

**LA PENSIÓN COMPENSATORIA**  
**EN LA NUEVA LEY DEL DIVORCIO:**  
**SU TEMPORALIZACIÓN Y SU SUSTITUCIÓN**

Por Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga

Antes de entrar en la consideración de los temas concretos enunciados, es preciso situarnos en algunas cuestiones que afectan a la pensión compensatoria y que, sin duda, nos han de ayudar a comprender los dilemas a debate.

**I.- DEFINICIÓN.-**

De conformidad con el artículo 97 del Código Civil, redactado por Ley 30/1981, de 7 de julio, esta pensión es la cantidad periódica que un cónyuge debe satisfacer a otro tras la separación o el divorcio, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge (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.

Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS<sup>1</sup> “es el derecho de crédito de régimen peculiar que la ley confiere a uno de los cónyuges (frente al otro) cuando la separación o el divorcio produzca un empeoramiento económico respecto de su situación en el matrimonio, y que tiene por objeto, ordinariamente, la entrega de pensiones periódicas”.

CAMPUZANO<sup>2</sup>, con la que coinciden PEREDA y VEGA SALA<sup>3</sup>, la definen, incorporando a la definición algunas otras características esenciales de la pensión. Para ella 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.”

Naturalmente, si la modificación legal, que está en trámite, alcanza buen fin, al componente de renta periódica, habrá de añadir, en la forma que se establezca finalmente, la posibilidad alternativa de compensar el desequilibrio mediante la entrega de bienes, dinero o derechos.

---

<sup>1</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS; Manuel: *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid 1989, pag. 125.

<sup>2</sup> CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Librería Bosch, Barcelona 1986, p. 28.

<sup>3</sup> PEREDA GÓMEZ, F. Javier y VEGA SALA, Francisco: *Derecho de familia*, Ed. Praxis, SA, Barcelona 1994 (actualizado), p. 157.

## II.- NATURALEZA JURÍDICA.-

“Naturaleza” es la “esencia y propiedad característica de cada ser” o la “virtud, calidad o propiedad de las cosas”. De la pensión compensatoria se discute cual sea su naturaleza jurídica, optando por las siguientes variedades:

### A.- Alimenticia.-

En primer lugar nos ocuparemos de diferenciar la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria de la que tiene la alimenticia, ya que existe el riesgo de confundir aquella con la obligación de alimentos. Se basa esta posible 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 las reservas sobre la idea de que con el divorcio desaparezcan todas las obligaciones asistenciales que la ley impone al marido y a la mujer.

3.- En las circunstancias que el artículo menciona (*ad exemplum* o entre otras) para graduar la pensión, algunas de las cuales parecen conferirle carácter de pensión alimenticia (así la 8.<sup>a</sup> recuerda el módulo alimenticio del artículo 146).

Sin embargo, existen algunos fundamentales aspectos diferenciadores entre pensión compensatoria y pensión alimenticia:

1.- En el ámbito objetivo, la primera tiene como fin la compensación de *desequilibrio*, mientras que la segunda se establece para la cobertura de *necesidades*.

2.- En el ámbito subjetivo, la pensión compensatoria sólo puede acordarse en beneficio del cónyuge o excónyuge perjudicado por la separación o el divorcio, sin que requiera la persistencia de vínculo familiar o *parentesco*, en la más amplia extensión del artículo 143 CC.

3.- Si se analizan sus principios informadores, la pensión compensatoria está sometida al *principio dispositivo*, como veremos más adelante, mientras que los alimentos no son disponibles (artículo 151 CC).

4.- Si se contempla el nacimiento del derecho, la compensatoria procede de la *sentencia* de separación o divorcio y el derecho a los alimentos nace desde que existe la *situación de necesidad*.

5.- En cuanto a las causas de extinción, la pensión del artículo 97 CC no desaparece con la *muerte del deudor*, sino que hay sucesión *mortis causa*, mientras que la obligación alimenticia cesa con la muerte del obligado. Por otra parte, el derecho a alimentos no se extingue por nuevo matrimonio o convivencia *more uxorio* con otra persona del beneficiario y sí lo hace la pensión compensatoria.

6.- Los criterios de *cuantificación* de ambas pensiones son también diferentes. Las circunstancias enumeradas en el artículo 97 CC y otras semejantes constituyen el baremo a tener en cuenta para esta pensión compensatoria. Las necesidades del alimentista y medios del alimentante, lo son para esta obligación (artículo 146 CC), con carácter exclusivo, aunque también deban ser tenidos en cuenta los medios, en la primera.

7.- Difieren también ambas pensiones en cuanto a los plazos de *prescripción* de las acciones para reclamarlos. La pensión compensatoria, como veremos, ha de reclamarse con la demanda —o reconvencción— de separación o divorcio. El derecho a alimentos es imprescriptible.

8.- Los alimentos permiten —con ciertos límites— la prestación alternativa en el *propio domicilio* (artículo 149 CC), que no existe en la pensión compensatoria, que, en cambio, tiene la posibilidad de ser sustituida por la entrega de un capital, en bienes o dinero, o la constitución de una renta vitalicia o el usufructo de determinados bienes (artículo 99 CC), imposibles en los alimentos.

9.- Es cierto que la pensión compensatoria puede servir para cubrir necesidades, pero ésta no es su finalidad, ni su objetivo.

#### B.- Asistencial.-

Este carácter agrupa el contenido de las obligaciones derivadas del matrimonio de mutua ayuda (artículo 67 CC) y socorro (artículo 69 CC) y es, en realidad, semejante al alimenticio.

Está, pues, ligada esta condición asistencial al mantenimiento de alguna forma de estos deberes, después del matrimonio. Sin embargo, si en la separación puede hablarse todavía de una obligación residual de socorro y ayuda, éstos tienen su traducción en el deber de alimentos, pero no en la pensión compensatoria que, por definición, excede en sus objetivos de la pura neutralización de la necesidad y, consiguientemente, del socorro o ayuda.

#### C. Reparadora.-

La naturaleza reparadora de la pensión compensatoria viene contemplada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup> de 1 de octubre de 1998, que razona así: *“La pensión compensatoria, recogida en el artículo 97 del Código Civil, es una medida no de índole o carácter alimenticio, sino de naturaleza reparadora tendente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión, de la situación instaurada en el matrimonio”*.

Como se ve, la pensión compensatoria es, pues, aquella que sirve para *reparar* el perjuicio que un cónyuge sufre a consecuencia de la ruptura matrimonial, subrayándose de esta forma, aunque empleando un calificativo diferente, el carácter o naturaleza indemnizatorios.

#### D.- Indemnizatoria.-

Algunos autores, como HAZA DÍAZ se oponen a la calificación de indemnizatoria en base a que

1º.- La jurisprudencia y la doctrina consideran unánimemente que las obligaciones indemnizatorias se cumplen mediante pago único [...]

La entrega de una cantidad de dinero periódicamente. Esta forma de cumplimiento, unido al desequilibrio que tiende a corregir, hace pensar que pretende no la simple reparación de un daño, sino el mantenimiento en el tiempo de una determinada forma de vida.

2º.- Existe una valoración de la evolución futura.

3º.- Es posible modificar la cuantía de la prestación.

4º.- No se explica por qué la circunstancia de la convivencia, mediando o no matrimonio válidamente contraído, debe ser considerada como un hecho que repara el perjuicio y más cuando el mencionado precepto no exige para la extinción de la pensión que esta convivencia permita al acreedor vivir en igual situación económica que la que gozaba durante la existencia del matrimonio.

Sin embargo, lo cierto es que en modo alguno hay que acreditar para alcanzar una pensión del artículo 97 CC, que haya existido una pérdida de los costes de oportunidad, sino que es suficiente que se constate un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior en el matrimonio, para que se conceda la pensión.

La naturaleza indemnizatoria se deduce, en todo caso, del fundamento de la pensión, que se basa en la responsabilidad civil objetiva.

#### E.- Compensatoria.-

En realidad, se trata de una variante o matización de la calificación de indemnizatoria y, por lo tanto, confiere esta naturaleza jurídica a la pensión. Su denominación deriva del precepto jurídico (artículo 97 CC), que la define como aquella que sirve para *compensar* el perjuicio que un cónyuge sufre a consecuencia de la ruptura matrimonial, utilizando el término compensar en lugar de indemnizar, pero con un objetivo común. Para el Diccionario de la Real Academia compensar es «dar una cosa en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado».

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

#### F.- Mixtas.-

##### a.- Alimenticia e indemnizatoria.

La Audiencia Territorial de Barcelona, Sala 1.<sup>a</sup>, en su resolución de 10 de abril de 1987 subrayó este carácter híbrido, al considerar que: “... la pensión no tiene una naturaleza ni alimentaria ni indemnizatoria, aunque se valoren circunstancias que tengan este carácter (entre otras, sentencias de esta misma Sala de 6 de mayo de 1985, 19 de junio de 1986, 9 de diciembre de 1986 y 21 de enero de 1987), sino un carácter mixto o híbrido asistencial, resarcitorio y compensatorio, primando una u otra faceta en atención a las peculiares circunstancias concurrentes en cada caso concreto, según han venido sosteniendo numerosos autores en nuestro ordenamiento, mereciendo especial mención en el Derecho comparado, que se ha venido a mantener tal naturaleza mixta respecto del *assegno per divorzio* en la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 10 de julio de 1975.”

##### b.- Indemnizatoria y asistencial.-

APARICIO AUÑÓN diferencia la naturaleza de la pensión según atienda a resarcir del pasado o lo haga con respecto al futuro. Dice así: “La desigualdad peyorativa puede afectar al patrimonio, en cuyo caso la pensión tendrá carácter indemnizatorio; o afectar a las expectativas de futuro, en cuyo caso tendrá carácter asistencial.”

#### G.- CONCLUSIÓN.-

Algunas resoluciones judiciales utilizan los términos indemnizatoria, compensatoria y reparadora como sinónimos. La realidad es que la equidad, justifica la obligación; cimenta la utilización de elementos dispares no económicos, sino morales, para su cuantificación; permite la sucesión en la deuda, con limitaciones en la legítima, proporcionando una nota de orden familiar, excediéndose de la conyugal; debe exigir la contribución del acreedor para mitigar el efecto del desequilibrio, mediante, entre otras conductas, la búsqueda de los medios para adquirir una independencia económica; autoriza la extinción por nuevo matrimonio o convivencia semejante a la conyugal; y evidencia la aplicabilidad de la culpa exclusiva del acreedor en la quiebra del matrimonio o en el desequilibrio económico, para exonerar de la obligación a la otra parte.

### III.- FINALIDAD.-

Con independencia de su naturaleza jurídica, en el examen de la pensión del artículo 97 resulta esencial detenerse a contemplar cual es la finalidad de esta pensión o, quizás, cuáles sean sus objetivos, pues no cabe duda de que podrían ser varios.

Es éste un marco en el que pueden coexistir finalidades alimenticias, —que pretenden atender a las necesidades del beneficiario—, de retribución de servicios prestados, posibilidad de un enriquecimiento injusto, intención de equilibrar patrimonios, o un poco de todo ello. Es una ayuda al cónyuge necesitado, *sub conditione* de que no vuelva a casarse o a 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.

La doctrina viene dando diferentes respuestas a estas cuestiones.

El mantenimiento por el beneficiario de la pensión, del *nivel o tenor de vida* que llevaba antes de la ruptura es una finalidad altamente contemplada por doctrina. Las Audiencias Provinciales constantemente hacen referencia a este propósito de la pensión, con unas u otras expresiones de sinónimo significado: mantenimiento del nivel de vida

Son interesantes las resoluciones que tienen en cuenta las posibles pérdidas en su formación o preparación para el trabajo que el matrimonio ha podido representar para uno de los esposos, más comúnmente la mujer. Quizá ha abandonado los estudios o un puesto de trabajo, o ha renunciado a una promoción, para dedicarse con mayor intensidad a las labores del hogar, el cuidado de los hijos y la atención del otro consorte, con la consiguiente pérdida de expectativas.

En primer lugar se señala como objetivo de la pensión la sustitución de los *deberes de asistencia y de socorro mutuos*.

Hay sentencias que subrayan como objetivo de la pensión, el consistente en colocar al cónyuge beneficiario en situación de potencial igualdad de oportunidades a las que habría tenido de no haber mediado el anterior vínculo matrimonial. También algunas hacen hincapié en cuales cuales **no** son las finalidades de la pensión compensatoria. Ante ciertas sugerencias que permite su carácter lucrativo y la protesta de algunos sectores sociales que califican de parasitaria la posición de algunos ex cónyuges, que viven de la pensión a cargo de una persona con la que ya no tiene lazos de clase alguna y por el que nada hacen, hay resoluciones que subrayan que el fin de la pensión no es hacer un negocio lucrativo, ni los procesos matrimoniales son una fuente de rentabilidad. La celebración del negocio jurídico conyugal no supone algo equivalente (para uno, para el otro o para ambos cónyuges) a la suscripción de una póliza de seguro vitalicia y sólo se trata de enjugar el desequilibrio durante el tiempo que se calcule preciso para que el desfavorecido pueda proporcionarse nuevos medios de vida, pues la pensión compensatoria nunca puede constituir una renta vitalicia, ni una contribución indefinida a la que se tenga derecho por razón de haber contraído matrimonio.

También señala alguna sentencia —y ello guarda relación con la naturaleza jurídica de la pensión, de la que me ocuparé en otro lugar de este trabajo— que, por medio de la pensión, no se trata de reparar otros daños causados por un cónyuge a otro, cuya reclamación tiene un cauce y unos medios diferentes.

Por otra parte, es pacífica la jurisprudencia que considera *que no es el propósito de la pensión igualar el patrimonio privativo de los cónyuges* después de la separación o el divorcio o economías dispares.

Hay otra finalidad ligada a la pensión que no parece deducirse directamente del texto del precepto, sino de un concepto de *equidad*, que ha venido incorporándose

lentamente a la jurisprudencia menor, hasta adquirir carta de naturaleza y una amplísima aceptación. Se trata de un propósito estimulante, para fomentar en el acreedor la eliminación *en el futuro* del desequilibrio determinante de la pensión. Hay que tener en cuenta que si después de la separación o el divorcio, el cónyuge a cuyo favor se haya determinado una pensión compensatoria la puede —debe— perderla, si desaparece el desequilibrio, y éste termina por acceder el beneficiario a un puesto de trabajo, dejaremos en manos del deudor el mantenimiento de la pensión

Hay alguna sentencia que cita de modo negativo como objetivo de la pensión, la necesidad de igualar los patrimonios privativos de ambos cónyuges, aunque sea para rechazarlo.

#### IV.- FUNDAMENTO.-

Una cosa es la finalidad y otra diferente, el fundamento o razón de ser de la pensión. Existe una pregunta clave en todo el tema: ¿por qué debe existir una compensación de un cónyuge en 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.

Pero es conveniente analizar algunos de los fundamentos en que se pretende cimentar la pensión.

##### 1.- La solidaridad postconyugal.-

Este concepto de extender la solidaridad del matrimonio más allá de sus propios límites temporales, especialmente cuando se ha terminado por causa habitualmente de enfrentamientos entre los cónyuges, no deja de ser algo peculiar.

##### 2.- Enriquecimiento injusto.-

Es más interesante la aplicación del principio, correlativo al anterior, del *empobrecimiento injusto*, nosotros, el de *neminem laedere*; y el principio que unificaría todas las obligaciones que se contraen sin convenio, el de empobrecimiento injusto, cuyo concepto «es más amplio que el de enriquecimiento injusto. El enriquecimiento injusto de una persona implica, por definición, el empobrecimiento injusto de otra, y una relación de causa a efecto entre ambos fenómenos. Pero puede haber también empobrecimientos injustos sin contrapartida; o al menos donde no importe si ha habido o no un enriquecimiento simultáneo para alguien.

De cualquier forma, este empobrecimiento necesitará para justificar el derecho a una pensión a cargo de otro, el componente de *injusticia* que le califica y una razón que haga recaer en el otro cónyuge la obligación de compensar este empobrecimiento. No debe ocultársenos que este mismo principio básico del Derecho puede ser el fundamento de justamente lo contrario y convertirse en un óbice para el nacimiento del derecho a la pensión. Si llegamos a la conclusión de que el cónyuge que sufre el desequilibrio por la separación o el divorcio, es el causante —incluso doloso, o más aún, delictivo, atentando contra la vida del otro— de la ruptura, su enriquecimiento a través de la compensación debería ser calificado de gravísimamente injusto y, consiguientemente, este derecho no podría ver la luz.

### 3.- Responsabilidad por daños.-

Las obligaciones, como ya hemos señalado anteriormente, nacen, de acuerdo con el artículo 1089 CC, de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. En consecuencia, si la obligación de resarcir a través de la pensión compensatoria, tuviera su origen en un incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que impone el contrato —el matrimonio— tendríamos que referirnos a una responsabilidad contractual. Pero no es así en el artículo 97 CC, ya que no existe obligación conyugal alguna de equilibramiento de patrimonios durante la vigencia de la unión, lo cual no es obstáculo para que cualquier daño, causado por un esposo al otro, en el que sea de aplicación el artículo 1902 CC, pueda ser objeto de una acción independiente, criterios que se han seguido para la imposición de la obligación de compensar, como los siguientes:

A) *Imponer la obligación de compensar al causante físico del daño o cambio peyorativo (expresión primitiva de la responsabilidad).*

B) *Imponer la obligación al culpable del daño (responsabilidad por culpa).*

C) *Imponer la obligación a quien se benefició del perjuicio ajeno, pero sólo hasta donde se benefició (enriquecimiento injusto).*

D) *Imponer la obligación a quien se benefició del riesgo (responsabilidad por riesgo).*

E) *Imponer la obligación, por motivos de equidad, a quien estando unido con el perjudicado por vínculos familiares o consorciales, no ha sufrido daño o ha resultado menos perjudicado como consecuencia de un cambio fortuito (compensación propiamente dicha).*

Estas indemnizaciones de equidad pertenecen a la misma clase de obligaciones que la pensión compensatoria. Estamos, pues, ante un supuesto de responsabilidad objetiva. Pero ésta no tiene su justificación en el riesgo, ya que aun calificando de peligroso el matrimonio, dudo que sin recurrir al chiste fácil o al retruécano, se pueda calificar a éste de arriesgado a los efectos de justificar la responsabilidad del económicamente más fuerte tras la ruptura. Con este principio de responsabilidad objetiva, se pretende abolir o reformar el concepto de culpa, con repercusiones sobre la imputabilidad y la responsabilidad individual, en los que está presente también el elemento de *peligrosidad*. Pero hay todavía más. Se ha ampliado este criterio de la responsabilidad objetiva teniendo en cuenta otros factores, diferentes del riesgo, como es la protección de *la confianza, la justicia distributiva y otras semejantes de matiz social*. Así se han incorporado a esta determinación de responsabilidad, sectores como el de las leyes protectoras de consumidores y usuarios, las relativas a productos defectuosos o la prestación de servicios alimenticios, farmacéuticos, sanitarios y para niños.

En suma, se trata de una fundamentación basada en la *equidad*. De esta forma, la imputación de la responsabilidad a quien produce el daño no es absoluta.

Pero quiero detenerme, especialmente, en que, en la responsabilidad objetiva, la *exclusiva culpa del paciente del daño, exonera al agente de responsabilidad*, porque es esencial a los efectos de este trabajo, y su proyección a la pensión compensatoria me parece fundamental.

Resulta absolutamente lógico que, en el camino emprendido que lleva a considerar la responsabilidad del productor de los daños, en determinados casos, como objetiva, con independencia de su culpa o de cualquier otro requisito más, por su parte, hay un factor que debe limitar estas consecuencias para el agente. Se trata de aquellos casos en que la culpa corresponde *exclusivamente* al que sufre el daño. Cualquier pensamiento contrario a esta directriz es a su vez opuesto a la lógica, la moral y la ética.

Si se intenta hacer una proyección de los fundamentos posibles a que he hecho referencia, he de concluir que la única base o justificación de la pensión compensatoria de la separación y el divorcio matrimonial, resulta de la responsabilidad objetiva, informada por un principio de equidad... cuando ésta concurre y con todas sus consecuencias.

Al aplicar este fundamento al caso que nos ocupa, es preciso contemplar su concreción en los distintos elementos que concurren en la obligación de indemnizar.

a.- Daño.-

Se ha dicho *que* «el fundamento de esta pensión compensatoria es objetivo, basado en la diferencia del nivel de vida de los cónyuges en relación al *status* matrimonial». También se ha defendido que la afirmación de que se trata de un resarcimiento por la concurrencia de un daño objetivo producido por la ruptura, no debe llevar a entender que la pensión tiene la naturaleza de la responsabilidad civil y de que se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el *daño objetivo* a resarcir, viene caracterizado por consistir *en la pérdida de expectativas de todo tipo que pertenecían al propio estatuto del matrimonio, y que desaparecen como consecuencia del divorcio.*

En realidad, el daño lo ha concretado la ley —artículo 97 CC — en el *desequilibrio*, sea éste lo que sea, según veremos más adelante. Existe, pues, un daño que es causado por la separación o el divorcio: el *desequilibrio*.

b.- Relación de causa a efecto.-

En lo que respecta a la *relación de causa a efecto*, es evidente que en cada caso particular habrá de constatarse la realidad de que ese *desequilibrio* —daño— haya sido producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier otro hecho o causa, quizá concurrente en el tiempo. Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el *desequilibrio*, de forma que si no hubiera tal ruptura, el *desequilibrio* no se produciría.

c.- Imputación.

Pero es en la *imputación* de la responsabilidad donde la reflexión debe cobrar una especial significación.

ca.- *La causa del daño.*

En primer lugar, el *desequilibrio* no viene producido por la acción de uno de la que el otro es sujeto pasivo, sino por la separación o el divorcio.

cb.- *La culpa.*

Por otra parte, en la determinación del derecho a la pensión del artículo 97 CC debe prescindirse del elemento *culpa*, por parte de ninguno de los cónyuges.

cc) *La equidad.*

Hay un criterio que, a mi juicio, es el único que puede fundamentar realmente la pensión compensatoria, en los supuestos en que no exista un convenio entre los cónyuges, ni acción de ninguna clase dolosa, ni culposa, por parte del deudor, y es la *equidad*.

La equidad aparece recogida en el artículo 3.2 CC:

«*La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.*»

Otro tanto se puede decir de la sucesión *mortis causa* en la obligación y su ligamen a la legítima de los herederos del deudor, que resulta antagónica con la compensación de un daño, padecido y medido en un momento determinado. La modificación por esta causa o por «alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge», sólo pueden explicarse con normas o criterios de equidad.



La equidad puede ser la justificación de que en el artículo 97 CC se regule la compensación de un desequilibrio económico por medio de una obligación pecuniaria y que a la hora de cuantificar la equivalencia se valoren factores tan poco congruentes con los económicos como la edad y el estado de salud (2.<sup>a</sup>), la dedicación pasada y futura a la familia (4.<sup>a</sup>), la colaboración prestada (5.<sup>a</sup>) o la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal (6.<sup>a</sup>).

#### **V.- OTROS PRINCIPIOS Y CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA.-**

Evidentemente, al considerar una obligación que tiene su fundamento esencial en la equidad, al ponderar las circunstancias concurrentes y aplicarlas a cada caso concreto, no tenemos más remedio que mantener in mente, la existencia de otros principios, que deben actuar como informadores o correctores de la conclusiones.

##### **A) EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.-**

No nos referimos, exclusivamente, aunque sí lo tenemos en cuenta, al principio de igualdad derivado del art. 14 CE, sino de la prevenida de modo específico en el matrimonio, respecto de los cónyuges, en el art. 66 CC y en el propio art. 32.1 CE.

##### **B) EL DEBER DE TRABAJAR.-**

El artículo 35. 1 CE establece que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, (...) a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. El deber de trabajar lógicamente ha de venir condicionado por la posibilidad de hacerlo. Esta posibilidad parte de una formación o preparación, que no siempre se da en los cónyuges, especialmente cuando se trata de matrimonios de cierta edad, debido a la estructura social imperante hasta hace muy poco. Con mucha frecuencia, se instrúa para la vida económica activa al hombre, pero no a la mujer. A ésta se la formaba para las labores domésticas. En cualquier caso, tanto el deber de trabajar, dentro o fuera del hogar, como la mayor o menor posibilidad o capacidad de hacerlo y de obtener unas u otras retribuciones materiales y espirituales, son consideraciones que deben ser tenidas en cuenta al reflexionar sobre pensiones compensatorias.

##### **C) EL RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL.-**

El matrimonio – cada matrimonio – tiene unas normas económicas específicas: se trata de su régimen, que obedece a unos criterios singulares. Los regímenes consorciales, que son mayoritarios en nuestro país, como subsidiarios o capitulados – parten de unos principios concretos. Con independencia de la aportación de cada uno al acervo conyugal, ambos participan por igual en este patrimonio, aunque sólo se haga efectiva su igualitaria participación en el momento de la disolución del régimen.

Por otra parte, se encuentran los regímenes de separación de bienes, diferentes el de Derecho común, el catalán o el balear, pero de los que puede decirse que excluyen la solidaridad económica de su unión, aunque arbitren sistemas indemnizatorios, para intentar corregir desigualdades.

Finalmente, el régimen de participación, de reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, el más ignorado y menos pactado de nuestros sistemas conyugales, que consagra la potestad de pactar y por el que al régimen de separación, se incorpora una previamente pactada y concretada participación igualitaria en los incrementos patrimoniales del otro esposo, que viene a constituir la retribución de su acción solidaria durante la vida en común.

## VI.- CONDICIONES DEL DERECHO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA.-

### A.- ES UN DERECHO CIRCUNSTANCIAL Y RELATIVO.-

Tiene estas condiciones ya que depende de la situación personal, familiar, laboral, económica y social del beneficiario, en relación con las del obligado al pago y, además, con la consideración de otra característica temporal a tener en cuenta, porque todo ello ha de singularizarse en la comparación con la situación de ambos antes, en el matrimonio o en la vida de normalidad conyugal.

### B.- ES UN DERECHO CONDICIONAL.-

Es condicional porque está sujeto a determinadas condiciones y la modificación de las circunstancias concurrentes en el momento de su concesión, puede determinar su modificación o supresión.

Como quiera que su finalidad es paliar el desequilibrio económico producido a un cónyuge por la separación o el divorcio, colocándole en potencial igualdad de oportunidades, a la que habría tenido de no haber mediado el anterior vínculo matrimonial, está condicionado a la persistencia del desequilibrio. Cesa, pues, el derecho, entre otras causas, cuando desaparece el mencionado desequilibrio con sus consiguientes elementos comparativos personal y temporal.

### C.- ES DE JUSTICIA ROGADA.-

Está ligado con el carácter disponible de la pensión, al que luego haremos referencia, por aplicación de los principios de rogación y congruencia, no puede concederse si no se solicita. Debemos tener en cuenta que así lo ha resuelto el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de diciembre de 1987<sup>4</sup>, en recurso de casación en interés de ley. En ella pasa revista a la aplicabilidad en el derecho de familia del principio inquisitivo y de *ius cogens*, y su convivencia con el dispositivo, aplicable éste al «aspecto puramente económico afectante a los cónyuges y no a los descendientes menores de edad». Concretamente hablando de la pensión compensatoria, dice esta sentencia que:

*“... ni en las medidas provisionalísimas anteriores a la demanda de separación o divorcio (artículo 104 CC), ni en las coetáneas al procedimiento, cuando no existe convenio regulador entre las partes (artículos 102 y 103 CC), ni en las medidas definitivas a adoptar por el juez, a que se refiere el artículo 91, figura la pensión compensatoria; si, pues, la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 CC (...) es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer”.*

E insiste más adelante:

*“Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos...”*<sup>5</sup>

Hay resoluciones que consideran incumplida la necesidad de petición de pensión, cuando se demandan alimentos. Sin embargo, en alguna ocasión se ha interpretado que se pide la compensatoria si se pide pensión en el divorcio y se tenía de

---

<sup>4</sup> Pte.: Eduardo Fernández Cid de Temes.

<sup>5</sup> Esta doctrina la aplica e interpreta la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, de 28 de enero de 1987. En idéntico sentido se ha pronunciado la Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 1995 si bien referida al convenio regulador.

alimentos en separación o que puede fijarse en el divorcio pese a no haberse pedido, si fue establecida en el convenio regulador de la separación.

#### D.- ES DISPONIBLE.-

La mayor parte de los autores, hoy en día, califican, este derecho como *disponible*.

Cuanto hemos expresado en el apartado anterior sobre el principio de rogación es de aplicación en este apartado y muy especialmente los argumentos contenidos en la antes expresada sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987, transcritos más arriba.

### VII.- POSIBILIDAD DE RENUNCIAR AL DERECHO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA.-

A.- Dentro de esta disponibilidad ha sido objeto de especial y concreto estudio la *renuncia* a este derecho. En todo caso, se exige que la renuncia sea personal, clara<sup>6</sup>, terminante, inequívoca, sin condicionante alguno y con expresión indiscutible de la voluntad determinante de la misma.

Es eficaz la contenida en convenio regulador homologado, como también lo es el pacto en dicho convenio de no pagar la pensión. De todas formas, debe plantearse aquí una cuestión que se deduce del texto del artículo 90 CC. Este precepto impone la obligación de aprobar los pactos contenidos en los convenios reguladores de la nulidad, separación y divorcio, con dos únicas excepciones: la primera, es si los pactos son dañinos para los hijos, y la segunda que sean gravemente perjudiciales para los cónyuges.

A la luz de este precepto y de una aplicación conforme con la literalidad de su texto, nos encontraríamos con que, en ocasiones, podría el juez rechazar la renuncia a una pensión compensatoria, que no estuviera marcada por la inexistencia de desequilibrio —que no sería una verdadera renuncia, al no concurrir la exigencia básica para el nacimiento del derecho—. En algún supuesto, incluso, podrá desaprobarse, quizá, por considerar la existencia de un perjuicio indirecto para los hijos, si la renuncia la realiza el progenitor con el que vayan a convivir, que dispondría de menores medios a compartir con los hijos. Pero, desde luego, en los restantes casos, de aplicar esta teoría, debería realizarse, en todo caso, porque la renuncia a un derecho pecuniario sería siempre “gravemente perjudicial para uno de los cónyuges”: el renunciante.

Sin embargo, el perjuicio lo define el Diccionario de la Lengua como *ganancia lícita que deja de obtenerse* que se corresponde como anillo al dedo a la dejación del derecho a la pensión. La realidad es que es de difícil compatibilidad esta excepción a la obligación de homologar los pactos entre esposos con la doctrina, clara y contundente, del Tribunal Supremo en su sentencia de 1987, en recurso en interés de ley, que le confiere por sí sola, rango de jurisprudencia. En cualquier supuesto, la renuncia a la pensión en el proceso de separación proyecta su eficacia sobre el posterior de divorcio.

En todo caso en las resoluciones judiciales que han contemplado la validez y eficacia de la renuncia, se pone de manifiesto una gran cautela, subrayando que la interpretación ha de ser restringida.

No obstante, existe una línea jurisprudencial amplia que considera nula la **renuncia hecha antes del matrimonio**, por estimar, en aplicación de la doctrina sentada, entre otras, por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1957, que sólo cabe tal renuncia respecto de los derechos que tienen por objeto algún concreto

---

<sup>6</sup> AP, 2.<sup>a</sup>, Las Palmas 23 de noviembre de 1998 (Pte.: Parejo Pablos) y AP Barcelona 11 de octubre de 1989 (RGD 1990, p. 2676).

elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante, por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia. Así mismo, aplican estas resoluciones la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1385) y 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3434) sobre la imposibilidad de renunciar a un derecho que todavía no ha nacido.

B.- Ello nos lleva al examen de una de las cuestiones de mayor actualidad en el Derecho de Familia que el **valor y eficacia de los pactos prenupciales**, así como la extensión objetiva de los mismos. La proliferación de fracasos conyugales, viene llevando en todo Occidente a la busca de mecanismos cautelares para evitar o paliar efectos que se consideran nocivos o para asegurar de alguna forma los efectos o consecuencias de la ruptura.

Vamos a circunscribir nuestro examen al tema de la pensión compensatoria, pero necesariamente hay que hacer alguna referencia a cuestiones de orden general.

Es la ley 14/1975 de 2 de mayo la que comienza la redención de la mujer, a la que exime de la licencia marital y le dota de capacidad de obrar por sí sola. En este orden y al considerar la igualdad de los cónyuges y que la esposa no estaba bajo la autoridad de su marido, les permite pactar y, consiguientemente, permitió otorgar capitulaciones no sólo antes sino después de contraer matrimonio. Este es el primer paso para reconocer, aunque con algunas limitaciones por razones de orden público, la autonomía de la voluntad de los cónyuges. La Constitución de 1978 y las leyes 11 y 30/1981 de 13 de mayo y 7 de julio respectivamente, desarrollan los conceptos constitucionales de igualdad y abren una interpretación jurisprudencial cada vez más favorable a la eficacia de los pactos por razón del matrimonio, para regular aspectos de éste y para convenir las consecuencias de la ruptura, incluyendo algunas cuestiones relativas a los hijos.

A la voluntad tradicional de determinación del régimen económico matrimonial, completado con algún otro pacto específico, se ha unido en estos momentos la aspiración de regular las consecuencias de una ruptura cada vez más previsible. A la abundancia de fracasos conyugales, se une el azar de la aplicación de unas leyes de dudosa calidad y de unos órganos judiciales no especializados, todo lo cual convierte el futuro en un incierto porvenir en el que puede pasar de todo.

Aunque es una materia asaz novedosa, empiezan doctrina y jurisprudencia a pronunciarse en esta materia, para intentar delimitar el alcance que pueden tener estos pactos prematrimoniales y posteriores al matrimonio, qué materias pueden convenirse eficazmente. Por ello, vamos a estudiar los convenios entre cónyuges, con vistas al matrimonio, su validez y eficacia.

### **1º- CAPACIDAD.-**

En líneas generales, los cónyuges, a tenor del art. 1323 CC, pueden celebrar entre sí toda clase de actos y contratos. Los mayores de edad son capaces para todos los actos de la vida civil (art. 322 CC). El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación (Art. 1.329 CC). Por lo tanto, estos menores no emancipados son los mayores de catorce años y menores de dieciocho a los que a tenor del art. 48 CC, por el juez de primera instancia se les haya concedido dispensa al efecto, con justa causa y a instancia de parte. El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador (art. 1.330 CC). Cuando se trata de capitulaciones posteriores al matrimonio, aunque un consorte no haya alcanzado la mayoría, en todo caso estará capacitado por estar emancipado por el

matrimonio (art. 314. 2º CC). Ahora bien, si entre los pactos hay alguno que entraña tomar dinero a préstamo, enajenación o gravamen de inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, el emancipado soltero precisa el consentimiento de sus padres y a falta de ellos, el de su curador o tutor<sup>7</sup> art. 323 CC). Pero para estos actos – excepto el tomar dinero a préstamo – si fuera casado y se tratara de bienes comunes, si el otro cónyuge es mayor de edad, basta el consentimiento de ambos, pero si éste es también menor, se necesitará el de los padres o curador<sup>8</sup>.

A estas consideraciones ha de unirse que el art. 1.331 CC establece que para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas.

## **2º.- LOS CONVENIOS.-**

Con carácter general hay que recordar el principio de autonomía de la voluntad y libertad de pactar, de forma que el art. 1255 CC establece que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente. Los límites que señala este mismo precepto a la libertad citada están impuestos por las leyes, la moral y el orden público. La validez y eficacia no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC) y se perfeccionan por el mero consentimiento y desde ese momento obligan al cumplimiento de lo convenido y a todas las consecuencias que sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC)<sup>9</sup>.

Para que exista contrato han de concurrir consentimiento libre - no prestado por error, violencia, intimidación o dolo -, objeto – que no puede estar fuera de la disponibilidad de los hombres – y causa – que incluye la mera liberalidad en los de pura beneficencia (arts. 1261 y sigtes. CC).

Específicamente entre cónyuges, como ya hemos señalado, el art. 1323 CC autoriza a los esposos a celebrar entre sí toda clase de actos y contratos, naturalmente con los límites establecidos anteriormente. Al propio tiempo el art. 1.328 CC establece que *“será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”*.

## **3º.- LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.-**

Según el art. 1.325 CC el contenido de las capitulaciones matrimoniales está delimitado por la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo. La conjunción disyuntiva “o” determina que pueden ser capitulaciones las que versen sobre el régimen económico, sobre otras disposiciones por razón de dicho matrimonio o sobre ambas cuestiones. Por lo tanto, un convenio sobre cuestiones ajenas al régimen económico conyugal puede constituir capitulaciones, pero puede no serlo, mientras que si se estipula, modifica o sustituye el mencionado régimen económico ha de ser por capitulaciones, con las solemnidades que exige la ley para las mismas, ya que el art. 1.315 determina que el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.

---

<sup>7</sup> Hasta la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección del Menor, este artículo citaba al tutor, sustituido por dicha ley por el curador, pero en realidad debía considerar la doble posibilidad de que tenga tutor o curador.

<sup>8</sup> Id.

<sup>9</sup> La SAT Bilbao 9. 7. 82 reconoció la validez de los pactos de separación de hecho.

Para su validez, las capitulaciones matrimoniales, que podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio, habrán de constar en escritura pública (arts. 1.326 y 1.327 CC). Esta forma, que en las capitulaciones es requisito esencial sin el cual son absolutamente nulas, no se exige en cualquier otro pacto relacionado con el matrimonio o su ruptura. También, concretamente referido a la ley aplicable, el art. 9.3 CC declara la validez de los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.

En cuanto a su contenido, hay que considerar, que puede referirse, fundamentalmente a:

a.- La determinación del régimen económico matrimonial. Es éste el primer contenido de las capitulaciones, otorgadas antes o después del matrimonio. El art. 1315 CC concede absoluta prioridad a la voluntad de las partes para elegir el régimen conyugal. Sólo en defecto de determinación por las partes en capitulaciones, el régimen económico conyugal, será el subsidiario, que variará de acuerdo con la legislación aplicable al caso<sup>10</sup>.

Pero la complejidad del sistema jurídico español, superpone a la nacionalidad, una figura que nos es propia, que es la vecindad civil. Se trata de una especie de nacionalidad, que no de domicilio o residencia, entre otras razones porque la forma primera de adquirirla está ligada al *ius sanguinis* y es precisamente esta condición la que determina la sujeción al derecho civil común o al especial o foral (art. 14 CC). La dificultad de conocer la vecindad civil no sólo proviene de la proliferación de parejas de progenitores que no tiene la misma vecindad civil de origen (por nacimiento), sino de la forma en que se la puede adquirir y perder por residencia. Hay que partir de la migración numerosa dentro de la propia España y de nacionales españoles y hay que tener muy en cuenta que existe una forma de cambiar de vecindad generadora de enorme inseguridad jurídica. Por diez años de residencia en otro territorio, sin expresar una voluntad contraria a ello de manera formal, ante el Registro Civil, la persona altera su vecindad. Lo que ocurre es que eso no la sabe nadie. Es cierto que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento y, en consecuencia, el emigrante a otra región que permanece diez años continuados con residencia en ella, adquiere esa nueva vecindad, con hondas repercusiones en cuanto al régimen económico del matrimonio que contraiga después de tal cambio.

Por otra parte, la propia norma de conflicto – internacional y nacional – incrementa la inseguridad enormemente, puesto que se refiere, cuando nada se pacta de modo expreso en cuanto a cual de las leyes de las partes es la aplicable, a la ley del lugar del primer domicilio después del matrimonio, que puede demorarse en su determinación o ser de incierta constancia.

Como decíamos, la determinación de ley aplicable, es de gran importancia, en el orden internacional, con el gran número de matrimonios internacionales y tantos sistemas jurídicos conyugales tan diferentes, según pertenezcan los países al área legal heredera del Código Napoleónico o la esfera del *common law*. Es cierto que la existencia de un punto de partida – la nacionalidad – es más constatable que la vecindad civil, pero la divergencia entre las normas de derecho internacional privado de las distintas naciones produce en ocasiones el efecto de una doble o triple nacionalidad no reconocida o regulada por ninguno de los países afectados, que determinan quienes son

---

<sup>10</sup> Art. 1316 CC; arts. 23 y 36 de la Compilación Aragonesa; art. 10 Código de familia Catalán; Ley 82 de la Compilación Navarra; arts. 93 y 94 del Derecho civil foral del País Vasco; y art. 3. 1 de la Compilación Balear.

sus nacionales, sin atender a las leyes de los demás Estados. Y naturalmente a los problemas derivados de la nacionalidad discrepante entre los esposos, se añade la todavía más compleja de la diversidad de vecindades civiles, aunque exista la posibilidad (arts. 16 y 9 CC), de convenir la aplicable, cuando carecen de ley común. Las consecuencias son extraordinarias. En el orden internacional, la inexistencia de todo régimen económico conyugal, como ocurre en los países sajones, o la concurrencia de separaciones de bienes o regímenes de comunidad, y aún las normas a que los mismos están sujetas, son trascendentales.

Dentro de la mayor tendencia a pactar antes del matrimonio, habría que distinguir entre:

aa.- Pactos en Capitulaciones matrimoniales referidos a:

i.- Consecuencias de una posible ruptura.

ii.- Consecuencias del fallecimiento de uno de ellos o pactos sucesorios.

ab.- Pactos contenidos en un Convenio regulador de la separación o el divorcio:

i.- En previsión a una ruptura probable, ya contemplada, aunque no decidida todavía.

ii.- Para regular una separación o un divorcio inminente.

b.- A las consecuencias de la ruptura matrimonial.-

ba.- En general.-

Debemos partir de las premisas antes indicadas de la libertad de pactar, que alcanza a los cónyuges o futuros cónyuges. Pero en primer término, habría que preguntarse ¿es posible legalmente alcanzar pactos relativos a la ruptura del matrimonio?.

Nada hay que se oponga en términos generales a la libertad de pactar, en capitulaciones o en otro documento, cuestiones relacionadas con la separación o el divorcio del matrimonio o, en casos de parejas de hecho, de la quiebra de su convivencia. El libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas está reconocida por la jurisprudencia<sup>11</sup>, naturalmente condicionada a la concurrencia de los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC)<sup>12</sup>.

En relación con este tema, la STS, Sección 1ª, de 22 de abril de 1997<sup>13</sup> se ocupa de este tema señalando lo siguiente: *“la cuestión jurídica esencial que se plantea es la naturaleza jurídica del convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el artículo 90 del Código Civil, que no ha obtenido la aprobación judicial. En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como «conditio iuris», determinante de su eficacia jurídica”*.

*La Sentencia de 25 junio 1987 (RJ 1987\4553) declara expresamente que ‘se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial’; la de 26 enero 1993 (RJ 1993\365) ‘añade que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autoregulación de sus intereses querido por las partes’*

---

<sup>11</sup> SSTS 26-1-1993 (EDJ 1993/509), 7-3-1995 (EDJ 1995/586), 22-4-97 (EDJ 1997/2156) 19-12-1997 (EDJ 1997/8995) y 27-1-1998 (EDJ 1998/16), 21-12-1998 (EDJ 1998/30785) y RDGRN 31-3-1995, 10-11-1995, 1-9-1998.

<sup>12</sup> Incluso las SSTS 28 feb.1969 y 17 jun. 1972, anteriores a 1981 reconocieron la validez de un pacto en separación de hecho relativo a la prestación de asistencia económica.

<sup>13</sup> Sentencia nº 325 (RJ 1997/3251) Pte: O’Callaghan Muñoz.

En una línea semejante la STS, Sección 1ª, de 27 de enero de 1998<sup>14</sup> que, comienza por centrar el tema discutido en que *“del examen de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida se desprende que la cuestión jurídica que se plantea y resuelve por la Sala de instancia no es la referente a la validez de unas capitulaciones matrimoniales que hubieran establecido el régimen de separación de bienes, por medio de documento privado, constante matrimonio, sino el de la eficacia jurídica de un convenio regulador de la separación de los cónyuges, formalizado por documento privado en el que se pacta, entre otros extremos el régimen económico de separación de bienes, antecedente a la posterior tramitación de la separación judicial. Esto es, se plantea, supuesto el mencionado pacto, si la adquisición del bien, ocurrida durante el período de separación de hecho, después de la suscripción del expresado documento privado y antes de iniciarse el proceso de separación matrimonial, determina, sin más, el carácter ganancial del bien o permite considerado como privativo del cónyuge que lo adquirió”*.

Y más adelante: *“la cuestión jurídica relativa al valor del convenio privado regulador de la separación no aprobado judicialmente o pendiente de aprobación judicial” “la Sentencia de esta Sala de 22 abril 1997 (RJ 1997\3251), establece que ‘no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico’*.

Como consecuencia de ello, hay que concluir que los pactos entre cónyuges reguladores de su ruptura, que no han sido sometidos a la aprobación judicial, son un negocio jurídico de derecho de familia y que la validez de lo convenido es evidente, aunque pueda resultar ineficaz alguna de sus estipulaciones, por su contenido, pero que *a priori* son válidos y eficaces.

bb.- Pactos preventivos de la separación o el divorcio.

Dentro de los límites del artículo 1255 CC, los cónyuges pueden celebrar válidamente convenios en previsión de las situaciones de crisis matrimonial sobre cuestiones disponibles. Con carácter más específico el art. 15.1 del Código de Familia de Cataluña<sup>15</sup> determina la libre regulación de las relaciones familiares, con posibilidad de incluir en los capítulos matrimoniales las estipulaciones y pactos lícitos en previsión de una ruptura matrimonial, abriendo así la puerta al reconocimiento legal de estas *estipulaciones preventivas de futuro* que ya comienzan a tener algún reflejo en la sociedad<sup>16</sup>.

Sea en capitulaciones matrimoniales, como fuera de ellas, los futuros consortes o los cónyuges, después de su matrimonio, puede establecer pactos relativos a su ruptura. La cuestión objeto de debate es la determinación de cuales de estos pactos son válidos y cuales no por superar los límites de la ley, de la moral o el orden público, rebasando las fronteras de lo disponible.

---

<sup>14</sup> n° 31/1998 (RJ 1998/110) Pte: Almagro Nosete.

<sup>15</sup> Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. BOE 198/1998, de 19 agosto 1998, Ref. Boletín: 98/20137.

<sup>16</sup> DGRN 19-6-2003 EDD 2003/112605. Resuelve un supuesto en el que se intentaba inscribir unas capitulaciones matrimoniales que tenían como contenido exclusivo unas estipulaciones para el supuesto de que en un futuro se produjera una separación judicial y/o un divorcio, considerando la DGRN que estos pactos futuros en previsión de una eventual ruptura matrimonial, sin perjuicio de su validez, quedan al margen de la publicidad registral.

Vid también el art. 3 de la Ley aragonesa de régimen matrimonial Ley 2/2003 de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y viudedad de Aragón.



Es cierto que el art. 751. 1º LEC establece que no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento, ni la transacción en los procesos a que se refiere el título I del Libro IV, entre los que se encuentran los de separación y divorcio. Pero es igualmente verdadero que el apartado 3º del mismo artículo determina que “*no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el Capítulo cuarto del Título primero del Libro primero de esta Ley*”.

Por otra parte, el art. 1.328 CC establece que “*será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*”.

bc.- Respecto de la pensión compensatoria.-

Concretándonos a la pensión compensatoria del art. 97 CC, hay que señalar que quizás sean éstas las cuestiones dentro del orden económico, en que exista una mayor demanda de regulación preventiva de la ruptura. La legalidad o la eficacia de limitar su cuantía o renunciar a la percepción de esta pensión es la cuestión a contemplar.

Si esta delimitación cuántica o la renuncia o reconocimiento de la inexistencia del derecho a su percepción, se incluyen en el convenio regulador de la separación o el divorcio, que se firma para regular la ruptura y ésta tiene lugar, el pacto es válido y eficaz. Como ya hemos dicho reiteradamente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de diciembre de 1987 recaída en recurso de casación en interés de ley<sup>17</sup>, ha reconocido el carácter disponible de la pensión compensatoria, y por lo tanto, la validez y eficacia de su renuncia.

El problema más complejo es si la renuncia es válida cuando se produce en capitulaciones matrimoniales o en un pacto anterior al matrimonio y preventivo de la ruptura, significadamente precedente a los problemas de la pareja. Aunque no abundan las resoluciones judiciales en esta materia, ha venido resultando emblemática para quienes defienden la irrenunciabilidad preventiva de la pensión compensatoria, la sentencia de la AP de Asturias de 12 de diciembre de 2000<sup>18</sup>. En el caso contemplado en ella, la esposa, en escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, renunció, al igual que su esposo, a pensión compensatoria. Diez años más tarde, la propia mujer pretende invalidar la renuncia alegando en el proceso de separación que el consentimiento no fue prestado libremente sino coaccionada por su esposo. No obstante la legación de la parte, la Sala examina de oficio<sup>19</sup> y dictamina la invalidez de dicha renuncia, partiendo de que se trata de una renuncia a un derecho futuro, hipotético e incierto, que nace en el momento de la separación y está sujeto a la condición de que la misma produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio<sup>20</sup>. El problema, pues, que se plantea es la eficacia de los pactos que los cónyuges puedan celebrar relativos a una *expectativa de derecho, derecho futuro o derecho condicional*.

---

<sup>17</sup> Pte.: Fernández-Cid de Temes

<sup>18</sup> SAP Asturias, 5ª 12-12-00, Pte.: Muriel Fernández-Pacheco, Mª Pilar, sent.: 690/2000, Rec.: 217/2000.

<sup>19</sup> Coincide en la posibilidad de apreciar de oficio si el acuerdo relativo a pensión compensatoria es gravemente lesivo la SAP Malaga, 5ª; 30.4.04 Pte: Fernández Ballesta. Sent: 509/2004; Rec: 658/2003; SP/SENT/58150.

<sup>20</sup> Vid. LÓPEZ MARCO, Pilar: Renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico derivado de la separación o divorcio. Comentario a la sentencia 690/2000 de 12 de diciembre de la AP Asturias (S. 5ª)”. Pendiente de publicación.

Esta sentencia se fundamenta en la STS de 18 de noviembre de 1957, referida a un tema arrendaticio, conforme a la cual *“la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes sólo cabe respecto de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer.*

*(...) las leyes, y más todavía las no dictadas, son irrenunciables según reconocen los artículos 11º de la repetida ley arrendaticia<sup>21</sup> y 4º del Código Civil, que no permiten la renuncia mas que de los beneficios o derechos por ellas otorgados o concedidos, es decir, que sólo autorizan la renuncia de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual, como acto de enajenación, de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer, categoría en la que no encaja el beneficio o derecho que otorgue una ley posterior a la fecha de realización del acto, creadora de la facultad que se renuncia, y que, en consecuencia, en dicho momento no existía ni podía hallarse en el patrimonio del arrendador ni en el de ninguna persona”.*

En cuanto a lo que puede ser objeto de renuncia la AP de Asturias afirma que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo *“la renuncia de derechos no puede referirse a otros que los reconocidos por la legislación vigente al tiempo de realizarse aquélla, pero no a los establecidos y regulados en la legislación posterior (SS 24 febrero y 30 marzo 1951, 18 diciembre 1952, 21 enero 1965)”*, lo que a nuestro juicio parece evidente.

Esta tesis en contra de la admisión de la renuncia preventiva de la pensión compensatoria parte de la premisa de que no cabe renunciar a un derecho que aún no ha nacido. Sobre el momento del nacimiento del derecho de pensión compensatoria, la SAP Baleares, 4ª, de 16 de febrero de 1998<sup>22</sup>, afirma que *“...las resoluciones jurisdiccionales meramente declarativas se basan en la existencia de la relación jurídica con anterioridad al litigio, mientras que las constitutivas producen ellas mismas la creación, modificación o extinción de un derecho siendo indiscutible que la sentencia de divorcio tiene naturaleza constitutiva (artículo 89 del Código Civil), parece también obvio que el pronunciamiento incluido en la misma resolución en orden a estatuir una pensión compensatoria -como medida económica derivada del divorcio, a tenor de lo previsto en el artículo 97 del Código Civil- es también constitutivo, en cuanto da lugar al nacimiento de ese derecho pecuniario, pues mantener lo contrario conduciría al absurdo de que lo accesorio produciría sus efectos antes que lo principal de que dimana”<sup>23</sup>*. De acuerdo con esta tesis, sólo a partir de la decisión judicial que establece la pensión el cónyuge beneficiario puede ejercitar su derecho o proceder a su extinción mediante renuncia. Sin embargo, llevando esta posición a sus últimos extremos, no sería disponible la pensión, en contra de la doctrina del Tribunal Supremo, en los convenios reguladores de la separación o el divorcio, porque los mismos por definición siempre preceden a la sentencia.

---

<sup>21</sup> Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946. RJ 1947 434 y 434 bis.

<sup>22</sup> Pte: Zaforteza Fortuny (EDJ 1998/5326)

<sup>23</sup> En el mismo sentido, AP Córdoba, 2ª, S 25-4-2002, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2002/24188) y AP Castellón, 2ª, S 13-2-1999, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 1999/13817).

La SAP Barcelona, 12ª, 17-3-2000<sup>24</sup>, con acierto ha determinado que *“el pacto por el que se renunció a la pensión compensatoria es plenamente válido y eficaz, al tratarse de una materia de derecho dispositivo y ser de aplicación a la misma lo establecido en el artículo 1254 del Código Civil, sin que tenga ninguna trascendencia al respecto que después de la firma del contrato no ratificase la solicitud de separación consensuada promovida por los trámites del mutuo acuerdo, ya que en lo que se refiere a la pensión compensatoria, el artículo 97 del Código Civil establece como primero de los criterios a aplicar, el de los acuerdos alcanzados por los cónyuges”*.

Aunque con alguna reiteración las dos Salas de Familia de la Audiencia Provincial de Barcelona profesan opiniones distintas, en esta materia, la otra Sección, la 18ª coincide con la anterior en su sentencia de 31 de julio de 2002<sup>25</sup>: *“El convenio no homologado judicialmente, debe ser tomado en consideración como manifestación de voluntad de las partes, como negocio jurídico bilateral que obliga a los que a él se someten, siempre y cuando no vulnere lo dispuesto en el referido artículo 1255 del Código Civil y no sea contrario a los intereses de los hijos menores de edad... referente a la procedencia o no de la pensión compensatoria concedida en favor de la esposa y a cargo del marido, es de constatar, partiendo de la fuerza vinculante del convenio en todas aquéllas cuestiones relativas al Derecho de familia que no sean de orden público, que la misma efectivamente no procede en el caso que nos ocupa, tal como sostiene el recurrente, pues ningún pago por este concepto acordaron los cónyuges hoy en litigio en el indicado convenio regulador de los efectos de su separación”*.

No obstante, cuando la renuncia figura en el convenio regulador, aunque éste preceda al nacimiento del derecho a la pensión, que surge de la sentencia que al establecer la separación o el divorcio, el hecho de que se redacte y firme precisamente para surtir efectos en la ruptura del matrimonio, permite interpretar que los otorgantes reconocen la ausencia de desequilibrio<sup>26</sup>. Pero no sólo cabe esta interpretación. La renuncia puede obedecer a causas más nobles o motivos más generosos, que no podemos desconocer. Porque el reconocimiento de que no existen los fundamentos legales para la fijación de la pensión compensatoria, en principio no constituye una renuncia, porque no existe el derecho. Y de lo que estamos hablando aquí es de la verdadera renuncia, que parte de la concurrencia de los requisitos de todo orden para que nazca el derecho y el rechazo a su percepción. Bien es verdad que en alguna ocasión el reconocimiento de que se carece del derecho encubre en realidad una renuncia, porque el renunciante tendría ese derecho y sólo se trata de una forma de encubrir el rechazo a través del reconocimiento de su inexistencia.

Cuando se habla de la eficacia de la renuncia hay que referirse a aquella que tiene como objeto un derecho existente o que puede existir y en la que los móviles pueden ser de motivos diferentes: morales, sociales, económicos, sentimentales, de dignidad, etc, etc. Es más, podía estar integrada la renuncia en una transacción judicial de las contempladas en el art. 1.809 CC, con objeto de evitar un pleito o poner término al que habían comenzado, por el mismo.

Pero en cuanto al caso concreto de la pensión compensatoria futura, LÓPEZ MARCO<sup>27</sup> mantiene que, en realidad, lo que esta sentencia niega es la validez de la

---

<sup>24</sup> Ref.: SP/Sent. 26045.

<sup>25</sup> Ref.: SP/Sent. 40492.

<sup>26</sup> SAP, 12ª, Barcelona, 17.10.2001 (SP/SENT/33057).

<sup>27</sup> LÓPEZ MARCO, Pilar: Renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico derivado de la separación o divorcio. Comentario a la sentencia 690/2000 de 12 de diciembre de la AP Asturias (S. 5ª)”. Pendiente de publicación.

renuncia de ley, prohibida por la redacción del art. 4º del CC<sup>28</sup>, que entonces estaba al dictarse la Sentencia del Tribunal Supremo en que se apoya la Audiencia estaba vigente y no la renuncia anticipada de derechos. El texto vigente del art. 6. 2º CC establece que *“la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”*. El Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de junio de 1983 considera que *“la exclusión voluntaria de la Ley aplicable admitida por la preceptiva contenida en el ap.2 del art. 6º de nuestro Código civil con la restricción de que no contraríe el interés o el orden público, ni perjudique a tercero, ...”*. Son éstos, pues, los únicos límites a la facultad de renunciar y no otros.

Cita la autora mencionada en apoyo de su interpretación a DÍEZ PICAZO<sup>29</sup>, que entiende que, a tenor del citado art. 6º.2 CC, existen dos formas de renuncia: la *renuncia a los derechos* que han sido ya adquiridos, y la *renuncia a la ley*, entendida como voluntad de no llegar a adquirir aquellos derechos que por la normal aplicación de la ley se tendrían o llegarían a tener, y que dentro del concepto de *ley aplicable* cabe englobar no sólo el bloque de reglamentación de una materia o situación, sino también cada una de las reglas de ese bloque.

No es preciso extendernos en que las prohibiciones a renunciar a los alimentos futuros o al derecho a alimentos no son de aplicación al caso que nos ocupa, ya que la doctrina en su inmensa mayoría considera que la pensión compensatoria carece de la naturaleza jurídica de los alimentos, hasta el punto de que la sentencia del Tribunal Supremo ya mencionada de 2 de diciembre de 1987 reconoció el carácter dispositivo de la pensión compensatoria<sup>30</sup>.

En relación con la indemnización por trabajo de casa (art. 1438 CC), es muy contundente la SAP Murcia, Sec. 1ª, de 29 de octubre de 2003<sup>31</sup>, que dice así:

*“... Pero es que además concurre un dato esencial y determinante que excluye de manera automática el éxito de la medida compensatoria de referencia. Nos estamos refiriendo al pacto o acuerdo contractual llevado a cabo por ambos cónyuges días antes de la celebración del matrimonio. Nótese que se pacta el régimen de separación de bienes y además se especifica lo siguiente: de un lado que cada una de las partes atenderán por separado las necesidades de sus respectivas familias por cuanto uno y otro son divorciados y han generado en sus precedentes nupcias un concreto núcleo familiar.*

*Por otra parte y para la atención de ellas y también del núcleo familiar común, el Sr. Arturo se obliga a contratar a su cargo, personal doméstico suficiente con el fin de evitar que su esposa deba atender personal y directamente tales necesidades del hogar, lo que será reintegrado con cargo exclusivo a los bienes propios del citado Sr. Arturo .*

*Es decir que ya con anterioridad al matrimonio ambos cónyuges excluyen de acuerdo con el contenido del pacto segundo mencionado, la posibilidad de aplicación del controvertido artículo 1.438 del Código Civil. De ahí que la pretensión que ahora*

---

<sup>28</sup> Dicho texto señalaba que *“Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez”*.

<sup>29</sup> DIEZ PICAZO, L Sistema De derecho Civil, volumen I. Ed. Tecnos. 4ª edición, Madrid 1981, p. 228. Para este autor la renuncia preventiva “es en otras palabras, un negarse a adquirir”. Rechaza, no obstante, que se trate de una renuncia en sentido técnico argumentando que “no hay extinción del derecho subjetivo por una disposición de su titular, ya que ese derecho no formaba parte de su patrimonio. Parece por ello más apropiado hablar de “exclusión de ley”.

<sup>30</sup> STS, 1ª, 2.12.1987. Pte.: Fernández-Cid de Temes.

<sup>31</sup> Sentencia nº 374/2002 (JUR 2003/1008). Recurso de Apelación núm. 422/2002. Pte: Moreno Millán.

*ejercita la Sra. Antonia resulte improcedente, máxime además porque, como antes decíamos, no existe constancia de esa dedicación de la misma a las tareas domésticas. Es evidente que frente a la realidad y contundencia de tal pacto, no puede prevalecer ahora ni puede resultar contradicho, por los testimonio de determinadas amigas de la solicitante”*

Concluye la sentencia reiterando la validez y eficacia de dicho pacto, que, es sin duda, una clara y explícita renuncia a la aplicación de la medida compensatoria prevista en el artículo 1438 del Código Civil.

Por otra parte, la SAP Álava, Sec. 1ª, de 25 de abril de 2002<sup>32</sup>, determinó la validez de lo pactado al determinar una cantidad en concepto de indemnización del art 1438 CC, que la Sala consideró igualmente eficaz si se asimilaba a una pensión compensatoria. No obstante, la mención en sus razonamientos de que en esta caso no existen hijos y de que nadie había invocado perjuicio de un cónyuge, para no considerar necesaria la aprobación judicial, parece diluir la claridad de lo fallado. Esta resolución es del siguiente tenor:

*“Como antecedente de importancia es de destacar que los esposos contrajeron matrimonio el 26 de diciembre de 1990, otorgando el 30 de diciembre de 1991 capitulaciones matrimoniales, en escritura pública, donde se estableció el régimen de separación de bienes, pactando entre otras la siguiente: "a la extinción del régimen económico matrimonial pactado en las presentes capitulaciones, en base a lo dispuesto en el arto 1438 del Código Civil, D. Juan Antonio se compromete y asume la obligación de abonar a Dña. Maite la cantidad de treinta millones (30.000.000) e pesetas, si se extingue por causa de fallecimiento, y la cantidad de quince millones (15.000.000) de pesetas, en caso de extinción por causa distinta al fallecimiento. Estas cantidades estarán sujetas a las siguientes revisiones”.*

*“Se plantea por la recurrente y actora una pretensión de reconocimiento del derecho a una pensión compensatoria y, acumuladamente, el cumplimiento del acuerdo prestado en capitulaciones, con la subsidiaria de reconocer la pensión compensatoria a cuenta de la referida indemnización acordada en capitulaciones. Pretensiones a las que se opone el demandado. La sentencia de instancia hace una razonable valoración de la prueba en orden a descartar la procedencia de una pensión compensatoria, argumentando entre otros que la propia ejecución de lo pactado en capitulaciones supone un activo en favor de la esposa revelador de la falta de desequilibrio y empeoramiento de la situación anterior a la separación. y es en ese punto en el que ahora debemos abundar, pues en su abstracción jurídica tanto la estipulación quinta de las capitulaciones matrimoniales como la pensión compensatoria, participan de la misma naturaleza indemnizatoria y reparadora de un desequilibrio y empeoramiento económico imputable a la separación matrimonial. En el caso de la referida estipulación se hace además mención expresa del arto 1438 del Código Civil, presumiblemente con ánimo de reparar y recuperar el desequilibrio que el nuevo régimen económico, separación de bienes, iba a causar a la demandante, quien desde las capitulaciones no participaría ya de las ganancias, rentas etc futuras obtenidas por el esposo, arto 1347 del Código Civil. Por ello acuerdan la compensación citada, que cumple la función propia de la pensión compensatoria, pues ese pago será causa de no darse el supuesto de hecho que justifica la pensión compensatoria o Pensión que de la conjunta interpretación de los arts. 97 y 99 del código civil, puede deducirse procedente al ser pactada y aceptada por ambos cónyuges, por tanto, asumida asimismo como límite de la eventual reclamación indemnizatoria de la esposa, y*

---

<sup>32</sup> Recurso núm.56/2002. (JUR 2003/231109). Pte: Madaria Azcoitia.

*configurarse mediante la entrega de un capital que objetivamente y de común acuerdo estima el valor del perjuicio y el importe de la indemnización. Pacto válido y conforme a las reglas de la contratación, admisible en la libertad de pactos, arto 1255 del Código Civil, sin que tal acuerdo se vea afectado por la referida limitación del arto 90 del Código Civil, pues no existen hijos del matrimonio y no se prueba, ni siquiera alega, que el pacto sea gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges. De ahí que deba observarse el principio "pacta sunt servanda", recogido en el arto 1258 del Código Civil en relación con el arto 1323 del mismo, previo el referido control específico que debe ejercer el Tribunal en materia de separación matrimonial sobre los pactos a que hubieran llegado los cónyuges, como expresamente impone el citado arto 90 sobre el convenio regulador obligación que indudablemente queda integrada en los pronunciamientos que en este juicio han de hacerse sobre los efectos económicos de la separación matrimonial, pues causada la separación matrimonial ha de entenderse que si el régimen económico vigente en ese momento era el de separación de bienes también se produce definitivamente el efecto de revocación de consentimientos y poderes, así como el cese de la posibilidad de vinculación de bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, extinguiéndose por ello el régimen pactado. En definitiva, la sentencia firme de separación matrimonial produce, entre otros efectos, la disolución de régimen económico matrimonial, siendo causa de su liquidación, como resulta de los arts. 90 y 95 del Código Civil, y por ello desde su dictado se da el supuesto de hecho previsto en la estipulación quinta de la escritura de capitulaciones matrimoniales de treinta de diciembre de 1991, siendo exigible, con efectos de esa fecha, su cumplimiento.*

*De lo actuado en el juicio no consta que el referido pacto indemnizatorio se viera afectado por cualquier causa de extinción de la obligación de las contempladas en el art. 1156 del Código Civil, por lo que nacida la obligación de pago y cumplida la condición, ha de entenderse íntegra y exigible conforme a lo pactado. No son reconocibles en concepto de abono de esa indemnización las cantidades que el demandado pudo entregar a su esposa antes de la presentación de la demanda de separación, pues tales entregas, a falta de otras pruebas no pueden sino reputarse cumplimiento de la obligación natural de alimentos, auxilio y contribución al sostenimiento de las cargas comunes”<sup>33</sup>.*

Por otra parte, la SAP Granada, Sec. 3ª, 14 mayo 2001<sup>34</sup>, pese a reconocer la eficacia de los pactos prematrimoniales alcanzados en capítulos matrimoniales por los cónyuges y entre ellos la renuncia a la pensión compensatoria, considera que el cambio de circunstancias operado en la economía del matrimonio, deja sin efecto la aplicación de lo convenido y concede a la esposa una pensión del art. 97 CC. Los razonamientos son los siguientes:

*PRIMERO.- Es preciso señalar que los cónyuges, antes de contraer matrimonio, suscribieron capitulaciones matrimoniales para establecer que su régimen económico es el de la separación de bienes, pactando, además entre otras estipulaciones, que ambos comparecientes convienen que la ‘separación o disolución del futuro matrimonio, en ningún caso, llevará como consecuencia de ello la fijación de la*

---

<sup>33</sup> Por su parte, la SAP, 2ª, Almería, 17-2-2003<sup>33</sup> rechazó la posibilidad de establecer en capitulaciones matrimoniales una pena económica para el esposo en caso de cese de la convivencia conyugal durante el primer año, con una cantidad estipulada anualmente para el caso de cese durante el resto de la convivencia, la Sala - y, por tanto, desestima el recurso - sobre la base de que, si bien el ordenamiento jurídico gira en torno al principio de libertad de pactos, ésta tiene un límite en las buenas costumbres, la ética o la moral, considerando, en definitiva, que dicha cláusula es nula porque limita los derechos que corresponden al cónyuge.

<sup>34</sup> Recurso de Apelación núm. 79/2000. AC 2001/1599. Pte: Albiez Dormán.

*pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges». Esta cláusula contenida en las capitulaciones matrimoniales es claramente atípica, atendiendo a lo que entiende por capitulaciones matrimoniales el artículo 1325 del CC. Pero es válida, puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho disponible, según ha podido declarar el TS en su importante sentencia de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987. 9174), y, por tanto, es perfectamente renunciabile. Así lo acordaron mutuamente los futuros contrayentes cuando firmaron la escritura pública en fecha de 27 de diciembre de 1991. Con la celebración del matrimonio el 7 de enero de 1992, los pactos capitulares adquirieron plena eficacia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1334 del CC, y, por ello, también la cláusula de renuncia recíproca a una futura pensión por desequilibrio económico. Se puede calificar como un pacto con vistas a una futura separación (el TS no rechaza, en principio, los acuerdos de separación no homologados por una resolución judicial -SS. 22 abril 1997 (RJ 1997. 3251), 19 diciembre 1997 (RJ 1997. 9110) Y 21 diciembre 1998 (RJ 1998, 9649)-. En el momento en que se redactó la cláusula, los futuros cónyuges tenían sus propios ingresos al estar ejerciendo cada uno su profesión.*

*Aun cuando este pacto vincula a ambos cónyuges, cuando la esposa presenta la demanda de separación solicita, no obstante, la pensión compensatoria, porque las circunstancias son, a su juicio, ahora muy distintas a las que sirvieron de base para pactar aquella cláusula. Es un hecho cierto, y además expresamente reconocido, que el marido trabaja para una empresa de laboratorios farmacéuticos como representante, por cuyo trabajo se veía obligado a desplazarse fuera de la capital, acompañándole su esposa. También es un hecho constatado, igualmente no negado por el marido, que la esposa, antes de casarse, trabajaba, dejando su trabajo al momento de casarse. Desde entonces, la esposa no ha realizado actividad profesional alguna, siguiendo a su marido en los distintos destinos laborales. Esta circunstancia ya es suficiente por sí sola para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, pedir la pensión compensatoria si se dan las circunstancias previstas en el artº 97 del CC. Se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, tímidamente admitida en algunas resoluciones del TS (SS. 30 junio 1948 [RJ 1948. 1115], 30 de diciembre 1985 [RJ 1985,6620] y 20 de abril 1994 [RJ 1994,3216]), que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento.*

*Entre las circunstancias cabe señalar que, además de la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluso atendiendo durante algún tiempo a un hijo de éste, carece, a excepción de unos ahorros que no superan los tres millones de pesetas, de medios económicos suficientes para poder vivir independientemente, careciendo igualmente de vivienda propia, sin contar, en la actualidad, con un puesto de trabajo y tampoco con una proyección más o menos inmediata para incorporarse en el mundo laboral, aun cuando tiene los títulos de pedagogía, magisterio y de idiomas, teniendo en cuenta, por otra parte, su estado psíquico, admitido por el propio marido. Todas estas circunstancias le hacen acreedora a la esposa de 41 años, de una pensión compensatoria «ex» artículo 97 del CC, que el Juzgador de instancia cifra en 70.000 pesetas mensuales en atención a los ingresos que percibe el marido. Aun cuando la esposa reclamó el cuarenta por ciento de los ingresos que obtuviera su marido, al haber consentido la sentencia de instancia, el fallo le vincula. El caudal que percibe el marido es sensiblemente superior a la cantidad que percibe la esposa en concepto de pensión compensatoria (cerca de cinco millones de pesetas brutas según certificación*

*emitida por la empresa -folio 226-), si bien es verdad que el marido ha de hacer frente a los gastos que van surgiendo como consecuencia de la enfermedad que padece su hijo mayor. Pero también hay que señalar que la vivienda familiar es de su propiedad y cuya atribución no ha sido reclamada por la esposa en la demanda de separación. Todas estas circunstancias permiten considerar que la cantidad concedida en concepto de pensión compensatoria en absoluto es excesiva para el obligado a prestarla, y permite atender las necesidades más básicas de quien la ha notificado”.*

Lo que perturba en la renuncia de este derecho futuro es que tanto la base de su existencia – desequilibrio y comparación en las personas y en tiempo: la situación del otro cónyuge y anterior en el matrimonio – como las de su cuantía, no sólo cabe que se hayan modificado de forma extrema desde que se suscribió el pacto renunciatorio – incluso previo a la unión -, sino que además estos cambios hubieran sido impensables en el momento de la firma. ¿Cabría aplicar el principio de *rebus sic stantibus*?

Naturalmente, una vez más, hay que elegir entre dos principios que se manifiestan en un momento determinado como antagónicos.

La STS Sala 1ª, de 22 de octubre de 1999<sup>35</sup> expresa que “*no se comparte que no sea posible renunciar a una expectativa de derecho, por cuanto es perfectamente posible que cualquier situación de futuro que incrementase el patrimonio de una persona pueda ésta, de antemano, dentro de su libertad contractual negociar sobre ese incremento*”. La STS Sala 1ª de 5 de abril de 1997<sup>36</sup> dice que “*... aparte de que cabe renunciar a un derecho eventual futuro y que su renuncia fue clara, explícita, inequívoca, terminante y sin dudas sobre su significado (...) no hay contrato, ni negocio jurídico bilateral, sino unilateral, con voluntad abdicativa de un derecho, o, si se quiere, expectativa tutelada por la Ley*”. La SAP Madrid, de 22 de junio de 2002<sup>37</sup>, conviene en que “*la renuncia de los derechos reconocidos por la ley admitida con carácter general por el art. 6.2 del Código Civil (‘la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válida cuando no contraríen el interés o el orden público o perjudiquen a terceros’) siempre que no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros puede ser descrito en general, como la declaración jurídica de voluntad por la cual un sujeto separa de su propia esfera jurídica un Derecho subjetivo, expectativa, facultad, pretensión, beneficio, seguridad, garantía o posición jurídica, distinguiéndose las especies de renuncia abdicativa, preventiva o reconocitiva según que venga referida respectivamente a un derecho adquirido, diferido o simplemente dudoso o controvertido*”.

Para nosotros, debe primar la libertad contractual, siempre que no existan cuestiones afectadas por la ley o el orden público, que no concurren en este supuesto. La disponibilidad clara de la pensión compensatoria debe comprender la posibilidad de renuncia preventiva. La única condición que debe contemplarse es la de eficacia del consentimiento, que en esta materia como en tantas otras debe contener un exigencia especial de que ese consentimiento sea debidamente informado. En una materia como la que nos ocupa, la información de los ciudadanos es escasa y con frecuencia completamente equivocada. Con reiteración contemplamos como convenios reguladores y documentos semejante se otorgan con un solo abogado, lo cual es una práctica absolutamente nociva. Habitualmente ese sólo abogado es en realidad de una de las partes con lo cual la otra está indefensa. Para renunciar a derechos es necesario que el

---

<sup>35</sup> Pte: Martínez Calcerrada Gómez.

<sup>36</sup> Pte; Fernández-Cid de Temes.

<sup>37</sup> EDJ 2002/47900.



renunciante conozca cual es el contenido de ese derecho y cuáles las consecuencias de esta renuncia.

Se plantea también **la eficacia de la renuncia tácita**, reconocida en general por el Tribunal Supremo, entre otras en sentencia de 24 de julio de 1989, sobre la que no existe doctrina pacífica. Se considera como tal el no ejercicio del derecho a reclamar la fijación de la pensión. La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987, repetidamente citada, ha señalado que:

*“... 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”.*

La jurisprudencia menor ha contemplado distintos supuestos en que ha considerado la renuncia tácita, por no reclamar la pensión oportunamente. Así se ha estimado, por ejemplo, cuando nunca le pidió el acreedor después de la cesación de la convivencia, e incluso no lo hizo en la demanda de separación<sup>38</sup>; o señalando que precluye el derecho a pedirla si no se hizo 17 años antes en la separación<sup>39</sup>. También, se ha juzgado que debe pedirse al romperse la convivencia<sup>40</sup> y que la no inclusión en el convenio de la separación constituye una renuncia<sup>41</sup>.

ROCA TRÍAS<sup>42</sup> no se muestra favorable a la consideración de renuncia tácita la ausencia de pacto sobre la pensión en el convenio regulador<sup>43</sup>. No será suficiente — dice— el silencio del acreedor, sino que debería deducirse muy claramente la voluntad del afectado. La realidad —continúa— es que estando sujeta a prescripción, mientras no transcurra el término de ella, podrá pedirse la pensión.

Existen diferentes resoluciones judiciales que exigen algo más para que el silencio se valore como renuncia tácita: que de las circunstancias se deduzca tal renuncia, sin que la simple ausencia del pacto sea suficiente para deducirla<sup>44</sup>.

En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, las pretensiones *que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente*, constituyen excepciones de las normas generales de indisponibilidad del objeto del proceso en los capacidad, filiación, matrimonio y menores y podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento (artículo 751.3 de la LEC 2000). Es de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo, ya citada, en cuanto a la disponibilidad de cuanto esté incluido en el *aspecto puramente económico afectante a los cónyuges*<sup>45</sup>.

---

<sup>38</sup> AP, 1.ª, Sta. Cruz de Tenerife 9 de octubre de 1990; AP, 3.ª, Granada 10 de diciembre de 1998 (Pte.: Mascaró Lazcano) (*La Ley*, 1999, 5402).

<sup>39</sup> AP, 2.ª, Cáceres 28 de febrero de 1997 (*ACAud.* núm. 13, 1–15 de julio de 1997, p. 1457).

<sup>40</sup> AP, 18.ª, Barcelona 8 de enero de 1999 (Pte.: Noblejas Negrillo) (*RJC II*, 99, p. 344).

<sup>41</sup> AP, 21.ª, León 15 de enero de 1997 (Pte.: Álvarez Rodríguez) (*ACAud.* núm. 23, 11–15 de diciembre de 1997).

<sup>42</sup> ROCA TRÍAS, Encarna: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, to–mo II, artículos 42 al 107 CC dirigidos por Manuel Albaladejo, Ed. Revista de Derecho Privado/Edersa, 2.ª ed., Madrid 1982, p. 644.

<sup>43</sup> En este mismo sentido, la sentencia AP Ávila, 4 de abril de 1994 (*ACAud.* núm. 19, 1/15 de octubre de 1994, p. 2172) y AT Cáceres 2 de noviembre de 1988 (*RGD* 1989, p. 6149).

<sup>44</sup> AP, 1.ª, Murcia 24 de septiembre de 1996 (*ACAud.* núm. 12/16, 30 de junio de 1997, p. 1381); AP, 1.ª, Pontevedra 11 de noviembre de 1997 (Pte.: Pérez–Batallón Ordóñez) (*La Ley*, 1998, 2329).

<sup>45</sup> Es posible el allanamiento, pero hay que subrayar que la rebeldía no debe confundirse con aquél. AP, 1.ª, Vizcaya 14 de octubre de 1993 (*ACAud.* núm. 2, 16/31 de enero de 1994). *“... el estado de rebeldía de la demandada no puede considerarse en nuestra legislación como un allanamiento a la pretensión del actor ni como un reconocimiento de los fundamentos de hecho de la demanda. Entendida la rebeldía como oposición a la demanda, al demandante le corresponde acreditar los hechos constitutivos de su pretensión y sobre la causa alegada para la extinción del derecho a la pensión compensatoria...”*

Dentro del concepto de disposición del derecho a la pensión se plantea la posibilidad de hacerlo en *favor de terceros*. Para HAZA DÍAZ<sup>46</sup> el acreedor puede ceder su crédito o sus acreedores pueden subrogarse en su derecho, ... *cuando los actos concretos a través de los cuales se manifiesta el poder de disposición (transmisión, cesión, donación, etc.) no lesionen gravemente el interés de ninguno de los ex cónyuges y esa falta de perjuicio esté verificada por el juez.*

ROCA TRÍAS<sup>47</sup> distingue entre la transmisibilidad del crédito, que, por su carácter personalísimo considera improcedente y la de la deuda, amparada en la posibilidad contemplada por el artículo 101.2.º CC en favor de los herederos en caso de fallecimiento del deudor.

La condición de personalísimo del derecho a la pensión la excluye de la norma general del artículo 1112 CC.

La propia HAZA DÍAZ<sup>48</sup>, partiendo de que es el componente alimenticio el que puede limitar la transmisibilidad del crédito, manifiesta que:

*“... resulta más coherente y, sobre todo, aplicable a la pensión concretamente, partir del propio límite que impone la Ley, en cuya virtud la cantidad de dinero o de bienes en que se fija la prestación que sobrepase lo necesario para la subsistencia, está dentro del ámbito de disponibilidad de las partes, puesto que su transmisión, cesión y demás actividades en que se manifiesta no implican lesión grave para el acreedor o el deudor de la pensión.”*

En todo caso, parece admisible que el deudor pueda disponer de su crédito con consentimiento del acreedor. Si el acreedor puede renunciar a la pensión, que es lo más, evidentemente puede legítimamente realizar lo menos, que es la sustitución del deudor.

## **VII.- FUENTE DEL DERECHO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA.-**

En cuanto al origen de la obligación concreta en cada caso particular, existía una cierta controversia acerca de *si la sentencia judicial es la única* que puede ser la fuente de ese derecho o si, por el contrario, podía serlo también el *convenio regulador aprobado por el juez o, aún, si puede serlo un acuerdo de los cónyuges, no aprobado o no sometido a homologación judicial.*

El artículo 97 CC señalaba concretamente, en su redacción originaria, que el derecho que asiste al cónyuge que padece el desequilibrio económico *“se fijará en la resolución judicial”*, en la que además se *“fijarán las bases”* para actualizar y las garantías pertinentes.

En la reforma de la Ley 15/2005 de 8 de julio, el primer párrafo del art. 97 ha quedado redactado así:

*“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”.*

---

<sup>46</sup> HAZA DÍAZ, Pilar: *La pensión de separación y divorcio*, La Ley, Madrid 1989, p. 78.

<sup>47</sup> ROCA TRÍAS, Encarna: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, artículos 42 al 107 CC. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Ed. Revista de Derecho Privado/Edersa, 2.ª ed., Madrid 1982, p. 621.

<sup>48</sup> HAZA DÍAZ, Pilar: *La pensión de separación y divorcio*, La Ley, Madrid 1989, p. 78.

Con ello queda resuelta la posibilidad de fijar la pensión en el propio convenio. Cuestión aparte es la pensión convenida por los cónyuges en un convenio que no alcanza la aprobación judicial. Si la pensión pactada como tal se califica de compensatoria, estará regulada por los artículos 97, 99, 100 y 101 CC y será variable por otro convenio, renunciable, sólo modificable a la baja en su cuantía y transmisible a los herederos en la forma señalada por el artículo 100. La diferencia es que su exigencia judicial deberá estar precedida de un proceso en el que sobre las bases de lo pactado, se produzca la condena. Veamos.

Lo primero que se ha de considerar respecto de los convenios entre cónyuges, referentes a la pensión compensatoria, su determinación —o su no determinación—, cuantificación, forma de pago, garantías, y posibilidades de sustitución, modificación o extinción, es la eficacia de estos pactos.

Hay que tener en cuenta, de una parte, tanto la autonomía de la voluntad en general, respecto de la que sólo cabe una limitación restrictiva, como la posibilidad, que establece el artículo 1323 CC, de que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. La jurisprudencia menor ha reconocido la validez y efectividad de los pactos reguladores de la separación y el divorcio. Hay resoluciones judiciales que también derivan la eficacia de estos pactos, no homologados judicialmente, de la doctrina de los actos propios. Corroboran la amplitud de la eficacia, de la voluntad concorde de los esposos la propia posibilidad que tienen de convenir la sustitución de la pensión por una única cantidad, en bienes o en dinero, una renta o el usufructo de determinados bienes, como establece el artículo 99 CC, que les otorga un espectro de posibilidades mucho más amplio que el que la propia ley otorga al juez. Por ello, son válidos los pactos relativos a su sustitución (artículo 99 CC), a una futura reducción o a la extinción de la pensión, sin que ni siquiera pueda entrarse a valorar, para restarles eficacia, la concurrencia de cualesquiera circunstancias, tales como el hecho de que la convivencia haya sido corta, para denegar la eficacia de un convenio estableciendo la pensión. La libertad de los intervinientes no está condicionada en modo alguno.

El convenio regulador precisa de la aprobación judicial para su validez y eficacia sólo para aquellas estipulaciones que afectan a los hijos y para los expresamente sustraídos a la autonomía de voluntad, como el derecho a alimentos. También necesitan esta homologación, que los convierte en parte integrante de la sentencia judicial que los aprueba, para su ejecutoriedad dentro del proceso, pues el convenio no homologado en un proceso judicial, requerirá una sentencia declarativa, en un procedimiento para que pueda ser objeto de ejecución por el Juzgado. (La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1995 confirma lo señalado anteriormente).

Cuando el convenio en lugar de presentarse en un proceso de mutuo acuerdo, para su examen y, en su caso, aprobación por el juez, se introduce en un procedimiento contencioso, para avalar o apoyar una petición de pronunciamiento judicial sobre la pensión compensatoria, los Tribunales vienen produciéndose de distinta manera.

Así hay resoluciones que califican estas convenciones de no vinculantes o que las consideran sólo como un elemento más a tener en cuenta - aunque lo califiquen de fundamental -, de conformidad con lo literalmente expresado en el artículo 97 CC. Otras sentencias las califican de orientativas, a las que hay que dar *cierta prevalencia*. Dentro de la validez de los pactos relativos a condiciones especiales de la pensión compensatoria, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.<sup>a</sup>, plantea en su sentencia de 9 de febrero de 1991 una interesante duda acerca de la posible nulidad de un pacto

que contradiga abiertamente la normativa del Código en cuanto a la extinción de la pensión, que considera inherente a la misma naturaleza de dicha pensión. Dice así:

*«... es cuestionable si una estipulación de esta naturaleza, pactada, sin duda, al amparo del artículo 1255, podría considerarse nula por contraria a una norma legal, el propio artículo 97 en este caso, ya que en él se manda tomar en consideración para fijar esta prestación pecuniaria, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo del cónyuge perceptor, circunstancia que parece ignorarse en el pacto estudiado; si en él, como parece, se establece la pensión a percibir por doña MJ en cualquier situación en que ella llegue a encontrarse (con tal, por supuesto, de que permanezca divorciada, sin remaritoniarse) chocaría esta previsión con la esencia misma del instituto, por cuanto la pensión de que tratamos tiene por presupuestos el desequilibrio económico y el empeoramiento de la situación del cónyuge perceptor por lo que, mantener aquel pago cuando estas circunstancias han desaparecido sería contrariar abiertamente la esencia y finalidades de dicho precepto legal...»<sup>49</sup>.*

No obstante, si la pensión es disponible, como claramente ha establecido la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987, y si los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de actos y contratos, **cualesquiera convenios suscritos entre ellos son válidos y eficaces, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público** (art. 1255 CC). La diferencia entre su sometimiento a la aprobación judicial en un proceso de mutuo acuerdo y su utilización en un proceso contencioso, tiene su origen en que para el primero son necesarias la voluntad posterior de los esposos en cuanto a la solicitud, de acuerdo entre ellos, de la separación o el divorcio, y la existencia de un convenio completo, esto es, que tenga todos los objetos exigidos por el artículo 90 CC. Pero la consecuencia es procesal.

Naturalmente en el proceso contencioso se puede y se debe analizar, a instancia de cualquiera de las partes, la posibilidad de que con posterioridad a la suscripción del convenio, se hayan producido cambios de circunstancias, que afecten a la procedencia o la cuantía de la pensión pactada, por lógica imposición del principio de *rebus sic stantibus* y del propio artículo 100 CC, que debe aplicarse, aunque no se haya propiamente fijado la pensión.

### VIII.- LIMITACIÓN DE SU VIGENCIA EN EL TIEMPO.-

La finalidad compensatoria del desequilibrio económico producido por la separación o el divorcio, tiende a colocar al beneficiario en potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado el anterior vínculo matrimonial. Aunque la posible temporalidad de la pensión no la contemplaba expresamente el código civil<sup>50</sup> en su versión original, la opinión judicial más generalizada fue poco a poco limitando temporalmente la pensión cada vez más. Los tribunales —con alguna excepción— venían señalando que no puede admitirse con carácter general e indiscriminado la concepción de la pensión como una pensión vitalicia<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Finalmente la Audiencia no se pronunció sobre esta posible nulidad argumentando que nadie la había planteado, por lo que, fieles al principio de rogación, no podían resolver sobre ella.

<sup>50</sup> Sí lo hace, por contra, el Código de Familia de Cataluña, después de amplia polémica entre las dos Secciones de la Audiencia Provincial dedicadas a Familia. Artículo 86 CFamCat reconoce que el derecho a la pensión compensatoria se extingue: [...] «d) Por el transcurso del plazo por el que se estableció».

<sup>51</sup> AP, 4.ª, Zaragoza 5 de octubre de 1998 (Pte.: Navarro Peña) (*La Ley*, 1998, 10528): «Existe una consolidada línea jurisprudencial menor que analiza e interpreta el alcance y contenido del derecho a la pensión compensatoria regulado en el artículo 97 CC, que señala que dicha pensión se configura como un derecho relativo, condicional y, sobre todo, limitado en el tiempo. Relativo y circunstancial por cuanto

Esto nos condujo a uno de los más polémicos, la **temporalización**<sup>52</sup> que ha dado lugar, finalmente, a una Sentencia del Tribunal Supremo, dictada en recurso en interés casacional, que ha puesto fin a la diversidad de resoluciones de los distintos órganos judiciales y que citaremos más adelante, y algo después a una modificación legislativa – la Ley 15/2005 de 8 de julio, que resuelve el tema en cuanto a la posibilidad de poner un límite temporal, aunque no en relación con los factores o elementos a tener en cuenta para hacerlo y de qué forma determinarlo.

En su nueva redacción, el art. 97 CC señala que *“el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”*.

Si no hay tal acuerdo, *“el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias”* que seguidamente especifica, pero que como dice el texto, son determinantes para fijar la cuantía, pero no la procedencia de la pensión, ni la oportunidad de temporalizarla, ni, en caso positivo, la concreción del tiempo de vigencia, ni la posibilidad de que sea una pensión o una prestación única.

De la evolución de la pensión en su temporalización, se pueden deducir consecuencias en cuanto a la respuesta a estos interrogantes.

### **1.- Antecedentes.-**

Para comenzar a situarnos en la discusión debemos citar la sentencia de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de junio de 1991 que centró el tema de la siguiente forma:

*“Ahora bien, lo que debemos matizar expresamente por su relevancia en este litigio es la necesidad de evitar una consideración meramente espacial del hecho constitutivo, predeterminando que el tiempo es circunstancia susceptible de integrarse en su delineación como ocurre por ejemplo si el desequilibrio o el empeoramiento merecen el calificativo de temporales, eventuales o en definitiva determinados, al aparecer ab novo como preceberos. La norma no exige que la denominada pensión compensatoria sea vitalicia, ni siquiera indeterminada. El artículo 101 habla de su extinción por el cese de la causa que la motivó y no hay razón alguna para entender excluida como tal causa el mero transcurso del tiempo, si era temporal. A este respecto*

---

que depende de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; condicional, ya que una modificación de las concretas circunstancias concurrentes al momento de su concesión o reconocimiento puede determinar su modificación o supresión —artículos 100 y 101 CC—, y, además, limitado en cuanto al tiempo de duración, por cuanto que su legítima finalidad no es otra que paliar el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la crisis del matrimonio, separación o divorcio, colocándole en una situación de potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado el anterior vínculo matrimonial, no pudiéndose admitir con carácter general e indiscriminado la concepción de dicha pensión como una especie de pensión vitalicia, a virtud de la cual el beneficiario tendría un derecho de tal naturaleza frente al otro (cfr. AP Bilbao sentencias de 2 de noviembre de 1989 y 4 de diciembre de 1991, AP Almería sentencia de 9 de noviembre de 1994, AP Cádiz sentencia de 10 de enero de 1995, AP Palencia sentencia de 9 de diciembre de 1997 y AP Zaragoza sentencia de 27 de julio de 1998). Ver también AP, 1.ª, Las Palmas 9 de diciembre de 1998 (Pte.: Bosch Benítez) (*La Ley*, 1999, 2871).

<sup>52</sup> Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: *“La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio”*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2ª edic. 2003.

*no debemos confundir las causas extintivas del derecho (artículo 101) con las causas modificativas (artículo 100) y ello independientemente de la posibilidad de considerar una alteración sustancial como causa extintiva, dado el carácter genérico y omnicomprendido con que el artículo 101 la denota. La mera modificación ex post de la pensión va referida a la fijación del derecho y no a su nacimiento. Lo mismo que las ocho circunstancias tipificadas como ‘numerus apertus’ en el precitado artículo 97, respecto a los cuales también tiene trascendencia la temporalidad, ya no como atinente a la estructura del nexo jurídico sino como término cuantitativo del mismo.”*

Aunque, ya antes de la Sentencia del Tribunal Supremo y de la reforma del art. 97 CC, la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales se inclinaban por su admisión, dentro de una evolución que cada vez limita más la concesión de estas pensiones y entra a considerar toda clase de factores y circunstancias no sólo para su cuantificación, sino para su determinación, continúa existiendo un cierto grado de controversia sobre la posibilidad de temporalizar la pensión. Como ya hemos analizado, la consideración de la pensión como indemnizatoria/compensatoria, basada en la responsabilidad objetiva, abre las puertas a la exigencia de la obligación al acreedor de mitigar el daño o colaborar en su extinción, ya que no está fundada la obligación en culpa alguna por parte del deudor. Este deber mitigador del daño —del desequilibrio— representa la reivindicación de que el acreedor se ponga en situación de adquirir los medios necesarios para que desaparezca tal desequilibrio, estimando apriorísticamente de acuerdo con sus circunstancias, el tiempo adecuado para eliminar el daño.

En favor de la temporalización se esgrimen en las resoluciones judiciales que la acogen, las siguientes razones:

- a) Aunque la ley no establecía (hoy ya sí lo hace) expresamente esta posibilidad, no la prohibía<sup>53</sup>.
- b) El derecho a la pensión compensatoria es limitado en el tiempo<sup>54</sup>.
- c) No es un derecho absoluto ni vitalicio, sino por el contrario, relativo y limitado<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> AP, 6.<sup>a</sup>, Oviedo 28 de enero de 1993 y 8 de julio de 1994 (Pte. en ambas: Rodríguez-Vigil Rubio) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria entre cónyuges: su limitación temporal*, I, Colegio de Abogados de Oviedo, julio 1995, pp. 21 y 27).

<sup>54</sup> AP, 4.<sup>a</sup>, Zaragoza 5 de octubre de 1998 (Pte.: Navarro Peña) (ACAud. núm. 24/16 al 31 de diciembre de 1998, p. 2126) y de 27 de julio del mismo año, citada en la primera. AP Bilbao 2 de noviembre de 1989 y 4 de diciembre de 1991 (RGD 1994, p. 6330); AP Almería 9 de noviembre de 1994 (AC 1995, núm. 1); AP Cádiz 30 de enero de 1995 (Ar.C., abril 1995) y AP Palencia 9 de diciembre de 1997 (AC marzo 1998, ref. 2565). Ver también AP León 21 de septiembre de 1998 (Rollo núm. 23/1998) (Pte.: Peñín del Palacio) (*Aranzadi Civil* 1832); AP, 18.<sup>a</sup>, Barcelona 14 de octubre de 1998 (Pte.: Noblejas Negrillo) (RJC, I 99, p. 262); y AP, 2.<sup>a</sup>, Girona 29 de enero de 1998 (Pte.: Rey Huidobro) (ACAud. núm. 10/16 al 31 de mayo de 1998, p. 679).

<sup>55</sup> Esta posición viene reflejada con acierto en la sentencia AP, 6.<sup>a</sup>, Asturias 5 de abril de 2000 (Pte: Barral Díaz) ACAud. nº 11. 12/18. 3. 2001. @225, pag. 457: Ante los hechos reflejados, esta Sala tiene declarado en sus SS 16 Oct. 1998 (núm. 476) y 30 Abr. y 19 Mar. 1999 (núms. 137 y 211, respectivamente) que el concepto y naturaleza de la pensión compensatoria no es la de ser equivalente a una de carácter vitalicio, aunque el mero transcurso del tiempo no conlleva, sin más, su extinción o limitación temporal. Sin embargo, habrá de estarse al momento inicial de su concesión, porque si en tal momento, aunque existiera un real desequilibrio económico, éste tenía un carácter meramente coyuntural o temporal, de tal forma que era susceptible de ser superado en un tiempo limitado con una «normal implicación. por parte del beneficiario de la pensión, en tal caso es posible cuestionarse ya su extinción ya su limitación temporal, según las circunstancias del caso, una vez haya transcurrido aquel periodo limitado. En este caso han transcurrido 16 años, tiempo más que suficiente. estima este Tribunal, para poder superar aquel inicial desequilibrio económico, sin que se haya acreditado por parte de la citada actividad alguna en tal sentido, pues la mera inscripción en una oficina de empleo no es bastante al respecto.

d) No es una póliza de seguro vitalicia; debe estar limitada en el tiempo, salvo casos excepcionales<sup>56</sup>.

e) No es una renta vitalicia<sup>57</sup>.

f) La propia ley (artículo 101 CC) prevé la extinción, entre otras razones, cuando el desequilibrio haya desaparecido, por lo que cabe la posibilidad de que el propio juez fije en la sentencia la duración de pensión, como tiempo en el que el desequilibrio ha de permanecer<sup>58</sup>.

g) La temporalidad es uno de los condicionantes que pueden establecerse al otorgarse la pensión<sup>59</sup>.

h) Aunque no esté expresamente establecido, si cabe o no, la extinción, modificación o sustitución de la pensión, ningún obstáculo debe ponerse a la delimitación temporal de su duración, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en cada caso<sup>60</sup>.

i) La actualización es una forma de previsión de futuro sobre la situación patrimonial de los cónyuges, realizando un juicio probabilístico, según el cual el acreedor se incorporará dentro de un plazo determinado al mercado laboral<sup>61</sup>.

j) No es ilegítima la coacción judicial a través de la limitación temporal para que el beneficiario se sitúe en posición de ganarse la vida por sí mismo, sino que es una aplicación de los principios de los artículos 14 CE (igualdad) y 35 CE, que no sólo establece el derecho, sino también el deber de trabajar<sup>62</sup>.

k) La temporalización está conforme con la naturaleza de la institución y con el principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 CC)<sup>63</sup>.

l) La limitación temporal se corresponde con una interpretación conforme a la realidad del tiempo actual (artículo 3.1 CC)<sup>64</sup>.

m) El riesgo que en la práctica presenta la atribución de pensiones compensatorias indefinidas que incentiven la dejadez, la pereza y ociosidad del favorecido, que pudiendo acceder al mercado de trabajo no lo hace<sup>65</sup>.

---

Argumento el expuesto que era acompañado de otro más, residenciado en la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, conforme al art 3.1 del CC. y que pondría de manifiesto, a la luz de la actual doctrina jurisprudencial en la materia, que ante un caso de similares características al contemplado, los órganos judiciales no hubieran señalado en aquel entonces de existir la actual tendencia judicial, una pensión compensatoria sin limitación temporal alguna.

También AP Cuenca 17 de febrero de 1998 (Pte.: Puente Segura) (*La Ley*, 1998, 8878) (cfr. también AP Cuenca 27 de diciembre de 1997).

<sup>56</sup> AP San Sebastián 10 de octubre de 1990 (Pte.: Giménez García), que cita en el mismo sentido, las sentencias del mismo Tribunal 7 de octubre de 1989, 5 de junio y 13 de septiembre de 1990.

<sup>57</sup> AP León 24 de septiembre de 1998 (rollo núm. 181/1997) (Pte.: García Sánchez) (*Aranzadi Civil*, ref. 1768); y AP, 1.<sup>a</sup>, Oviedo 17 de octubre de 1994 (Pte.: Sacristán Repesa) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 31), que cita como primera sentencia de dicha Audiencia, que reconoció la temporalización la dictada por la Sección 5.<sup>a</sup> en 19 de diciembre de 1991.

<sup>58</sup> AP, 1.<sup>a</sup>, Córdoba 13 de mayo de 1995 (*ACAud.* núm. 20, 1/15 de octubre de 1995, p. 2495).

<sup>59</sup> AP, 22.<sup>a</sup>, Madrid 6 de febrero de 1998 (rollo núm. 91/1997) (Pte.: Hijas Fernández) (*Aranzadi Civil*, ref. 446).

<sup>60</sup> AP, 5.<sup>a</sup>, Oviedo 16 de enero de 1992 y 19 de diciembre de 1991 (Pte.: Sacristán Repesa) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 17).

<sup>61</sup> AP Las Palmas 1 de julio de 1993 (Pte.: Moyano García) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 24).

<sup>62</sup> AP, 22.<sup>a</sup> Madrid 14 de junio de 1996 (Pte.: Sr. Hijas Fernández) (*ACAud.* núm. 23,1-15 de diciembre de 1996, p. 2603).

<sup>63</sup> AP, 6.<sup>a</sup>, Valencia 21 de julio de 1994 (Pte.: Ortega Llorca) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 28).

<sup>64</sup> AP, 4.<sup>a</sup>, Zaragoza 5 de octubre de 1998 (Pte.: Navarro Peña) (*La Ley*, 1998, 10528).

n) No es una renta absoluta e ilimitada en el tiempo, porque sería insoportable para el obligado a abonarla y un beneficio o enriquecimiento injusto para quien la recibe, debiendo conectarse necesariamente con la posibilidad de rehacer la vida y conseguir un estatuto económico autónomo para el cónyuge perjudicado<sup>66</sup>.

Por otra parte, existen también *razonamientos en contra* de esta limitación en el tiempo<sup>67</sup>:

a) Las modificaciones en la pensión han de ser por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno y otro cónyuge, pero sobrevenidas, no adivinadas<sup>68</sup>.

b) La ley no autoriza en precepto alguno, una restricción temporal<sup>69</sup>, ni caben otras causas de extinción que las establecidas en el artículo 101 CC<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> AP, 3<sup>a</sup>, Cádiz 13 de julio de 1999 (Pte: Rivera Fernández) ACAud. nº 26. 26.6/ 2.7. 2000. @569, pag. 1232: Es aplicable la limitación cuando en el momento de la separación el afectado es una persona joven que trabaja o que, por su titulación o cualificación, tiene posibilidades de hacerlo y la duración del matrimonio ha sido más bien reducida y no existen excesivas cargas familiares.

<sup>66</sup> AP, 3<sup>a</sup>, Córdoba 18 de septiembre de 2002 (Pte: Moreno Gómez) Aranzadi AJA 552/19 y 24 de julio de 2001, mencionada en la misma entre otras muchas.

<sup>67</sup> AP, 3<sup>a</sup>, Granada, 29 de enero de 2001. (Pte: Albiez Dohrmann) RDF, nº 14 . en 2002, pag 192. Resume la posición de repetidas sentencias de diversas Audiencias en contra de la temporalización: “ Esta Sala viene defendiendo reiteradamente, desde la S. de 4 de febrero de 1995, el carácter no temporal de la pensión compensatoria. Si bien es cierto que en la jurisprudencia menor hay discrepancia sobre esta cuestión (en contra del carácter temporal, a título de ejemplo, AP Navarra S. de 27 de noviembre de 1993, AP Ávila S. de 4 de abril de 1994, AP Salamanca S. de 22 de abril de 1994, AP Guipúzcoa S. de 18 de febrero de 1997, AP Barcelona S. de 3 de diciembre de 1996, AP Santander S. de 25 de septiembre de 1998; a favor, AP Murcia, S. de 5 de diciembre de 1996, AP Las Palmas S. de 19 de febrero de 1996, AP Girona S. de 16 de mayo de 1994, AP Albacete S. de 12 de julio de 1999 y AP Alava S. de 14 de julio de 1999), como también en la doctrina científica, existen razones jurídicas de peso para mantener el criterio de la no temporalidad de la pensión compensatoria: a) no está previsto expresamente en el CC que la pensión compensatoria se pueda limitar temporalmente; b) no es tampoco la ratio de las normas que regulan la pensión compensatoria; c) la no temporalidad de la pensión no excluye que sea un derecho relativo, puesto que para su concesión y fijación de la cuantía se han de tener las circunstancias prevista en el art. 97 del CC; d) las circunstancias previstas en el art. 97 sirven para conceder la pensión compensatoria y fijar su cuantía, pero no para limitarla temporalmente; e) la no temporalidad no excluye la relatividad de este derecho, que se deduce, además, por ser un derecho que se puede modificar y se extingue cuando se alteran las circunstancias que han propiciado la concesión de la pensión compensatoria y su cuantía (art. 100 del CC); f) cabe la sustitución de la pensión compensatoria por una prestación única (art. 99 del CC); g) la limitación temporal de la pensión impide que, una vez concluido el plazo fijado, no se pueda conceder nuevamente una pensión aun siendo las circunstancias las mismas que sirvieron de base para conceder la pensión compensatoria; h) la limitación temporal puede dar lugar a situaciones de clara desprotección para el cónyuge cuya economía se ha empeorado como consecuencia de la separación judicial o del divorcio; i) cualquier formula de “reactualización” de la pensión compensatoria que se ha extinguido por haber expirado el plazo supone ir más allá de la ley; j) las cuantías que se conceden son casi siempre insuficientes para vivir dignamente por lo que el cónyuge desfavorecido económicamente, sobre todo cuando se es aún joven, se ve obligado a mejorar su situación lo que propiciará, en su caso, la modificación o la extinción de la pensión compensatoria.

<sup>68</sup> AP, 1.<sup>a</sup>, La Coruña, 3 de julio de 1995 (ACAud. núm. 22, 16–30 de noviembre de 1995).

<sup>69</sup> AP, 2.<sup>a</sup>, Pamplona 27 de noviembre de 1993 (Pte.: Goyena Salgado) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria entre cónyuges: su limitación temporal*», I, Colegio de Abogados de Oviedo, julio 1995, p. 25): “(...) Se discrepa sin embargo de la juzgadora de instancia en cuanto a la fijación de un límite temporal —concretamente de 2 años a contar desde la firmeza de la resolución— y ello por cuanto no resulta un criterio de fijación, atemperamento o moderación de la pensión por desequilibrio, previsto en el artículo 97 del Código Civil, ni por otra parte resulta ser una de las causas de extinción que el artículo 101 del Código Civil ha previsto del derecho de pensión. Procede por tanto la supresión del límite temporal, sin perjuicio de que la parte obligada al pago pueda acudir para su modificación a la vía del correspondiente incidente y sin perder de vista su posible revisión caso de interesarse por las partes en un hipotético futuro proceso de divorcio”.

<sup>70</sup> AT Palma de Mallorca 17 de enero de 1986 (GARCÍA GIL, J.: *La separación...*).



c) Nada se opone a que la pensión compensatoria pueda ser vitalicia y esa posibilidad se desprende de las normas contenidas en el Código Civil<sup>71</sup>.

d) La norma que previene que sólo podrá ser modificada la pensión por alteraciones sustanciales en la fortuna de los cónyuges, contiene una expresa prohibición de limitar temporalmente, por establecer expresamente que es éste el único medio de alteración y determinar el artículo 101 CC cuáles son las causas de extinción. Por lo tanto, sólo se puede modificar o extinguir, mediante otro procedimiento que así lo declare. A este respecto la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 3 de diciembre de 1996<sup>72</sup> completa este razonamiento de la siguiente forma:

«... la jurisprudencia tiene sentado que en la aplicación de la equidad hay un matiz de creación jurídica superior a la mera aplicación de una norma vigente, y por ello la ley ha de mandarlo expresamente, concediendo al juez discrecionalidad o facultad de decidir según la equidad, evitando así los peligros que podrían derivarse en la interpretación de la Ley por una excesiva inclinación a esta cláusula general de equidad, que podría llegar, de no adoptar cautelas legislativas para prevenir aquélla, a la creación de un derecho alternativo con el directamente derivado de las leyes (sentencia 8 de marzo de 1982).»

e) La *ratio* de los artículos 97, 99, 100 y 101 no era la de dar un carácter temporal a la pensión compensatoria.

f) No es posible para un Tribunal determinar *a priori* el momento de extinción por encontrar el deudor un empleo<sup>73</sup>.

g) Salvo excepciones en que pueda dilucidarse, de forma cierta y determinada, el tiempo de persistencia del desequilibrio, no puede juzgarse apriorísticamente el período de vigencia del derecho<sup>74</sup>.

h) La pensión es de carácter indefinido y no vitalicio y sujeta a su extinción por el cese de la causa que la motivó<sup>75</sup>.

i) El criterio sostenido de la perpetuidad por vida debe ir acompañado de una racionalidad imprescindible al tiempo de establecer el impone de la pensión, que deberá hacerse con criterios de moderación acordes con el caso concreto en que proceda fijarla<sup>76</sup>.

## 2.- Otro motivos para temporalizar.-

Con independencia de los ya mencionados, existen otros motivos que avalan la limitación temporal del derecho a la pensión compensatoria.

Se ha dicho con justeza, que la temporalización tiene presente la dignidad de la persona del acreedor<sup>77</sup> y los derechos de los demás<sup>78</sup>, y que no sería equitativo el mantenimiento indefinido del derecho a la pensión<sup>79</sup>: Ha de considerarse la restricción

---

<sup>71</sup> AP, 8.<sup>a</sup>, Valencia, 10 de mayo de 1995 (RGD núm. 615, diciembre de 1995, p. 14101). En cualquier caso, como veremos en el capítulo dedicado a la extinción, las causas enumeradas en el artículo 101 CC no son las mismas, ni la relación es exhaustiva.

<sup>72</sup> (Rollo núm. 992/1995) (Pte.: Subirás Roca) (*Aranzadi Civil*, ref. 2410).

<sup>73</sup> AP Granada 4 de febrero de 1995 (Pte.: Albiez Dohrmann) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 32).

<sup>74</sup> AP, 3.<sup>a</sup>, Santander 19 de noviembre de 1997 (Pte.: Fínez Ratón) (*La Ley*, 1998, 1338); y AP, 1.<sup>a</sup>, Cantabria 12 de febrero de 1999 (Pte.: Tafur López de Lemus) (*ACAud.* núm. 32, 6 a 12 de septiembre de 1999, p. 1462).

<sup>75</sup> AP, 2.<sup>a</sup>, Navarra 16 de julio de 2001 (Pte.: Cobo Sáenz) ArCiv. 2001/ 1704.

<sup>76</sup> AP, 2.<sup>a</sup>, Badajoz 12 de enero de 2001 (Pte.: Carapeto Márquez de Prado) Ar Civ. 2001/70.

<sup>77</sup> AP, 6.<sup>a</sup>, Valencia 21 de julio de 1994 (Pte.: Ortega Llorca) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 28).

<sup>78</sup> AP San Sebastián 19 de octubre de 1992.

<sup>79</sup> AP, 22.<sup>a</sup>, Madrid 6 de mayo de 1992 (HIJAS: *Derecho de Familia*, p. 219).

que puede representar para el derecho del deudor a rehacer su vida. El carácter ilimitado en el tiempo, constituye, sin duda, una carga insostenible para el deudor y un beneficio o enriquecimiento injusto para el acreedor, que debe conseguir un status económico autónomo<sup>80</sup>.

Debe, también, tenerse en cuenta la finalidad de la temporalización, que es 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 el anterior matrimonio<sup>81</sup>. Cada cónyuge, dentro de sus posibilidades, debe procurarse un medio autónomo de subsistencia<sup>82</sup>, en cumplimiento de la obligación que impone el artículo 35 CE, en consonancia con los elementales principios de autoestima y de valoración de la propia dignidad<sup>83</sup>.

Habiendo desaparecido la vida en común, cada cónyuge debe procurarse, dentro de sus medios y circunstancias, un medio autónomo de subsistencia, sin que el hecho del matrimonio y la duración del mismo sirvan para una determinación automática e indefinida del derecho a la pensión compensatoria<sup>84</sup>.

Por otra parte, la intemporalidad podría fomentar que el acreedor se abstuviese de intentar un puesto de trabajo<sup>85</sup>, aun teniendo posibilidad de lograrlo, para persistir en la percepción de la pensión.

La finalidad equilibradora que busca el artículo 97 de colocar al perjudicado en una situación de potencial igualdad de oportunidad (singularmente laborales y económicas)<sup>86</sup>, puede cumplirse de manera más eficaz y equitativa en algunos casos, como el presente, dotando a la pensión de una duración temporal<sup>87</sup>.

---

<sup>80</sup> AP, 6.ª, Valencia 21 de julio de 1994 (Pte.: Ortega Llorca) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 28).

<sup>81</sup> AP Bilbao 2 de noviembre de 1989 (Apelación 48/89, dimanante de modificación de medidas 191/88 de Juzgado 1.ª Instancia 6 de Bilbao) (Pte.: Belloch Julbe); AP, 1.ª, Santander 28 de noviembre de 1990; (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 14). Copia exacta de anterior AP, 1.ª, Bilbao 2 de noviembre de 1989.

<sup>82</sup> AP Almería, 9 de noviembre de 1994 (*ACAud.* núm. 1, 1/15 de enero de 1995, p. 8); AP, 1.ª, Bilbao 4 de diciembre de 1991 (Pte.: Escamilla Pallás); AP León 27 de mayo de 1992 (Pte.: García Sánchez) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 19).

<sup>83</sup> AP, 22.ª, Madrid 6 de mayo de 1992 (HIJAS: *Derecho de Familia*, p. 219).

<sup>84</sup> AP León 13 de mayo de 1991 (Pte.: Alfonso Lozano Gutiérrez) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit.).

<sup>85</sup> AP, 2.ª, Castellón de la Plana, 26 de septiembre de 1996 y su cita de AP Bilbao 24 de enero de 1992, que a su vez lo hace de otras del mismo Tribunal de 12 de abril y 15 de mayo de 1990 y 6 de junio y 4 de diciembre de 1991.

<sup>86</sup> AP, 22.ª, Madrid 12 de noviembre de 1992 (Pte.: Sánchez Franco): «... es por todo ello que debe limitarse la pensión compensatoria de 80.000 pesetas mensuales, señaladas por el juez de instancia, a la temporalidad de cinco años a computar desde la fecha de la sentencia disidente, pues el derecho a pensión compensatoria, como tiene reconocido esta Sala, no puede ni debe considerarse en determinados casos, como el presente, como un derecho absoluto ni vitalicio, sino por contrario, como relativo y circunstancial y especialmente limitado en cuanto al tiempo, pues su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidad (singularmente laborales y económicas) a los que habría tenido de no haber mediado tal anterior vínculo matrimonial, considerándose, pues, la temporalidad de cinco años, como reajuste necesario conforme la realidad de los hechos;...» Así mismo: AP Cuenca 30 de septiembre de 1999 (Pte.: López-Calderón Barrada): «De otra parte, la pensión compensatoria no tiene un carácter vitalicio, ni de derecho absoluto o incondicional e ilimitado en el tiempo, sino que por el contrario tiene un carácter de derecho relativo, circunstancial y sobre todo limitado en cuanto al tiempo de su duración, por cuanto su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad».

<sup>87</sup> AP, 2.ª, Girona 29 de enero de 1998 (Pte.: Rey Huidobro) (*ACAud.* núm. 10, 16 al 31 de mayo de 1998, p. 679): «Por eso, aun cuando el artículo 97 CC no recoge una limitación temporal del derecho a

Hay alguna sentencia que se plantea el dilema de elegir entre una pensión vitalicia de cuantía más reducida o una temporal mayor, para pronunciarse de forma favorable a esta última, porque el acreedor dispone de suma mayor cuando lo necesita, y el deudor queda exonerado de la obligación en determinado momento y puede rehacer su situación<sup>88</sup>.

Para algunas resoluciones judiciales la temporalización es excepcional<sup>89</sup>. Sólo es procedente si se dan causas que lo justifiquen, esto es, cuando existan expectativas laborales o de obtención de ingresos, claras y terminantes, lo que dependerá de la cualificación profesional y de la posibilidad real del ejercicio de una profesión<sup>90</sup>, que concurren cuando sea posible atisbar con cierta seguridad que en determinado plazo habrá una mejora económica y laboral. En caso contrario, limitarla entrañaría el riesgo de provocar y hacer renacer el desequilibrio económico pasado ese plazo<sup>91</sup>.

La determinación de una limitación temporal sólo es posible cuando las circunstancias del acreedor evidencien que el desequilibrio es susceptible de ser superado en un tiempo limitado, con una implicación normal del acreedor en la superación de tal desequilibrio<sup>92</sup>, como ocurre, por ejemplo, cuando existe la posibilidad de que el acreedor acceda a un trabajo que anteriormente haya desempeñado y al que, por excedencia u otra razón, no pueda reincorporarse de inmediato o cuando su formación así lo hace razonable.

En la jurisprudencia menor, **se valoran positivamente, para limitar temporalmente la pensión compensatoria**, circunstancias tales como la corta duración del matrimonio<sup>93</sup>, la inexistencia de hijos, la juventud del acreedor<sup>94</sup>, la asunción de la custodia de los hijos por el deudor o la posibilidad de mercado de trabajo<sup>95</sup>. En relación

---

percibir pensión compensatoria, no se deduce de dicho precepto, ni de los siguientes y concordantes, su imposibilidad, adaptándose la medida de la temporalidad de aquella pensión en muchas sentencias de esta Sala y de otras Audiencias, en tanto que la finalidad equilibradora que busca el artículo 97 puede cumplirse de manera más eficaz y equitativa en algunos casos, como el presente, dotando a la pensión de una duración temporal».

<sup>88</sup> AP Las Palmas 1 de julio de 1993 (Pte.: Moyano García) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria entre cónyuges: su limitación temporal. Estudio de jurisprudencia*, Cuadernos de Jurisprudencia, I, Colegio de Abogados de Oviedo, julio 1995, p. 24): “En el dilema entre pensión vitalicia reducida, o temporal de mayor entidad, es favorable siempre a ambas partes —acreedor y deudor— la segunda de las fórmulas, pues el acreedor dispone de una suma mayor cuando realmente lo necesita, y el deudor se ve exonerado de la obligación económica en un determinado momento, pudiendo rehacer su situación personal y patrimonial con mejor acomodo. Dada la edad y condiciones de la esposa, en este caso, se considera pertinente una pensión larga, de diez años de duración, en la cuantía impuesta por el juez a quo, incluidas las actualizaciones por variación del coste de vida allí señaladas, ...”.

<sup>89</sup> AP, 8ª, Valencia 28 de mayo de 1999 (Pte.: Arolas Romero) La Ley 1999/11780: “La pensión compensatoria puede establecerse para un plazo determinado, siempre con carácter excepcional y sólo para aquellos supuestos en que la corta duración del matrimonio así lo aconsejaba por criterios de justicia y equidad, que en absoluto pueden propiciar que de una breve relación conyugal pueda derivarse el derecho a recibir una pensión con carácter vitalicio, y en aquellas en que el cónyuge pensionista se hallaba en situación, tanto por edad como por cualificación profesional, de poder acceder al mercado de trabajo”.

<sup>90</sup> AP, 22.ª, Madrid 4 de abril de 1997 (Pte.: Galán Cáceres).

<sup>91</sup> AP, 22.ª, Madrid 5 de junio de 1998 (rollo núm. 1355/97) (Pte.: Galán Cáceres).

<sup>92</sup> AP, 6.ª, Oviedo 28 de enero de 1993 (Pte.: Rodríguez-Vigil Rubio) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 21).

<sup>93</sup> AP, 2.ª, Girona 29 de enero de 1998 (Pte.: Rey Huidobro) (*ACAud.* núm. 10, 16 al 31 de mayo de 1998, p. 679).

<sup>94</sup> AP Alicante 4 de junio de 1998 (rollo núm. 196/1996) (Pte.: Rodríguez Mira) (*Aranzadi Civil*, ref. 1186).

<sup>95</sup> AP, 1.ª, Vizcaya 23 de febrero de 1994 (*ACAud.* núm. 7, 1–15 de abril de 1994) y las sentencias de la misma Sala de 23 de octubre y 4 de diciembre de 1991 «y la más reciente de 21 de febrero de 1991»

con ésta, la cualificación profesional<sup>96</sup> y la capacidad de acceder a un empleo<sup>97</sup>. También son ponderadas notablemente las actitudes negativas del acreedor, tales como la pasividad para obtener un trabajo<sup>98</sup>, no siendo tan siquiera demandante de empleo<sup>99</sup>.

En el orden puramente temporal, son valorados en repetidas resoluciones judiciales, de una parte que el mayor perjuicio producido por la separación o el divorcio sea temporal<sup>100</sup>, así como el hecho de que el acreedor pueda superar, en un tiempo limitado, la situación de empeoramiento económico producida a raíz de la ruptura matrimonial<sup>101</sup> o que el desequilibrio sea temporal o coyuntural y susceptible de ser superado en un tiempo limitado, con normal implicación del acreedor, lo cual exigirá la acreditación de la real y efectiva posibilidad de acceso a un empleo<sup>102</sup>.

Coincide la jurisprudencia en estimar que **no procede la limitación temporal** respecto del cónyuge dedicado toda su vida al sostenimiento y cuidado de una familia, sin actividad laboral remunerada y ya en edad madura, sin cualificación profesional suficiente, que ve frustrado su proyecto vital, por la separación o el divorcio, en cuyo supuesto hay que concederle una pensión ilimitada en el tiempo, que le permita hacer frente a sus necesidades vitales, a cargo de quien se benefició de sus trabajos y esfuerzos<sup>103</sup>. Tampoco consideran los Tribunales que se debe temporalizar en base a expectativas hereditarias del beneficiario<sup>104</sup>.

Es preciso considerar que el Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos del **Consejo de Europa**, en su cuarta reunión celebrada entre los días 20 y 24 de octubre de 1980, se pronunció claramente en favor de que la pensión entre ellos, se estableciese con carácter temporal, **para permitir que el acreedor accediese a su independencia económica respecto del otro cónyuge**.

### 3.- Requisitos para la temporalización.-

a.- Debemos, en todo caso, señalar que esta jurisprudencia menor viene exigiendo para que pueda ser temporalizada la pensión, **que ha de ser pedida expresamente**. Incidiría en incongruencia la sentencia al señalar un límite temporal no solicitado por el obligado al pago, que no discute la procedencia del derecho, aunque sí

---

(sic.); AP, 2.<sup>a</sup>, León, 28 de abril de 1995 (*ACAud.* núm. 20, 1/15 de octubre de 1995, p. 2522); AP, 4.<sup>a</sup>, Zaragoza 5 de octubre de 1998 (Pte.: Navarro Peña) (*ACAud.* núm. 24, 16 al 31 de diciembre de 1998, p. 2126); y AP Córdoba 25 de marzo de 1999 (Pte.: Baena Ruiz) (*Aranzadi* 1999, ref. 597). Semejante AP Córdoba 25 de marzo de 1999 (Pte.: Baena Ruiz) (*Aranzadi* 1999, ref. 597).

<sup>96</sup> AP, 4.<sup>a</sup>, Asturias 25 de enero de 1997 (Pte.: Álvarez Sánchez) (*ACAud.* núm. 17,11 –15 de septiembre de 1997); AP, 2.<sup>a</sup>, Girona 16 de mayo de 1994 (*ACAud.* núm. 18, 16/30 de septiembre de 1994); AP, 22.<sup>a</sup>, Madrid 16 de noviembre de 1992 (HIJAS: *Derecho de Familia*, p. 221).

<sup>97</sup> AP, 22.<sup>a</sup>, Madrid 27 de noviembre de 1992 (Pte.: Val Suárez).

<sup>98</sup> AP Vizcaya 7 de noviembre de 1997 (rollo núm. 17/1997) (Pte.: Rodríguez Galarza), (*Aranzadi Civil*, ref. 2239).

<sup>99</sup> AP, 22.<sup>a</sup> Madrid 14 de junio de 1996 (Pte.: Sr. Hijas Fernández) (*ACAud.* núm. 23, 1–15, diciembre de 1996, p. 2603).

<sup>100</sup> AP, 2.<sup>a</sup>, Castellón 14 de julio de 1998 (rollo núm. 352/1996) (Pte.: Antón Blanco) (*Aranzadi Civil*, ref. 1429).

<sup>101</sup> AP Alicante 4 de junio de 1998 (rollo núm. 196/1996) (Pte.: Rodríguez Mira) (*Aranzadi Civil*, ref. 1186) y su cita de las sentencias de la AP Oviedo de 28 de enero de 1993[*AC* 1993, 668], AP de Bilbao de 21 de noviembre de 1989, AP Las Palmas de 1 de julio de 1993[*AC* 1993, 1967], AP León de 14 de enero de 1994 [*AC* 1994, 186] y AP Gerona de 29 de enero de 1998 [*AC* 1998, 34]).

<sup>102</sup> AP, 6.<sup>a</sup>, Oviedo 16 de octubre de 1998 (Pte.: Rodríguez-Vigil y Rubio) (*La Ley*, 1999, 1614).

<sup>103</sup> AP Cuenca 17 de febrero de 1998 (Pte.: Puente Segura) (*La Ley*, 1998, 8878).

<sup>104</sup> AP, 22.<sup>a</sup>, Madrid 3 de junio de 1993 (Pte.: Val Suárez) (HIJAS: *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada...*, p. 493).

podría limitarla si el deudor se opone totalmente al derecho<sup>105</sup>. Tampoco se incurriría en incongruencia si se pide la extinción y se concede por tiempo limitado<sup>106</sup>. Finalmente, puede introducirse la cuestión en segunda instancia<sup>107</sup>.

b.- La limitación debe **establecerse en la sentencia** que determina la pensión compensatoria<sup>108</sup>, pero algunas resoluciones sostienen que puede hacerse también al inicio o a lo largo de la percepción<sup>109</sup>, o limitarse posteriormente en proceso de modificación de efectos de la separación o el divorcio, por cambio de circunstancias<sup>110</sup>.

Es válida la establecida **en convenio regulador**<sup>111</sup>, pero pactada indefinida en dicho convenio, no cabe temporalizar en la sentencia<sup>112</sup>, aunque podría hacerse en proceso de modificación<sup>113</sup>.

#### 4.- Posibilidad de modificar la temporalización.-

Es interesante lo establecido por la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra en 14 de octubre de 1994, de que establecida la limitación en base a unas expectativas, si no se cumple la previsión, puede modificarse tal temporalización<sup>114</sup>, aunque esta doctrina no se ha generalizado.

Evidentemente, la pensión puede extinguirse por una causa de orden general — artículo 101 CC —, antes del vencimiento del plazo de limitación temporal<sup>115</sup> o si, por

---

<sup>105</sup> AP, 22.<sup>a</sup>, Madrid 2 de mayo de 1995 (Pte.: Muriel Alonso) (HIJAS: *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada...*, p. 492) y AP, 22.<sup>a</sup>, Madrid 3 de noviembre de 1992 (Pte.: Hijas Fernández) (HIJAS: *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada...*, p. 492).

<sup>106</sup> AP Vizcaya 7 de noviembre de 1997 (rollo núm. 17/1997) (Pte.: Rodríguez Galarza), (*Aranzadi Civil*, ref. 2239); AP, 22.<sup>a</sup> Madrid 5 de junio de 1998 (rollo núm. 1355/97) (Pte.: Galán Cáceres) y AP, 1.<sup>a</sup>, Bilbao 4 de diciembre de 1991 (Pte.: Escamilla Pallás): (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 16).

<sup>107</sup> AP San Sebastián, 13 de octubre de 1993.

<sup>108</sup> AP Guadalajara 5 de noviembre de 1998 (Pte.: Serrano Frías) *La Ley*, 1999, 5455: “*En el caso del señalamiento de una pensión compensatoria para el otro cónyuge, se viene imponiendo la aceptación de un límite temporal a esta pensión por desequilibrio en supuestos de cortos períodos de convivencia unidos a la edad apta para el trabajo de los cónyuges, pues no puede convertirse el matrimonio en una fuente indefinida de ingresos, debiendo atender esta pensión a paliar el desequilibrio económico en tanto organiza nuevamente el cónyuge desfavorecido su situación personal y patrimonial, accediendo al mercado laboral. Tal límite temporal ha de establecerse en el momento inicial de concertarse la pensión compensatoria, pues no fijado entonces, no cabe ponerle fin ulteriormente sino, por las causas legalmente previstas al efecto —artículo 97 CC—*”.

<sup>109</sup> AP, Palencia 9 de diciembre de 1997 (Pte.: Sanz García) (*ACAud.* núm. 9, 1 al 15 de mayo de 1998, p. 594): “*Sobre su duración hay dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales, la interpretación del artículo 97 de forma estricta y literal, en la que no se admite restricción temporal, que cada vez pierde más fuerza frente a una interpretación ajustada a la realidad social que exige una valoración de las circunstancias en cada caso, ya que no se puede admitir con carácter general e indiscriminado una pensión compensatoria “vitalicia” que convertiría el hecho del matrimonio en una garantía económica adicional que vincularía a los cónyuges, incluso aún después de transcurrido un largo lapso de tiempo desde la cesación de la convivencia o el divorcio.*

*Por ello cada vez con mayor frecuencia y teniendo en cuenta que el eje central de la pensión compensatoria es paliar el desequilibrio económico producido, de acuerdo con las circunstancias establecidas en el propio artículo 97 CC, se tiende a marcar lapsos determinados de tiempo, bien inicialmente, bien a lo largo de la percepción de la prestación”.*

<sup>110</sup> AP, 6.<sup>a</sup>, Oviedo 16 de octubre de 1998 (Pte.: Rodríguez-Vigil y Rubio) (*La Ley*, 1999, 1614).

<sup>111</sup> AP, 4.<sup>a</sup>, Barcelona 27 de mayo de 1993 (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 23).

<sup>112</sup> AP Álava 16 de octubre de 1996 (*ACAud.* núm. 12/16, 30 de junio de 1997, p. 1327).

<sup>113</sup> AP Zamora 20 de junio de 1996. (*ACAud.* núm. 17, 1/15 de septiembre de 1996, p. 1987).

<sup>114</sup> (Pte.: Lojo Aller) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 30).

<sup>115</sup> AP, 22.<sup>a</sup>, Madrid 6 de febrero de 1998 (rollo núm. 91/1997) (Pte.: Hijas Fernández) (*Aranzadi Civil*, ref. 446).

ejemplo, antes del transcurso del plazo, el acreedor encuentra trabajo, en cuyo caso, el deudor puede pedir la extinción<sup>116</sup>. Ahora bien, extinguida la pensión compensatoria por cumplimiento del plazo establecido, no puede rehabilitarse<sup>117</sup>.

### 5.- Situación especial existente en Cataluña antes de la reforma.-

El Código de Familia catalán se ha pronunciado por la posibilidad de limitación temporal de la pensión, tanto al considerar que ha de fijarse teniendo presentes las perspectivas económicas previsibles para los cónyuges [artículo 84.2.a)], como, más explícitamente, incluyendo entre las causas de extinción, el transcurso del tiempo por el cual se estableció [artículo 86.1.d)].

La situación en Cataluña merece un comentario independiente. De una parte existe una especial duplicidad en la aplicación de normas similares, pero no idénticas, en relación con la pensión compensatoria; y de otra la existencia de dos secciones dedicadas a familia en la Audiencia Provincial de Barcelona, viene produciendo, por su disparidad de criterios, especialmente en materia de temporalización de la pensión compensatoria, un manifiesto desconcierto e inseguridad jurídica. Veamos estas dos cuestiones:

a.- La dos secciones – 12ª y 18ª - de la Audiencia de Barcelona coinciden en que cuando es de aplicación el Codi de Família - art. 86. d) - a una separación o divorcio, la limitación temporal de la pensión es posible<sup>118</sup>.

b.- La divergencia de posiciones entre las dos secciones de familia de la Audiencia de Barcelona se pone de manifiesto en los supuestos en que es de aplicación el Código Civil. La Sala 18ª admite la temporalización de la pensión con carácter general, pero la Sala 12ª rechaza la posibilidad de limitar su vigencia a priori por un determinado periodo de tiempo, estimando que no cabe predecir las circunstancias futuras, lo que no implica que, si se alteraren sustancialmente las circunstancias, las partes puedan acudir a una nueva cognición. Únicamente admite la temporalización en los supuestos de mutuo acuerdo o en los contenciosos en que el beneficiario no se opone a dicha limitación temporal<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> AP, 2.ª, Girona 16 de mayo de 1994 (ACAud. núm. 18, 16/30 de septiembre de 1994).

<sup>117</sup> AP, 22.ª, Madrid 10 de diciembre de 1992 (HIJAS: *Derecho de Familia*, p. 224).

<sup>118</sup> AP, 12ª, Barcelona 5. 12. 2000 (Pte: Ortuño Muñoz) RJC 2001/I pag. 600. Por su parte, la Sección 18ª S. 16. 4. 1999 (Pte: Anglada Fors.) RJC 1999/III pag. 930 ha puntualizado que: “*el derecho a pensión compensatoria, como ha tenido ocasión de pronunciarse esta misma Sala en anteriores resoluciones, entre otras, en sentencias de 26 de mayo, 9 de julio y 24 de noviembre de 1998 y 9 y 22 de febrero de 1999, no puede ni debe considerarse en determinados casos, como el que aquí nos ocupa, como un derecho absoluto, ni vitalicio, sino, por el contrario, como relativo y circunstancial y especialmente limitado en cuanto al tiempo, pues su legítima finalidad no puede ser 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 las que habría tenido de no haber mediado tal vínculo matrimonial, y así resulta también a contrario sensu del art. 86, letra d), del nuevo Codi de Família, aprobado por la Llei del Parlament de Catalunya de 15 de julio de 1998 ...*”.

AP, 18ª, 5. 12. 2000 (Pte: Anglada Fors) RJC 2001/I pag. 599: “*La Sala, ya antes de la promulgación del Codi de Família de Catalunya, y en aplicación del derecho común, admitía la fijación de la pensión compensatoria ad tempus, ya que no es un derecho absoluto ni vitalicio, sino relativo y circunstancial y limitado en cuanto al tiempo. En esta sentencia fundada en el derecho catalán, la temporalidad del derecho se establece hasta que se proceda a la completa liquidación de la sociedad de gananciales, con un periodo mínimo de 5 años. (Arts. 97 del Código Civil y 84 del Codi de Família de Catalunya)*”

<sup>119</sup> Es favorable a la temporalización: AP, 18ª, Barcelona 9. 2. 1999 (Pte: Anglada Fors) RJC 1999/III pag. 929: “*... el derecho a pensión compensatoria, como ha tenido ocasión de pronunciarse esta misma Sala en anteriores resoluciones, entre otras, en sentencias de 26 de mayo, 9 de julio y 24 de noviembre de 1998, no puede ni debe considerarse en determinados casos, como el que aquí nos ocupa, como un*

## 6- La STS, 1ª, de 10 de febrero de 2005.-

Pero, en cualquier caso, **la STS, 1ª, de 10 de febrero de 2005**<sup>120</sup> ya puso fin a la discusión sobre la posibilidad de limitar temporalmente, inclinándose claramente por la posibilidad de hacerlo, reflexionando sobre el tema, de forma que cabe deducir también consecuencias respecto de los casos en que procede y factores a ponderar. Por su interés, transcribo su contenido<sup>121</sup>:

**“PRIMERO.-** *En el presente recurso de casación se plantea el tema de interés casacional relativo a si el art. 97 del Código Civil permite fijar la pensión compensatoria con carácter temporal a cuyo efecto se afirma la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, se plantean dos cuestiones, a saber: con carácter principal, determinar si el arto 97 CC, en relación con los arts. 99, 100 y 101 CC, permite la temporalización de la pensión compensatoria, y en caso afirmativo, por consiguiente con carácter eventual y derivado, determinar si dicha posibilidad cabe en el caso concreto que se enjuicia.*

**SEGUNDO.-** *La problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1.981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales -y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo*

---

*derecho absoluto, ni vitalicio, sino. por el contrario, como relativo y circunstancial y especialmente limitado en cuanto al tiempo, pues su legítima finalidad no puede ser 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 las que habría tenido de no haber mediado tal vínculo matrimonial...*”

Es contraria a la temporalización: AP, 12ª, Barcelona, 4. 3. 1999 (Pte: Salva Cortes).RJC 1999/III pag. 931: *II Conforme a lo razonado por la apelante principal es de afirmar y concluir en la irregularidad e improcedencia de una fijación de un determinado periodo de vigencia de la pensión compensatoria, sin naturalmente poder analizar y valorar las concretas circunstancias a concurrir de futuro, no es posible “predecir” cuál serán los respectivos contextos económicos dentro de 3 años a los efectos de poder concluir en la realidad o no de un desequilibrio, desde tal perspectiva es de afirmar la procedencia del recurso, excluyéndose el límite temporal de vigencia del pago de la pensión compensatoria, sin perjuicio de las partes, de poder restar el juicio incidental sobre modificación de medidas. previsto a tales efectos en la propia Ley.*

*Salvo si así hubiere sido pactado en el convenio regulador por ser o no mediare oposición de la contraparte: AP, 12ª, Barcelona 6. 6. 2000 (Pte: Jimenez de Parga Gastón) ArCiv. 2000/1363.: “Ab initio, es improcedente su determinación limitada en el tiempo, de no ser ésa la voluntad pactada en convenio regulador en sede de los procedimientos matrimoniales de la DA 6ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio, o fuera de los mimos en los llamados convenios extrajudiciales, o incluso en los litigios de naturaleza contenciosa, cuando no mediare la oposición de la contraparte a la vigencia temporal de la pensión compensatoria del art. 97 CC. Ello es así debido al carácter dispositivo que ostenta tal prestación, sujeta al principio de rogación, sin que pueda apreciarse de oficio su carácter intemporal en tales supuestos, sin incurrir en grave vicio de incongruencia.*

*En los demás casos, tal y como ha venido declarando esta Sala con reiteración, la limitación temporal de la pensión resulta improcedente, al no ser ésa la voluntad del legislador, que omite tal posibilidad en el art. 97 del Código Civil, por lo que si la ley no distingue no es dable distinguir al interpretar la norma jurídica, y sin que en forma alguna pueda sustentarse la temporalidad de la pensión en la calificación de no ser la misma de carácter absoluto o vitalicio, dado que el legislador ya ha previsto causas o motivos determinadores de la extinción de la pensión de la pensión de referencia en el art. 101 CC, que justifican la ausencia del carácter absoluto e ilimitado en el tiempo de la prestación ...”. En el mismo sentido AP, 12ª, Barcelona 1.3.1999 (Pte: Jiménez de Parga Gastón). RJC 1999/III, pag. 931.*

<sup>120</sup> Pte: Corbal Fernández. Recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera, de fecha 25 de abril de 2.002, dictada en autos de divorcio.

<sup>121</sup> Las negritas son mías.

laboral-, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización -unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad-, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria.

El art. 97 CC dispone que "el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:... ". Del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una **finalidad reequilibradora**. 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 disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios.

El tema se concreta en la determinación de si la fijación de una pensión compensatoria temporal está o no prohibida por la normativa legal, y si tal posibilidad, según las circunstancias del caso, puede cumplir la función reequilibradora, es decir, puede actuar como mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o divorcio -que constituyó la "condicio iuris" determinante del nacimiento del derecho a la pensión-.

A favor y en contra, especialmente en cuanto a la primera perspectiva, se han multiplicado los argumentos de los respectivos partidarios de las posturas, muchos de ellos generados o asumidos por las resoluciones de las Audiencias Provinciales, que han llevado a cabo un encomiable esfuerzo discursivo y entre la multiplicidad de argumentos cabe indicar: En contra de la temporalización se ha dicho que: el precepto del art. 97 no la establece; se trata de una omisión voluntaria del legislador, que si la hubiera querido prever la hubiera establecido; es contraria a la "ratio" del precepto; contradice la literalidad de los arts. 99 y 101 CC; quedarían sin contenido los arts 100 Y 101; supone una condena de futuro sin base legal; significaría adoptar una decisión sin ninguna base cierta; y que la pensión compensatoria "tiene una vocación natural de perpetuidad, y que si la causa originadora de la misma es el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce a un cónyuge en relación a la posición del otro, dicha circunstancia, que se constata al término de la convivencia conyugal, en principio se proyecta estática mente hacia el futuro, por lo que debe presumirse que subsiste hasta tanto no se acredite un cambio de fortuna en el acreedor, sin que sea posible suponer apriorísticamente que la suerte del beneficiario de la pensión evolucionará necesariamente hacia mejor, y menos que lo haga en un determinado periodo de tiempo".



*Y en favor se sostiene que: el art. 97 CC no la recoge expresamente, pero tampoco la excluye; no contradice los arts. 99, 100 y 101 CC, y en absoluto es contrario a la "ratio" legal; el art. 97 no tiene por finalidad perpetuar el equilibrio de los cónyuges separados o divorciados, sino que la "ratio" del precepto es restablecer un desequilibrio que puede ser coyuntural, y la pensión compensatoria aporta un marco que puede hacer posible o contribuir a la readaptación; y en sintonía con lo anterior también se destaca que la legítima finalidad de la norma legal no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, perfectamente atendible con la pensión temporal. Asimismo se dice que no constituye una renta vitalicia, póliza de seguro vitalicio o garantía vitalicia de sostenimiento, ni puede operar como una cláusula de dureza; que el matrimonio no crea un derecho a percibir una pensión, y que el derecho a la pensión compensatoria tiene carácter relativo, personal y condicionable; que la temporalización puede desempeñar una función instrumental de estimulación o incentivo indiscutible para el perceptor en orden a obtener el reequilibrio a través de la autonomía económica, entendida como posibilidad de desenvolverse autónomamente, y, en concreto, hallar pronto una colocación laboral o profesional, ( y en sintonía con el planteamiento esbozado se habla de "evitar la pasividad en la mejora de la situación económica, combatir el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral", y se hace especial hincapié en que "se potencia el afán de reciclaje o inserción en el mundo laboral" por lo que cumple una finalidad preventiva de la desidia o indolencia del perceptor, y supone un signo de confianza en las posibilidades futuras de inserción laboral). También se resalta que: no cabe dejar en manos de una de las partes que la situación económica cambie a su antojo o comodidad, o dependa del propósito de perjudicar al otro, con lo que se evitan situaciones abusivas y se previenen conductas fraudulentas, tanto del acreedor como del deudor; evita la incertidumbre o situaciones de excesiva provisionalidad; y se aduce el carácter dispositivo -se trata de materia sujeta a la disposición de las partes en cuanto está basada en un interés privado, y por ello es renunciable, transaccionable y convencionalmente condicionable y limitable en el tiempo, habiendo reconocido el carácter dispositivo la SS del TS. de 2 de diciembre de 1.987 y 21 de diciembre de 1.998 y RDGR Y N 10 de noviembre de 1.995; y que la realidad social (art. 3.1) la admite -se alude a la debilitación de los argumentos sociológicos que se manejaban al tiempo de crearse la figura de la pensión compensatoria y a los cambios sociales y el nuevo sentir social, en relación con la evolución de la sociedad española desde el año 1.981 hasta la actualidad, y la diferente perspectiva y situación de la mujer en relación con el matrimonio y el mercado laboral-. Y se alegan las dificultades prácticas en que se encuentran los tribunales en relación con la aplicación del art. 101; el efecto beneficioso de la disminución de la litigiosidad -con sus diversas perspectivas ventajosas-; necesidad de justicia o equidad, sin afectar a la estabilidad de la norma y a la seguridad jurídica, e incluso la idea de fomentar la autonomía basada en la dignidad de la persona, de acuerdo con el art. 10 CE; además de que -se razona- si cabe la extinción del derecho o su modificación por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro interesado o su sustitución por una renta vitalicia, usufructo o entrega de bienes, ningún obstáculo debe oponerse a la delimitación temporal en función de las circunstancias que concurran; y, finalmente, desde una moderna posición doctrinal se entiende que la pensión compensatoria temporal está implícitamente recogida en el art. 101 CC, si por cese de la causa que la motiva se*

considera "de las circunstancias que provocaron el desequilibrio económico, y es posible la previsión de la «desconexión»".

Desde una perspectiva diferente a la expuesta 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 1.980); el Código de Familia de Cataluña, Ley 9/98, de 15 de julio -en cuyo arto 86.1 d) se establece que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció-; y el Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio.

**TERCERO.-** La regulación del Código Civil, introducida por la Ley 30/1.981, de 7 de julio, regula la pensión compensatoria con características propias -"sui generis". Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia -que atiende al concepto de necesidad-, pero ello **no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria**, que podría acaso suponer el vacío de los arts. 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la "perpetuatio" de un "modus vivendi", o a un derecho de nivelación de patrimonios. Como consecuencia de ello procede decir, además de que no resulta excluida por el art. 97 CC -el que no la recoja no significa que la prohíba-, que la pensión temporal no afecta a la regulación de los arts. 99, 100 y 101 CC, y **nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada.**

Por consiguiente la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un **derecho de duración indefinida -vitalicio-**. Por otro lado, el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del art. 97 CC **adecuada a la realidad social actual**, prevista como elemento interpretativo de las normas en el art. 3.1 CC, con arreglo al que "se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado, con carácter general, la importancia del elemento sociológico, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela (SS. 31 marzo 1.978 y 7 enero y 25 abril 1.991, entre otras), tanto antes de su regulación expresa en el Código por la modificación legislativa de 31 de mayo de 1.974 -SS. 21 noviembre 1.934 y 24 enero 1.970-, como con posterioridad -SS. 31 marzo 1.978 y 28 enero 1.989-, que se refieren a su integración por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento histórico. Significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad (SS. 10 abril 1.995 y 18 diciembre 1.997). Y lo ha aplicado en numerosas ocasiones, entre las que cabe citar, las SS. 17 mayo 1.982 y 6 junio 1.984 -sobre influencia del criterio objetivo o minorismo del culpabilismo originario en relación con el art. 1.902 CC-; 10 diciembre 1.984 -el progreso técnico concretado en la evolución en la construcción de edificios en sede de medianería-; 13 julio 1.994 -innecesariedad en determinadas situaciones de la unanimidad ex. Art. 16 LPH-; 18 diciembre 1.997 -realidad social del mundo laboral-; 13 de marzo de 2.003 -evitar supuestos de abuso notorio de derecho-

Sin embargo, **para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función**

*reequilibradora que constituye la finalidad -"ratio"- de la norma, 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.*

*De lo dicho se deduce que la ley -que de ningún modo cabe tergiversar- no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación.*

*Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos, y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar ya los hijos; cuantos de estos precisan 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 perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado -perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral-; posibilidades de reciclaje o volver -reinserción- al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión "ex ante" de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado "futurismo o adivinación". El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación -como en realidad en todas las apreciaciones a realizar-, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección.*

*En la línea discursiva expresada se manifiesta la más reciente doctrina científica y jurisprudencia de las AAPP. y ahora este Tribunal, que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del arto 97 CC, siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal.*

**CUARTO.-** Como consecuencia de lo razonado, al estimarse fundado el recurso, de conformidad con lo establecido en el arto 487.3 LEC, debe casarse la resolución recurrida en el tema concreto relativo a la cuestión de interés casacional, resolviendo sobre el caso y declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiese producido la contradicción jurisprudencial, todo ello sin hacer pronunciamiento en costas por aplicación del arto 398.2 LEC.

**QUINTO.-** Planteada en apelación la procedencia o no de la pensión compensatoria temporal, y aceptada su posibilidad con carácter genérico, corresponde examinar si la fijación de la misma en el caso por el Juzgado es o no acertada en relación con las pautas exigibles -bases consistentes- para su aplicación. Si se tienen en cuenta las circunstancias fácticas concurrentes: matrimonio celebrado el 17 de enero de 1.986; separación conyugal acordada el 15 de febrero de 1.999; edad de la Sra. Sastre -40 años-; existencia de un hijo de diez años cuya custodia se atribuye a la

*madre; convivencia efectiva de doce años, durante los cuales la Sra. Sastre se dedicó al cuidado del esposo, hijo y hogar conyugal; situación de gran invalidez del Sr. Sevillano, con necesidad de una tercera persona para que le auxilie en las múltiples actividades cotidianas, aunque tiene (según la Sentencia de la AP, fto. quinto) "un importante patrimonio mobiliario del que disfruta, de más de 100 millones de pesetas"; los litigantes son condóminos de dos inmuebles que ocupan respectivamente; capacitación profesional y posibilidad de obtener una ocupación remunerada después de un periodo de "reciclaje" de conocimientos para recuperar los varios años de alejamiento de su actividad profesional, VALORADO TODO ELLO conjuntamente cabe concluir que la apreciación del Juzgador de la Instancia fijando la extinción del derecho de pensión compensatoria en la fecha 1 de enero de 2.004 es ponderada y razonable, por lo que procede restablecer el pronunciamiento adoptado en el párrafo segundo del apartado 6 del Fallo que había sido revocado por la Sentencia recurrida".*

Aún cuando la sentencia no precisa de más comentarios, una vez precedida de los términos de la contienda anterior, queremos recalcar que se subraya el efecto impulsor que la temporalización ha de tener para la corrección del desequilibrio por la parte más desaventajada. Por otra parte, también determina la Sentencia que una cosa es la posibilidad de limitar temporalmente la pensión y otra muy distinta que tal sea la norma. El Tribunal Supremo, haciendo hincapié en la dificultad de relacionar los supuestos que han de justificar esta limitación, pone algunos ejemplos de casos o circunstancias, que pueden justificar tal límite.

#### **7.- Concreción del tiempo.-**

**En cuanto a los plazos concretos**, la jurisprudencia menor tiende a concederla por el tiempo que permita al acreedor obtener una posición económica ajustada a la nueva realidad<sup>122</sup>, teniendo en cuenta las circunstancias y, de modo especial, la duración de la convivencia y del matrimonio<sup>123</sup>, la cualificación laboral del acreedor y posibilidad de acceso a un empleo y, en su caso, la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>124</sup> y sus consecuencias. Este período ha de ser razonable, según las circunstancias<sup>125</sup>, para que cada uno se procure los medios económicos necesarios para su sostenimiento, sin gravarse un cónyuge al otro<sup>126</sup>. También puede ligarse a alguna circunstancia familiar, como la mayoría de edad de los hijos<sup>127</sup>.

En la práctica, comúnmente se acuerdan las pensiones por plazos de dos años<sup>128</sup>, tres años (por aceleración en las relaciones sociales, y en las posibilidades de remontar las consecuencias adversas de separación o el divorcio<sup>129</sup>) y 5<sup>130</sup> o 7 años<sup>131</sup>. Menos

---

<sup>122</sup> AP, 1.ª, Córdoba auto 6 de mayo de 1996 (ACAud. núm. 14, 16/31 de julio de 1996, p. 1534).

<sup>123</sup> AP, 2.ª, León, 28 de abril de 1995 (ACAud. núm. 20, 1/15 de octubre de 1995, p. 2522).

<sup>124</sup> AP, 22.ª, Madrid 14 de junio de 1992 (HIJAS: *Derecho de Familia*, p. 221) y AP Teruel, 12 de mayo de 1997 (Pte.: Ochoa Fernández) (ACAud. núm. 17, 1-15 de septiembre de 1997, p. 1998).

<sup>125</sup> AP, 2.ª, Vizcaya 7 de abril de 1995 (Rec. 217/94).

<sup>126</sup> AP León 24 de septiembre de 1998 (rollo núm. 181/1997) (Pte.: García Sánchez) (ArC ref. 1768).

<sup>127</sup> AP, 24, Madrid 1 de marzo de 2001 (Pte.: Correas González).

<sup>128</sup> AP Cuenca 10 de noviembre de 1998 (Pte.: Zurilla Cariñana) (*La Ley*, 1999, 5019); AP Bilbao 2 de noviembre de 1989 (Apelación 48/89, dimanante de Modificación de medidas 191/88 de Juzgado 1.ª Instancia 6 de Bilbao) (Pte.: Belloch Julbe); AP, 22.ª, Madrid 6 de mayo de 1992 (HIJAS: *Derecho de Familia*, p. 219.); AP, 18.ª, Barcelona 14 de octubre de 1998 (Pte.: Noblejas Negrillo) (*RJC*, I 99, p. 262); AP, Palencia 9 de diciembre de 1997 (Pte.: Sanz García) (ACAud. núm. 9, 1 al 15 de mayo de 1998, p. 594); AP, 22.ª, Madrid 14 de mayo de 1999 (Pte.: Val Suárez) (*ARC*, 1999, ref. 1397) y AP, 2ª, Lugo 30 de enero de 2001 (Pte.: Pérez Rodríguez) ArCiv 2001/ 562.

<sup>129</sup> AP San Sebastián 13 de octubre de 1989 (Pte.: Giménez García); AP, 1.ª, Vizcaya 23 de febrero de 1994 (ACAud. núm. 7, 1/15 de abril de 1994); AP, 22.ª, Madrid 16 de noviembre de 1992 (HIJAS: *Derecho de Familia*, p. 221.); AP, 2.ª, Castellón 14 de julio de 1998 (Rollo núm. 352/1996) (Pte.: Antón

común es la fijación por el plazo de un año<sup>132</sup>, limitada casi exclusivamente a matrimonios de duración singularmente escasa; o por plazo, también excepcional, de diez años<sup>133</sup>. A este respecto es interesante la doctrina de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que inicialmente, con carácter habitual, concedía la pensión por cinco años, pero que ha reducido este tiempo a tres años, manifestando que adoptaba este período con generalidad por estimar que era tiempo suficiente para que el beneficiario lograra su independencia económica<sup>134</sup>.

La importante STS, 1ª, de 10 de febrero de 2005, antes mencionada, tomó en cuenta para temporalizar la pensión en el divorcio (ya existía en la separación sin límite temporal), los siguientes hechos:

- i.- Fecha de matrimonio: 17 de enero de 1.986;
- ii.- Separación conyugal acordada el 15 de febrero de 1.999;
- iii.- Convivencia efectiva: doce años hasta la separación
- iv.- Edad de la esposa :40 años.
- v.- Existencia de un único hijo de 10 años, bajo la custodia de la madre.
- vi.- Dedicación de la mujer al cuidado del esposo, hijo y hogar conyugal;
- vii.- Situación de gran invalidez del marido, con necesidad de una tercera persona para que le auxilie en las múltiples actividades cotidianas, aunque tiene "un importante patrimonio mobiliario del que disfruta, de más de 100 millones de pesetas";
- viii.- Los dos son condóminos de dos inmuebles que ocupan respectivamente;
- ix.- Capacitación profesional de la esposa y posibilidad de obtener una ocupación remunerada después de un periodo de "reciclaje" de conocimientos para recuperar los varios años de alejamiento de su actividad profesional.

Tomando como base todo ello, señaló la validez hasta el día 1 de enero de 2.004, esto es, la misma fecha fijada en la instancia. Esto quiere decir que tomando como base la fecha de la sentencia de separación que estableció la pensión – 15 de febrero de 1999 – la misma ha tenido una duración de casi cinco años.

---

Blanco) (*Aranzadi Civil*, ref. 1429); AP Alicante 4 de junio de 1998 (rollo núm. 196/1996) (Pte.: Rodríguez Mira) (*Aranzadi Civil*, ref. 1186); AP Zamora 20 de junio de 1996. (*ACAud.* núm. 17, 1/15 de septiembre de 1996, p. 1987); AP, 1.ª, Bilbao 4 de diciembre de 1991 (Pte. Escamilla Pallás), (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...* cit., p. 16); AP Córdoba 25 de marzo de 1999 (Pte.: Baena Ruiz) (*Aranzadi*, 1999, ref. 597); AP, 8ª, Valencia 11 de julio de 2000 (Pte: Arolas Romero) ArCiv 2000/2592 y AP, 3ª, Guipúzcoa 13 de noviembre de 1998 (Pte: Morales Ruiz) ArCiv 1998/2462.

<sup>130</sup> AP, 4.ª, Zaragoza 5 de octubre de 1998 (Pte.: Navarro Peña) (*La Ley*, 1998, 10528); AP San Sebastián 19 de octubre de 1992. (Posteriormente esta Audiencia ha cambiado su norma habitual a tres años); AP 22.ª Madrid 14 de junio de 1996 (Pte.: Sr. Hijas Fernández) (*ACAud.* núm. 23/1, 15 de diciembre de 1996, p. 2603); AP León 24 de septiembre de 1998 (rollo núm. 181/1997) (Pte.: García Sánchez) (*ARC* ref. 1768); AP, 2.ª, Vizcaya 7 de abril de 1995 (Rec. 217/94); AP, 1.ª, Oviedo 17 de octubre de 1994 (Pte.: Sacristán Repesa) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria entre cónyuges: su limitación temporal*); AP, 22.ª, Madrid 12 de noviembre de 1992 (Pte.: Sánchez Franco); AP, 4.ª, Zaragoza 5 de octubre de 1998 (Pte.: Navarro Peña) (*ACAud.* núm. 24/16 al 31 de diciembre de 1998, p. 2126); AP Pontevedra 14 de octubre de 1994 (Pte.: Lojo Aller) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 30); AP, 18ª, Barcelona 9 de febrero. 1999, *RJC* 1999/III pag. 929; 16 de abril de 1999, *RJC* 1999/III pag. 930 y 5 de diciembre de 2000, *RJC* 2001/I pag. 599 (todas con Ponencia de Anglada Fors).

<sup>131</sup> AP, 12ª, Barcelona 5 de diciembre de 2000 (Pte: Ortuño Muñoz) *RJC* 2001/I pag. 600.

<sup>132</sup> AP, 2.ª, Girona 29 de enero de 1998.

<sup>133</sup> AP Las Palmas 1 de julio de 1993 (Pte.: Moyano García) (GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia: *La pensión compensatoria...*, cit., p. 24) y AP, 3ª, Santa Cruz de Tenerife 13 de febrero de 1999 (Pte: Santos Sánchez) *La Ley* 1999, 11816.

<sup>134</sup> AP Cuenca 30 de septiembre de 1999 (Pte.: López-Calderón Barrada).

## **IX.- La Ley 15/2005 de 8 de julio.-**

En su artículo Nueve, modifica el artículo 97 del Código Civil que queda redactado en la siguiente forma:

### **“Artículo 97.**

*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*

*A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*

*1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*

*2.ª La edad y el estado de salud.*

*3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*

*4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.*

*5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*

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

*7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.*

*8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*

*9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.*

*En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.*

## **1.- La reforma en general.-**

Es curioso que la Exposición de Motivos de la reforma no dedica ni una línea a la pensión compensatoria. Aunque de modo insuficiente se ocupe de esta tema, esta ausencia de explicación de las razones que mueven al legislador a proponer esta modificación legal revela que la ha faltado voluntad de realizar la reforma total que el transcurso del tiempo, la deficiencia inicial de la ley y el cambio de la sociedad española – y mundial – durante estos años, exigían. No puede extrañarnos, pues, que materias como el uso de la vivienda familiar, que de todos es sabida su enorme trascendencia en la familia y sus crisis, se dejen aparte. Los efectos, medidas o consecuencias de la separación o el divorcio no merecen la atención del legislador.

Esta pobre revisión de la normativa vigente, que no abarca la totalidad de las cuestiones pendientes, ni resuelve las contradicciones interpretativas en muchas materias, manteniendo la inseguridad jurídica vigente, parece que en materia de pensión compensatoria, afronta las dos cuestiones básicas de este trabajo: limitación temporal y pago de una sola vez. Con respecto a la temporalización, sin dar más pautas, ni especificar más condiciones, va a venir a reconocer la posibilidad de limitar el plazo de percepción de la pensión. La realidad es que la STS de 10 de febrero de 2005, se ha adelantado al legislador y le ha arrebatado la oportunidad de haber cosechado un éxito de oportunidad.

## **2.- Contenido.-**

El contenido básico de la reforma se centra en:

A.- Sustituir “*el derecho a una pensión*” por el “*derecho a una compensación*”. Esta alteración de su denominación es consecuencia de la posibilidad de que no consista en una prestación periódica, por lo que debe dejar de llamarse “*pensión*”. Al

mismo tiempo confirma su naturaleza jurídica compensatoria, distinta de la alimenticia.

B.- Añadir “**que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido**”. A este respecto, se confirma que, al igual que ocurre en el Código de Familia de Cataluña (art. 86.1.d) y conforme al criterio favorable del Consejo de Europa<sup>135</sup>, la pensión puede limitarse temporalmente. Por otra parte, ya lo ha resuelto de esta forma la reciente STS, 1ª, de 10 de febrero de 2005<sup>136</sup>, dilucidando la controversia doctrinal existente. Quizá hubiera sido útil determinar algunas de las circunstancias necesarias para la temporalización, aunque existe un cuerpo doctrinal abundante a estos efectos. La jurisprudencia menor tiende a concederla por el tiempo que permita al acreedor obtener una posición económica ajustada a la nueva realidad<sup>137</sup>, teniendo en cuenta las circunstancias y, de modo especial, la duración de la convivencia y del matrimonio<sup>138</sup>, la cualificación laboral del acreedor y posibilidad de acceso a un empleo y, en su caso, la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>139</sup> y sus consecuencias. Este período ha de ser razonable, según las circunstancias<sup>140</sup>, para que cada uno se procure los medios económicos necesarios para su sostenimiento, sin gravarse un cónyuge al otro<sup>141</sup>. También puede ligarse a alguna circunstancia familiar, como la mayoría de edad de los hijos<sup>142</sup>.

La expresión por tiempo indefinido, evidentemente es más acertada que la inicial del anteproyecto que la denominaba vitalicia.

C.- Añadir, “**o en una prestación única**”.

En cuanto a la prestación única también podría señalarse los criterios para su determinación, que hasta ahora sólo por acuerdo de las partes, podía tener efectividad. En todo caso, el abrir el abanico de posibilidades, nos parece siempre acertado. Podría, no obstante, haberse señalado al igual que se hace en el Código francés, la facultad del Juez de señalar unos plazos para el abono de las prestaciones únicas<sup>143</sup>.

---

<sup>135</sup> Informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1.980.

<sup>136</sup> Pte: Corbal Fernández. Recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera, de fecha 25 de abril de 2.002, dictada en autos de divorcio.

<sup>137</sup> AP, 1.ª, Córdoba auto 6 de mayo de 1996 (ACAud. núm. 14, 16/31 de julio de 1996,p. 1534).

<sup>138</sup> AP, 2.ª, León, 28 de abril de 1995 (ACAud. núm. 20, 1/15 de octubre de 1995,p. 2522).

<sup>139</sup> AP, 22.ª, Madrid 14 de junio de 1992 (HIJAS: *Derecho de Familia*, p. 221) y AP Teruel, 12 de mayo de 1997 (Pte.: Ochoa Fernández) (ACAud. núm. 17, 1–15 de septiembre de 1997, p. 1998).

<sup>140</sup> AP, 2.ª, Vizcaya 7 de abril de 1995 (Rec. 217/94).

<sup>141</sup> AP León 24 de septiembre de 1998 (rollo núm. 181/1997) (Pte.: García Sánchez) (ArC ref. 1768).

<sup>142</sup> AP, 24, Madrid 1 de marzo de 2001 (Pte: Correas González).

<sup>143</sup> La *prestation compensatoire* establecida por el Código civil francés por Ley de 11 de julio de 1975. En el art. 270 Code Civil se establece que “*uno de los esposos puede ser obligado a entregar al otro una prestación destinada a compensar, dentro de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida respectivas*”. Posteriormente, la Ley nº 2000-595, de 30 de junio de 2000, relativa a la prestación compensatoria en materia de divorcio, no modifica los caracteres de la misma, que continúa siendo revisable, a tanto alzado y transmisible a los herederos.

En cuanto a las modalidades de pago de la prestación compensatoria, el art. 275 Code civil, modificado por Ley de 30 junio 2000, señala las siguientes:

1.- Entrega de una cantidad de dinero, que es la modalidad tipo. Si el deudor no puede hacerlo de una sola vez, el juez puede concederle una forma fraccionada de pago, hasta un máximo de ocho años, con plazos mensuales o anuales actualizados.

2.- Transmisión de un bien en propiedad o en usufructo

3.- Depósito de valores productivos de rentas entre las manos de un tercero a favor del acreedor.

También se establecen dos excepciones:

a.- Si el esposo no está en condiciones de pagar el capital, el juez puede sustituir las formas de entrega de la prestación compensatoria y establecer el pago de una renta mensual o anual, por un tiempo que no puede exceder de ocho años.

D.- Añadir antes de la relación de circunstancias a tener en cuenta para fijar la pensión – ahora compensación – que el Juez determinará su importe en sentencia, sólo a **falta de acuerdo de los cónyuges**.

Calificamos de muy positiva la consideración de la posibilidad de acuerdo entre los cónyuges sobre esta materia, en primer lugar, como excluyente de la facultad del juez de fijarla y no, como en el texto derogado, como una más de las circunstancias a tener en cuenta para determinar su cuantía. El derecho a la pensión es plenamente disponible, como ha declarado la STS, 1ª, de 2 de diciembre de 1987, por lo que el convenio entre los cónyuges ha de primar sobre toda otra consideración. Sólo a falta de convenio se podrá entrar en el examen de las circunstancias y fijarse la pensión judicialmente.

Lo que no queda muy claro es que se mantenga dentro de las circunstancias para cuantificar la pensión, en primer lugar, los mismos acuerdos de los cónyuges, aunque si se trata de ponderar otros acuerdos que no alcancen la total fijación de la pensión, debería expresarse de alguna forma.

E.- Aunque al referirse a las circunstancias ya se establecía en la redacción actual, que la relación no era exhaustiva al señalar que las expresadas lo eran “entre otras”, está bien la adición de una 9ª genérica de **“cualquier otra relevante”**.

### **3.- Omisiones.-**

Llama la atención que no se acometa la reforma de algunos aspectos de la pensión compensatoria en que la doctrina viene detectando fallos desde la promulgación de la ley en 1981. Consideramos, pues, que deberían estudiarse los siguientes aspectos:

#### **3.1.- Art. 100.-**

La modificación de la cuantía de la pensión compensatoria debe dejarse claro que se sólo se puede modificar a la baja, conforme viene concluyendo la doctrina y la pequeña jurisprudencia<sup>144</sup>.

Se propondría la siguiente redacción de este precepto:

**Art. 100.— La pensión fijada en la sentencia de separación o de divorcio, con las bases de su actualización, debe ser disminuida si quien la percibe pasa a mejor fortuna o quien la paga pasa a peor fortuna.**

#### **3.2.- Art. 101.-**

Respecto de la extinción de la pensión compensatoria, sorprende que no se pierda el derecho cuando el beneficiario hace objeto al deudor de actuaciones lesivas. Tal es el caso, por ejemplo, cuando le hace víctima de acciones violentas, incluso atentatorias a su vida, aunque sin éxito. Aunque la filosofía del precepto se pretende que no tenga en cuenta más que factores de orden económico, en su redacción se incluyen otras causas – por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona – que no participan de tal calificación. Creemos, en consecuencia, que se debe perder el derecho cuando, como ocurre con los alimentos, cuya naturaleza es más necesaria (art. 152. 4º CC), cuando el beneficiario hubiera cometido alguna falta contra

---

b.- A título excepcional y por decisión especialmente motivada, el juez puede, en razón a la edad o estado de salud del acreedor, fijar la prestación compensatoria a pagar bajo la forma de una renta vitalicia, es decir, una renta abonable hasta la muerte del acreedor.

En todo caso, se prohíbe la fórmula mixta de pago en parte de un capital y en parte de una renta periódica por decisión de la Cour de cassation de 10 de mayo de 2001.

<sup>144</sup> Vid art. 84 del Código de Familia de Cataluña.



el deudor de las que dan lugar a la desheredación. Es más, consideramos que las causas de pérdida que proponemos son de mayor entidad y superior lógica que las existentes.

Además, consideramos que debe extinguirse también el derecho por el hecho de la muerte del deudor. La herencia de esta obligación resulta absurda, máxime cuando pese a no heredar ni un céntimo del obligado al pago, los herederos tienen que pedir al juez la extinción o reducción. Esto significa que de momento la heredan y transcurrirá en todo caso, un largo tiempo hasta que se conoce la condición de heredero y en que proporción por encima de la legítima – diferente en su existencia y proporción, dependiendo de las legislaciones forales y especiales - y la cuantía y condición del caudal relicto, y otro largo tiempo desde que se formula la petición al juzgado y se tramita un litigio contradictorio, hasta que se dicte sentencia. Las cantidades devengadas durante estos periodos deberán ser satisfechas por quienes nada tienen que ver con el litigio matrimonial que dio origen a la pensión.

Por todo ello, se propone la siguiente redacción:

**Artículo 101.—El derecho a la pensión se extingue por las siguientes causas:**

**1ª.- Por la muerte del acreedor o del deudor.**

**2ª.- Por el cese de la causa que lo motivó.**

**3ª.- Por haber cometido el acreedor contra el deudor alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.**

**4ª.- Por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.**

## **IX.- DETERMINACIÓN DE LA PENSIÓN.-**

### **A.- Cantidad mensual fija.-**

Habitualmente y con casi unanimidad, la pensión del artículo 97 CC se concreta en una cantidad mensual fija, abonable durante doce meses al año. Es cierto que, en algunas ocasiones, se han dictado resoluciones en las que se han tenido en cuenta periodos de tiempo dispares, proyectando sobre este instituto, la pluralidad de los ingresos por el trabajo por cuenta ajena, haciéndose eco, en cierto modo, de pagas extraordinarias, por corresponder ésta a los ingresos del deudor y a las mayores necesidades de los periodos a que las mismas corresponden. Pero esta periodicidad diferente existe con mayor frecuencia en los convenios reguladores, en los que se incorporan, dentro del concepto de pensión compensatoria, pagos por Navidad o vacaciones, u otros consecuentes a la percepción por el obligado de comisiones, participaciones anuales en beneficios, incentivos o similares. Es indiscutible que los pactos a este respecto, son perfectamente válidos y desde luego, no desnaturalizan el fundamento y la finalidad de la pensión.

También hay que considerar que hay resoluciones judiciales que, en lugar de concretar una cifra mensual, establecen la obligación en un *porcentaje* sobre los ingresos del deudor, por considerar preferible un tanto por ciento de los ingresos. Aunque la cantidad concreta es más aconsejable cuando faltan unos ingresos fijos, ya que de tal forma se evitan discusiones, en las reducciones o actualizaciones. Otras sentencias estiman la fijación porcentual inconveniente, mostrándose partidarios de una cantidad fija mensual. Consideran que el resultado de aplicar un tanto por ciento, crea una situación excesivamente sensible a las oscilaciones de los ingresos, que puede dar lugar a cantidades extraordinariamente superiores o inferiores a las razonables, atendidas las demás circunstancias concurrentes.

**B.- Prestación única en bienes o dinero, constituyendo una renta vitalicia o cediendo el usufructo de determinados bienes.**

Debemos de partir de la idea de la institución de la pensión compensatoria, aparecida en nuestro ordenamiento por vez primera en 1981, se inspira en la *prestation compensatoire* establecida por el Código civil francés por Ley de 11 de julio de 1975. En el art. 270 Code Civil se establece que “*uno de los esposos puede ser obligado a entregar al otro una prestación destinada a compensar, dentro de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida respectivas*”. Posteriormente, la Ley nº 2000-595, de 30 de junio de 2000, relativa a la prestación compensatoria en materia de divorcio, no modifica los caracteres de la misma, que continúa siendo revisable, a tanto alzado y transmisible a los herederos<sup>145</sup>.

En cuanto a las modalidades de pago de la prestación compensatoria, el art. 275 Code civil, modificado por Ley de 30 junio 2000, señala las siguientes:

1.- Entrega de una cantidad de dinero, que es la modalidad tipo. Si el deudor no puede hacerlo de una sola vez, el juez puede concederle una forma fraccionada de pago, hasta un máximo de ocho años, con plazos mensuales o anuales actualizados.

2.- Transmisión de un bien en propiedad o en usufructo

3.- Depósito de valores productivos de rentas entre las manos de un tercero a favor del acreedor.

También se establecen dos excepciones:

a.- Si el esposo no está en condiciones de pagar el capital, el juez puede sustituir las formas de entrega de la prestación compensatoria y establecer el pago de una renta mensual o anual, por un tiempo que no puede exceder de ocho años.

b.- A título excepcional y por decisión especialmente motivada, el juez puede, en razón a la edad o estado de salud del acreedor, fijar la prestación compensatoria a pagar bajo la forma de una renta vitalicia, es decir, una renta abonable hasta la muerte del acreedor.

En todo caso, se prohíbe la fórmula mixta de pago en parte de un capital y en parte de una renta periódica por decisión de la Cour de cassation de 10 de mayo de 2001<sup>146</sup>.

Inicialmente, en nuestra regulación de la separación y el divorcio, se optó por la fórmula de la pensión periódica, pero, como veremos seguidamente, con la posibilidad de sustituirla de común acuerdo, por una entrega única en bienes o dinero, la constitución de una renta vitalicia o la cesión del usufructo de determinados bienes. No obstante, en la reforma se modifica la ley para que la prestación pueda consistir en una pensión vitalicia o temporal o un tanto alzado según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

Al no reformarse el art. 99 CC, en principio parece mantenerse la posibilidad de alterarse la condena judicial de una pensión periódica o de una cantidad a tanto alzado, por las alternativas actuales de entrega de bienes, constitución de renta vitalicia o cesión de bienes en usufructo. Tampoco parece inviable que la condena al pago de una cantidad determinada se compatibilice con su pago a plazos.

En cualquier caso, es preciso distinguir entre la pensión consistente en el abono de una cantidad periódica, aunque sea temporal, y la condena a satisfacer una única cantidad, aunque su pago se realice en plazos periódicos. Por de pronto, en el primer

---

<sup>145</sup> En la línea de algo que he reiterado de forma insistente, el art. 280.1 Code Civil, a diferencia del Código español, excluye en el caso del divorcio por falta, el pago de una pensión compensatoria en beneficio del esposo enteramente culpable.

Por otra parte, de conformidad con la resolución de la Cour de Cassation de 3.12.1997 (Civ. 2e, 3 dec. 1997, Bull, civ. II, nº 294) deben atender los jueces al momento de la firmeza del divorcio y no a la fecha de la petición, para establecer la compensación.

<sup>146</sup> (Civ. 2e, 10 mayo 2001, Bull, civ. II, nº 94).

caso, aún dentro del término temporal fijado, si se produce una causa de extinción de la obligación antes de alcanzar el final del tiempo señalado, los plazos que no hayan vencido quedarían extinguidos. Por el contrario, en el segundo caso, la deuda no se vería afectada por la causa de extinción y se mantendría la obligación. Es más, si la causa fuera el fallecimiento del acreedor, sus herederos le sucederían en la titularidad del crédito.

De cualquier forma, vamos a examinar la situación vigente en esta materia.

### 1.- LA LEY.-

Como ya he dicho, la forma establecida por la ley para el pago de la pensión del artículo 97 CC, es un abono en metálico de carácter periódico<sup>147</sup> o en una prestación única. Esta son, pues, las únicas formas en que puede ser fijada por el juez en su sentencia<sup>148</sup>.

Además, el legislador ha facultado a los cónyuges para sustituir<sup>149</sup> **la forma de pago periódico** por otra, a través del artículo 99 CC, que dice así:

Artículo 99 CC: *“En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero”*. Este precepto plantea una serie de cuestiones, que vamos a tratar de estudiar.

### 2.- LEGITIMACIÓN PARA SUSTITUIRLA.-

Sólo por acuerdo de las partes puede realizarse la sustitución, que es voluntaria, y en ningún supuesto puede realizarse por el juez<sup>150</sup>.

Esta legitimación ha de incluir necesariamente a los herederos del deudor. Si la pensión compensatoria no se extingue por la muerte del deudor —a diferencia de la del acreedor (artículo 101 CC)— y los herederos de aquél pueden adquirir dicha obligación, susceptible de ser reducida o extinguida en función de nuevos parámetros —del caudal hereditario y de sus derechos legitimarios—, dichos sucesores podrán ser parte en un

---

<sup>147</sup> AP, 15.<sup>a</sup> Barcelona 17 de junio de 1992 (RGD, 1992, p. 3793), refiriéndose a la ley francesa antes de la reforma del año 2000, «... aun cuando en nuestro ordenamiento la norma no regula de forma expresa cual deba ser la forma de pago de la pensión compensatoria, la doctrina con base tanto en criterios sistemáticos como en la dicción del artículo 97 CC, al referirse a “pensión” y a su “actualización”, entiende que separándose del sistema acogido en el artículo 275 del Code —que autoriza al juez a decidir acerca de las diversas modalidades de pago de pensión que la ley previene, pero con preferencia por el del pago de una suma a tanto alzado a tenor del artículo 274 “Lorsque la consistance des biens de l’epoux debiteur de la prestation compensatoire le permet, celle-ci prend la forme d’un capital”— no permite decidir la adopción de una modalidad diferente a la del pago periódico de una suma determinada...»

<sup>148</sup> ROCA TRÍAS: (Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, tomo II, ar-tículos 42 al 107 CC, dirigidos por Manuel Albaladejo, Ed. Revista de Derecho Privado/Edersa. 2.<sup>a</sup> ed., Madrid 1982, p. 634), considera para llegar a esta conclusión que puede aplicarse por analogía el artículo 148.2 CC respecto a la forma de pagarse los alimentos, considerando que pensión alimenticia y compensatoria tiene «finalidad semejante, cual es la de proporcionar un medio de afrontar unas necesidades que pueden suponer una precariedad económica mayor o menor».

<sup>149</sup> La SAP, 7.<sup>a</sup>, Cádiz 14 de septiembre de 2001 (Pte: Pérez de Vargas Gil) AC n° 6. 4/10. 2. 2002, @45, pag. 461, contiene un amplio estudio jurisprudencial sobre la sustitución.

<sup>150</sup> AT Madrid 13 de octubre de 1988 (RGD, 1988, p. 6974): “... sin que pueda tal pensión sustituirse por el Juzgador, a priori, en un señalamiento de capital a abonar en plazos o fracciones mensuales durante el periodo que resulte de dividir el capital por las mensualidades, determinación que no autoriza el artículo 99 del Código Civil que sea realizada por el juez, siendo facultad que sólo se concede a los cónyuges separados o divorciados, para que, en cualquier tiempo, puedan convenir la sustitución de la pensión fijada judicialmente en las formas que el mismo artículo indica y que podrán ejercitar a partir de ahora si lo estimaren conveniente.”

convenio de sustitución de la pensión, haya sido ésta fijada judicialmente o de mutuo acuerdo.

### 3.- MOMENTO.-

El texto literal del artículo 99 CC – que no ha sido reformado - dice que puede realizarse “*en cualquier momento*”, lo que da una clara idea de manifiesta amplitud. Sin embargo, el propio precepto limita su autorización a “*la pensión fijada judicialmente*”. ¿Qué quiere esto decir?

Puede interpretarse que, con independencia de la consideración de la pensión entre cónyuges, que los mismos pacten, sólo y exclusivamente puede ser sustituida, la fijada por el juez, o, lo que es lo mismo, que hay que esperar a que el juez determine la pensión periódica para poderla sustituir y que la convenida no podría serlo.

Desde luego, si sólo el juez puede fijar una pensión periódica, la sustitución de ésta, que entraña un cambio, únicamente podrá hacerse después de que exista.

Pero eso no quiere decir que la convenida por los esposos no tenga las características de la pensión del artículo 97 CC, ya que el artículo 90 CC referida al convenio regulador, en su apartado E) incluye en su relación de mínimos del mismo “*la pensión que, conforme al artículo 97, correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges*”. Por lo tanto, la pensión convenida por los consortes – máxime tras la reforma de la Ley 15/2005 - es de la misma naturaleza que la fijada judicialmente y sujeta a idéntica normativa.

Es interesante la sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 2.<sup>a</sup>) de Girona de 17 de diciembre 1998<sup>151</sup>, que reconoció la eficacia de la sustitución de la pensión compensatoria establecida en la resolución de Primera Instancia, aunque no fuera firme por haber sido apelada.

### 4.- LA SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN Y EL CONVENIO REGULADOR.-

¿Es necesario que los cónyuges establezcan una pensión periódica en el convenio e, interpretando la homologación judicial como una fijación de la misma por el juez, tengan que esperar a esta aprobación para poderla sustituir en la forma que previene el artículo 99 CC?. ROCA TRÍAS<sup>152</sup> opina que “*cuando sean los propios interesados quienes acuerden una forma concreta de pago en el Convenio regulador de la separación o divorcio, no puedan en un momento posterior modificar su acuerdo y acogerse a alguna de las formas previstas en el artículo 99 o cualquier otra que se ajuste más a sus necesidades. lo que ocurre es que ello deberá realizarse en trámite de modificación del convenio, y por ello no resulta aplicable en esta caso lo dispuesto en el artículo 99*”. Considera, pues, esta autora que los cónyuges en convenio no pueden inicialmente fijar la compensación del desequilibrio en un capital, renta o usufructo,

---

<sup>151</sup> (Pte.: Rey Huidobro) (*La Ley*, 1999, 5393): “*Fijada en sentencia de separación matrimonial de la primera instancia pensión compensatoria del artículo 97 CC en favor de la esposa, los litigantes consideran más favorable la sustitución de dicha pensión por la transmisión de la propiedad de la mitad indivisa del marido sobre la vivienda familiar en favor de la mujer, a lo cual en apelación ha de accederse si se considera que el artículo 99 CC permite convenir la sustitución en cualquier momento de la pensión por la entrega de un capital en bienes o en dinero*”. También AP, 7<sup>a</sup>, Cádiz 14 de septiembre de 2001 (Pte: Pérez de Vargas Gil) AC nº 6. 4/10. 2. 2002, @45, pag. 461, reconoció la sustitución hecha por los herederos y la necesidad de que para su modificación concurren las circunstancias legales respecto de los mismos herederos.

<sup>152</sup> ROCA TRÍAS, Encarna: en *Comentarios a la reforma del Derecho de Familia*, artículos 90 a 101, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 634.

pero sí pueden después de fijada en una renta periódica, modificarla no siendo de aplicación el artículo 99 CC.

Pero una cosa es que sea de aplicación el artículo 99 CC, limitado en su texto a la alteración de la pensión compensatoria fijada por el juez, y otra cosa distinta es que los esposos carezcan de posibilidad legal de determinar en convenio la compensación al desequilibrio, en forma distinta de la periódica.

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<sup>153</sup>.

El juez, además, 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.

Plantea CAMPUZANO<sup>154</sup> la necesidad de que lo convenido por los cónyuges sea aprobado judicialmente, ya que la sustitución “*podría también resultar perjudicial para alguno de los esposos*”.

Y, es más, señala HAZA DÍAZ<sup>155</sup> que “*el pacto privado, si no es aprobado por el juez, no es válido, ni tiene eficacia sustitutoria*”<sup>156</sup>.

A este respecto, de nuevo se plantea el sentido que puede tener la exigencia de homologación judicial de lo pactado por los cónyuges sobre la pensión compensatoria. Si la misma es disponible y renunciabile —no sólo sustituible—, según la repetidamente citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el control judicial de su posible carácter perjudicial para uno, se revela innecesario, por incongruente. Toda renuncia gratuita es perjudicial. Y no sólo el perjuicio material puede ser digno de estimación en esta materia. Pero el derecho a renunciar lo que es disponible, es indiscutible.

HAZA DÍAZ<sup>157</sup> sostiene que la libertad de los cónyuges para pactar tiene como límite que: “*tal pacto no perjudique directamente a uno de ellos e, indirectamente, dañe a los hijos*” y que el grave perjuicio, dado que en su relación no existen deberes mutuos,

---

<sup>153</sup> AP Barcelona 9 de abril de 1991 (RJC 1992–I, p. 281): “*Tampoco la pensión mensual puede sustituirse “a priori” por el Juzgador con el señalamiento de un capital, por no autorizarlo el artículo 99 del Código Civil, siendo facultad que sólo se concede a los cónyuges separados o divorciados para que en cualquier tiempo puedan sustituir la pensión fijada judicialmente en las formas que el mismo artículo indica. Como el sistema legal permite la sustitución de la pensión compensatoria por alguna de las modalidades del artículo 99 del Código Civil (constitución de una renta vitalicia, usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero), sólo si así se conviene después de que la pensión judicial sea fijada judicialmente, para evitar una vinculación que puede durar muchos años, y si lo permite el estado entre los cónyuges (separación) o divorciados, en la práctica, se elude que la pensión llegue a fijarse judicialmente, mediante el acuerdo entre las partes (admitido por el artículo 97, circunstancia 1.º). Se redacta un contrato en el que se expresa que, a los efectos del artículo 976 del Código Civil, se fija la entrega de un capital en bienes o cantidad alzada, como saldo o finiquito, con renuncia expresa del beneficiario o nada más pedir ni reclamar por este concepto. Con ello y mediante pacto de los interesados, se realiza una válida anteposición de las normas del artículo 99 sobre la complicada fórmula legal del artículo 97, desligando para el futuro a ambos firmantes del riesgo de determinación judicial de la pensión por debajo o por encima de sus respectivas pretensiones*”.

<sup>154</sup> CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Librería Bosch, Barcelona 1986, p. 183.

<sup>155</sup> HAZA DÍAZ, Pilar: *La pensión de separación y divorcio*, La Ley, Madrid 1989, p. 80.

<sup>156</sup> Con la consecuencia que argumenta esta autora de que «en consecuencia, el pago realizado por el deudor no es en realidad pago de lo debido», por lo que de conformidad con los artículos 1895 y ss. CC, para el acreedor nace la obligación de restituir, con o sin interés, en función de que se estime que existe o no mala fe, y el derecho a percibir las cuotas devengadas y no pagadas, pero pierde la acción para reclamar el pago pactado.

<sup>157</sup> HAZA DÍAZ, Pilar: *La pensión de separación y divorcio*, La Ley, Madrid 1989, p. 74.

ha de definirse desde “... la perspectiva (...) que tiene en cuenta la finalidad de la obligación y el contenido del crédito y de la deuda que asumen las partes. Desde este punto de vista, la pensión, al menos en teoría, ha de tener un valor igual a la diferencia entre la situación económica de cada uno de los cónyuges separados o divorciados”.

Con independencia de que, como hemos señalado, la forma de cuantificar, se aleja de la pura medida del desequilibrio, dando entrada a magnitudes que ni siquiera tienen contenido económico, y haciendo abstracción de la práctica imposibilidad de una medición aritmética que permita determinar cuando la fijación se corresponde cuánticamente con dicho desequilibrio, toda esta calificación pugna con la libertad de pactar y, por lo tanto, de renunciar.

GARCÍA CANTERO<sup>158</sup> sitúa el límite mínimo de lo que es disponible por las partes, en lo necesario para la subsistencia, con aplicación analógica del artículo 151.1.º CC, establecido para los alimentos entre parientes. Ello nos llevaría a volver sobre la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria. Si tiene algún componente alimenticio, sería únicamente la pensión derivada de la separación, porque la consecuente al divorcio, al extinguirse el parentesco, no podría asimilarse de forma alguna a los alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Y siendo la pensión compensatoria de la misma naturaleza en ambas situaciones de ruptura matrimonial, si no tiene un componente alimenticio en un caso, no lo tiene en ninguno.

Si la pensión del artículo 97 CC no es alimenticia, no parece tener ningún sentido que exista una limitación a la libertad de las partes para pactar.

La diferencia entre la aprobación judicial o no de lo convenido por los esposos, es que, si el convenio regulador forma parte de la solicitud de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo, tiene que pasar el trámite de homologación judicial y con ello se integra en la resolución judicial que concede separación o divorcio, lo que le confiere la posibilidad directa de ser ejecutado por el mismo juez<sup>159</sup>.

Por el contrario, si no forma parte de un proceso, el valor que tenga lo establecido es el de un convenio entre los esposos, que es válido y eficaz (artículo 1323 CC), pero que precisará para poder ejecutarse de modo forzoso, la previa existencia de un proceso en el que se condene a la parte a su cumplimiento.

En la práctica y pese a la deficiente redacción del precepto, prima el carácter plenamente disponible de la pensión compensatoria y, por lo tanto, no se considera precisa la determinación previa judicial o en convenio regulador, en forma periódica y los cónyuges pueden pactar libremente, en sustitución de pagos periódicos, la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de bienes o dinero. Es más incluso se admite la forma mixta en que parte se establezca mediante pagos periódicos y otra parte en las formas ya señaladas. Lo único que se limita es respecto a las facultades del Juez, que él mismo sólo puede fijar pensión periódica.

## **5.- FORMA DE SUSTITUIR.-**

De acuerdo con el artículo 99 CC sólo existen tres posibilidades de sustituir la pensión compensatoria: la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

---

<sup>158</sup> GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Artículos 42 a 107», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Ed. de Derecho Privado Edersa, tomo II, 2.ª ed., Madrid 1982, p. 440.

<sup>159</sup> Considera LUNA SERRANO, Agustín («El nuevo régimen de la familia», tomo I, *Matrimonio y divorcio*, Cuadernos Civitas, Madrid 1982, p. 372) que no es necesaria la aprobación judicial.

La primera duda que surge de la lectura de este precepto es la de si la sustitución de la pensión compensatoria fijada judicialmente es sólo posible a través de estas tres posibilidades o si, por el contrario, esta relación no constituye un *numerus clausus* y es factible cualquier otra forma de sustitución.

De la lectura del precepto parece deducirse que se trata de una relación exhaustiva, ya que en otros supuestos, la ley ha utilizado claras menciones reveladoras de la posibilidad de otras adiciones, v. gr. “*entre otras*” del propio artículo 97 CC.

Sin embargo, me resisto a reconocer esta limitación cuando hay que partir de la naturaleza disponible de la pensión compensatoria. Si se puede establecer, desconocer, limitar, renunciar o sustituir —en estas tres modalidades— por la pura voluntad de los cónyuges ¿qué sentido tiene limitar las posibilidades de novación? Más bien parece que el legislador no hubiera pensado en otras posibles alternativas, que en una intención limitativa, carente de toda justificación. Pero si en lugar de entregar bienes o dinero, se pacta la sustitución, por ejemplo, por un derecho real de habitación ¿no sería válida la sustitución convenida por los esposos o ex-esposos? Claro está que se puede considerar que bajo el término *bienes* se comprenden toda clase de derechos, pero esta solución me parece más inexacta. Si fuera así, no se plantearía en alternativa ni el usufructo, que es otro derecho real, ni el dinero, que es evidentemente un bien.

Me inclino a admitir cualquier otra sustitución que las partes convengan, en uso de su libertad de pactar.

Pero considerando las tres posibilidades que el artículo 99 CC menciona expresamente, hay que hacer ciertas observaciones:

**A) Constitución de una renta vitalicia.**

La renta vitalicia es, de acuerdo con el artículo 1802 CC *el contrato aleatorio por el que se obliga «al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión».*

El artículo 1803 CC señala que “*puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas*” y que “*también puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas distintas.*”

Esta regulación general de la pensión vitalicia permite condicionar la percepción a la vida del deudor, del acreedor o de otro u otros, ya que el artículo 99 CC nada dice al respecto. Parece, no obstante, que se entiende normalmente que su constitución ha de hacerse sobre la vida del beneficiario. Pero, insisto, es igualmente posible que lo sea sobre la vida del deudor, en una clara finalidad de que los herederos de éste no se vean afectados con esta carga, siempre teniendo en cuenta la posible temporalidad de la pensión compensatoria y, por lo tanto, la ausencia de una necesaria finalidad de cobertura de desequilibrios del acreedor durante toda la vida de éste.

Por otra parte, parece también que, como mantiene CAMPUZANO TOMÉ<sup>160</sup> “... *pactada por los cónyuges esta modalidad de pago, carecería de sentido entender que la finalidad perseguida es la de que sea el deudor de la pensión por desequilibrio quien se erija en deudor de la pensión vitalicia.*”

*Lo lógico es entender que una vez acogida esta modalidad, será un tercero quien, en virtud del capital que previamente le ha sido satisfecho por el deudor de la pensión por desequilibrio económico, va a quedar obligado a pagar al acreedor de la misma, una renta vitalicia...”.*

---

<sup>160</sup> CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Librería Bosch, Barcelona 1986, p. 184.

Del mismo modo ROCA TRÍAS<sup>161</sup> señala que *“la redacción de este artículo podría hacer pensar, en una primera lectura muy precipitada, que el contrato de renta vitalicia tiene lugar entre el deudor y el acreedor lo que resulta absurdo, dada la naturaleza del contrato en cuestión. Lo que sí es posible y es lo previsto en el artículo 99 CC es la constitución de una renta vitalicia en favor del acreedor de la pensión, mediante un contrato celebrado entre el deudor y un tercero, con las condiciones previstas en el artículo 1802 CC. Nos hallamos, evidentemente, ante un contrato en favor de tercero, en el que el beneficiario es el acreedor de la pensión y en el que el tercero debe satisfacer la renta pactada, no a quien sería su acreedor (el que entrega el capital), sino a un tercero. Ello es posible dado el carácter no personalísimo predicado del pago de la pensión”*.

En esta modalidad se produce una sustitución del deudor, novándose la obligación anterior.

LUNA SERRANO<sup>162</sup> considera que respecto de esta forma de sustitución de la pensión se pueden plantear cuestiones *“en cuanto al mantenimiento del valor monetario de la renta asignada y al aseguramiento de su pago”*, concluyendo que *“tratándose de una conmutación paccionada de la pensión ya judicialmente fijada y que no requiere la aprobación judicial, a aquellas eventualidades deberá atender el pacto novatorio”*.

Considero que la novación de la pensión fijada por el juez o de la convenida por los esposos en sustitución de la periódica, debe regirse en cuanto a todas sus características por lo acordado por las partes. El problema surge cuando los esposos no han hecho mención alguna de cláusulas como las antes apuntadas, sobre actualización del valor o sobre causas extraordinarias de extinción. En tales supuestos, ¿operan las condiciones modificativas y extintivas de la pensión compensatoria? Analizaremos más adelante ese aspecto.

En general, esta modalidad de sustitución suele tener lugar contratando el deudor la renta vitalicia con una entidad bancaria o aseguradora, lo que permite al acreedor, de una parte, obtener una mayor seguridad en el cobro de la pensión, por la solvencia de la entidad que pasa a ser deudora, y de otra, evitarse, a través de lo pactado, reducciones o temporalizaciones de la cuantía, en virtud de cambios de circunstancias. Por el contrario, para el deudor puede ser una forma de disminuir la cuantía de la prestación a convenir, precisamente por las ventajas antes citadas. En realidad el obligado al pago, hace entrega de unos bienes, al igual que en el supuesto 3.º, si bien no a su acreedor, sino a un tercero.

Pero ¿puede constituirse una renta temporal y no vitalicia? La expresión literal del artículo 99 CC, sólo contempla que la renta sea de por vida, aunque, como ya hemos visto, no se concrete la persona de cuya vida dependa la duración de la renta. Sin embargo, también como ya he razonado, no tiene fundamento que la redacción sea exhaustiva, ni que no sean válidas y eficaces otras sustituciones diferentes pactadas por las partes. Se puede pensar que el legislador tuvo en mente la vida del beneficiario y un concepto vitalicio de la pensión compensatoria, pero la realidad es que la autonomía de la voluntad de los cónyuges o ex-cónyuges permite considerar la posibilidad de cualquier pacto, vitalicio o temporal.

---

<sup>161</sup> ROCA TRÍAS, Encarna: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, artículos 42 al 107 CC, dirigidos por Manuel Albaladejo, Ed. Revista de Derecho Privado/Edersa, 2.ª ed., Madrid 1982, p. 635.

<sup>162</sup> LUNA SERRANO, Agustín: «El nuevo régimen de la familia», tomo I, *Matrimonio y divorcio*, Cuadernos Civitas, Madrid 1982, p. 372.



## B) Constitución de un usufructo sobre determinados bienes.

El usufructo, de conformidad con el artículo 467 CC, “*da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa*”.

La ley prevé que este usufructo pueda realizarse “*en todo o en parte de los frutos de la cosa*”, “*desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición*” y puede constituirse “*sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible*”. Los derechos y obligaciones del usufructuario serán “*los que determine el título constitutivo del usufructo*” y “*en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas*” en los artículos 471 al 512 CC.

Por otra parte, permite que el deudor de la pensión sea el nudo propietario o un tercero, y en todo o en parte. A diferencia del caso anterior, en éste la cifra a percibir por el acreedor de la pensión, no está predeterminada. Es más, ni siquiera es únicamente una cantidad dineraria, ya que el usufructo comprende, no sólo el derecho a percibir los frutos y rentas de los bienes usufructuados, sino el disfrute de dichos bienes. El beneficiario puede utilizar, por ejemplo, una vivienda sobre la que se haya constituido un usufructo a su favor o alquilarla y percibir las rentas. En cualquier supuesto, así como en la renta vitalicia se puede asegurar, además del importe a percibir, la periodicidad de su cobro, en el usufructo el carácter aleatorio se incrementa.

En cuanto al tiempo, por el que se cede o constituye, y las causas de extinción, habrá de estarse al título constitutivo, siendo amplia la libertad de los contratantes, según el artículo 467, entre ellos el referido al plazo. Aquí el artículo 99 CC ni siquiera menciona el calificativo *vitalicio*, como lo hace como en el caso anterior de la pensión, con lo que todavía la existencia de esta posibilidad es más clara, si ello fuera preciso.

La ausencia de la cita de ser la prestación expresamente vitalicia es un argumento más en contra de la necesidad de la duración de por vida de la pensión, porque carecería de razón que este plazo fuera preceptivo en la renta y no en el usufructo.

La total amplitud de la facultad de pactar para sustituir parece evidente, Pero en defecto de un desarrollo pactado al respecto, relacionados ¿qué ocurre con la extinción o modificación de la prestación sustitutoria?

HAZA DÍAZ<sup>163</sup> opina sobre la obligatoriedad de prestación de fianza establecida en el artículo 491 CC que “*... quedan dispensadas de prestarla algunas personas, entre las cuales menciona el citado precepto (el artículo 492 CC) el cónyuge sobreviviente respecto del usufructo viudal; por razón de la semejanza entre ambas instituciones, quedará eximido de afianzar el cónyuge usufructuario, que lo sea por aplicación del artículo 99 CC (...) y si incumpliera esta obligación podría aplicársele lo dispuesto en el artículo 494 CC...*”. En cuanto a la obligación de formación de inventario, también exigida en el citado artículo 491, la misma autora señala: “*Respecto al deber de formar inventario, podrá dispensarse al usufructuario de esta obligación previa a la posesión de los bienes usufructuados, tanto por el cónyuge deudor o nudo propietario, como por el juez que apruebe el convenio sustitutorio de la pensión*”.

Es cierto que el artículo 493 CC permite que, cualquiera que sea el título del usufructo, el usufructuario podrá ser dispensado de ambas obligaciones: prestación de fianza y formación de inventario. Sin embargo, no estoy de acuerdo en que, respecto de la fianza, pueda aplicarse por analogía al cónyuge separado o ex-cónyuge por el divorcio, la consideración de cónyuge viudo al que corresponde la cuota viudal

---

<sup>163</sup> HAZA DÍAZ, Pilar: *La pensión de separación y divorcio*, La Ley, Madrid 1989, p. 91.

usufructuaria. La discrepancia entre ambas situaciones es evidente y la diferente relación con el nudo propietario, meridiana.

Tampoco estimo que pueda relevar de estas obligaciones el juez. Tratándose de una relación que nace de un convenio entre las partes, sólo éstas pueden eximir de las obligaciones de afianzar o inventariar. El juez no puede crear nada en el convenio. En el curso de un proceso de mutuo acuerdo, las facultades del juez se ordenan en el artículo 777 LEC y anterior disposición adicional sexta de la Ley 30/1981. Si desaprueba algún extremo, ha de requerir a las partes para que lo modifiquen y propongan uno nuevo. Si aprueba este cambio, homologa el convenio y, si no lo confirma, resuelve él. Por lo tanto, su actuación ha de venir restringida al cumplimiento de estos trámites y no se me ocurre razón alguna por la cual, incluida en un convenio una sustitución de la pensión periódica por el usufructo de un bien, en el que no se haya eximido al usufructuario de las obligaciones de prestación de fianza y formación de inventario, vaya a desaprobarlo y a incluir esta exoneración. Por otra parte, siendo la pensión y su sustitución competencia exclusiva de los interesados, y nunca del juez, y siendo la materia plenamente disponible, el mismo nada puede hacer al respecto.

Sólo los cónyuges intervinientes pueden hacer uso de la facultad que les concede el artículo 493 CC, cuando no resulte perjuicio para nadie.

### C) **Entrega de un capital en bienes o dinero.**

En realidad este tercer medio de sustituir la pensión compensatoria debería ir en primer lugar. A tenor de la legislación comparada, es la alternativa clara a la pensión periódica y, en algunos países, la única que puede fijar el juez. Por otra parte, es la más eficaz y la que pone fin a las relaciones económicas derivadas del matrimonio, con excepción de las derivadas de la liquidación del régimen económico.

Este medio de sustitución debe incluir cualquier cesión de bienes y/o derechos, así como la condonación o asunción de deudas del beneficiario por parte del obligado al pago de la pensión. Aunque el texto legal se refiere a bienes o dinero, hay que tener en cuenta que la ley diferencia en repetidas ocasiones *bienes, derechos y obligaciones*, como ocurre en el artículo 659 CC, y en otras parece comprender en el término *bienes*, tanto a éstos como a los «derechos» específicamente considerados. Hay que pensar que la referencia a *bienes* en el citado precepto legal, se entiende hecha, en realidad, a un derecho sobre ellos: el de dominio, aunque cabe que se entreguen los mismos en concepto distinto del de dueño.

En este apartado del artículo 99 CC deben considerarse incluidas todas las cesiones favorables al acreedor a cargo del deudor o de un tercero, por cuenta de éste.

Pueden las partes pactar que, la sustitución realizada mediante la entrega de bienes o dinero, se realice de forma aplazada o fraccionada en plazos. Ello puede plantear un problema ¿El aplazamiento o fraccionamiento priva a la cesión de su carácter de liberador de la obligación? ¿Es el consenso el que produce la sustitución de la pensión, fijada judicialmente o convenida, o es la entrega real de la contraprestación? La diferencia puede tener especial relevancia si durante el tiempo que media entre la sustitución y la entrega real y completa, se produce, por ejemplo, alguna causa de extinción, como la muerte del acreedor. Si es el consentimiento el que produce la novación, existirá, en caso de defunción del beneficiario, un crédito que se integrará en su sucesión; y si contrae matrimonio o convive maritalmente con otro, mantendrá el derecho a cobrar lo que se le adeude. Por el contrario, si sólo el cumplimiento total de la obligación sustitutoria es el que produce la extinción o modificación de la obligación de pago de la pensión compensatoria, la causa extintiva operará respecto a las cantidades no vencidas, aunque no en cuanto a las vencidas y no satisfechas, en que el crédito se ha consolidado.

ROCA TRÍAS<sup>164</sup> plantea esta cuestión en la siguiente forma:

*“¿Qué ocurre cuando habiéndose acordado la entrega de un capital, fallece bien el cónyuge acreedor bien el deudor antes de que sea satisfecho? Hay que tener en cuenta aquí que aunque nos hallemos ante un derecho de crédito, existe un componente familiar que hace que la solución no pueda ser la misma que cuando se trata de un derecho de crédito de otra clase y así, si el acreedor fallece antes de haber cobrado la cantidad acordada, sus herederos no pueden reclamar el pago acordado, ya que ha desaparecido la base familiar para la que se había acordado dicho pago; si quien fallece es el deudor, deberá aplicarse la misma norma del artículo 101.2 CC, de modo que los herederos asumen la obligación de su causante, pero siempre con la limitación de los derechos de legítima correspondientes y la suficiencia del caudal hereditario.”*

Esta solución pretende armonizar las características de estos negocios jurídicos de naturaleza familiar, con el texto literal del artículo 99 CC, que se refiere a *entrega*, que tiene un sentido de efectivo cumplimiento y de transmisión posesoria de los bienes o el dinero, y no de mero convenio. Por otra parte, la falta de total cumplimiento de la obligación, aunque se haya pactado el aplazamiento, no parece que deba beneficiar al que no ha completado su prestación.

Esta consecuencia debe también aplicarse al supuesto del matrimonio o convivencia *more uxorio* del acreedor. Hay que tener en cuenta que en este pacto sustitutorio, la posibilidad de tales nupcias o convivencias posteriores, flota en su negociación: para el acreedor, al eliminar los riesgos de pérdida; y para el deudor para reducir la cuantía por idéntica razón.

Sin embargo, en ocasiones, cuando los plazos son periódicos, iguales y por un plazo de tiempo de una cierta extensión ¿no podría considerarse el fraccionamiento como una pensión limitada temporalmente y durante su vigencia estar sujeta a la normativa íntegra de la pensión compensatoria? Naturalmente, como cualquier otro contrato, el pacto novatorio está sujeto a la interpretación de la voluntad de los estipulantes. Porque es cierto, que con independencia de la sustitución que regula el artículo 99 CC, los cónyuges o ex-cónyuges, en uso de su libertad de contratar, pueden sustituir la pensión inicialmente establecida por el juez o convenida por ellos, por otra compensatoria, de diferente cuantía o límite temporal, quizá transigiendo posibles modificaciones por alteración de las circunstancias. Y, en ese caso, seguirá existiendo una pensión del artículo 97 CC, sujeta a sus causas especiales de extinción y modificación o de sucesión limitada de la deuda.

La entrega de bienes o de un capital plantea otro problema, al que haré más amplia referencia posteriormente: el de si debe existir una cierta equivalencia entre la pensión y el valor de los bienes o dinero entregados o por el contrario, si la sustitución es absolutamente libre y no precisa de equivalencia alguna entre las prestaciones. O lo que es lo mismo, el de si es o no necesario capitalizar la pensión para poder sustituirla. ROCA TRÍAS<sup>165</sup> se pronuncia en contra de esta última exigencia.

*“En cuanto al primer punto sobre la necesidad de capitalizar las pensiones para encontrar la suma exacta del capital a entregar creo que ello no es absolutamente necesario, aunque está en la autonomía de los interesados realizarlo así. Cuando se*

---

<sup>164</sup> ROCA TRÍAS, Encarna: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, artículos 42 al 107 CC, dirigidos por Manuel Albaladejo, Ed. Revista de Derecho Privado/Edersa, 2.ª ed., Madrid 1982, p. 636.

<sup>165</sup> ROCA TRÍAS, Encarna: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, artículos 42 al 107 CC, dirigidos por Manuel Albaladejo, Ed. Revista de Derecho Privado/Edersa, 2.ª ed., Madrid 1982, p. 637.

*acuerda la sustitución de la pensión por la entrega de un capital una tantum, las partes asumen un alea que está insito en la base del propio acuerdo y ello ocurre tanto si se capitaliza la pensión, como si se pacta la entrega de una suma, sin capitalización”.*

Al igual que ocurre en ocasiones con las liquidaciones de gananciales, que por realizarse en perjuicio de acreedores, pueden estar sujetas a la acción rescisoria, la sustitución de la obligación del pago periódico de la pensión compensatoria por la entrega de bienes, puede verse afectada por idéntica circunstancia. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 20 de mayo de 2002<sup>166</sup>, ha tratado de este tema, confirmando la resolución que dió lugar a la rescisión del negocio jurídico por el que se acordaba la dación en pago de una pensión compensatoria de determinados bienes inmuebles propiedad del marido a la mujer. Contra el esposo existían dos procedimientos ejecutivos y cuando fueron a embargar dichos inmuebles, que en la declaración del patrimonio hecha al Banco por el mismo, le pertenecían, resultó ser titular de los citados bienes la esposa separada del anterior, que los había adquirido en concepto de pago de la pensión compensatoria acordada por ellos en la propuesta del convenio regulador de separación matrimonial llevada a efecto de mutuo acuerdo, y aprobada por el Juez. En este convenio se convino que el esposo debería pagar en concepto de pensión compensatoria a su esposa, de una sola vez, veintinueve millones de pesetas, así como para llevar a efecto el mismo, se daba en pago, los bienes inmuebles pertenecientes al marido, lo que supuso en la práctica, que éste, quedara en la más absoluta insolvencia, pues el valor de los bienes dados en adjudicación para el pago de la pensión compensatoria, era muy superior a los veintinueve millones de pesetas. Por otra parte, la dación de bienes en pago de la pensión compensatoria produjo al acreedor un grave perjuicio de imposible reparación sin obtener la nulidad de la susodicha dación en pago.

El Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia del Tribunal Supremo mencionada dice así:

*“TERCERO.-El segundo motivo lo formula al amparo del núm. 4º del art. 1692 de la LECiv, por interpretación errónea del párrafo segundo del art. 1295 del Código Civil, en cuanto que para que la acción rescisoria deje sin efecto la transmisión cuando la cosa se encuentre en poder de un tercero, es preciso, a tenor de este precepto, que la transmisión se haya hecho a título gratuito, o que el tercero haya procedido de mala fe o incluso como se recoge en la jurisprudencia sea cómplice en el fraude.*

*El motivo ha de desestimarse, pues aun reconociendo que la pensión compensatoria no es una donación, ni puede considerarse el importe de la misma, como una concesión graciosa que hace uno de los cónyuges al otro en razón a los años de matrimonio, sino que se hace para restablecer la desigualdad económica que la ruptura matrimonial supone para uno de los contrayentes en relación con el otro, y en algunos supuestos, como puede ser el caso presente, para compensar la dedicación exclusiva a la familia de la mujer durante el matrimonio y al cuidado de los hijos comunes, y en este caso además, habida cuenta de los treinta años de vida común. Sin embargo. la sentencia de instancia entiende que se da ese ‘consilium fraudis’, en la esposa, al apreciar la prueba de confesión y el reconocimiento de la señora A., de que su marido se quedaba en completa insolvencia, pues además de ceder el dominio y el uso de todos los bienes adquiridos por el marido durante el matrimonio, ... porque lo admitió en confesión, la insolvencia del marido, además de que para el pago de 29.000.000 de ptas. se le adjudica un piso valorado en mas de ochenta millones de pesetas, y la mitad indivisa de otras tres fincas urbanas y otras tres rústicas. Lo que suma un valor muy*

---

<sup>166</sup> Con Ponencia de Asís Garrote (RJ 2002/4452).

*superior a la cantidad pactada en concepto de pensión compensatoria, lo que implicó ni más ni menos que pretender evitar de la ejecución, esos bienes que salen del patrimonio del deudor, mediante la dación en pago, en perjuicio de los acreedores, maniobra ésta en la que participa la mujer”.*

## **6.- EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN.-**

La primera cuestión que suscita el análisis de los efectos de la sustitución es la de si ésta *¿es una dación en pago o una novación de la obligación?*

ROCA TRÍAS<sup>167</sup> considera que el contenido de la sustitución contemplada por el artículo 99 CC es restringido, porque:

*“... los interesados acuerdan únicamente cambiar la forma de pago de la pensión, no su cuantía. Por ello me inclino por incluir el supuesto contemplado en el artículo 99 CC dentro de la dación en pago y excluyo la novación; a mi modo de entender, sólo cambia aquí la forma de hacer efectivo un derecho, conformado definitivamente en la decisión judicial anterior, pero el derecho se mantiene tal cual es, sin cambiar en ninguno de sus extremos. Debe aplicarse, pues, el artículo 1166 CC y por ello se exige acuerdo de voluntades para que quede sustituida válidamente una forma de pago consistente en la entrega periódica de unas cantidades, la que puedan acordar los interesados en virtud de lo dispuesto en el artículo 99 CC. Esta exigencia se deduce de la expresión «podrá convenirse» que se utiliza en la disposición que se comenta.”*

RODRÍGUEZ RAMOS<sup>168</sup> realiza un interesante estudio monográfico sobre el tema de la dación en pago, en el que empieza por incluir la definición de ALBADALEJO<sup>169</sup> de que es “tal y como suena, y por perogrullesco que parezca, es decir, pagar haciendo algo que no es lo que se debía y debe”. Sigue este trabajo de RODRÍGUEZ RAMOS<sup>170</sup> consignando sus cuatro requisitos:

*“... que medie acuerdo entre las partes; que la obligación que se pretende extinguir exista; que la prestación nueva sea distinta de la debida; y que la nueva prestación sea entregada al acreedor como requisito constituyente y perfeccionador del contrato atípico de dación en pago...”*

De estos requisitos nos merece especial atención uno, incluido por este autor en tercer lugar y que concreta en que la nueva prestación guarde *cierta equivalencia* con la que sustituye *en cuanto a su valor económico objetivo*:

*“Es consustancial a la dación en pago que el acreedor, para el caso el cónyuge o ex-cónyuge “desequilibrado”, abrogue de los principios de identidad (artículo 1166 CC) e integridad (artículos 1157 y 1166 CC de la res debita”.*

Esta cierta equivalencia exige que *“el aliud no debiera ser de menor valor objetivo que la prestación prístina, o siéndolo nunca guardar una diferencia excesiva o desproporcionada, porque de ser así no se satisfaría por entero el interés del acreedor, quien en pago aceptó otra prestación, pero no otra deuda de menor cuantía.”*

---

<sup>167</sup> ROCA TRÍAS, Encarna: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, to-mo II, artículos 42 al 107 CC, dirigidos por Manuel Albaladejo, Ed. Revista de Derecho Privado/Edersa, 2.ª ed., Madrid 1982, p. 635.

<sup>168</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Antonio Manuel: «Un ejemplo de dación en pago: el artículo 99 del Código Civil», *Actualidad Civil*, núm. 8, 21 al 27 de febrero de 2000, p. 269.

<sup>169</sup> ALBADALEJO GARCÍA, Manuel: *La dación en pago y la determinación de la deuda que se paga (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 8 de febrero de 1996*, Revista de Derecho Privado, tomo LXXXI, diciembre 1997, p. 913.

<sup>170</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Antonio Manuel: «Un ejemplo de dación en pago: el artículo 99 del Código Civil», *Actualidad Civil*, núm. 8, 21 al 27 de febrero de 2000, p. 271.

Si se considera que la sustitución recogida en el artículo 99 CC es una dación en pago, sería preciso que exista esta cierta equivalencia para que la obligación anterior quede extinguida.

En cuanto a la mencionada exigencia de equivalencia, aunque sea cierta, tengo algunas objeciones en el caso de la sustitución de la pensión compensatoria. La primera de ellas es la dificultad de comparar una pensión periódica, sujeta a eventuales y desconocidas actualizaciones, y de un límite temporal ignorado, por una renta o un usufructo, de duración igual a la vida del acreedor, o de una cantidad fija o un bien concreto, claramente evaluable.

Hay que tener en cuenta, que a menos que la pensión compensatoria sea temporal, en cuyo caso es fácilmente capitalizable, la duración de la misma es vitalicia, salvo que se incurra en cualquiera de las causas de extinción: desaparición del desequilibrio, nuevo matrimonio o convivencia marital, a lo que hay que añadir las posibilidades de modificación de su cuantía por nuevas circunstancias, cuya relación es infinita. ¿Cómo se mide la posibilidad de que el acreedor rehaga sentimentalmente su vida y contraiga un nuevo matrimonio o se una a otra persona sin casarse? ¿Cómo se ponderan las posibilidades futuras de que al deudor le vaya peor en su profesión o comercio, o tenga más hijos? Para calcular la duración de la vida existen cálculos actuariales, de difícil confección, pero ¿y estos otros factores?

Una renta o un usufructo vitalicio pueden ser comparados con una pensión vitalicia, pero no cuando ésta plantea un sinnúmero de variables más.

La segunda dificultad nace, de nuevo, de la condición de disponible de la pensión. Si se puede renunciar expresa o tácitamente, si se puede pactar libremente la cuantía, sin necesidad de que se identifique con la cuantificación del desequilibrio, matizado por múltiples circunstancias de imposible valoración ¿por qué ha de limitarse la voluntad, libre e informada, de los cónyuges o ex-cónyuges respecto a la extinción o, lo que es menos, la sustitución de la pensión?

La otra figura que puede aplicarse a esta sustitución es la novación. De acuerdo con el artículo 1203 CC las obligaciones pueden modificarse:

- 1.º) Variando su objeto o sus condiciones principales;
- 2.º) Sustituyendo la persona del deudor; y
- 3.º) Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.

En relación con esta reflexión, se pregunta ROCA TRÍAS<sup>171</sup>: “¿Qué ocurre cuando habiéndose acordado la entrega de un capital, fallece bien el cónyuge acreedor, bien el deudor antes de que sea satisfecho? Hay que tener en cuenta aquí que aunque nos hallemos ante un derecho de crédito, existe un componente familiar que hace que la solución no pueda ser la misma que cuando se trata de un derecho de crédito de otra clase y así, si el acreedor fallece antes de haber cobrado la cantidad acordada, sus herederos no pueden reclamar el pago acordado, ya que ha desaparecido la base familiar para la que se había acordado dicho pago; si quien fallece es el deudor, deberá aplicarse la misma norma del artículo 101.2 CC, de modo que los herederos asumen la obligación de su causante, pero siempre con la limitación de los derechos de legítima correspondientes y la suficiencia del caudal hereditario.”

El mantenimiento de este «componente familiar» en la obligación sustituida, me inclina a pensar que no se trata de una dación en pago, con extinción de la obligación anterior, sino de una variación en la misma. Se trataría de una novación impropia o

---

<sup>171</sup> ROCA TRÍAS, Encarna: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, to-mo II, artículos 42 al 107 CC, dirigidos por Manuel Albaladejo, Ed. Revista de Derecho Privado/Edersa, 2.ª ed., Madrid 1982, p. 637.

modificativa, en la que subsistirá el vínculo primitivo<sup>172</sup>, excepto cuando se trata de la entrega de bienes o de dinero, y ésta se consume, que será una novación extintiva<sup>173</sup>. Aparece confirmada esta condición, no sólo por la propia palabra utilizada por el artículo 99 CC —*sustituir* y no *satisfacer* o *pagar*— sino por la ausencia de obligación de equivalencia a que se ha hecho mención antes, que sería imprescindible en la dación en pago, pero no lo es en la novación.

También ratifica el carácter de novación, la cita expresa de la constitución de una pensión vitalicia, que, como se analizará a continuación, representa una sustitución del deudor, que es el supuesto 2.º del artículo 1203 CC referente a la novación, que parece opuesta a la dación en pago.

En cuanto a los efectos de la sustitución, en general, CLEMENTE MEORO<sup>174</sup> señala que:

*“Al mismo tiempo la relación quedaría desvinculada de las circunstancias personales que afectaren a los cónyuges: ya no cabría su modificación por alteración de las circunstancias en la fortuna de uno u otro cónyuge (cfr. artículo 100), y se extinguirá el derecho conforme a sus propias reglas (cfr. artículos 513 y ss. y 1803 CC), no por las previstas para la pensión en el artículo 101-1 (PEÑA).”*

Por otra parte, esta sustitución elimina la necesidad de actualización de las rentas o frutos periódicos, que existía por imperativo del artículo 97 *in fine* y la posibilidad de modificación del artículo 100 CC. Como dicen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA<sup>175</sup> *“una vez realizada la constitución del usufructo o la entrega del capital, éstos escapan a cualquier actualización: son sucedáneos de la renta, pero no están sujetos a modificación (restitución o nueva entrega) por alteración de las circunstancias en la fortuna de uno de los cónyuges”*.

Pero ¿cesa también la aplicabilidad del artículo 101 CC en el supuesto de nuevas nupcias o de convivencia marital, posteriores a la sustitución? Se pueden plantear la posibilidad de no considerar extinguida la relación derivada de la pensión compensatoria, sino que la sustitución implique una capitalización de la pensión y que en función del número de años considerados para ello y de los transcurridos —o mejor

---

<sup>172</sup> Vid, entre otras, sentencias TS 26 de mayo de 1981; 7 de junio, 18 de junio, 22 de noviembre de 1982 y 16 de febrero de 1983.

<sup>173</sup> AP Barcelona 24 de octubre de 1990 (Ar. 1990, 170): *“La petición se ha mantenido fundada en el supuesto desequilibrio económico producido por la separación y el divorcio en perjuicio de la esposa, que ésta, a pesar de los términos del convenio privado antes aludido, considera no compensado en la forma que en tal convenio se expresaba, mediante la cesión escriturada por el marido a la esposa de la mitad indivisa que a aquél pertenecía en la propiedad de la vivienda que fue hogar conyugal, sita en Sant Feliu de Llobregat, calle... núm. ... Y en efecto, en el expresado documento privado en el que se plasmó el acuerdo, protocolizado por el notario de Barcelona Sr. B.B.B. en 20 de diciembre de 1985, se estipuló, sobre pensión que en concepto de desequilibrio económico pueda tener la esposa, que lo compensaba su marido con la obligación por su parte de escriturarle en su favor la mitad del piso conyugal indicado (folio 14). Esta obligación la cumplió mediante Escritura de compraventa autorizada en 30 de diciembre del mismo año 1985 ante el notario también de Barcelona, Sr. P.P.P., en la que se señala el precio de cuatrocientas mil pesetas, como se ha probado. Evidentemente, el significado y alcance que han de atribuirse a este pacto no son otros que el de sustitución de la pensión y del derecho a la misma que pudiera corresponder por el desequilibrio económico producido por el cese de la convivencia, y ello con efectos extintivos de una y otra por la transmisión de la mitad indivisa de la finca mencionada y la consiguiente consolidación del dominio total de ella en favor de la esposa, lo cual no sólo es legítimo verificarlo en virtud del principio de libertad contractual (artículo 1255 del Código Civil), sino que también lo es a tenor del artículo 99 del mismo cuerpo lechal, que preñe tal sustitución aun en caso de que la pensión se hubiera fijado judicialmente”*.

<sup>174</sup> CLEMENTE MEORO, M.: En *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia 1991, p. 167.

<sup>175</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «Elementos de Derecho Civil», tomo IV, *Derecho de Familia*, Librería Bosch, Barcelona 1984, p. 264.

dicho, de los pendientes de transcurrir hasta la extinción calculada— concorra un cobro de lo indebido, con obligación de devolver el exceso. Para ello, es indudable que tendría que haberse capitalizado la pensión y expresado el número de años calculado. Pero incluso en este caso, de carácter excepcional, parece inapropiada la devolución, ya que, como he dicho anteriormente, todas estas posibilidades, se toman en consideración — naturalmente unas veces de forma más aleatoria que en otras— en la negociación sustitutoria.

Ligado a un tema tratado anteriormente, (el de la posibilidad de que existan alimentos en la separación y de que no se integren en una única prestación, la de pensión compensatoria, materia en la que existen discrepancias), y partiendo de la permanencia del derecho de alimentos, con autonomía respecto de la pensión del artículo 97 CC, podría plantearse otro tema.

Aunque la pensión compensatoria se haya extinguido por novación, en el caso de la separación —no evidentemente en el divorcio—, si a uno de los cónyuges le sobreviene una situación de necesidad, ¿podría reclamar al otro alimentos?

ROCA TRÍAS<sup>176</sup> se muestra favorable a esta posibilidad, “*dada la subsistencia del deber del socorro y ayuda mutua en este caso*”.

La realidad es que, a mi juicio, habría que partir de que acordada la separación judicialmente, los derechos y deberes de los cónyuges por razón de su matrimonio —y entre ellos, los de socorro y ayuda mutua, que tiene un contenido más amplio que el meramente económico—, quedan en suspenso y son sustituidos por lo determinado en la sentencia o en el convenio regulador, aprobado por el juez.

El abuso de derecho constituiría un obstáculo infranqueable para cualquier petición con base en este deber después de la separación. Hay que recordar que el Tribunal Supremo<sup>177</sup> ha aplicado esta doctrina del abuso de derecho (artículo 7.2 CC), incluso para rechazar reclamaciones fundadas en la existencia de una sociedad de gananciales, posterior a una prolongada separación de hecho. Ha fundado su doctrina el Alta Tribunal en que el fundamento de los derechos conyugales es la convivencia y la solidaridad entre los esposos. Es cierto que ha aplicado este criterio sólo en casos particulares, pero no es menos verdadero que se ha tratado de rupturas de hecho, en las que el mismo Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de noviembre de 1985, resolvió en favor de la permanencia del derecho de alimentos. Pero aquí estamos hablando de separación legal. En ella, por imperativo de los artículos 90 y 91 CC han de establecerse en la sentencia —y no en otra resolución posterior o independiente— los efectos de la separación, en la forma desarrollada en los artículos siguientes, entre los que el artículo 93 CC, hace referencia a los alimentos.

La separación suspende —sólo suspende, porque cabe la reconciliación— los deberes de ayuda mutua y de actuación en interés de la familia, concebida ésta partiendo de la pareja matrimonial alrededor de la que se crea. No interrumpe el de mutuo respeto por ser ésta una obligación general entre todos los ciudadanos (artículo 67 CC). Pero, evidentemente, no se mantiene la obligación de vivir juntos, absolutamente contraria a la separación, ni la de fijación conjunta del domicilio conyugal, que desaparece, poniéndose fin a la presunción de convivencia (artículos 68, 70 y 69 CC). Tampoco permanece el deber de fidelidad, del cual exonera el artículo 82.1.ª, párrafo 2 CC. Por lo

---

<sup>176</sup> ROCA TRÍAS, Encarna: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, to-mo II, artículos 42 al 107 CC, dirigidos por Manuel Albaladejo, Ed. Revista de Derecho Privado/Edersa, 2.ª ed., Madrid 1982, p. 636.

<sup>177</sup> Entre otras sentencias del TS, Sala 1.ª, 28 de septiembre de 1991, 13 de junio de 1986 y 17 de junio de 1988.



tanto, la obligación de socorro mutuo ha de tener su expresa consideración en la sentencia y fuera de ella estará suspendida.

A la hora de interpretar los pactos de los cónyuges en orden a la novación de la obligación de pago de una pensión compensatoria, es necesario considerar si la prestación sustitutoria tiene carácter gratuito u oneroso, ya que, en caso de que fuera imposible resolver las dudas interpretativas por las reglas de los artículos 1281 a 1288 CC, el artículo 1289 CC dispone soluciones distintas según el contrato se encuentre en uno u otro supuesto. Las dudas se resolverán, si el convenio es gratuito “*en favor de la menor transmisión de derechos e intereses*”, mientras que si fuera oneroso “*la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses*”.

Hemos dicho anteriormente, que el derecho a la pensión es un derecho lucrativo, aunque no tenga por causa la liberalidad, ya que no existe contraprestación alguna, ni puede considerarse como tal las posibles prestaciones personales anteriores, que no tuvieron nunca la consideración de compensación por una hipotética e incierta pensión posterior<sup>178</sup>. Pero el hecho de que la constitución o determinación del derecho a la pensión tenga carácter gratuito, no quiere decir que la prestación sustitutoria lo mantenga. Cuando las partes pactan la novación de la pensión, parten de la preexistencia de este derecho y, por lo tanto, ambos contratantes realizan una prestación (artículo 1274 CC) diferente cada uno: el acreedor extingue la pensión preexistente y el deudor entrega bienes o dinero, o constituye en favor del primero una renta o un usufructo. Por lo tanto, este convenio sustitutorio es *oneroso*.

También hay que hacer mención del posible incumplimiento por parte del deudor de aquellas obligaciones, establecidas en el pacto sustitutorio, que no se hubieran consumado en el acto. Si se convienen pagos aplazados y no se satisfacen, el acreedor podrá acudir a los trámites de ejecución de la sentencia de separación o divorcio, cuando el convenio del artículo 99 haya sido homologado por el juez. De no ser así, tendrá que proceder a una reclamación en un juicio ordinario, dependiendo de la cuantía.

Si lo entregado son bienes o el usufructo sobre ellos, como señala Rodríguez Ramos<sup>179</sup> “... aplíquense sin pudor las reglas del saneamiento por evicción y vicios ocultos de los artículos 1274 y ss. cc». en otro caso, no se piense que queda el acreedor indefenso, incluso ante la mala fe del cónyuge o ex-cónyuge deudor, pues éste siempre podrá oponer el artículo 1902 cc, haya sido la dación homologada o no judicialmente; sin menoscabo de impugnar la dación, en su caso, por dolo, error, etcétera”. Dentro de esta línea debemos mencionar también la posibilidad de resolver el convenio sustitutorio a tenor del artículo 1124 cc, tratándose de obligaciones recíprocas las asumidas por ambas partes, con el resarcimiento de daños y perjuicios.

## 7.- ESPECIAL MENCIÓN A CATALUÑA

El Código de Familia de Cataluña, al contrario que el Código Civil, permite que la sustitución pueda hacerse por el juez, cuando no exista acuerdo de los cónyuges, pero limita las posibilidades a “*la entrega de bienes en dominio o usufructo*”. Dice así:

“Artículo 85. Pago de la pensión compensatoria [...]

2. En cualquier momento, por acuerdo de los cónyuges o, en defecto de éste, por resolución judicial, el cónyuge obligado al pago de la pensión compensatoria puede sustituirla por la entrega de bienes en dominio o usufructo.”

---

<sup>178</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS; Manuel: *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid 1989, p. 126.

<sup>179</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Antonio Manuel: «Un ejemplo de dación en pago: el artículo 99 del Código Civil», *Actualidad Civil*, núm. 8, 21 al 27 de febrero de 2000, p. 280.

Con respecto al carácter limitativo o no de estos supuestos, son de aplicar los mismos razonamientos que se han formulado para el territorio común en lo que respecta a la capacidad de los cónyuges para pactar cualesquiera otras fórmulas para reemplazar a la pensión, por la condición de disponible de ésta y la posibilidad de los cónyuges de realizar entre sí toda clase de actos o contratos<sup>180</sup>.

Sin embargo, me cabe la duda de si el juez, en ausencia de acuerdo, puede imponer cualquier forma sustitutoria. Tratándose de una medida extraordinaria —la ordinaria será la pensión periódica—, me inclino por considerar la enumeración, como un *numerus clausus*.

Por otra parte, hay que señalar que, en ausencia de acuerdo, aunque sea precisa la resolución judicial, lo es para que “*el cónyuge obligado*” “*pueda sustituir*”, lo cual cuando menos hace necesaria la voluntad del deudor y su iniciativa. Por lo tanto, cuando no exista convenio entre las partes, el ejercicio de esta prerrogativa por el juez, ha de efectuarse a instancia del obligado y no de oficio.

#### **8.- POSIBILIDAD DE SUSTITUIR LA PRESTACIÓN ÚNICA POR LA CONSTITUCIÓN DE UNA RENTA VITALICIA, EL USUFRUCTO DE DETERMINADOS BIENES O LA ENTREGA DE UN CAPITAL EN BIENES.-**

Si partimos de que la nueva redacción del artículo 97 CC permite al Juez establecer en vez de una pensión – periódica – una “*prestación única*”, ¿puede ésta comprender alguna de las prestaciones contenidas en el artículo 99 – no reformado – como de posible sustitución por los interesados?. El término prestación porta la idea de bienes o servicios, que no parece comprender la constitución de una renta vitalicia o de un derecho real de usufructo. Por el contrario, no sólo puede considerarse prestación la entrega de dinero, sino también - ¿por qué no? - de bienes. Pero tendría facultades el Juez al amparo del nuevo art. 99, para ordenar a una parte la entrega a la otra, como compensación del desequilibrio, por ejemplo, de la vivienda familiar propiedad del deudor?.

Nuestra duda no alcanza a la posibilidad de los cónyuges de convenir la sustitución de la compensación fijada por el Juez por lo que ellos pacten, libre y válidamente. Pero existe, aunque creamos que la respuesta es negativa, que el Juez pueda ir más allá en la interpretación una “*entrega única*” que su determinación cuántica en dinero.

Sevilla, septiembre 2005

---

<sup>180</sup> El artículo 11 del Código de familia lo establece también, en la siguiente forma: «Libertad de contratación. Los cónyuges pueden transmitirse bienes y derechos por cualquier título y llevar a cabo entre ellos todo tipo de negocios jurídicos. En caso de impugnación judicial, les corresponde la prueba del carácter oneroso de la transmisión».