

medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es reproachable desde el ámbito estrictamente jurídico, al *no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima*».

RESUMEN

DERECHO AL HONOR CONSENTIMIENTO

No existe vulneración del derecho al honor ni del derecho a la propia imagen del sujeto que fue voluntariamente entrevistado y filmado, existiendo un consentimiento presunto, ya que no es necesario que el consentimiento se otorgue por escrito, pudiendo deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas.

El contexto jocoso y el comportamiento del medio televisivo y de las personas físicas intervinientes fue poco ético, pero no es jurídicamente reprobable.

ABSTRACT

RIGHT TO FREEDOM FROM ATTACKS AGAINST ONE'S HONOUR CONSENT

There is no violation of the right to freedom from attacks against one's honour or the right to freedom from attacks against one's self-image if the individual in question has been voluntarily interviewed and filmed. Under such circumstances there is implied consent, and it is not necessary for the person to give consent in writing; consent may be deduced to exist from acts or conduct whose meaning is unequivocal, unambiguous or indubitable.

The mirthful context and the behaviour of the broadcaster and the individuals involved was not entirely ethical, but there are no grounds for legal rebuke.

1.2. Familia

LA PENSIÓN COMPENSATORIA O COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. DEFINICIÓN, FINALIDAD Y FUNDAMENTO.—III. NATURALEZA.—IV. CARACTERES.—V. DIFERENCIAS ENTRE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS Y PENSIÓN COMPENSATORIA.—VI. MODALIDADES.—VII. PRESUPUESTOS.—VIII. CUANTÍA DE LA PENSIÓN.—IX. ACTUALIZACIÓN, MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN Y GARANTÍAS.—X. DURACIÓN DE LA PENSIÓN.—XI. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Una de las medidas contenidas en una sentencia firme de separación y divorcio (consensual —vía convenio—, o contenciosa) es la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio económica regulada en nuestro Código Civil, dentro del Capítulo IX, del Título IV del Libro I bajo la rúbrica «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» en los artículos 97, 99, 100 y 101. Con la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio, se introduce una importante modificación en su regulación (alcance, modalidad y naturaleza), con respecto al esquema trazado anteriormente por el legislador estatal con la primera Ley de divorcio (Ley 30/1981, de 7 de julio). Así se sustituye el derecho a la pensión por el «derecho a una compensación», se acentúa la incidencia de los acuerdos de los esposos, recalándose así el carácter dispositivo de la compensación; se reconocen las pensiones temporales y la compensación mediante prestación única. La aceptación de la posible temporalidad de la pensión responde a una línea jurisprudencial insistente en las Audiencias Provinciales, y asumida también a partir de la década de los noventa —unas veces, en circunstancias excepcionales y, otras con mayor flexibilidad— por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de la Sala 1.^a, de 10 de febrero de 1995 (*RJ* 2005/1133); y, de 28 de abril de 2005 (*RJ* 2005/4209).

La nueva configuración de la «pensión compensatoria» descansa en el cambio producido en la propia estructura familiar y social, en la que se facilita la disolución del vínculo conyugal (divorcio *express* —en un plazo de tres meses [art. 81 del Código Civil]—), el papel de los cónyuges se concibe en términos de igualdad y se mejora la posición económica de la mujer con su inserción de la mujer en el mundo laboral. De ahí que, su fundamento se sustente sobre la base de un desequilibrio económico que, en relación con la posición del otro, pueda producir a un cónyuge la separación o el divorcio, implicando a su vez un empeoramiento en la situación anterior al matrimonio, y no un mecanismo igualatorio de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas, que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura. En todo lo demás, su regulación no ha variado con respecto a la que se estableció con la Ley de 7 de julio de 1981, pues se enuncian los criterios o módulos que se han de tener en cuenta por el Juez, de forma casuística, para la determinación de la compensación debida en la crisis matrimonial sometida a su control, si los cónyuges no han llegado a un acuerdo sobre el particular en el correspondiente convenio regulador. Igualmente, se fijarán en la correspondiente resolución judicial las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

Atendiendo a las aportaciones novedosas de la nueva regulación y a la que se mantiene respecto de la anterior, procederemos a un breve análisis doctrinal y jurisprudencial de una institución como la pensión compensatoria tan compleja y de tanta trascendencia práctica en un ámbito tan esencial como el familiar.

II. DEFINICIÓN, FINALIDAD Y FUNDAMENTO

ZARRALUQUI la define como «la cantidad periódica que un cónyuge debe satisfacer a otro tras la separación o el divorcio, para compensar el desequi-

librio padecido por un cónyuge (el acreedor), en relación con el otro cónyuge (el deudor), como consecuencia directa de dicha separación o divorcio, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio» (1). Para CAMPUZANO TOMÉ 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» (2).

En tales definiciones se entremezclan los conceptos de «desequilibrio económico», la causa del mismo —la separación y el divorcio— y la doble exigencia necesaria para constatar y medir la situación de desequilibrio: la personal —entre los cónyuges—; y la temporal —relativa a la situación anterior al matrimonio—.

A tal situación de desequilibrio económico se refiere también el artículo 97 del Código Civil, identificándolo con un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

En este marco, APARICIO AUÑÓN se pregunta: ¿es la pensión un intento de perpetuar el *status quo* económico que se tenía durante el matrimonio? ¿Una forma de equilibrar los ingresos de ambos esposos? ¿De igualar las pensiones? ¿De igualar las oportunidades de ambas partes para conseguir la independencia económica? ¿Es una ayuda al cónyuge necesitado, *sub conditione* de que no vuelva a casarse o convivir maritalmente, cuya contrapartida *mortis causa* sería el legado de pensión regulado en el artículo 793.3.º, por el tiempo que el legatario permanezca soltero o viudo? (3).

La doctrina responde a estas cuestiones, señalando como finalidad de la pensión, por una parte, la sustitución de los deberes de asistencia y de socorro mutuo, en una suerte de solidaridad *post* conyugal (4); o, partiendo de una

(1) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2003, pág. 114.

(2) CAMPUZANO TOMÉ, H., *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona 1994, págs. 25-26.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 10 de marzo de 2009 (*RJ* 2009/1637), conceptúa la pensión compensatoria como «una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del 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».

APARICIO AUÑÓN, E., «La pensión compensatoria», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 5, octubre de 1999, págs. 41-42, «es una obligación impuesta directamente por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa producida de forma fortuita entre personas unidas por vínculos consorciales contraídos en forma voluntaria o incidentalmente».

(3) APARICIO AUÑÓN, E., «La pensión compensatoria», *op. cit.*, pág. 25.

(4) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 16; ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 97 del

finalidad asistencial o alimentaria (5) o de elementales principios de justicia que impiden desconocer la realidad de una anterior situación matrimonial (6); y, por otra, en una finalidad compensatoria que trata de corregir el desequilibrio económico, que el divorcio puede crear entre los cónyuges, derivado de la pérdida de toda clase de ventajas vinculantes al matrimonio; lo que posibilita el mantenimiento por el beneficiario de la pensión, del nivel o tenor de vida que tenía antes de la ruptura (7). En este sentido, HAZA DÍAZ señala que «de acuerdo con las circunstancias en que ha de ser aplicada, su finalidad es evitar que el acreedor de la misma sufra un descenso brusco en su forma de vida por razón de la ruptura matrimonial y prevenir que, al menos en el aspecto económico y dentro de las posibilidades del deudor, el esposo en situación más débil, se vea repentinamente empobrecido al dejar de recibir toda ayuda de otro». Sin embargo, añade: «es la función que tiene asignada la pensión en el momento en que se establece, que es precisamente cuando se produce la separación o el divorcio, pero no es posible pensar que pretenda durante toda la existencia mantener equilibrada la situación de los *ex* cónyuges, por la razón básica de que ya ha desaparecido entre ellos el derecho a participar de una forma plena en los recursos económicos del otro». Precizando, finalmente, como función de la pensión que: «ésta se propone la equiparación de la situación económica de los cónyuges en el momento en que se propone la ruptura matrimonial, evitando así un descenso brusco en el nivel de vida del esposo con recursos propios» (8). Asimismo, hay que destacar la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 1987 —dictada en interés de ley— donde se indica que con la pensión del artículo 97 del Código Civil, «se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges puede continuar con el nivel económico que tenían en el matrimonio» (9).

Ahora bien, una cosa es la finalidad de la pensión y otra su fundamento o razón de ser. Para ROCA TRÍAS «existe una pregunta clave en todo el tema,

Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 402.

(5) BONET CORREA, J., «Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Convenio Regulador de Separación Matrimonial y Divorcio», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVI, Fasc. III, octubre-diciembre de 1983, pág. 1188.

(6) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 11 de enero de 2000 (*JUR* 200/186712).

(7) GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. II, dirigidos por Manuel Albaladejo, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1982, pág. 436. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 22 de octubre de 1999 (*AC* 1999/7103); y de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 31 de enero de 2001 (*JUR* 2001/122787).

(8) DE LA HAZA DÍAZ, P., *La pensión de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 1989, págs. 44-45.

En esta línea, MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pág. 222, para quien «su finalidad no es otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades —singularmente laborales y económicas— a la que habría tenido de no haber mediado tal matrimonio».

(9) Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2005 (*RJ* 2005/1133).

¿por qué debe existir una compensación de un cónyuge a favor del otro como consecuencia del divorcio? Porque en este tema se produce una tensión evidente: la de la autonomía de los divorciados y la de la injusticia de quien ha dedicado su vida a un matrimonio que deja de existir. Porque el matrimonio se disuelve, a diferencia de la familia, que se mantiene y muy posiblemente esta última afirmación sea una de las razones de esta pretendida solidaridad postconyugal, que no es tal, sino un modo de evitar que el *ex* cónyuge pase a depender de sistemas públicos de mantenimiento». En consecuencia, añade: ¿es el fundamento de la pensión evitar que el *ex* cónyuge pase a depender de tales sistemas públicos de mantenimiento? A ello contesta que: «para ello es útil considerar que el derecho a la pensión se adquiere a través de lo que se denomina inversiones matrimoniales y es una herramienta para eliminar incentivos financieros distorsionantes y no para librar a uno de los cónyuges de la necesidad», porque «una idea dura pero muy clara, es que el divorcio no es un sistema creado para aliviar la necesidad, como tampoco lo es el matrimonio» (10). Por su parte, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO plantea como fundamento de la pensión la alternativa de «una cierta solidaridad *post* conyugal o a la idea de compensar la pérdida del deber de socorro» (11). Otros mencionan el enriquecimiento injusto o sin causa (12); o la responsabilidad por daños, entendiendo como daños las disminuciones o pérdida que a un cónyuge le produce la separación o el divorcio (13). En fin, no falta quien, como MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ señalan que es «habitual afirmar que su fundamento es la existencia de un desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, de forma que la situación de uno de ellos resulta peor que la que tenía constante matrimonio. Evidentemente, si se atiende a la letra del precepto, esto es así». Sin embargo, precisa que «es una respuesta sólo aparente, ya que no sirve para aclarar por qué tal desequilibrio debe dar lugar a una reacción jurídica consistente en el establecimiento de la compensación, y menos aún si ésta adopta la forma de pensión. Por otro lado, su sentido puede ser distinto si la referimos a la separación o al divorcio. En este último caso, podemos encontrarnos ante una suerte de contradicción con el propio planteamiento del divorcio, sobre todo si la compensación asume la forma de pensión. La pensión, más aún si es por tiempo indefinido (pero también la temporal) supone en alguna medida la continuidad de los efectos del matrimonio, más allá del momento en que ha quedado disuelto por el matrimonio; dicho con otras palabras, los cónyuges pueden divorciarse, pero no siempre pueden evitar continuar ligados por la pensión» (14).

(10) ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, págs. 187, 190-191.

(11) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «La temporalidad de la pensión compensatoria», *op. cit.*, pág. 16.

(12) MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*. Ley 15/2005, de 8 de julio, director: VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 194-199. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2007/6177).

(13) Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 303.

(14) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de Familia, 2.ª ed., 2008, pág. 187.

III. NATURALEZA

Son muchas las teorías que se han sustanciado en torno a su naturaleza: alimenticia (15), asistencial, reparadora (16), indemnizatoria (17), compensatoria (18), o la combinación de algunas, así alimenticia e indemnizatoria, in-

(15) APARICIO AUÑÓN, E., «La pensión compensatoria», *op. cit.*, pág. 46, basa la afirmación en dos tipos de argumentos: 1. En el antecedente histórico de la pensión compensatoria, que es la pensión alimenticia entre divorciados que arbitró la ley de divorcio republicana, y 2. En nuestras reservas sobre la idea de que con el divorcio desaparezcán todas las obligaciones asistenciales que la ley impone al marido y a la mujer». En contra, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio», *op. cit.*, pág. 117.

Igualmente, LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., *Elementos de Derecho Civil, T. IV, Familia*, 3.^a ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 105, quien señala que la prestación impuesta en el artículo 97 no es ni indemnizatoria por la ruptura, ni alimentaria. No supone indemnización del culpable al inocente por la ruptura del consorcio, pues el legislador no toma en cuenta en ningún caso quién dio motivo para la separación y prescinde aquí de la referencia potencial de la culpabilidad. Tampoco se trata de alimentos en caso de necesidad: el esposo demandante de la pensión sólo tiene que demostrar el desequilibrio económico que le es desfavorable, determinándose entonces la pensión en su favor mientras el desequilibrio dure.

(16) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.^a, de 16 de diciembre de 2004 (*JUR* 2008/158525).

(17) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «La temporalidad de la pensión compensatoria», *op. cit.*, pág. 90, manifiesta que «lo que hará la pensión, en su caso, es tratar de resarcir el perjuicio causado, idea que no es asimilable a igualar los patrimonios. Con ello lo que se pone de relieve más claramente es la faceta indemnizatoria de la pensión por desequilibrio»; ROCA TRÍAS, E., «Familia y cambio social (de la casa a la persona)», *op. cit.*, pág. 190; de la misma autora, «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 403, si bien, matiza que 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. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.^a, de 11 de octubre de 1999 (*AC* 1999/2129); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.^a, de 15 de septiembre de 2000 (*JUR* 2001/75659); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1.^a, de 21 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/208250); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.^a, de 7 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/9807), y de la misma Audiencia, Sección 5.^a, de 4 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/71223).

(18) DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006, pág. 125; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 97 a 101 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. II, Edersa, Madrid, 1982, pág. 436. Igualmente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio», *op. cit.*, págs. 187-188, después de negar que la compensación tenga carácter alimentario, pues no procede de una eventual subsistencia de la obligación de alimentos tras el divorcio, ni tampoco se identifica con la obligación de alimentos subsistente entre los cónyuges separados, ni tampoco es una indemnización basada en la eventual culpabilidad de uno de los cónyuges en relación con la separación o el divorcio, no se concede al cónyuge inocente a costa del culpable, entre otras razones por la irrelevancia de los criterios culpabilísticos en nuestro sistema de separación y divorcio, se inclina por su naturaleza compensatoria ligada al dato puramente objetivo de la existencia de un desequilibrio económico determinante del empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges; y SOSPEDRA NAVAS, F. J., «Los procesos

demnizatoria y asistencial y compensatoria e indemnizatoria. Lo cierto es que tras la reforma del artículo 97 del Código Civil por Ley 15/2005, de 8 de julio, se la califica de derecho a una compensación, y consolidándose, por tanto, su naturaleza esencialmente compensatoria del perjuicio que un cónyuge sufre consecuencia de la ruptura matrimonial. Señala, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de julio de 2009 en su *Fundamento de Derecho* 2.º que: «El artículo 97 del Código Civil 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 igualatorio 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» (19).

IV. CARACTERES

Se trata de un derecho de crédito, personalísimo —pues, sólo se puede hacer valer por el cónyuge—; de tracto sucesivo ante la posibilidad de pagos periódicos, aunque se puede sustituir por una renta vitalicia, usufructo, o la entrega de determinados bienes, o abonarse en una prestación única; es un derecho lucrativo, pues no existe contraprestación alguna; excepcional al no existir un derecho a la pensión compensatoria como regla general, ni ser su concesión automática; es un derecho condicional, pues está sujeto a determinadas condiciones para su concesión, tales como la situación familiar, laboral, económica y social del beneficiario; es un derecho ajeno a toda idea de culpabilidad; y, en fin, de justicia rogada o dispositivo, ligado con su carácter disponible; de forma que, no puede concederse, si no se solicita (20). El derecho

matrimoniales y de menores», en VV.AA., *Los procesos de familia*, director: Francisco José SOSPEDRA NAVAS, 1.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág. 101.

Asimismo, señala VEGA SALA, F., «La reforma de la separación y el divorcio», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 2006, pág. 58, que con la reforma operada por Ley 15/2005, la pensión compensatoria ha recuperado la forma originaria del Código Civil francés, donde no era una pensión, sino una prestación compensatoria. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5688).

(19) La Ley 125216/2009. Con anterioridad en este sentido, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 10 de febrero de 2005 (La Ley, año XXVI, núm. 6236, de 21 de abril de 2005), sentencia del Día (*RJ* 2005/1133); la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 10 de marzo de 2009 (*RJ* 2009/1637) señala que «su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el art. 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 preceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 10 de junio de 2009 (*JUR* 2009/408694).

(20) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio», *op. cit.*, págs. 130-132; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «El derecho compensatorio y sus modificaciones», en *Los procesos de familia: una visión judi-*

a la pensión no es, por tanto, de carácter necesario, sino facultativo, y su concesión sólo tiene lugar a instancia de parte. El cónyuge demandante ha de solicitar la concesión de la pensión, o en su caso, que el demandado reconveniga, reclamándola. No cabe determinarla de oficio (21). En principio, la necesidad de petición ha de ser expresa, por regla general. Naturalmente, además, de su alegación, al no consistir la pensión compensatoria, que regula el artículo 97 del Código Civil en una medida automática, que deba establecer el Juez en todo caso, sin probarse sus presupuestos, corresponde a quien la solicita la carga de la prueba —del empeoramiento o desequilibrio económico negativo en relación con el tenor de vida que venía disfrutando durante su matrimonio y que conserva ahora su *ex* consorte, respecto al que resulta tras la separación o el divorcio—, a tenor del artículo 1.214 del Código Civil (22). Igualmente, dentro de esta disponibilidad atribuible a este derecho, es posible su renuncia (23). Tal renuncia ha de ser personal, clara, terminante, inequívoca, sin condicionante alguno, y con expresión indiscutible de la voluntad determinante de la misma (24). Puede contenerse en el convenio regulador (25); o plasmarse en un pacto extrajudicial, o en capitulaciones matrimoniales (26), o tener lugar después de sobrevenida la crisis matrimonial —sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2002 (*RJ* 2002/4452), y la RDGRN de 10 de

cial, coordinador: Eduardo HIAS FERNÁNDEZ, Colex, Madrid, 2007, págs. 913-916; ROCA TRIAS, E., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 403-404, añade que se trata de un derecho de carácter indemnizatorio. Así también, CAMPUZANO TOMÉ, H., «La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento», *op. cit.*, pág. 86; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 97 a 101 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 437 a 439. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9174), señala que «la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes puedan incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio), razón por la que, sigue diciendo, «es claro que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer»; sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 10 de marzo de 2009 (*RJ* 2009/1637); las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 1 de abril de 1998 (*AC* 1998/4765); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 15 de septiembre de 2000 (*JUR* 2001/75659); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/133652); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/290431); y de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 6 de abril de 2006 (*JUR* 2006/19611).

(21) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9174).

(22) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «La temporalidad de la pensión compensatoria», *op. cit.*, págs. 41-42.

(23) CLEMENTE DE MEORO, M., *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 163.

(24) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1983 (*RJ* 1983/4680); 18 de octubre de 1984 (*RJ* 1984/4896); 11 de junio de 1987 (*RJ* 1987/4278), y 3 de abril de 1992 (*RJ* 1992/2935).

(25) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 4 de septiembre de 2001 (*AC* 2002/341).

(26) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 27 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/92086).

noviembre de 1995 (*RJ* 1995/8086) (27)—. En todo caso, es posible su renuncia anticipada, como así propone algún autor, tanto en pactos extrajudiciales, como en capitulaciones matrimoniales; si bien, un cambio sustancial de las circunstancias podría provocar la ineficacia de esa renuncia (28). De todas formas, no parece que se pueda entender renunciada tácitamente la pensión, cuando no se pide ni en convenio, ni se solicita en la demanda contenciosa de separación o divorcio.

En este contexto, esta pensión compensatoria o derecho a compensación —en su nominación actual tras la reforma— puede coexistir con una pensión de alimentos en caso de separación —al no ser incompatible— sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9174) (29)—, no así de divorcio, al extinguirse el derecho de alimentos como consecuencia de éste —sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1988 (*RJ* 1988/5138), y 7 de marzo de 1995 (*RJ* 1995/2151) (30)—. Tampoco es sustitutiva del derecho de alimentos, si se hubiese acordado, aunque puede influir en su determinación cuantitativa a la hora de apreciar la existencia de desequilibrio o empeoramiento en la situación económica.

De todas formas, si en el procedimiento de separación se excluye la pensión compensatoria, no podrá decretarse en el posterior procedimiento de divorcio, pues el desequilibrio económico ha de referirse al momento de la ruptura de la convivencia, y ésta tuvo lugar con la separación (31). Igualmente, se ha de desestimar su establecimiento como medida *ex novo* en un procedimiento de modificación de medidas, si no se solicitó y se dispuso en la sentencia, que puso fin al proceso de divorcio (32). En este contexto, también es posible que se conceda la pensión en el proceso de separación y se deniegue temporalmente en el divorcio o se conceda con carácter provisional —sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 5 de julio de 1995 (*AC* 1995/1567)—. Es posible, incluso que se conceda *ab initio* una pensión compensatoria limitada en el tiempo, cuando desde el principio pueda calcularse objetivamente el tiempo necesario para situar al cónyuge perjudicado en una igualdad de oportunidades —sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 11 de febrero de 1999 (*AC* 1999/3213)—. En todo caso, la pensión compensatoria puede establecerse en convenio regulador homologado judicialmente, o en sentencia judicial que pone fin al proceso contencioso de separación o de divorcio; o pactarse una «pensión compensatoria de futuro» en capitulaciones

(27) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio», *op. cit.*, pág. 188. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 13 de junio de 1997 (*AC* 1997/1277).

(28) MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 223; ROCA TRIAS, E., «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 411.

(29) Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 10 de marzo de 2009 (*RJ* 2009/1637).

(30) Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5688); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 17 de noviembre de 1992 (*AC* 1992/1571).

(31) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, de 13 de julio de 1994 (*AC* 1994/1339); de la misma Audiencia, de 13 de junio de 1997 (*AC* 1997/1277); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 13 de octubre de 2009 (*JUR* 2009/459451).

(32) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 15 de septiembre de 2000 (*JUR* 2001/75659).

matrimoniales en previsión de ulteriores desequilibrios tras una separación o divorcio (33).

V. DIFERENCIAS ENTRE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS Y LA COMPENSATORIA

Tiene importantes diferencias con la pensión de alimentos. Así: 1. La pensión compensatoria sólo puede acordarse en beneficio del cónyuge o *ex* cónyuge perjudicado por la separación o divorcio, sin que requiera la persistencia de un vínculo familiar o parentesco en la más amplia extensión del artículo 143 del Código Civil. 2. Tiene como fin la compensación del desequilibrio, mientras que la pensión por alimentos se establece para la cobertura de las necesidades. 3. La pensión compensatoria está sometida al principio dispositivo, mientras que los alimentos no son disponibles (art. 151 del Código Civil). 4. El nacimiento del derecho a compensación nace de la sentencia de separación o divorcio, y el derecho de alimentos nace desde que existe la situación de necesidad. 5. El desequilibrio económico que justifica la pensión compensatoria ha de producirse en el momento de la separación o divorcio y debe traer causa de éstas, de forma que, si no se ha solicitado tal pensión, una pérdida de ingresos posterior al divorcio no posibilita que en vía de modificación de medidas se pida una pensión compensatoria; no obstante, si ésta ha sido fijada judicialmente sólo podrá ser modificada cuando existan alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge (art. 100 del Código Civil); no resultando criterios equivalentes un incremento en la fortuna del cónyuge obligado que posibilita una modificación al alza de la pensión a diferencia de la pensión por alimentos que descansa sobre las necesidades del alimentista, por lo que se puede solicitar en cualquier momento que ésta se preste; o incluso, modificar la ya existente, cuando tenga lugar precisamente una mejora en la situación económica del alimentante. 6. La pensión compensatoria no desaparece con la muerte del deudor, sino que opera la sucesión *mortis causa*, mientras que la obligación alimenticia cesa con la muerte del obligado. Asimismo, el derecho de alimentos no se extingue por nuevo matrimonio o convivencia *more uxorio* con otra persona del beneficiario, y sí lo hace la pensión compensatoria. 7. Los criterios de cuantificación de ambas pensiones son diferentes: para la compensatoria son los fijados en el artículo 97 del Código Civil; para la pensión de alimentos: las necesidades del alimentista y los medios del alimentante (art. 146 del Código Civil). 8. El plazo de prescripción de las acciones para reclamarlas son distintos: la pensión compensatoria ha de reclamarse con la demanda —o reconvención— de separación o divorcio; el derecho de alimentos es imprescriptible. 9. La pensión alimenticia no es renunciable (art. 151 del Código Civil); y sí lo es, en cambio, la pensión compensatoria. 10. Tras la Ley Concursal la pensión por alimentos tiene un tratamiento específico en la misma (arts. 47 y 84.4 de la Ley, frente al silencio de esta Ley con relación a la pensión compensatoria (34).

(33) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 1995 (RJ 1995/2151).

(34) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio», *op. cit.*, págs. 118-120; SAURA ALBERDI, B., *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Monogra-

VI. MODALIDADES

La compensación del desequilibrio que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges en relación con el otro, que supone un empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio, puede realizarse de distintas formas. Así, mediante la determinación de una cantidad única (suma a tanto alzado o mediante la entrega de determinados bienes —muebles: un paquete de acciones; inmueble: la vivienda familiar—), cuyo pago pueda ser realizado de una vez o fraccionado en distintos plazos (35); o mediante el pago de unas cantidades periódicas por un plazo predeterminado (prestación temporal), posición ya admitida por la jurisprudencia (36) y ahora reconocida en

fías, Valencia, 2004, págs. 124-134; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «El derecho compensatorio y sus modificaciones», *op. cit.*, págs. 910-911. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/6731); las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 27 de octubre de 1994 (*AC* 1994/1771); de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.^a, de 7 de noviembre de 1996 (*AC* 1995/2102); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 9 de enero de 1997 (*AC* 1997/164); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 26 de marzo de 1998 (*AC* 1998/635); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 23 de junio de 1998 (*AC* 1998/1196); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 17 de octubre de 1998 (*AC* 1998/1902); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.^a, de 18 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/76648), y de la Audiencia provincial de Málaga, Sección 7.^a, de 24 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004/18645).

(35) En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/1122), se conviene un sistema mixto de indemnización (abono de cantidad a tanto alzado más pensión vitalicia) que, además de realizar función compensatoria del daño sufrido por el demandante, con inclusión en ella tanto del daño moral puro como del indirectamente económico, sirve, al propio tiempo, para hacer frente a los costes que en el futuro se van a derivar de aquella permanente asistencia y cuidado que por tercera persona y de por vida va a precisar». Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 17 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/185612), se establece un sistema mixto en el que se integran dos conceptos —uno, el pago de una cantidad alzada concretada en la mitad del precio que se obtenga de la venta del chalé integrante de la vivienda familiar, que aparece como bien privativo del esposo; y, el otro, la entrega de una cantidad mensual de 300.000 pesetas sin límite de tiempo.

(36) Las sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 2005 (*RJ* 2005/4209), y de la Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 21 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008/6060); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 18 de enero de 1999 (*AC* 1999/2965); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2.^a, de 5 de febrero de 1999 (*AC* 1999/6646), que establece un límite temporal de cinco años; de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección única, de 20 de marzo de 1999 (*AC* 1999/737); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 16 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/269626); que establece una limitación temporal de cinco años, en atención a la juventud de la esposa, la cualificación profesional que tiene y las posibilidades reales de acceso al mundo laboral; de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 6 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/107172), que fija una limitación temporal de dos años; de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a, de 17 de marzo de 2004 (*AC* 2004/382) dispone que: «esta pensión no es una pensión vitalicia dada su naturaleza indemnizatoria o resarcitoria de una situación de desequilibrio ligada al momento de la cesación de la vida en común de los cónyuges, y que sólo debe durar mientras se mantenga el desequilibrio, sin que deba constituir un acicate desincentivador del inicio de una actividad laboral; no obstante, la limitación temporal de la pensión debe adoptarse con cautela, cuando las circunstancias concurrentes evidencian que el desequilibrio económico causa de la pensión sea susceptible de desaparecer en un plazo prudencial por estar al alcance de las posibilidades del acreedor, la eliminación de tal desequili-

el artículo 97; o indeterminado (prestación indefinida), lo que no significa necesariamente vitalicia, pues se puede extinguir en los supuestos previstos en los artículos 99 y 101 del Código Civil (37); pudiéndose, asimismo, fijar aquélla, como hemos señalado, a tanto alzado, lo que se corresponde más claramente con un propósito indemnizatorio, que se deduce del contenido literal del precepto (38). Lo cierto es que la pensión periódica por tiempo indefinido tiene como característica esencial la indeterminación. Cuando lo es por tiempo determinado, en realidad se convierte en «una compensación de una cantidad fija, pero con pago fraccionado por el plazo establecido, con un ligero corrector, equivalente a los intereses del aplazamiento, que consistirá en la actualización de su valor, que, lo que en realidad hace es mantener la deuda en su característica de valor» (39). Es claro que la pensión temporal sólo debería admitirse cuando en el momento de fijarse existe la suficiente certeza en torno al alcance del empeoramiento que se pretende compensar, y sea posible realizar anticipadamente una acotación temporal de la pensión —sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 2005 (*RJ* 2005/4209)—; en definitiva, siempre que cumpla la función reequilibradora de la pensión, por concurrir presupuestos conocidos que vengan a acreditar una base real para realizar una limitación temporal —sentencias del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/7123); 17 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5702), y de 21 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008/6060)—.

La pensión puede estar sujeta a plazo fijo (a término), o sometida a una condición suspensiva o resolutoria, por aplicación precisamente del principio de autonomía de la voluntad, e incluso puede ser acordado por el Juez cuando lo crea conveniente (40). Y su concreción en prestación única, como opción legítima, impensable en la mayoría de las economías modestas, puede pactarse en convenio regulador (41), o establecerse por el juez en la sentencia, y una vez fijada judicialmente (bien sea mediante aprobación de sentencia —proceso contencioso— o en convenio regulador homologado judicialmente),

brio»; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.^a, de 6 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007/340321), establece una limitación temporal a quince años, estableciendo una reducción de la cuantía de la pensión, cuando el obligado al pago se jubile.

(37) Se fija la pensión con carácter indefinido, sin límite temporal, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 27 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006/7252); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, de 7 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/70415), no cabe limitación temporal, pues, el matrimonio ha durado veintiocho años, y, además, la edad, circunstancias personales y cualificación profesional limitada de la esposa lo exigen; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.^a, de 13 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/130693).

(38) Señala LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. V, *Derecho de Familia*, 6.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pág. 160, que, en la práctica, ha ganado posiciones claramente la fijación de un tanto alzado, que parece comparecerse mejor con la presunta objetivización u objetivación de la pensión perseguida por la Ley 11/1981).

(39) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio», *op. cit.*, pág. 165.

(40) ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 100 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 409-410.

(41) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3.^a, de 14 de enero de 1998 (*AC* 1998/2893); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.^a, de 3 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/280032); y de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 7 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/269852).

por la vía del artículo 99, puede sustituirse por la constitución de una renta vitalicia (42), el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (43). Son tres las posibles prestaciones sustitutorias. Se trata de una simple enumeración, *ad exemplum* y no *numerus clausus*, pues, no existen razones que impidan a los cónyuges acordar la realización de otra prestación distinta (44).

Ahora bien, pese a la literalidad del precepto, resulta acertada la precisión que lleva a cabo ZARRALUQUI, pues «si la voluntad de los cónyuges puede sustituir la pensión periódica, también puede fijar desde el inicio la compensación en forma distinta de un pago regular desde el primer momento. Carece de lógica pensar que, primero, tienen que convenir algo que no quieren y, luego, sustituir este pacto por el que realmente desean. El juez no puede fijar una cantidad alzada, porque así lo establece la ley, pero sí puede aprobar la determinación hecha por los interesados a quienes la ley deja esta facultad. Ello, por otra parte, está en consonancia con la disponibilidad plena que la pensión tiene para los cónyuges» (45).

(42) ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 99 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 408, señala que: «se trata, pues, de un contrato a favor de tercero, en el que el beneficiario es el acreedor de la pensión y en que el tercero debe satisfacer la renta pactada al beneficiario. Esta posibilidad surge por el hecho de que el pago de la pensión no es personalísimo».

(43) La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 13 de septiembre de 1993 (AC 1993/1972), se convino por acuerdo de las partes la sustitución de la pensión por la adjudicación de bienes del caudal ganancial. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2002 (RJ 2002/4452), consideró procedente la acción rescisoria en fraude de acreedores ante la dación en pago de la pensión compensatoria, con la finalidad de que los acreedores del marido no pudieran realizar sus créditos. A la esposa, además de 29.000.000 de pesetas, se le adjudica un piso, valorado en más de ochenta millones de pesetas y la mitad indivisa de otras tres fincas urbanas y otras tres rústicas, lo que suma un valor muy superior a la cantidad pactada en concepto de pensión compensatoria, lo que implicó ni más ni menos que pretende evitar de la ejecución, esos bienes que salen del patrimonio del deudor.

(44) MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 226; ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 99 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 408.

(45) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio», *op. cit.*, pág. 271.

En similares términos, MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 226, para quien «aunque siguiendo la literalidad del artículo 99, parece que el acuerdo de dación en pago sólo va a ser posible cuando la pensión haya sido fijada judicialmente por existir controversia entre cónyuges. Tal interpretación le parece excesivamente restrictiva, pues no existe inconveniente alguno en poder pactar una dación en pago en la hipótesis de pensión compensatoria acordada por las partes en convenio regulador judicialmente homologado. En todo caso añade que «no es necesario que exista una identidad en la cuantía económica entre la prestación original y la pactada, aunque si es usual que haya una cierta equivalencia entre las prestaciones, pues, de lo contrario difícilmente puede entenderse que la parte que sufre el minusvalor de la nueva prestación acepte el acuerdo de dación en pago. Si la dación en pago consiste en la realización de una única prestación (por ejemplo, la entrega en propiedad de dinero o bienes), una vez ejecutada ésta, la obligación se extingue. En este caso, concluye: «si después el cónyuge que fue acreedor incurre en alguna de las causas de pérdida del derecho del artículo 101, ello será intrascendente, pues, la obligación se extingue mucho antes, con la ejecución de una nueva prestación, salvo que en el acuerdo de dación en pago se hubiera pactado cualquier otra solución para esta hipótesis».

VII. PRESUPUESTOS

Para la concesión de la pensión compensatoria se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos (46): 1) *Desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro*. De conformidad con el artículo 97 del Código Civil, el primer presupuesto para la existencia del derecho a pensión es el desequilibrio económico que sufre uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o el divorcio, que implica un empeoramiento en su situación económica en relación con la que tenía constante matrimonio (47). Este empeoramiento sólo puede afectar a uno de los cónyuges, puesto que, si se produce idéntico perjuicio en los dos, no hay desequilibrio, y, por tanto, no habrá pensión. Tampoco habrá derecho a la pensión cuando ambos dispongan de bienes propios o ingresos suficientes para continuar con un nivel de vida similar al que venía disfrutando en el matrimonio, aunque exista una

(46) En esto coincide la doctrina, vid., GARCÍA VARELA, R., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 125-126; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio», *op. cit.*, págs. 167-188; ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 403. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3.ª, de 25 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/175057).

(47) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 21 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008/6060); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 27 de octubre de 1998 (*AC* 1998/8955); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 12 de noviembre de 1998 (*AC* 1998/8712); de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección única, de 3 y 13 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/8231; y *AC* 1999/8234); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 28 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/142689); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª, de 28 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/226502), que en la determinación del desequilibrio impone la regla de la proporcionalidad que fija el artículo 97.8 del Código Civil; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 20 de septiembre de 2001 (*JUR* 2002/132872); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.ª, de 30 de octubre de 2001 (*AC* 2001/12340); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 2 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/28383); de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección única, de 25 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/94246); de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 18 de junio de 2003 (*JUR* 2003/240882); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 10 de julio de 2003 (*JUR* 2003/234802); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 26 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/106079), un desequilibrio económico que se ha producido a la esposa, teniendo en cuenta que ya no podía seguir trabajando en el negocio del esposo y que los trabajos del campo suelen ser temporales; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 29 de abril de 2004 (*JUR* 2004/172389); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 19 de julio de 2004 (*JUR* 2004/256367); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 9 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005/1169); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005/126706), ante la eventualidad del trabajo desempeñado por la esposa; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 22 de junio de 2005 (*AC* 2005/1450); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 4 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/272099); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 18 de julio de 2007 (*JUR* 2007/326541); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 24 de julio de 2007 (*JUR* 2008/16506); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 7 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/42660), y de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 22 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/119118), que habla de la concurrencia de un doble desequilibrio económico y patrimonial.

notable diferencia entre patrimonios (48); o cuando tienen una capacidad económica equivalente; o, en fin, si el solicitante de la pensión ha alcanzado un nivel de vida superior al que tuvo durante el matrimonio.

En todo caso, existen dos posiciones en torno a la conformación del concepto de desequilibrio: en primer lugar, una *objetivista*, que defiende la oportunidad de la mera comparación de patrimonios, y la concesión de la pensión cuando uno es inferior a otro, ya que las circunstancias relacionadas en el artículo 97 del Código Civil son simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada (sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.^a, de 23 de septiembre de 1998, y de 10 de noviembre de 1998); y otro *subjetivista*, en el que para la determinación de la existencia de desequilibrio, hay que valorar todas las circunstancias del artículo 97 del Código Civil, que no sólo son relevantes para la cuantificación de la pensión, sino también para el reconocimiento del derecho (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 16 de mayo de 1997; y, de la misma Audiencia, Sección 22.^a, de 25 de febrero de 1997). Estas circunstancias han de considerarse globalmente para determinar si existe o no el desequilibrio económico compensable por medio de la pensión, y, en este orden, hay resoluciones que ponderan y toman en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la edad, la duración del matrimonio, dedicación al hogar y a los hijos, cuantos de éstos precisan de atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del preceptor; facilidad para acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de la incorporación al mercado laboral—; el que el/la reclamante perciba ingresos derivados de su trabajo, por cuenta propia o ajena; posibilidades de reciclaje o de volver —reinserción— al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, y otras semejantes para el reconocimiento del derecho (49).

(48) Las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.^a, de 19 de febrero de 1998 (AC 1998/3550); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 11 de diciembre de 1998 (La Ley 1999/4698); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 27 abril de 1999 (JUR 1999/144146); de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección única, de 7 de febrero de 2002 (JUR 2002/113468); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 8 de marzo de 2002 (JUR 2002/150615); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.^a, de 30 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286409); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, Sección 5.^a, de 22 de enero de 2007 (JUR 2007/143002).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 8 de febrero de 2001 (AC 2001/339) desestima, igualmente, la pensión por desequilibrio, pues, la posición económica de la esposa solicitante no trae causa de la ruptura matrimonial, sino de sus propias circunstancias personales. La sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.^a, de 13 de junio de 2005 (JUR 2005/225140), asimismo, considera que existe una falta de acreditación de la situación de desequilibrio, pues ha transcurrido casi ocho años desde el cese de la convivencia matrimonial. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 21 de junio de 2005 (JUR 2005/221377), considera, igualmente, que no hay desequilibrio, pues la esposa tiene suficiente capacidad económica para afrontar de modo autónomo sus necesidades pecuniarias.

(49) Aceptando un criterio subjetivista, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133), cuando señala en su *Fundamento de Derecho* 2.º que «la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora.

Como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 19 de enero de 2010, en su *Fundamento de Derecho* 6.º: «De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97 del Código Civil 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; 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» (50).

La existencia de un desequilibrio económico —se opte por uno u otro sistema a la hora de su ponderación—, ha de referirse al momento de producirse la ruptura de la convivencia (51) y ha de tener su origen o causa precisamente

Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad —el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo—, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente patrimonio, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios».

(50) (*JUR* 2010/59344).

(51) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 9 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/58931), en su *Fundamento de Derecho* 3.º, confirma la doctrina de esta Sala según la cual: «el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura, y no deben tenerse en cuenta, a los efectos de reconocimiento de este derecho, los hechos que hayan tenido lugar entre la separación y el divorcio». Precisamente en el caso ahora objeto de discusión, se había pactado una pensión de alimentos para uno de ellos, pensión que desaparece con el divorcio, a no ser que se hubiese acordado en un contrato de alimentos. Al respecto señala esta Sala que, lo que ocurre es que tal pacto sobre alimentos puede ocultar el desequilibrio ya existente. Por tanto, no se trata de que el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos. La pensión compensatoria no es un sustituto del derecho de alimentos que se va a poder por la extinción del matrimonio por divorcio, de modo que aplicando las anteriores reglas, si no existió desequilibrio en el momento de la ruptura matrimonial, no va a poder reclamarse pensión compensatoria en el divorcio. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1.^a, de 13 de febrero de 1999 (*AC* 1999/4235); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.^a, de 24 de mayo de 1999 (*AC* 1999/6707); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 14 de abril de 2000 (*AC* 2001/2048); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 16 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/156313); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 24 de enero de 2002 (*JUR* 2002/111313); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.^a, de 4 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/124303); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 16 de abril de 2002 (*JUR* 2002/221365); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.^a, de 12 de julio de 2002 (*JUR* 2003/14282); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.^a, de 16 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/29301), y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 30 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/233863).

en la separación o en el divorcio, sin que las circunstancias sobrevenidas o las alteraciones posteriores den derecho a pensión, si no la hubo en aquel momento, o determinen un aumento o disminución de la misma, ya que el artículo 100 del Código Civil utiliza criterios objetivos y no se basa en las necesidades personales de los interesados (52). De ahí que la comparación de la actual posición de desequilibrio del sujeto perjudicado ha de efectuarse respecto de un momento concreto: la situación económica que tenía en su situación anterior en el matrimonio (53). No hay que probar, en consecuencia, la existencia de necesidad, pero sí que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/7123) (54).

En general, el análisis del desequilibrio obliga a ponderar los siguientes parámetros: «1. La situación del matrimonio durante la convivencia. 2. La situación alimentaria y social del solicitante de pensión tras la separación o el divorcio. 3. El estatus económico y social de ambos. 4. Los niveles de vida, económicos y adquisitivos. 5. La pérdida real del bienestar que se disfrutaba antes de la ruptura» (55).

De todas formas, como precisa acertadamente MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, el momento de referencia del desequilibrio habrá que coordinarlo con el momento de efectividad del derecho de pensión, pues puede suceder que trans-

La sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.ª, de 12 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/65249), precisa que hay inexistencia de la situación de desequilibrio entre la situación económica durante y después del matrimonio, solicitándose la pensión transcurridos cuatro años desde la separación. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/150236), para apreciar la situación de desequilibrio económico en un cónyuge respecto al otro ha de hacerse únicamente al momento de la ruptura o cese de la convivencia y no en un momento posterior: no es un derecho del cónyuge a acceder a participar en futuras ganancias del cónyuge deudor. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 15 de junio de 2006 (*JUR* 2006/270461), se señala que, la valoración del desequilibrio en el momento de la ruptura comparándolo con el inmediatamente anterior de normalidad matrimonial.

(52) LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. IV, Familia», *op. cit.*, pág. 105; ROCA TRIAS, E., «Comentario al artículo 100 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 409.

(53) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 23 de enero de 2002 (*JUR* 2002/111199).

(54) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 25 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/105399), señala que estamos ante «un desequilibrio económico entre cónyuges en relación con la posición de otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, que se determina sobre el doble elemento comparativo, por un lado, de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (estatus económico inferior al del cónyuge contra el que se dirige la pretensión, exigiéndose así la combinación de ambas condiciones comparativas para que pueda surgir en el ámbito legal y consiguiente reconocimiento judicial. Una vez constatado dicho desequilibrio, la concurrencia de uno o más de las circunstancias enumeradas en dichos preceptos (art. 97.1 del Código Civil, y 84 del CF catalán) será determinada para la cuantificación de la pensión». En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/290431).

(55) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio», *op. cit.*, págs. 181-182.

curra un periodo de tiempo en el que no se solicite la pensión. En estos casos, en los que, efectivamente, ha transcurrido un periodo de tiempo amplio, porque, por ejemplo, ha habido una separación de hecho anterior, los Tribunales no suelen conceder la pensión compensatoria solicitada (56). Asimismo, hay que destacar la necesaria coordinación entre el momento en que comienza el desequilibrio, que es el momento de la ruptura conyugal y el momento de efectividad del derecho de pensión, en los supuestos en que el que presumiblemente resulta ser deudor de la misma, sufre un considerable empeoramiento en su situación económica. De ahí que, en el caso de que exista un divorcio posterior a una separación en la que no se hubiera pactado pensión, existiendo un desequilibrio económico cuando aquél se solicite, debe tomarse en consideración tal desequilibrio.

2. *El empeoramiento en la situación anterior al matrimonio.* Debe tomarse como referencia no la posición del otro cónyuge, sino la situación anterior en el matrimonio. De forma que, habrá de tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio para determinar si por separación o divorcio, alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en su tenor de vida; un descenso o deterioro en el nivel de vida que ha de tener cierta relevancia o entidad (57). Por ello, contando los cónyuges con bienes propios o ingresos suficientes para continuar manteniendo un nivel de vida igual o similar al que venían disfrutando constante matrimonio, no procede tal derecho a una pensión, aunque existan notables diferencias entre el patrimonio de los cónyuges separados o divorciados (58).

(56) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «La temporalidad de la pensión compensatoria», *op. cit.*, págs. 61-62.

(57) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008/7123), señala en su *Fundamento de Derecho* 3.º: «Que presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges provocando la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio (y no una situación de necesidad, por lo que es compatible su percepción incluso en el caso de contar con medios económicos para subsistir), siendo 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, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal».

(58) La Audiencia Provincial de Cáceres, de 21 de noviembre de 1988, señala que: «...es requisito necesario para que surja el derecho de pensión que el desequilibrio económico produzca un empeoramiento en la situación anterior, debiendo por tanto tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio para determinar si por la separación o el divorcio alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en su forma de vida, pues, sólo en el caso de que se produzca tal desequilibrio, que ha de tener cierta relevancia, procede la pensión (...), así como es también de apreciar una adecuada relación de causa a efecto entre el desequilibrio producido y la separación...». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 20 de mayo de 1992 (AC Aud., núm. 1 de 1 al 15 de enero de 1993) dispone que: «...no basta con que uno de los cónyuges 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 no las padezca también el otro cónyuge...». Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, de 22 de abril de 1998 (AC 1998/4380); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 7 de febrero de 2001 (JUR 2001/134839); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 23 de febrero de 2001 (JUR 2001/138441), y de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005/155071). La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal,

3. La existencia de una resolución firme de separación y divorcio. Para la fijación de la pensión compensatoria constituye otro presupuesto básico, el que se haya producido la separación o el divorcio, y se haya establecido la misma en la correspondiente sentencia de separación o de divorcio, así como las bases de actualización y las garantías, sin que sea posible una pensión compensatoria en medidas provisionales. Si bien, la separación y el divorcio como procesos independientes determinan que sea posible que, en este último, se fije *ex novo* la pensión compensatoria (59). En todo caso, la pensión puede existir tras la separación, o el divorcio, pero en ningún caso tras la nulidad del matrimonio.

4. *Relación de causalidad entre el desequilibrio económico y la separación o el divorcio.* La separación y el divorcio deben ser causa directa del desequilibrio, esto es, debe existir una relación de causa a efecto entre tales situaciones de crisis matrimonial y el desequilibrio. Éste ha de ser una consecuencia o derivarse de la separación o el divorcio (60).

VIII. CUANTÍA DE LA PENSIÓN

La cuantía de la pensión será la que acuerden los cónyuges o, en su defecto, la que establezca el juez en la sentencia. Se concreta en la entrega de una cantidad periódica de dinero, fija, normalmente mensual, abonable durante los doce meses al año; aunque se han dictado resoluciones en las que se han tenido en cuenta periodos de tiempo dispares, atendiendo a la pluralidad de ingresos de quienes trabajan por cuenta ajena, haciéndose eco de las pagas extraordinarias, por corresponder éstas también a ingresos del deudor, y, asimismo, teniendo en cuenta las mayores necesidades de los periodos a que las mismas corresponde (pagos por Navidad o vacaciones). La determinación del montante de la pensión puede hacerse por relación a una cantidad cierta o mediante la fijación de un porcentaje sobre los ingresos del obligado al pago de la misma. En cuanto al momento del pago, habrá de estarse a lo dispuesto en el propio convenio regulador o a la resolución judicial; y, en su defecto, se realizarán por meses anticipados (aplicación analógica del art. 148.II) (61). Se establecen en el artículo 97.II una serie de criterios para cuantificar la pensión como son los siguientes:

Sección 1.^a, de 26 de mayo de 2005, estima la ausencia de empeoramiento en el nivel de vida de la esposa tras la ruptura matrimonial, continuando con el ejercicio de su actividad laboral y con una asistente para las labores del hogar.

(59) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 14 de junio de 1996 (AC Aud., núm. 23, de 1-15 de diciembre de 1996, pág. 2603).

(60) Las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 4 de julio de 1992 (AC Aud., núm. 11, de noviembre de 1992); de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 8 de julio de 1996 (AC Aud., núm. 7, de 1-15 de abril de 1997, pág. 771); de la Audiencia Provincial de León, Sección 21.^a, de 15 de enero de 1997 (AC Aud., núm. 23, de 1-15 de diciembre de 1997); y de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.^a, de 4 de mayo de 2001 (JUR 2001/224140).

En la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.^a, de 29 de marzo de 2000 (JUR 2001/90851), se fija como presupuestos, además de la existencia de un claro desequilibrio patrimonial entre los esposos, que tal desequilibrio sea consecuencia directa y esté vinculado causalmente con la separación o divorcio y no con otras circunstancias ajenas a la crisis matrimonial.

(61) En este sentido, ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 99 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 407; GARCÍA VARELA, R., «Comentario al artículo 99 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 141.

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y estado de salud (62).
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo (63).
4. La dedicación pasada y futura a la familia (64).

(62) La sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1.^a, de 6 de marzo de 1998 (AC 1998/3846), no procede la pensión por desequilibrio por la juventud, estado de salud y cualificación profesional que le permite trabajar. La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.^a, de 23 de noviembre de 2002 (JUR 2003/78105), esposa de veintiocho años, acabando sus estudios superiores y con evidente capacidad laboral. La sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.^a, de 29 de abril de 2005 (JUR 2005/113445), igualmente, considera que no procede la pensión por desequilibrio por la edad de la esposa y la realización de trabajo remunerado.

(63) La sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.^a, de 17 de marzo de 1999 (AC 1999/4192), toma como criterio la edad de la beneficiaria, la falta de cualificación profesional, la dificultad para acceder al mercado de trabajo, duración del matrimonio y medios del obligado. La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.^a, de 28 de junio de 2002 (JUR 2002/260373), ausencia de cualificación profesional y de desarrollo de trabajo alguno. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 30 de octubre de 2002 (JUR 2003/30109), conocimiento por parte de la esposa del mundo laboral: trabajo realizado por cuenta ajena antes del matrimonio y en la actualidad realiza un trabajo por cuenta propia. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.^a, de 29 de enero de 2004 (JUR 2004/81119), irrelevancia de la existencia de trabajos eventuales al ser discontinuos y de duración breve. La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 12 de abril de 2005 (JUR 2005/266591), escasa formación profesional y escasas expectativas laborales. La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.^a, de 28 de abril de 2005 (JUR 2005/128970), en atención a la edad de la esposa y la ausencia de cualificación profesional. La sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.^a, de 27 de febrero de 2006 (AC 2006/606), hace referencia al acceso al mercado laboral prácticamente inviable. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.^a, de 14 de mayo de 2007 (JUR 2007/288605), ingresos de la esposa como consecuencia de haber estado trabajando constante matrimonio y hacerlo en la actualidad. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 5 de noviembre de 2007 (JUR 2008/40468), fácil incorporación de la esposa al mundo laboral con sus propios ingresos conforme a su cualificación profesional y propias aptitudes. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.^a, de 12 de junio de 2008 (JUR 2008/302137), la percepción de una pensión por desempleo, presume en cierto modo su posibilidad para trabajar y poder alcanzar remuneración para sí misma. En la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.^a, de 10 de junio de 2009 (JUR 2009/311341), no procede la pensión por desequilibrio, pues ambos esposos tienen fácil acceso al mercado laboral.

(64) La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.^a, de 8 de febrero de 2000 (AC 2000/3876), matrimonio mantenido casi treinta años con dedicación completa a la familia que impidió su acceso al campo laboral. La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.^a, de 27 de abril de 2000 (AC 2000/2200), matrimonio mantenido durante más de veinticinco años con dedicación a las atenciones y cuidado de su esposo y de sus cuatro hijos, carencia de cualificación profesional. La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 19 de julio de 2001 (JUR 2001/270417), dedicación al cuidado y atención a la familia durante los años que duró el matrimonio con períodos cortos de actividad laboral. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 12 de febrero de 2002 (JUR 2002/114403), dedicación a su esposo y a sus cuatro hijos desde el año 1960 en que se casó. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 27 de septiembre de 2002 (JUR 2003/28210). La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.^a, de 18 de

5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge (65).
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal (66).
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge (67).

Se trata de una enumeración no tasada, sino ejemplificativa de criterios, y, sin que deba seguirse el orden que marca el citado precepto, lo que permite al juez operar con una amplia discrecionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión (68). Constituyen, por tanto, criterios orientativos

septiembre de 2002 (*JUR* 2003/7816), duración de veintisiete años del matrimonio durante el cual la esposa dejó de trabajar para atender a la familia, y altos ingresos del esposo como médico especialista. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 17 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/82591). La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 11 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004/36186), dedicación exclusiva a la familia durante treinta años. La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 25 de enero de 2008 (*JUR* 2008/208456), esposa que durante cuarenta y cinco años estuvo dedicada a las tareas domésticas y cuidado de sus hijas, sin que en todo ese tiempo prestara trabajo alguno por cuenta ajena, sin que por su edad, setenta años, quepa considerar la probabilidad de acceso a un empleo.

(65) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, 14 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/128887).

(66) La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 4 de mayo de 2000 (*JUR* 2000/304635), matrimonio durante doce años, carencia de ingresos y de cualificación profesional, dedicación a los cuidados de la casa y de la familia; sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 30 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/265532), duración de veintinueve años del matrimonio. La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 2.ª, de 19 de junio de 2002 (*JUR* 2003/5249), atiende a la edad de la esposa, la duración del matrimonio y su entrega al mismo. La sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 15 de julio de 2002 (*JUR* 2003/6124), convivencia conyugal durante veinte años dedicándose a atender el hogar, y carencia de específica cualificación profesional. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004/5877), duración de la convivencia durante veintidós años. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 23 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/312997), matrimonio con una duración de veintiséis años teniendo la esposa cincuenta y un años y habiéndose dedicado a las labores domésticas.

(67) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009/3), no procede la pensión compensatoria por encontrarse el marido en el momento de la separación en situación de paro; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 5 de abril de 2001 (*JUR* 2001/167031); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 12 de junio de 2001 (*JUR* 2001/259725); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4.ª, de 21 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/116425), y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/35632), se determina la cuantía de la pensión en función de las circunstancias concurrentes: duración del matrimonio, edad de los cónyuges, dedicación a la familia y caudal de los cónyuges, y la falta de cualificación profesional.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 24 de abril de 2007 (*JUR* 2007/211262), se utilizan como criterios la dificultad de la demandante para desempeñar una vida laboral normal, pues está cuidando a su madre que padece una grave enfermedad degenerativa.

(68) En este coincide mayoritariamente la doctrina, vid., ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 405; GARCÍA VARELA, R., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 127.

(estamos ante una lista abierta, como así lo determina el artículo 97.9.^a «cualquier otra circunstancia relevante»), y no determinativos para el Juez, que no se excluyen entre sí y deben ponderarse en su conjunto (69). De todas formas, hay que tener en cuenta que, aparte de estas circunstancias, aquél podrá tomar también como datos de valoración otros distintos. En estos ocho apartados se ha de destacar la variedad de criterios en cuanto a su significación, en orden a la determinación graduada de la cuantía de la pensión. CAMPUZANO TOMÉ señala al respecto que: «hay circunstancias de carácter claramente compensatorio: la dedicación pasada y futura a la familia (número 4), la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales, o profesionales del otro cónyuge (número 5); la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal (número 6), la pérdida eventual de un derecho de pensión (número 7); de carácter alimenticio: el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge (número 8); de carácter convencional: los acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges (número 1)» (70). Para MARÍN LÓPEZ sólo algunas de las circunstancias enumeradas en el precepto tienen verdadera trascendencia. Importante es la circunstancia número 8, pues constituye, en verdad, el fundamento fáctico del precepto: habrá de atenderse a los medios económicos y las necesidades de los dos cónyuges. Al margen de ésta, la circunstancia 2.^a (edad y estado de salud del reclamante) y 3.^a (cualificación profesional y posibilidad real de acceso a un empleo) son las que sirven para acordar la cuantía de la pensión» (71). LACRUZ BERDEJO, por su parte, manifiesta que de estos diversos parámetros que contiene el citado precepto, unos confieren a la pensión el carácter de salario diferido (dedicación a la familia, ayuda en la profesión o negocios del otro esposo), y hasta, en último extremo, un cierto carácter alimentario (edad, salud, posibilidades de empleo) (72).

Una vez se concrete el montante de la pensión, como prestación de carácter patrimonial, su concesión supone, a salvo siempre de la posibilidad de su sustitución acordada por las partes, la condena al pago de una cantidad líquida, cuya exigencia puede hacerse valer por la vía del procedimiento ejecutivo, por contener la concesión de la pensión un título hábil para ello (73). La fijación de la cuantía incumbe al tribunal de instancia, y no puede ser objeto de revisión en casación, salvo que sea arbitraria, ilógica o irracional (74).

(69) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 5 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/186269), y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 27 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/33645).

(70) CAMPUZANO TOMÉ, H., «La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento», *op. cit.*, págs. 86-87.

(71) MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 223-224.

(72) LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. IV, Familia», *op. cit.*, pág. 106.

(73) LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. IV, Familia», *op. cit.*, pág. 106.

(74) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a, de 14 de octubre de 2009 (*RJ* 2010/74), y cita las sentencias del mismo Tribunal de 24 de febrero de 2005, de 8 de mayo de 2008 y de 3 de julio de 2008.

IX. ACTUALIZACIÓN, MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN Y GARANTÍAS

La pensión compensatoria como deuda de valor es actualizable (75), con el objeto de garantizar con ello el mantenimiento del poder adquisitivo del sujeto acreedor (76). El juez, en la sentencia, debe fijar los criterios conforme a los cuales se podrá actualizar la pensión, siendo de obligada exigencia. El más habitual es el aumento de la misma en proporción al índice anual de precios al consumo, aunque puede operar sobre cualquier otro (77). Se da al juez una gran amplitud de arbitrio en esta materia. Normalmente, se considera que ha de efectuarse la revisión con carácter anual, si bien, difieren las sentencias y los convenios en cuanto al cómputo del año, sobre si es de fecha a fecha o todos los días primeros de cada año. Asimismo, es variable la fecha de exigibilidad de tal actualización. Algunas sentencias reconocen la exigibilidad de la pensión actualizada desde la fecha en que proceda dicha actualización, de acuerdo con la sentencia que la fijó (78), u homologó el convenio regulador (79); otras consideran que ha de actualizarse desde la fecha en que el Tribunal la ponderó numéricamente (80). Igualmente, la pensión admite su modificación. Lo que no casa bien con la función de la pensión, si ésta se establece precisamente en atención a las circunstancias de desequilibrio o empeoramiento económico, existentes en la fecha de la separación o el divorcio; de forma que no parece lógico que una modificación posterior de tales circunstancias conlleve una variación de su cuantía. No obstante, hay que tener en cuenta que tanto su cuantía como su duración se establecen en fun-

(75) Como tal deuda de valor la califica BONET CORREA, J., «Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Convenio Regulador de Separación Matrimonial y Divorcio», *op. cit.*, pág. 1188.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1982, dispone que «la prestación de alimentos tiene las notas propias de una deuda de valor, que como tal autoriza las medidas de protección frente a las alteraciones monetarias, ya que en la deuda alimenticia no debe regir el principio nominalista del dinero, orientación a la que parece responder el último párrafo del artículo 148 —redacción según la Ley de 13 de mayo—, en cuanto faculta al Juez para que, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, pueda proveer “a las futuras necesidades”, y, desde luego, inspira claramente otros preceptos reguladores de las situaciones del derecho matrimonial en las que interviene el pago de pensión, tal como proclaman los artículos 93, 97 *in fine*, 100 y 103 de la norma 3.^a del propio cuerpo sustantivo, texto modificado por Ley de 7 de julio de 1981».

(76) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio», *op. cit.*, pág. 190, precisa que es claro que la actualización tendrá lugar en relación con la pensión que, efectivamente, lo es (ya sea temporal, ya sea indefinida), pero no en el caso de que lo que se haya concedido es una compensación a tanto alzado.

(77) Señala LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil, T. V Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 161, que el índice de precios al consumo no juega ningún papel de justicia o equidad propiamente dicha, sino un mero referente matemático que siendo normalmente cómodo y operativo, en ciertos casos puede resultar desaconsejable; y, añade: «ni que decir tiene que en los supuestos de fijación de la pensión mediante porcentaje de los ingresos habidos por el cónyuge deudor es innecesario acudir a módulo alguno de actualización, en cuanto ésta depende en definitiva de la cuantía de aquellos».

(78) Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.^a, de 16 de noviembre de 1998 (AC Aud., núm. 10, de 8 al 14 de marzo de 1999, pág. 497).

(79) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 1 de junio de 2005 (JUR 2005/231913).

(80) Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, Sección 1.^a, de 21 de septiembre de 1998 (RJC 1989-II, pág. 539).

ción del tiempo, que se estima necesario para hacer desaparecer el desequilibrio económico y que, en consecuencia, si éste crece o se reduce podría justificarse un eventual aumento o reducción de la pensión, del mismo modo que si desaparece totalmente, la pensión se extingue (art. 101). CAMPUZANO TOMÉ señala al respecto que «las modificaciones o alteraciones de la situación patrimonial que puedan dar lugar a una revisión de la pensión periódica atribuida al cónyuge divorciado, son aquéllas que, por el transcurso del tiempo o por acontecimientos verificados con posterioridad a la disolución del matrimonio, llevan a una mejora o a un empeoramiento de las condiciones económicas del obligado» (81). Asimismo, ROCA TRÍAS precisa que: «parece coherente entender que estas alteraciones tendrán la virtualidad de modificar la pensión, ya que si se hubiese desplegado toda su eficacia en el momento de la disolución del matrimonio (o la separación), no hubiera existido el derecho a pensión o la cantidad acreditada hubiera sido menor. Cuando las alteraciones se producen con independencia de la situación existente ya en el matrimonio cuya disolución causa el desequilibrio (adquisición de una herencia, premio de lotería, etc.), no existe derecho a pedir la modificación de la pensión»; y, añade: «por estas mismas razones, no es posible pedir pensión cuando con posterioridad y no existiendo desequilibrio económico en el momento del divorcio o la separación, el deudor aumenta posteriormente su fortuna: la pensión tienen un carácter indemnizatorio fijado en un momento concreto, por ello no nace un derecho posterior si el supuesto no se produjo en el momento previsto por la Ley» (82). Por su parte, HAZA DÍAZ señala en esta línea que la modificación tiene su base en unas circunstancias económicas que son «...consecuencia directa o indirecta de bienes producidos o actividades realizadas en época anterior vigente aún el matrimonio...», y, están basadas en «...una alteración de la fortuna que tuvo su origen en el matrimonio y que no se valoró cuando se estableció la pensión porque no había posibilidad de tal valoración...»; por tanto: «...Sólo facultan una corrección de la prestación por haberse producido hechos posteriores que evidencian que ésta se estableció, en su momento de forma injusta para una de las partes» (83). En este contexto, sólo podrá modificarse la pensión cuando se alteren sustancialmente la fortuna de uno de los cónyuges. No basta un simple cambio cuantitativo (84), sino que ha de ser lo suficientemente importante, sustancial o relevante para justificar un cambio en la cuantía de la pensión (por ejemplo,

(81) CAMPUZANO TOMÉ, H., «La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento», *op. cit.*, pág. 171.

(82) ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 100 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 409. En similares términos, Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones», *op. cit.*, pág. 126.

(83) DE LA HAZA DÍAZ, P., «La pensión de separación y divorcio», *op. cit.*, págs. 98-99.

(84) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 6 de junio de 2005, señala que: «los cambios de fortuna surgidos con posterioridad a la ruptura de la convivencia marital no pueden provocar el nacimiento de un derecho». Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 28 de abril de 1999 (AC 1999/4879); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª de 7 de abril de 2003 (JUR 2003/210333); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1.ª, de 13 de mayo de 2003 (JUR 2003/237187); de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 16 de mayo de 2005 (JUR 2005/121587); y, de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.ª, de 13 de septiembre de 2005 (JUR 2005/233124).

la situación de desempleo, o un aumento en la situación patrimonial del cónyuge acreedor) (85). En todo caso, la pensión sólo puede modificarse a la baja, no al alza, y ha de solicitarse en el procedimiento de modificación de medidas (art. 775 de la LEC) (86).

En esencia, con la actualización se pretende que una eventual desvalorización del dinero acabe provocando una disminución real de la pensión; mientras que con la modificación se intenta un cambio en la cuantía de la pensión, motivado por una variación en la fortuna de uno de los cónyuges, es decir, por la aparición de un nuevo equilibrio patrimonial entre ambos, al modificarse las circunstancias tenidas en cuenta por el juez inicialmente para establecer la pensión compensatoria (87). Lo cierto es que esa modificación en la cuantía de la pensión no puede basarse ni en un cambio en las necesidades del cónyuge beneficiario, ni en la fortuna del deudor, sino que debe ser consecuencia de una variación de las circunstancias que se tomaron en consideración a la hora de fijar la pensión, o ante la imposibilidad constatada del cónyuge deudor de hacer frente a la pensión inicialmente pactada. De todas formas, no podemos negar cierta dificultad en fundamentar la modificación de una pensión cuando ya no existe vínculo matrimonial ni la misma situación de desequilibrio que motivó la medida de la pensión y que, en consecuencia, justifiquen otras apor-

(85) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/7123). La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 30 de enero de 1995 (*AC Aud.*, núm. 12, de 16 al 30 de junio de 1995), señala que «la modificación ha de incidir de manera esencial y básica en las condiciones de hecho que tuvieron los esposos y el juez en la sentencia», y la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6.ª, de 14 de octubre de 1998 (*La Ley* 1999/1615), precisa que: «es menester demostrar que esa alteración que se quiere hacer valer es sustancial o relevante, o lo que es lo mismo, que tiene su origen en unos hechos que implican un notable cambio en la situación contemplada al tiempo de pactarse el convenio precedente o dictarse la resolución anterior». En el mismo sentido, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, de 17 de noviembre de 1992 (*AC* 1992/1571); de la Audiencia Provincial de Palencia, de 5 de febrero de 1999 (*AC* 1999/3738); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 17 de enero de 2001 (*JUR* 2001/256374); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 29 de enero de 2002 (*JUR* 2002/124065), y de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 16 de enero de 2009 (*JUR* 2009/239448).

DE LA HAZA DÍAZ, P., «La pensión de separación y divorcio», *op. cit.*, pág. 105, manifiesta al respecto que merece el calificativo de sustancial: «la alteración que provoque en uno de los sujetos de la relación la imposibilidad de subvenir sus necesidades vitales»; y, precisa en otro lugar que «sólo las alteraciones de fortuna que tengan lugar como consecuencia que una de las partes de la relación no puede cubrir sus necesidades vitales pueden ser consideradas como "sustanciales", de forma que actúen como causa para modificar una obligación que tiene su fundamento en un vínculo matrimonial inexistente o falto de alguno de sus elementos» (pág. 102).

(86) La sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de marzo de 1997, señala que «no se revisa una decisión judicial desde una perspectiva histórica, sino que se pretende su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se dictó, si se produjera una alteración sustancial en la fortuna de uno o del otro cónyuge (arts. 91 y 100 del Código Civil). Es ostensible, por tanto, que el replanteamiento de la cuestión con el mismo fundamento resultaría inviable. No puede pretenderse la modificación de las pensiones, una y otra vez, sin un cambio de situación, y, por tanto, ha de considerarse agotada en sí misma».

(87) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio», *op. cit.*, pág. 190.

taciones que las inicialmente convenidas por hechos acaecidos con posterioridad al propio divorcio (88).

El artículo 97.2 del Código Civil dispone también que en la resolución judicial de separación o de divorcio se determinarán las garantías que aseguren el cumplimiento de la obligación de pago de la pensión. Si bien, tal imposición exigirá solicitud de parte. Todo ello sin perjuicio de la sanción penal impuesta al deudor que no pague durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos, o al que no pagase la prestación única ordenada (art. 227 del Código Penal). También el artículo 776.1.º de la LEC prevé la posibilidad de imponer multas coercitivas al cónyuge que incumpla sus obligaciones de pago de cantidad, sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas. Por otra parte, el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos previsto en la Disposición Adicional única de la Ley 15/2005, se aplica únicamente a las pensiones alimenticias y no a la pensión compensatoria del artículo 97.

X. DURACIÓN DE LA PENSIÓN

Como expusimos en relación con las modalidades de pensión, ésta podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido (vitalicia: no más allá del fallecimiento del cónyuge beneficiario). La regla general ya no es el carácter vitalicio de la pensión —abandonado de raíz como norma imperativa por la Ley 15/2005—, sino que se ha consolidado la temporalidad de la misma en una interpretación legal acorde a la realidad social de nuestros días —previsto como elemento interpretativo de las normas en el art. 3.1 del Código Civil—. Lo que no impide que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, se pueda determinar que la duración de la pensión sea indefinida. Ciertamente, para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con la función reequilibradora que constituye la finalidad (*ratio*) de la norma por concurrir criterios o factores conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia (89). Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que propicie una temporalidad en la pensión. Los factores o criterios a tener en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria y que ésta sea temporal, han sido igualmente manifestados en otro apartado de este estudio. A partir de los mismos se trata de apreciar la posibilidad que tiene el cónyuge perjudicado de desenvolverse autónomamente, estando el plazo en consonancia con la previsión de la superación del desequi-

(88) En similares términos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *ult. lug. cit.*

(89) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 9 de octubre de 2008 (RJ 2008/5685) (doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo por unificación de doctrina), las circunstancias fácticas concurrentes no justifican el establecimiento de un plazo de duración determinado, habida cuenta que la beneficiaria no es una persona joven que cuente con gran experiencia laboral ni con una gran cualificación profesional, y también el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 18 de abril de 2006 (RJ 2006/5169).

libro, para lo cual habrá de actuar el juzgador con prudencia y ponderación, de forma que, atendiendo a los criterios o factores contenidos en el artículo 97 del Código Civil, establecer o no plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten una total desprotección en el cónyuge más desfavorecido (90).

Finalmente, debe destacarse el criterio favorable a la temporalización del Consejo de Europa (Informe del Comité de Expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1980) (91); y, el Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio, en cuyo artículo 86.1.d) se establece que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció (92).

XI. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN

Se contiene en el artículo 101 del Código Civil las causas de extinción de la pensión. Estas causas sólo operan cuando la modalidad fijada de la pensión es mediante una pensión periódica indefinida o temporal, pero no cuando consiste en una única prestación. Se extingue, en primer lugar, por el cese de la causa que motivó la pensión (art. 101.1), y esta causa es tanto la separación y el divorcio como el desequilibrio económico (93). En consecuencia, se extin-

(90) A favor de la temporalidad de la pensión, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 10 de febrero de 2005 (*RJ* 2005/1133); de 28 de abril de 2005 (*RJ* 2005/4209); de 19 de diciembre de 2005 (*RJ* 2005/7840); de 29 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006/169), aunque no niega la pensión temporal, lo único que hace es rechazarla en el caso concreto con el fundamento que en el proceso anterior de separación matrimonial se acordó con duración ilimitada, y no aprecia cambio de circunstancias que justifiquen la sustitución, apreciación esta que queda fuera del control casacional; de 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/7123), de 14 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/6911), de 17 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5704), prudente ponderación judicial de las circunstancias concurrentes: mujer joven, con buena salud, experiencia laboral previa y disposición a procurar una independencia económica: adecuación del límite de siete años, y de 21 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008/6060), y los Autos del mismo Tribunal, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 2 de octubre de 2007 (*JUR* 2007/315434); de 22 de abril de 2008 (*JUR* 2008/222816); de 14 de abril de 2009 (*JUR* 2009/205984), y de 28 de abril de 2009 (*JUR* 2009/300689). Y el Auto del mismo Tribunal, Sala de lo Civil, Sección única, de 30 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003/8443).

(91) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 1995 (*RJ* 2000/5501), aplicó el Convenio de Bruselas de 1968, aplicable tanto a la ejecución de una medida provisional de pensión mensual de alimentos a favor de uno de los cónyuges litigantes en un juicio de divorcio, como una pensión compensatoria provisional y temporal a pagar mensualmente y acordada en juicio de divorcio.

(92) El artículo 233-17.4 del Proyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (*Bulletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 384, de 19 de enero de 2009), señala, en este sentido que «la pensión compensatoria en forma de pensión se otorga por un periodo limitado, salvo que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen su fijación con carácter indefinido». Asimismo, dispone que el artículo 233-19.1.d) que el derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión se extingue: «por el transcurso del término por el cual se ha establecido».

(93) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio», *op. cit.*, pág. 192; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil, T. VI, Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 162.

que la pensión cuando cesa la separación, por reconciliación de los cónyuges, o cuando los *ex* cónyuges divorciados vuelven a contraer matrimonio entre sí. También se extingue cuando desaparece el desequilibrio económico, porque el cónyuge acreedor ha mejorado su situación económica, o porque el cónyuge deudor ha empeorado la suya. Igualmente, es causa extintiva de la pensión el matrimonio del cónyuge acreedor (art. 101.1). Puede tratarse de matrimonio civil o religioso, si bien, este último ha de ser reconocido como válido y eficaz en el orden civil. La nueva unión viene a proporcionar al cónyuge acreedor un nuevo *modus vivendi*, ligado al nacimiento de un nuevo deber de socorro como consecuencia del nuevo vínculo, que viene a reequilibrar la posición económica del *ex* cónyuge acreedor; además de no resultar razonable que el nuevo cónyuge del acreedor se beneficie de la pensión que éste obtiene de su *ex* cónyuge. Es, asimismo, causa de extinción, la convivencia marital del acreedor con un tercero (art. 101.1). Ha de tratarse de una situación de vida análoga a la conyugal, esto es, estable y duradera de la que pueda presumirse una situación económica similar a la del matrimonio, y no de una relación esporádica u ocasional, y, puede ser de carácter homosexual como heterosexual. No parece que sea necesaria la convivencia en el mismo domicilio.

Fuera de la enumeración del citado precepto existen otras posibles causas de extinción de la pensión como: la muerte o declaración de fallecimiento del cónyuge acreedor, la renuncia del derecho, el acuerdo entre cónyuges de dar por extinguida la pensión, o su sustitución en la forma prevista en el artículo 99, y la prescripción de la acción para reclamar las pensiones devengadas y no percibidas en el plazo de cinco años en virtud de la aplicación del artículo 1966.3.^a del Código Civil. El plazo debe empezar a contarse desde el momento en que se produzca el desequilibrio, es decir, la separación o el divorcio.

No es, en cambio, causa de extinción la muerte del cónyuge deudor —a diferencia del derecho a recibir alimentos que se extinguen con la muerte del alimentante (art. 150 del Código Civil)—, pues, como dispone el apartado segundo del artículo 101, se transmite a sus herederos, quienes deberán seguir pagándola en los términos establecidos. El pago de la pensión se configura, por tanto, no como una carga de la herencia, sino como una deuda que habrá de adaptarse a las necesidades de la herencia y no podrá nunca provocar una lesión de los derechos de los legitimarios. De ahí que el citado precepto posibilite a los herederos que puedan solicitar la reducción o supresión de la pensión cuando concurren algunas de las dos circunstancias que señala: 1. La insuficiencia de bienes del caudal hereditario para pagar la pensión. Con lo que se evita que los herederos tengan que responder de tal deuda con su patrimonio. 2. El perjuicio a las legítimas, esto es, a la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima (arts. 813 y 815); privilegiando con ello los intereses de los herederos del deudor de la pensión sobre los del acreedor de la misma (94). El legislador considera preferentes los derechos de los legitimarios y de los acreedores de la herencia frente a los intereses económicos del *ex* cónyuge o del cónyuge separado. Y, asimismo, entiende que la expresión «necesidades de la deuda» ha de referirse a las posibilidades del caudal hereditario para hacer frente al pago de las demás deudas hereditarias, sin que tal caudal, en consecuencia, pueda permanecer indemne frente al titular del derecho a la pensión. De ahí que, cuando deba procederse a la reducción, en ésta

(94) MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 228.

se deberá tener en cuenta las posibilidades del caudal hereditario y las necesidades del titular de la pensión. La correlación de ambos elementos proporciona el baremo económico que determinará la cuantía de la pensión a partir del momento de apertura de la sucesión (95). De todas formas, la reducción o supresión de la pensión no opera de forma automática, sino que ha de establecerla el juez, previa solicitud de los herederos, sustanciándose la demanda por el procedimiento previsto en el artículo 770 de la LEC.

Los obligados al pago son los herederos del causante-deudor, y responden de acuerdo con la forma en que hayan aceptado la herencia. Si con posterioridad al fallecimiento del deudor se produjera la extinción de la pensión por alguna de las causas previstas en el artículo 101.1 del Código Civil, ésta se extingue frente a los herederos.

Finalmente, aunque hemos centrado nuestro estudio en la pensión compensatoria como medida a adoptar en caso de separación o divorcio, nos parece oportuno completarlo, trayendo brevemente a colación con relación a ruptura o cese de las uniones extramatrimoniales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003 (*RJ* 2003/4605), cuando dice que «las uniones *more uxorio*, cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos —constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial— han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe transponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción. La relevancia del problema se ha dejado sentir en las actuaciones de los Tribunales (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y restantes de la organización judicial) y también ha incidido en el campo legislativo, muy puntualmente en lo que hace referencia a la legislación estatal, y con mayor intensidad, aunque condicionada por las respectivas posibilidades legislativas, en la legislación autonómica, que ha realizado un destacado esfuerzo por acomodar el ordenamiento jurídico a la realidad social». Paralelamente a lo expuesto, la misma doctrina jurisprudencial, en línea con la del Tribunal Constitucional, se ha preocupado de precisar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio —sentencias de 12 de septiembre de 2005 y de 19 de octubre de 2006, y sentencias del Tribunal Constitucional 184/90 (*RTC* 1990/184) y 222/92 (*RTC* 1992/222), por todas—, aunque una y otra se sitúen dentro del derecho de familia.

La falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión *more uxorio* ha dado lugar a una jurisprudencia diversa que ha efectuado un notorio esfuerzo por proporcionar un remedio jurídico ante la situación de ruptura de la unión de hecho, salvo la admisibilidad general de los pactos expresos o tácitos (*facta concludentia*), con acogimiento de soluciones de *comunidad de bienes* —sentencia de 18 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/4907), de 29 de octubre de 1997 (*RJ* 1997/7341), y de 4 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3722)—; o de *sociedad irregular* —sentencia de 18 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/4907), 18 de febrero de 1993 (*RJ* 1993/1246), 18 de marzo de 1995 (*RJ* 1005/1962)—, se han

(95) ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 412.

optado en las sentencias de 13 de junio de 1986 (RJ 1986/3549), por aplicar el principio de buena fe y la sanción del abuso del derecho, de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9733); y de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001/4770), por la doctrina del enriquecimiento injusto (96); de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1006/9020) por la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.902 del Código Civil, en atención a que hubo promesa de matrimonio; de 10 de marzo de 1998 (RJ 1008/1272), por principio de protección al conviviente más débil, que también se menciona en la de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001/4770), y se ratifica en la de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/4), de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001/4770), de 5 de julio de 2001 (RJ 2001/4993), y de 16 de julio de 2002 (RJ 2002/6246), sobre la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil (97).

RESUMEN

PENSIÓN COMPENSATORIA SEPARACIÓN O DIVORCIO

La pensión compensatoria o derecho a una compensación representa una de las medidas patrimoniales a adoptar ante situaciones de crisis matrimonial como la separación o el divorcio, y frente a otras como la pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda, que dan lugar también a una importante casuística, y donde, igualmente, la autonomía de la voluntad tiene especial operatividad, es una de las que más controversia genera. Además de establecerse en convenio regulador homologado judicialmente, se puede sustanciar en procesos contenciosos en constante aumento en la actualidad. Tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se posibilita su determinación a través de mecanismos como la pensión temporal, o la prestación única, que puede consistir en una cantidad a tanto alzado o en la entrega de determinados

ABSTRACT

COMPENSATION SEPARATION OR DIVORCE

Compensation or payment of a compensatory sum is one of the asset-related measures that may be taken in situations of matrimonial crisis, such as separation or divorce. Compensation may be contrasted with other measures, such as the payment of maintenance obligations and the assignment of the right to use the family home, which also give rise to important instances of casuistry in the moral philosophical sense. Compensation is also a measure where autonomy of will has a special role to play in proceedings. In short, it is one of the measures that generate the most controversy. Compensation may be established in a regulating agreement agreed to by the spouses and approved by the court. In addition compensation may be substantiated in litigious action of the sort that is growing constantly nowadays. After the reform in Act 15/2005 of 8

(96) Vid., en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 5 de febrero de 2004 (RJ 2004/213), y de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008/2833).

(97) Vid., en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148), se determina mediante la aplicación de la *analogía iuris* y no *analogía legis*: situación jurídica no asimilable al matrimonio. Igualmente, las sentencias de este mismo Tribunal, Sala y Sección, de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008/3345), y de 30 de octubre de 2008 (RJ 2009/404).

bienes, atendiendo a una serie de criterios o factores cuya enumeración en el artículo 97 del Código Civil es meramente ejemplificativa. Responde a una finalidad esencialmente compensatoria, tendente a corregir la situación de desequilibrio económico que sufre uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o divorcio, al implicar ésta un empeoramiento en su situación patrimonial en relación con la que tenía constante matrimonio.

July, it is now possible to arrange for compensation through mechanisms such as a temporary set of payments or a single contribution, which may consist in a lump sum or the delivery of certain property, determined under a series of criteria or factors (article 97 of the Civil Code gives a list of examples of such criteria or factors). The purpose of the measure is essentially to compensate for or correct a situation of economic imbalance created for one of the spouses as a consequence of separation or divorce and causing that spouse's asset situation to be worse than it was during marriage.

**RELEVANCIA DEL TRASLADO AL EXTRANJERO DE LA MADRE
QUE TIENE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS (1)**

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. PERMANENCIA DE LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LA MADRE DE LOS HIJOS TRAS SU TRASLADO CON ELLOS A ESTADOS UNIDOS.—II. NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO EXPRESO DE AMBOS PROGENITORES PARA AUTORIZAR LA SALIDA DE TERRITORIO NACIONAL.—III. COSTES DE TRASLADOS DE LOS MENORES, O DEL PADRE A EE.UU. (NO DE ESTANCIA) PARA ESTAR ALLÍ CON SUS HIJOS.

I. PERMANENCIA DE LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LA MADRE DE LOS HIJOS TRAS SU TRASLADO CON ELLOS A ESTADOS UNIDOS

El problema que se nos presenta en el presente estudio se centra en la continuación o no de la atribución de la guarda y custodia de la madre de los

(1) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia de 30 de septiembre de 2009, recurso 185/2009. Ponente: Joaquín Bayo DELGADO. Número de sentencia: 631/2009. Número de recurso: 185/2009. Jurisdicción: CIVIL. Diario «La Ley», núm. 7346, Sección Jurisprudencia, de 19 de febrero de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY. LA LEY 01034/2009.