposos;*

*- Su cualificación y su situación profesionales;*

*- Las consecuencias de las opciones profesionales tomadas por uno de los cónyuges durante su vida en común para la educación de los hijos y el tiempo que sea necesario aún consagrarles o para favorecer la carrera del cónyuge en detrimento de la suya propia.*

*- El patrimonio estimado o previsible de los cónyuges, tanto en capital como en rentas, después de la liquidación del régimen económico matrimonial.*

*- Sus derechos existentes y previsibles;*

*- Su situación respectiva en materia de pensión de jubilación”.*

tratarse del convenio regulador del art. 90 del CC, o de otros pactos de familia lícitos.

Si bien estos acuerdos han de suponer para el juez un dato importante, en cuanto expresión de la voluntad de los esposos, debido a que el legislador en el art. 97 no hace distinción alguna de las circunstancias que enumera, no hay razón para entender que ésta tenga un carácter preferencial sobre las demás. De su situación en la relación sólo puede desprenderse el deseo del legislador de que el juez en la fijación de la pensión tenga en cuenta, en primer lugar, la voluntad de los esposos, sin quedar su decisión vinculada en modo alguno a dichos acuerdos<sup>48</sup>.

**2. La edad y el estado de salud.** Es indispensable determinar si se consideran estos aspectos sólo en relación al cónyuge beneficiario, o a ambos.

La doctrina mayoritaria estima que debe apreciarse respecto de ambas, como sucede en el art. 272 del Código Civil francés, precedente del art. 97 Código Civil español. Es cierto que la jurisprudencia, en la mayor parte de las sentencias, sólo se refiere al cónyuge acreedor, pero puede observarse que, en estos casos, el Tribunal no comenta estas circunstancias respecto del cónyuge deudor porque no las considera relevantes<sup>49</sup>.

En lo que respecta al momento de apreciación no debe ser el de cese de la convivencia conyugal, como sucede con la mayor parte de las circunstancias del art. 97 CC, sino el de dictar la sentencia de separación o divorcio. Según Lasarte y Valpuesta, la edad y estado de salud por su índole requieren tener en cuenta su proyección en el futuro, apreciar su influencia en la situación económica del cónyuge acreedor o deudor una vez que ha recaído sentencia<sup>50</sup>.

La edad y el estado de salud son contemplados, de una parte, en cuanto a la capacidad de trabajo o de continuar trabajando y, de otra, en cuanto determinantes de las necesidades del acreedor y de las posibilidades del deudor<sup>51</sup>.

**3. La cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo.** Este aspecto resulta importante para la determinación de la cuantía de la compensación, dado que incide notoriamente en el desequilibrio económico. Normalmente era la mujer quien carecía de un título o de

<sup>48</sup> Campuzano Tomé, Herminia, op. cit., pág. 107.

<sup>49</sup> Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., pág. 54.

<sup>50</sup> Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., pág. 55.

<sup>51</sup> Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, op. cit., pág. 206.

formación profesional que le permitiera incorporarse a la vida laboral en plenas condiciones, por lo que dichas circunstancias están íntimamente relacionadas.

En lo referente a la cualificación profesional, habrá que distinguir si los cónyuges la tienen o carecen de ella totalmente. Además habrá que considerar si les es posible adquirirla, completarla o especializarse. En este punto puede observarse la relación de la cualificación profesional con la edad, estado de salud y aptitudes de cada cónyuge. Si el cónyuge que demanda la pensión tiene una profesión, deberá examinarse si por sus circunstancias personales puede ejercerla. Si hubiera interrumpido su formación para casarse y por su edad es factible, creo que deberá estimarse la posibilidad de completar su formación o adquirir una especialización que le permita subvenir a sus necesidades en el futuro. Lo mismo sucederá aunque carezca de formación, si es factible que la adquiera. En estos casos la pensión tendrá que proveer a los gastos que origine la adquisición o complemento de la formación del cónyuge acreedor. Mas aunque se complete esta formación, será muy difícil para el Juez limitar la pensión temporalmente al no ser seguro, en general, que tal formación le proporcione con certeza un puesto de trabajo. Además, habrá de tenerse en cuenta no sólo la capacidad profesional, sino las posibilidades concretas de desarrollo de la actividad laboral, cuestión que dependerá de la situación económica en el momento de dictar la sentencia<sup>52</sup>.

La cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, circunstancias ambas en íntima relación, exigen capacidades casi proféticas o adivinatorias al Juez, pues, en los tiempos que corren, por muy cualificado profesionalmente que esté el acreedor de la pensión, la aleatoriedad de acceso a un empleo es más que probable<sup>53</sup>.

Cuando el precepto habla de *cualificación profesional*, naturalmente ha de incluir cualquier oficio, conocimiento o habilidad, que pueda traducirse en una actividad lucrativa. Pero además no está refiriéndose únicamente a títulos o certificados que posea una persona, sino al acceso real a las referidas actividades remuneradas, que tales documentos proporcionen y, aun, como hemos dicho, a la preparación o condición, aunque carezca de cualificación formal<sup>54</sup>.

Con respecto a las *posibilidades de empleo*, al referirse el precepto únicamente al “empleo”, podría prestarse a confusión, interpretándolo

<sup>52</sup> Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., pág. 62.

<sup>53</sup> Saura Alberdi, Beatriz, op. cit., pág. 153.

<sup>54</sup> Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, op. cit. páginas 209 y 210.

únicamente en sentido restringido como una función desempeñada en una oficina o despacho o en un trabajo no principalmente corporal y por cuenta de otro. La realidad es que, como decía antes, hay que considerar que se trata de cualquier actividad, por cuenta propia ajena, que represente industria, comercio, profesión, función, arte u oficio, que sea remunerada, directa o indirectamente<sup>55</sup>.

**4. Dedicación pasada y futura a la familia.** Para Gabriel García “es una circunstancia que nada tiene que ver con el desequilibrio económico, considerado en su ponderación objetiva, y lo tiene más con las conductas de los cónyuges. Se trata de un factor a valorar dentro de los conceptos de equidad, que no pueden ser extraños al matrimonio y a su ruptura<sup>56</sup>.”

En el contexto –que defiende– de la equidad es justo que se preste una atención especial al cónyuge que haya sacrificado un puesto de trabajo por ocuparse de su consorte o de sus hijos, y que sea víctima de una dependencia económica, como consecuencia de su dedicación a los demás miembros de la familia<sup>57</sup>.

Por último, es menester tener presente el art. 1438 del CC que regula una compensación a favor del cónyuge por el trabajo para la casa, el que será computado como contribución a las cargas de familia, al término del régimen de separación<sup>58</sup>.

**5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales, o profesionales del otro cónyuge.** Se ha de tratar, obviamente, de empresa de la titularidad de uno solo de los esposos; que el no titular preste su colaboración con carácter gratuito y sin percibir retribución alguna por su trabajo –al menos no en concepto de sueldo, dieta, salario, etc.– La prestación de esta ayuda, aunque ciertamente, repercute en el bienestar de la familia, produce un irritante desequilibrio al fin de la convivencia matrimonial, con un patente enriquecimiento injusto. Precisamente se está basando últimamente el Tribunal Supremo en esta

---

<sup>55</sup> Ibid., pág. 211.

<sup>56</sup> Citado por Zarraluqui Sánchez-Ezarrriaga, Luis, op. cit., pág. 213.

<sup>57</sup> Ibid., pág. 215.

<sup>58</sup> Art. 1438 Código Civil español “*Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*”.

colaboración entre convivientes no casados, a fin de conceder una especie de pensión compensatoria por esta vía al colaborador exconviviente<sup>59</sup>.

#### **6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.**

Normalmente a mayor duración de la unión conyugal la edad de los cónyuges será más elevada. Sin embargo, también puede suceder que un matrimonio se separe o divorcie al poco tiempo de casarse y la edad de ambos cónyuges o de uno de ellos sea avanzada, lo que tendrá que tenerse en cuenta por el Juez al fijar la pensión, al no estar condicionada la edad por la duración del matrimonio. En suma, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal expresa por sí misma las posibilidades de rehacer la vida personal de los cónyuges en matrimonios de unión prolongada. Cuanto mayor haya sido la duración del matrimonio, menores serán para los cónyuges las posibilidades de contraer nuevas nupcias<sup>60</sup>.

La jurisprudencia ha estimado que un breve periodo de convivencia no genera desequilibrio económico, por lo menos en la entidad para ser compensado. Así, la Audiencia Provincial de Lugo, el 30 de noviembre de 1993, señaló que “no procede la pensión compensatoria cuando la convivencia matrimonial ha sido corta y la desafección ha surgido entre los cónyuges, poco después del matrimonio”.

En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Almería, el 5 de Julio de 1999, señala que “la existencia de ese desequilibrio exige, desde luego, cierta permanencia en la relación marital que implique un asentamiento de las condiciones de vida, de modo y manera que en los matrimonios de escasa duración es difícilmente sostenible la tesis del desequilibrio”.

**7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.** ¿Cuáles son las pensiones a tener en cuenta por el Juez dentro de este apartado séptimo del art. 97 CC? No se trata, desde luego, únicamente de pensiones que tengan como condición para su obtención el matrimonio y que se pierdan después por la separación o el divorcio posterior. Se trata de todo tipo de pensiones, tanto de las ya adquiridas que decaen por la separación o divorcio, como de las que no se disfrutaban todavía y no van a poder conseguirse por separarse o disolverse el matrimonio. También, me parece, pueden incluirse las pensiones a las que cualquiera de los cónyuges tuviera derecho mientras permaneciera soltero o viudo y que perdió posteriormente como consecuencia del matrimonio<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Saura Alberdi, Beatriz, op. cit., pág.155.

<sup>60</sup> Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., páginas 75 y 76.

<sup>61</sup> Ibid., pág. 79.

Es sin duda una consideración de carácter económico, relacionada con su naturaleza indemnizatoria, de forma tal, que se deben cuantificar los daños que genere la ruptura, por lo que debe existir una relación directa entre la pérdida y la separación o el divorcio, sino es así no es dable considerarla.

Así las cosas, se ha considerado en este criterio tanto la pérdida de una pensión de alimentos, como de una pensión compensatoria originada con ocasión del nuevo matrimonio y también, las prestaciones de jubilación a las que no tendría derecho el cónyuge que no cotizó en algún sistema previsional.

**8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.** Resulta innecesario siquiera plantearse la inquietud expresada con respecto a los otros criterios, en el sentido que debe claramente analizarse la situación de ambos cónyuges, y no sólo la del beneficiario.

Además, es este uno de los fundamentos que utilizan algunos autores para sostener la naturaleza alimenticia de este instituto, o al menos su naturaleza compuesta o mixta.

Puede incluso hacerse la relación con el art. 146 CC<sup>62</sup>, pero esta semejanza resulta un tanto aparente, así según Luis Zarraluqui, existe una diferencia, y es que en los alimentos el caudal y medios se contemplan respecto del obligado al pago y las necesidades en el alimentista, mientras que en la pensión compensatoria, las circunstancias las refiere la ley a los dos cónyuges.

Nos parece que este elemento le permite al Juez apreciar la situación económica concreta de los cónyuges, para poder determinar el desequilibrio exigido por el legislador, para regular la procedencia y el monto de la compensación, y en este sentido, parece que se ha interpretado por la jurisprudencia, de forma tal que el cónyuge beneficiario no se ve privado de este derecho por tener ingresos, producto de una actividad lucrativa, si existe el desequilibrio económico<sup>63</sup>.

**9. Cualquier otra circunstancia relevante.** En este número el legislador abre la posibilidad a los tribunales de considerar otras circunstancias, por lo que es evidente el carácter de *numerus apertus* de esta disposición, lo que resulta lógico dada la materia que se esta regulando, el

<sup>62</sup> Art. 146 Código Civil español “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”

<sup>63</sup> En este sentido sentencia de Audiencia de Pontevedra, de 1 de Julio de 1999, y de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 3 de Febrero de 1999.

matrimonio o más bien su ruptura, y que de suyo implica un sin fin de posibilidades.

La doctrina española<sup>64</sup> ha señalado varias circunstancias, sólo mencionaremos las que nos parecen más interesantes:

- a. La ayuda prestada por un cónyuge al otro, durante el matrimonio, para su formación académica o consolidación laboral.
- b. La limitación que supone, para el desarrollo de una profesión u oficio remunerado, la realización de las tareas domésticas.
- c. La pérdida del trabajo para dedicarse a los hijos, así como los derechos laborales extinguidos por ésta causa.
- d. La atribución de la vivienda familiar.
- e. El resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial.

Por último, la resolución que fije el monto de la pensión determinará las bases de actualización de la misma, siendo el principal criterio utilizado, el incremento anual que experimente el índice de precios al consumidor (IPC) que determine el Instituto Nacional de Estadísticas<sup>65</sup>.

## IX. LA SUSTITUCIÓN<sup>66</sup>.

La modificación de la forma de pago de la compensación fijada judicialmente, se puede realizar en cualquier momento, desde que la regula el Juez hasta su término.

La principal duda que plantea este precepto es si sólo se puede sustituir por alguna de las formas señaladas o si es posible recurrir a otras, es decir, si la norma en comento es *numerus clausus*.

Por lo que sólo se puede sustituir por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de bienes determinados o por la entrega de un capital en bienes o dinero.

---

<sup>64</sup> Saura Alberdi, Beatriz, op. cit., páginas 161 y 162. y Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., páginas 86 y 87.

<sup>65</sup> Ibid., pág. 179.

<sup>66</sup> Art. 99 Código Civil español “ En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero ”

Se ha apelado a la autonomía privada para admitir cualquier otra sustitución, aunque el punto es discutible.

La posibilidad de sustitución surge necesariamente de la concepción de pensión, con el consiguiente resultado de un pago periódico, distinta de la fórmula utilizada por el legislador francés, que establece un sistema de cumplimiento mediante el pago de un capital único y definitivo<sup>67</sup>.

## X. MODIFICACIÓN<sup>68</sup>.

Debe nuevamente de tratarse de una regulación judicial de la pensión, como ya se ha señalado, en la respectiva sentencia de separación o de divorcio.

La modificación sólo es admisible por *alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge*, se ha entendido que el precepto exige los siguientes requisitos<sup>69</sup>:

1. Que se trate de una alteración sustancial. La que se producirá cuando cualquiera de los cónyuges vea alterada su forma de vida de manera esencial. El caso más obvio será cuando cualquiera de los esposos no pueda afrontar sus propias necesidades vitales.

2. Que sea de carácter permanente.

3. En la fortuna de uno u otro cónyuge.

---

<sup>67</sup> Art. 273 Código Civil francés “*La prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado*”

Art. 274 Código Civil francés “*El Juez decidirá las modalidades según las cuales se ejecutará la prestación entre las formas siguientes:*

1º *Pago de una cantidad de dinero, pudiendo quedar subordinado el pronunciamiento a la constitución de las garantías previstas en el artículo 277.*

2º *Atribución de bienes en propiedad, o de un derecho temporal o vitalicio de uso, de vivienda o de usufructo, actuando la sentencia como una cesión forzosa a favor del acreedor. Sin embargo se exigirá el acuerdo del cónyuge deudor para la atribución en propiedad de bienes que él haya recibido por herencia o donación.*

<sup>68</sup> Art. 100 Código Civil español “*Fijada la pensión y las bases de actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge*”

<sup>69</sup> Lalana Del Castillo, Carlos, op. cit., páginas 232 y sgtes.



El término fortuna, no se refiere sólo a los medios económicos o materiales, sino también a las circunstancias personales, que tengan consecuencias económicas.

Según Juan Montero, la jurisprudencia en esta materia se ha pronunciado sobre los siguientes puntos<sup>70</sup>:

a. Ha seguido considerando que la pensión puede disminuirse, cuando el deudor ha sufrido una alteración perjudicial y sustancial en su fortuna, pero que no puede incrementarse si la alteración ha sido favorable.

b. Por lo demás se siguen sucediendo los casos en que entra en debate el sentido de “alteración sustancial en la fortuna”, significado que es muy difícil de separar de los casos concretos (un ejemplo en la Sentencia Audiencia Provincial Toledo de 23 de febrero de 2005, para la que “el término fortuna implica, tanto hacienda, como capital, siendo realmente un complemento de la renta o canon que la misma es y representa, incluido también el rendimiento del trabajo, por cuanto que ambos conjuntamente forman y componen el caudal, patrimonio y medios de subsistencia que una persona tiene y puede disponer).

## XI. EXTINCIÓN<sup>71</sup>.

Al respecto es menester destacar que las causas de extinción contempladas en el art. 101 CC, no son las únicas que se deben considerar, de forma tal que existen según los autores causales contempladas en la norma citada y otras que no.

Así María Paz Sánchez señala que “además, el cuadro de causas extintivas de la pensión compensatoria debería completarse con las que para las obligaciones en general establece el artículo 1156 CC. Ello, obviamente, en la medida en que resulten compatibles con la especial naturaleza de la pensión por desequilibrio económico<sup>72</sup>. Entre otras causas la citada autora

<sup>70</sup> Montero Aroca, Juan, op. cit., páginas 224 y 225.

<sup>71</sup> Art. 101 Código Civil español “*El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. 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 al Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima*”

<sup>72</sup> Sánchez González, María, op. cit., pág. 22.

analiza las siguientes: la muerte del acreedor, la renuncia, la prescripción, el cumplimiento de la condición resolutoria y del término extintivo.

**1. Cese de la causa que lo motivó.** Esta es la causa que mayor confusión ha generado en la doctrina, toda vez que no se aclara a que causas se refiere. Se trata de acreditar un cambio en los hechos, en la situación económica, es decir, considerando como causa el desequilibrio económico. Sin embargo, también se ha planteado que esta disposición se refiere a las causas de la ruptura, o las que originaron el desequilibrio. Respecto al desequilibrio nos remitimos a lo ya señalado.

**2. Nuevo matrimonio del acreedor.** La extinción se produce automáticamente, sin necesidad de que proceda declaración judicial. Por ello si el acreedor no puso en conocimiento del deudor la circunstancia y se siguió produciendo el pago, existe el derecho a reclamar lo indebidamente pagado<sup>73</sup>.

**3. Por vivir maritalmente con otra persona.** Se refiere a la convivencia *more uxorio*, es decir, a la relación de pareja, que involucra por cierto, una cohabitación o convivencia de carácter permanente y estable que en la práctica venga a generar una posesión familiar de facto, esto es, en definitiva, que se trate de una convivencia *more uxorio* lo que exige las notas de la habitualidad y estabilidad del matrimonio<sup>74</sup>.

**4. La muerte del acreedor de la pensión.** La doctrina casi unánime, atribuye a la muerte del acreedor de la pensión una eficacia extintiva de la referida deuda, alegando para ello razones de tipo teleológico.

En tal sentido se afirma que si la finalidad de esta prestación es restablecer la posición económica del acreedor (y solamente suya), el fallecimiento de éste determinará la extinción definitiva de su derecho a la pensión<sup>75</sup>.

**5. La renuncia.** Ya ha sido analizada al ver los caracteres.

**6. La prescripción.** Siendo un derecho de contenido estrictamente patrimonial, sin duda es prescriptible. Estimando prácticamente la generalidad de la doctrina civilista que si no se reclaman esas pensiones en el plazo de cinco años, se perderán definitivamente.

<sup>73</sup> Montero Aroca, Juan, op. cit., pág. 226.

<sup>74</sup> Sánchez González, María, op. cit., pág. 96.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pág. 146.

El precepto alegado aquí como fundamento es, naturalmente, el artículo 1966.3º CC, cuyo tenor señala *“prescriben por el transcurso de cinco años las acciones para exigir el cumplimiento de las acciones cuyo pago deba hacerse periódicamente por años o en plazo más breve”*<sup>76</sup>.

Lo que si se discute es si prescribe el derecho a solicitar la pensión compensatoria. Para parte de la doctrina no procede la prescripción, mientras se mantengan los supuestos. En cambio, otro sector de la doctrina estima que es prescriptible, aunque también se discute el plazo, así para algunos será el plazo de quince años (art. 1964 CC), y para otros cinco años (art. 1966 CC).

**7. Cumplimiento de la condición resolutoria.** Se establece como posible que quede sujeto el término de este derecho el cumplimiento de un hecho futuro e incierto, aunque se estima que el acontecimiento debe tener relevancia económica.

**8. El plazo extintivo.** Tiene relación con la temporalidad de este derecho, durante mucho tiempo se discutió, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, si se podía establecer *ab initio* un plazo que ponga término a este derecho.

Esta discusión se encuentra superada con la última modificación de la Ley 15/2005, que establece expresamente que la compensación podrá consistir en una pensión temporal. Recordemos que se consideró siempre como indefinida.

## CONCLUSIONES.

1. El objeto de la pensión compensatoria es restablecer el desequilibrio económico que genera la ruptura matrimonial, tratando de colocar al cónyuge beneficiario en igualdad de oportunidades a las que habría tenido de no existir el matrimonio.

2. Entre sus principales características encontramos la exclusión del criterio de culpabilidad, eliminándose el juicio de reproche, tanto para la determinación de su procedencia, como su existencia tanto en el juicio de separación o en el de divorcio.

---

<sup>76</sup> Ibid., pág. 158.

3. Es renunciable, es decir plenamente disponible por los cónyuges, queda entregada al arbitrio de las partes, operando el principio de autonomía privada.

Lo único discutible es la posible renuncia anticipada de este instituto, es decir, antes de la celebración del matrimonio, en las capitulaciones matrimoniales, sin embargo, coincidimos con la autorizada opinión de la profesora Encarna Roca, en el sentido que es perfectamente posible, y por los fundamentos ya señalados.

4. Su fundamento se encuentra en la Equidad, por lo que se pretende con esta institución, es restablecer el desequilibrio económico que se genera con la ruptura matrimonial, ya sea en los casos de separación o de divorcio.

5. La naturaleza jurídica de la pensión compensatoria de acuerdo a la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia es de carácter indemnizatoria, aunque no se asimila a la responsabilidad civil.

6. Los presupuestos para determinarla son: existencia de sentencia firme en juicio de separación o divorcio, desequilibrio económico, empeoramiento de la situación del cónyuge beneficiario y relación de causalidad.

7. En cuanto al desequilibrio económico, este debe ser determinado por los tribunales, atendiendo a la situación de los cónyuges una vez producida la ruptura y comparándola con la situación disfrutada por los cónyuges durante el matrimonio.

8. Por último, y en relación al desequilibrio económico y las circunstancias no taxativas del artículo 97 CC, el criterio que ha primado es el objetivo, por tanto, las circunstancias enumeradas en el citado artículo sólo operan para fijar la cuantía de la pensión y no para determinar su procedencia.