

ESTUDIOS

LA PENSIÓN COMPENSATORIA

JOSÉ HOYA COROMINA

*Juez de Primera Instancia e Instrucción
núm. 2 de Tolosa (Guipúzcoa)*

SOFÍA ANAUT ARREDONDO

*Secretaria del Juzgado de Instrucción
núm. 2 de Baracaldo (Vizcaya)*

SUMARIO: I. Introducción.—II. Antecedentes.—III. La cuestión de fondo.—IV. Diversos planteamientos: 1. Concepciones germánica y latina. 2. Derecho comparado.—V. Especial análisis del Derecho Francés como precedente de la regulación española: 1. Supuestos regulados. 2. El convenio. 3. Liquidación del régimen matrimonial. 4. Supervisión judicial. 5. La reforma de la Ley de 1975. 6. Efectos del divorcio en las regulaciones pecuniarias: A) El principio de desaparición del deber de socorro. Excepciones. B) Regulación de las relaciones posteriores al divorcio. C) La prestación compensatoria. D) La indemnización excepcional. 7. La pensión compensatoria: A) Momento de apreciación. B) Demanda posterior de la pensión compensatoria. C) Término. D) Revisión.—VI. Derecho Italiano: 1. Carácter indemnizatorio. 2. La Ley de 1970. 3. La Ley de 1987.—VII. Derecho Español. 1. Distintas prestaciones económicas. 2. El establecimiento por convenio. 3. Las cargas del matrimonio. 4. La prestación alimenticia. 5. La pensión compensatoria: A) Diferencias con otras prestaciones de contenido económico. B) Naturaleza. C) Fundamento jurídico y diferencia con otras prestaciones. D) Finalidad. E) Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar del tiempo transcurrido desde que la pensión compensatoria accedió a nuestro ordenamiento jurídico, lo que aconteció como consecuencia de la reforma del artículo 97 del Código Civil por la Ley 30/1981 de 7 de julio, es evidente que la citada institución no ha dejado de motivar discrepancias tanto en la

doctrina ⁽¹⁾ como en la jurisprudencia en relación con los límites concretos de la misma, así como resultando patentes las controversias sobre su procedencia, extensión y duración, cuestiones todas ellas que motivan este trabajo, que pretenden precisar el alcance concreto de la institución.

II. ANTECEDENTES

En el momento en que se llevó a término la introducción en nuestro derecho de la figura de la pensión compensatoria el legislador dada la escasa tradición divorcista de nuestro país, tomó como referente, el derecho francés, al que la doctrina de manera unánime señala como precedente de la pensión que regula el artículo 97 del Código Civil.

Sin embargo, son notorias las diferencias existentes entre la pensión compensatoria regulada en el derecho francés y la pensión que se establece en el artículo 97 de nuestro Código Civil, siendo las más significativas, en primer lugar, que en el derecho francés la pensión compensatoria únicamente puede tener lugar, en los supuestos de divorcio (para los supuestos de separación no es aplicable) al regir en esta situación el socorro entre cónyuges) y como segundo elemento diferenciador, el del momento que deberá tomarse en consideración para determinar la existencia de una diferencia patrimonial en la situación de los cónyuges, diferencia que es la que concretamente se pretende compensar con la pensión, de ahí su denominación de *compensatoria*, momento que conforme posteriormente se verá no es otro que el de la firmeza de la sentencia de divorcio.

Resulta significativo que en el momento en que el legislador introduce en nuestro ordenamiento la pensión ya se había producido en el derecho francés, y se encontraban en fase de modificación en el derecho italiano, los postulados que habían regido durante décadas en relación con el divorcio, y más concretamente en todo aquello relativo a los principios de culpabilidad que lo habían inspirado en épocas precedentes, habiéndose procedido a la sustitución de las posiciones culpabilísticas hasta entonces imperantes por las de desafección, como elemento fundamentador de la disolución del vínculo.

III. LA CUESTIÓN DE FONDO

La cuestión que desde antiguo se ha suscitado, y que subyace en el debate doctrinal, es la que ya se puso de manifiesto en el siglo XVIII con la Ley Francesa de divorcio, que se circunscribe a las relaciones y obligaciones de los ex-cónyuges con posterioridad a la declaración del divorcio, y más concretamente en lo relativo al derecho de alimentos de cada uno de ellos.

El derecho de alimentos entre los cónyuges constituyó entonces, y constituye en la actualidad, la verdadera piedra de toque con la que topa el sistema. En aras de un

⁽¹⁾ LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. Comentario al nuevo título IV, libro I del Código Civil; Madrid, 1982, pp. 748 y ss., señalan un cierto componente alimenticio a la pensión que se contiene en el artículo 97 del Código Civil.

estricto sentido de justicia, y por aplicación directa de los principios de equidad, la cuestión no resuelta se centra en la manera de equilibrar o compensar la peor situación económica en que uno de los cónyuges quede como consecuencia de la ruptura del matrimonio en relación con el otro.

La solución que en un principio se adoptó, se resolvió a partir del concepto de culpa: se imponía la pensión alimenticia al cónyuge culpable en favor del inocente, y ello en contra incluso de las pretensiones de la propia ley. Ejemplo de ello es el sistema que se estableció en la Ley Francesa de 1.792, que pretendía que el divorcio resolviera toda relación, todo vínculo económico entre los ex-esposos, salvo, en su caso, la pensión alimenticia que debiera un cónyuge satisfacer al otro para el mantenimiento de los hijos comunes.

A pesar de ello, en Francia se estableció muy pronto la pensión alimenticia al cónyuge inocente como una consecuencia lógica del divorcio-sanción: el cónyuge culpable debía ser sancionado mediante la satisfacción de una pensión alimenticia al inocente que a la par se constituía en pena para el culpable e indemnización de los perjuicios materiales y morales sufridos por el inocente.

La precedente formulación se recogió en el artículo 301 del *Code Civil*, por medio de una interpretación jurisprudencial que señalaba que la pensión del párrafo 1.º del artículo 301 era una pensión alimenticia destinada a reparar el perjuicio resultante de la desaparición anticipada del deber de socorro, de la que resultaba su prolongación y sustitución.

IV. DIVERSOS PLANTEAMIENTOS

1. Concepciones germánica y latina

Dentro del marco europeo y en su referente al derecho de familia coexisten dos concepciones diferentes que pretenden fundamentar la pensión que un cónyuge debe satisfacer al otro como consecuencia de la desaparición del vínculo, con fundamento en concepciones radicalmente distintas.

De una parte, la denominada *concepción germánica*, a la que se encuentran adscritos los países del norte y centro de Europa, concepción en la que la pensión que un cónyuge ha de satisfacer al otro tiene una finalidad de readaptación del pensionista a la vida activa como consecuencia de los perjuicios económicos subsiguientes a la disolución del matrimonio. La principal consecuencia de tal concepción no es otra que la pensión no debe ser una garantía de manutención de por vida, pues el matrimonio después de su disolución no puede crear un derecho automático a un apoyo financiero de carácter permanente, pues cada esposo deberá ser normalmente capaz de mantenerse por sí mismo (a la citada concepción se encuentra adscrito el Derecho Canadiense en su nueva regulación).

Contrapuesta a la doctrina precedente se encuentra la denominada *concepción latina*, que afirma que el matrimonio crea un deber de asistencia entre los esposos, deber de asistencia que se prolonga incluso después de su disolución. El fundamento de la pensión se concreta en la citada concepción en la necesidad razonable de cada es-

poso, para lo cual deberán tenerse en cuenta diversos factores (edad, duración del matrimonio, hijos y capacidad de readaptación a la vida activa).

La Conferencia de Viena de 1977 sobre el derecho de familia, citada por los defensores del Proyecto de Ley en el debate del Congreso, que posteriormente dio lugar a la actual regulación del derecho de familia, recomendaba que las legislaciones nacionales debían consagrar el principio de que la pensión alimenticia después del divorcio debería ser atribuida, según las necesidades económicas del cónyuge acreedor, independientemente de la inocencia o culpabilidad del deudor, pero teniendo en cuenta las posibilidades económicas tanto del acreedor como del deudor.

2. Derecho comparado

Resulta cuando menos de ineludible referencia para determinar el exacto contenido de la institución que accede a nuestro ordenamiento por medio del artículo 97 del Código Civil, señalar las regulaciones vigentes en los países de nuestro entorno cultural en el momento de su configuración. De ahí la siguiente referencia al derecho comparado.

En **Italia** la *Ley de 1 de diciembre de 1970* regulaba la pensión en su artículo 5.º, estableciendo que con la Sentencia que acordase la disolución o cesación de efectos civiles del matrimonio, el Tribunal disponía, habida cuenta de las condiciones económicas de los cónyuges y de las razones de la decisión, de la “posibilidad” de imponer la obligación a uno de los cónyuges de suministrar al otro, periódicamente, una pensión en proporción a sus capitales y rentas. Para la determinación de la pensión el Juez debía tener en cuenta la contribución personal y económica aportada por cada uno de los cónyuges a la dirección de la familia y a la formación del patrimonio familiar.

Para su fijación, la citada norma señalaba los criterios que el Juez debía tener en consideración: el *resarcitorio* que, partía de la responsabilidad por el fracaso del matrimonio; el *compensatorio*, sobre la respectiva contribución personal de cada uno de los cónyuges a la conducción de la familia, y el *asistencial*, encaminado a tutelar la posición del cónyuge que como consecuencia de la disolución del matrimonio viniese a encontrarse en dificultades o en una peor condición por haber perdido el sostén, o se encontrase en una situación más desfavorable que la que tenía durante la convivencia matrimonial, sin hallarse en disposición de dedicarse a una actividad laboral.

En **Inglatera**, el *Matrimonial Proceedings and Property Act* disponía que el Tribunal debería esforzarse en colocar a los cónyuges, en la medida de lo posible, en la misma situación financiera que la que habrían disfrutado si el matrimonio no hubiera fracasado y cada uno hubiera cumplido sus deberes y responsabilidades respecto al otro.

En **Canadá**, el nuevo Código Civil establece que el apoyo financiero a la disolución del matrimonio tiene como fin la readaptación por consecuencia de las desventajas económicas causadas por el matrimonio, no debiendo constituirse como una garantía de manutención de por vida para los esposos en otro tiempo dependientes entre

sí. El derecho al sustento se deberá prolongar tanto tiempo como exista razonablemente la necesidad, y en su consecuencia puede ser temporal o vitalicia.

El esposo beneficiario de la pensión deberá proveer a sus propias necesidades en un plazo razonable después de la disolución del matrimonio, salvo si por la duración de éste, por la naturaleza de las necesidades y por el origen de las mismas no fuera razonable, y no fuera irracional que el deudor continuase asumiendo esta responsabilidad.

En el **Derecho Alemán** cada esposo debe subvenir después del divorcio a sus necesidades. Sólo quién no pueda hacerlo, tiene derecho a percibir alimentos del otro cónyuge. El montante de la pensión alimenticia está determinado por la situación social de los esposos y las posibilidades financieras del deudor de los alimentos, que se entiende, constituye el precedente de la pensión, compensatoria del derecho francés.

La exclusión de la culpa preside la solución del derecho alemán. Ahora bien, el parágrafo 1.579.1 núm. 4 del BGB permite la supresión o la disminución del derecho al sostenimiento en el caso de que exista un motivo particularmente grave.

V. ESPECIAL ANÁLISIS DEL DERECHO FRANCÉS COMO PRECEDENTE DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

1. Supuestos regulados

Francia mantiene después de la reforma de 1975, operada en virtud de la Ley de 11 de Julio, de reforma del *Code Civil*, un sistema de pensión por divorcio, en el que mantiene rasgos del viejo sistema de la pensión fundada en el divorcio-sanción, en uno de los supuestos concretos de divorcio que el *Code* regula.

En efecto, en el Derecho Francés se regulan tres prestaciones de contenido económico que pueden establecerse como consecuencia del divorcio, de aplicación para cada una de las situaciones que en el Code se regulan, encontrándose claramente diferenciadas en razón de los fines que con las mismas se persiguen:

A) La primera de las medidas es la denominada *indemnización de daños y perjuicios* contenida en el artículo 266 del *Code*, y a la que habrá lugar cuando el divorcio es pronunciado por culpa exclusiva de uno de los cónyuges. En este caso puede el cónyuge culpable ser condenado a la indemnización de daños y perjuicios en reparación de los perjuicios morales o materiales que la disolución del matrimonio hubiese ocasionado al otro. El cónyuge perjudicado sólo podrá solicitar la reparación de los daños y perjuicios que le hubiesen sido ocasionados como consecuencia del propio divorcio, pensión indemnizatoria que se entiende se constituye como precedente de la prestación económica de carácter indemnizatorio contenida en el artículo 98 de nuestro Código Civil para los supuestos de nulidad.

B) La segunda de las medidas económicas reguladas en el Derecho Francés es la denominada *prestación compensatoria*, que constituye el precedente inmediato de la pensión que se establece en nuestro ordenamiento en el artículo 97. En el derecho francés procede cuando el divorcio no es pronunciado por ruptura de la vida en común (divorcio con consentimiento), y ello porque si bien el pronunciamiento del di-

vorcio extingue el deber de socorro entre los cónyuges, vigente hasta el momento de la disolución del vínculo matrimonial, puede uno de los cónyuges ser obligado a satisfacer al otro una prestación destinada a compensar en lo posible las diferencias económicas que la ruptura ha creado en sus condiciones de vida, esta pensión encuentra su regulación en el artículo 270 del *Code*, e inspira, como se ha señalado, la pensión que establece el artículo 97 de nuestro Código Civil. De ahí la denominación que la doctrina y la jurisprudencia le otorgan de *compensatoria*, tal como sucede en el Derecho Francés.

La citada prestación se fija según las necesidades del cónyuge acreedor y los recursos del deudor, teniéndose en cuenta para su determinación la situación en el momento del divorcio y su evolución en un futuro previsible (art. 271 del *Code*).

Para determinar el montante de la misma se parte en el derecho francés, como en el español, de los recursos de los que disponga el cónyuge obligado, constituyéndose como referentes para su determinación la edad, el estado de salud de los esposos, el tiempo ya dedicado o el que presumiblemente será preciso dedicar a la educación de los hijos, la cualificación profesional de cada uno de ellos, la pérdida eventual de sus derechos en materia de pensiones y la situación patrimonial de cada cónyuge en relación con la liquidación del régimen matrimonial, todo ello conforme a las previsiones del artículo 272 del *Code*, claro precedente de las circunstancias consideradas en el artículo 97 del Código Civil.

Dado su eminente carácter compensatorio, la prestación se configura a tanto alzado o *a forfait* y no puede ser revisada, salvo si la ausencia de revisión tuviera para uno de los cónyuges consecuencias de una extraordinaria gravedad, conforme al artículo 273 del *Code*, claro precedente del artículo 100 del Código Civil (revisión por circunstancias excepcionales).

La renta se establece con una duración igual o inferior a la vida del cónyuge acreedor, encontrándose sujeta a actualización, (art. 276.1 del *Code*) y a la muerte del cónyuge deudor la obligación se transmitirá a sus herederos (art. 276.2 del *Code*, claro precedente del artículo 101.2 del Código Civil).

No habrá lugar a la fijación de tal prestación compensatoria en los supuestos de que la conducta del beneficiario sea la causante del divorcio. Sin embargo, en tal supuesto el citado cónyuge puede obtener una indemnización de carácter excepcional cuando, atendida la duración del matrimonio, el cónyuge hubiera prestado una colaboración directa a la profesión del otro y apareciera manifiestamente contrario a la equidad de negarle una compensación pecuniaria como consecuencia del divorcio, (art. 280.1 del *Code*, claro precedente de la prestación regulada en el artículo 23 de la Ley 8 /1993 de la Compilación de Cataluña).

C) Como tercera prestación económica posterior al divorcio, el Derecho Francés establece la del *deber de socorro* después del mismo, para los supuestos en que el divorcio se pronuncie por ruptura de la vida en común. En este caso, el esposo que ha tomado la iniciativa, queda obligado al deber de socorro. En el supuesto de enfermedad mental, el deber de socorro cubre todo lo necesario para el tratamiento médico del cónyuge enfermo, (art. 281 del *Code*).

El cumplimiento del deber de socorro reviste la forma de una pensión alimenticia. Puede ser revisada en función de los recursos y necesidades de cada esposo, (art. 282 del *Code*), y cesa de pleno derecho cuando el cónyuge contrae nuevo matrimonio o vive en estado de concubinato notorio, (art. 283, precedente del artículo 101.1 del Código Civil). A la muerte del deudor, la carga se transmite a sus herederos (art. 284, precepto inspirador del artículo 101.2 del Código Civil).

Cuando exista posibilidad para ello, la pensión alimenticia periódica se sustituirá por la constitución de un capital. En los casos en que constituido éste, sea insuficiente para cubrir las necesidades del acreedor, puede demandar un complemento bajo la forma de pensión periódica (art. 285).

NORMATIVA EN EL MARCO COMUNITARIO

Comparando la pensión del artículo 97 de nuestro Código Civil con la prestación compensatoria francesa se observa, en primer lugar, que esta última es un sustituto del derecho de socorro para el caso de divorcio, mientras que en los supuestos de separación judicial subsiste íntegro el deber de socorro de los esposos, que toma la forma de una prestación alimenticia, conforme al artículo 303 del *Code*. Por ello, no puede por menos que concluirse que la pensión del artículo 97 es una copia de la prestación que regula el artículo 270 del *Code* y que se constituye en el valor que uno de los cónyuges deba de satisfacer al otro a fin de restablecer entre ellos el equilibrio. Por eso se afirma que el empeoramiento debe referirse a un momento previo a la ruptura o separación.

2. El convenio

Nuestro denominado convenio regulador tiene un claro precedente en la regulación del Derecho Francés, en el que se distinguen dos clases de convenios: por una parte, el denominado convenio temporal y por otra el convenio definitivo.

El convenio o acuerdo temporal del Derecho Francés es el primer documento que debe acompañarse obligatoriamente como requisito inicial del procedimiento, siendo un acuerdo de efectos temporales encaminado a regir provisionalmente la situación de los esposos, y en su caso la de los hijos, durante la tramitación del procedimiento. Este acuerdo tiene por objeto y viene a sustituir en los divorcios contenciosos las medidas provisionales ordenadas por el Juez, conforme previenen los artículos 255 y 256 del *Code Civil*. En el citado acuerdo se fijarán, conforme al artículo 256, las modalidades del ejercicio de la autoridad parental (guarda y custodia), el derecho de visitas así como la pensión alimentaria que debe un cónyuge al otro a título de contribución para el cuidado de los hijos.

En contraposición a estas medidas, imperativas, las relativas a los propios esposos son facultativas, aunque es indispensable que el acuerdo contenga disposiciones sobre todos los puntos enumerados en el artículo 255 del *Code*, siendo al menos necesario señalar que los esposos han convenido en relación con su residencia respectiva, sobre el uso de la vivienda conyugal y del mobiliario, pareciendo oportuno precisar el montante de la pensión alimenticia, o sobre su ausencia y la causa que lo motiva.

Con el fin de asegurar y evitar decisiones irreflexivas, la Ley exige a los esposos un tiempo de reflexión de tres meses (art. 231.2), a su término disponiendo de un plazo de seis meses para ratificar su pretensión. Esto quiere decir que los esposos tienen un plazo mínimo de tres meses y un plazo máximo de nueve para ratificar su demanda.

El acuerdo definitivo, claro precedente de nuestro convenio regulador, requiere la expresa regulación sobre dos cuestiones: la liquidación del régimen matrimonial y la prestación compensatoria.

3. Liquidación del régimen matrimonial

Es indispensable que comprenda un estado liquidativo del régimen matrimonial o una declaración de su innecesariedad (art. 1.097-2 del *Code de Procedure*). Señala de manera imperativa la jurisprudencia que el Juez no admitirá la consignación de un simple resumen liquidativo⁽²⁾, siendo necesario que el acuerdo contenga un verdadero estado de liquidación, completamente valorado⁽³⁾, conteniendo a la vez las cuestiones relativas a la liquidación así como todas aquéllas sobre el reparto subsiguiente.

Los esposos no pueden en ningún caso modificar las reglas ordinarias de la liquidación del régimen matrimonial, únicamente les está permitido prevenir un reparto no igualitario, que puede combinarse con el mecanismo de la prestación compensatoria, no estándoles prohibido convenir la continuación de la indivisión⁽⁴⁾.

La regulación expuesta del Derecho Francés, que inspira la regulación del Código Civil español, aunque no se trasladen en su integridad al derecho español, sobre todo en lo relativo a la liquidación del régimen ganancial y a la pensión compensatoria, sobre la que no se hace mención expresa alguna, quedando abierta, como posteriormente se señalará, toda la posibilidad de su renuncia expresa o tácita, suprimiéndose la imperatividad de pronunciarse sobre la misma de manera expresa como requisito previo a su aprobación judicial, cuestiones que dejan abierta la posibilidad de nuevos procedimientos de carácter incidental, base de la modificación legislativa francesa y verdadero fundamento de la aprobación judicial, inspiradora de una reforma que persigue evitar los procedimientos posteriores entre los cónyuges y lograr y, por otra, permitir la liquidación total de las relaciones entre los mismos.

Debe, así mismo, significarse que la visión del legislador francés es globalizada de la cuestión y, en su consecuencia, incardina imperativamente en el convenio el régimen de liquidación de la sociedad ganancial, lo que permite evitar litigios posteriores relativos a la liquidación, permitiendo a los cónyuges, al incluir la liquidación de la sociedad ganancial en el convenio, proceder por medio de la adjudicación de los bienes que a cada uno de ellos corresponda, a compensar o satisfacer a tanto alzado sus recíprocas obligaciones, dado el carácter alzado de la pensión compensatoria. Y, finalmente, cabe señalar que, dado que la pensión compensatoria solamente tendrá lu-

(2) Cass 2.ª. 21 de marzo de 1983, IR 281; Bull. Civ. II, núm. 1 385, p. 17

(3) Cass. Civ. 2.ª 11 de julio de 1985. Bull. civ. II, núm. 138 p. 92.

(4) Lienhard, C. Le role du juge aux affaires matrimoniales núm. 112.

gar como consecuencia de la Sentencia de divorcio y concretamente desde que ésta devenga firme, será precisamente éste el momento para determinar la existencia de diferencia económica que deberá ser compensada; diferencia económica que será la real como consecuencia de la previa atribución de bienes que a consecuencia de la liquidación se hubieren adjudicado a cada uno de los cónyuges. Por ello cuando hablamos de diferencia económica nos referimos a la situación definitiva alcanzada por cada uno de los ex-esposos tras el divorcio y ya materializada la disolución de la sociedad conyugal, razón por la cual la diferencia económica que se pretende compensar alcanza parámetros de globalidad, al considerarse la situación económica definitiva de cada uno de los ex-cónyuges.

4. Supervisión judicial

En principio, el divorcio pone fin al deber de socorro, mas ello no puede por menos que dar lugar a una prestación destinada a compensar la disparidad de carácter económico que la ruptura del matrimonio provoque en uno de los esposos, con el fin de restaurar sus condiciones de vida en relación al momento anterior, es decir constante matrimonio (art. 270 del *Code Civil*). En los divorcios contenciosos es el Juez quien debe decidir en relación con la prestación compensatoria y fijar su modalidad. En el divorcio de mutuo acuerdo son los esposos los que deberán hacerlo (art. 278 del *Code Civil*).

Las particularidades de esta prestación convencional con relación a la prestación compensatoria judicial de otros tipos de divorcio serán examinadas posteriormente. Mas se imponen algunas precisiones en la medida en que las disposiciones de la convención son homologables. Si bien es cierto, en efecto, que los esposos son libres de establecer o no una prestación compensatoria y de establecerla, además, a su libre arbitrio, es igualmente cierto que el Juez puede denegar su homologación hasta que se fijen de manera concreta los derechos y obligaciones de las partes (art. 232-2 del *Code Civil*).

Cuando el convenio reconoce a uno de los esposos el derecho a la prestación compensatoria, ésta debe regularse en todo lo relativo a su modalidad, bien sea en forma de capital o renta, importe y garantías de pago. Si la prestación compensatoria consiste en una renta, es necesario acompañar, conforme al artículo 279-3 del *Code*, una cláusula que permita a cada uno de los esposos pedir al Juez la revisión de la prestación convenida en caso de cambio imprevisto en sus recursos o necesidades. Tal cláusula corre el riesgo de provocar entre los esposos un contencioso que el legislador pretende evitar, y por ello es aplicable a la revisión de la prestación compensatoria, la revisión excepcional prevista por el artículo 273 del *Code*.

5. La reforma de la Ley de 1975

La continuación de los litigios después del divorcio dadas las distintas regulaciones pecuniarias, entre otras razones, pusieron de relieve los fallos de una legislación superada. Así, la obligación de recurrir a un divorcio contencioso no era extraño a esta regresiva situación, los esposos proseguían así las hostilidades que el legislador les

había obligado a abrir. Así mismo se mantenían artificialmente ciertos derechos y obligaciones ligados al matrimonio, pues la Ley de 1.884 primaba a aquellos que eran hostiles por principio al divorcio, al potenciar el divorcio por ruptura de la vida en común (divorcio contencioso) frente a los divorcios de mutuo acuerdo, que fueron los que se potenciaron con la reforma de 1975.

El mantenimiento del deber de socorro del antiguo artículo 301 del *Code Civil* después del divorcio entrañaba una posibilidad permanente de revisión, causa de numerosos procesos que el legislador de 1975 quiso evitar mediante una cuádruple modificación.

La primera modificación consistió en multiplicar las posibilidades de divorcio con acuerdo, así como a favorecerla, potenciando el acuerdo durante la tramitación del divorcio, lo que daba oportunidad a una ejecución armoniosa después del divorcio.

La segunda, dirigida a disociar la atribución de los daños y las regulaciones pecuniarias. Los artículos 262 a 262-2 del *Code* señalan con precisión la fecha de los efectos patrimoniales del divorcio.

La tercera relativa a la regulación y liquidación de los bienes. Los artículos 264-1 a 269 regulan en general, y para cada clase de divorcio en particular los efectos relativos a los bienes de los antiguos esposos.

En cuarto lugar, concretando las distintas obligaciones económicas para cada uno de los supuestos de divorcio, los artículos 270 a 285-1 previnieron, en su caso, las diferentes reglamentaciones pecuniarias.

A las previsiones anteriores debe añadirse lo dispuesto en el artículo 1.116 del Código de Procedimiento, que regula las liquidaciones de los regímenes matrimoniales.

6. Efectos del divorcio en las regulaciones pecuniarias

A) El principio de desaparición del deber de socorro. Excepciones

El matrimonio se disuelve por la decisión adoptada en sentencia de divorcio una vez que ésta ha adquirido la condición de cosa juzgada (art. 260 del *Code*) y el deber de socorro entre los esposos cesa, en principio, en la citada fecha. La Ley de 11 de julio de 1975 pone fin en la mayor parte de los divorcios al equívoco anterior de la pensión del antiguo artículo 301 del *Code* en un artículo declarativo de principios, el artículo 270.

El texto del antiguo artículo evocaba a la vez una pensión alimentaria que se sobreponía al deber de socorro que era de aplicación únicamente a los divorcios y que sugería un carácter indemnizatorio.

Con la nueva legislación se ha intentado regular de una manera definitiva las relaciones económicas de los esposos y, en concreto, las posibles diferencias económicas derivadas de la ruptura por medio de una regulación a tanto alzado y definitiva. Legalmente sólo se encuentra prevista en la que subsiste el deber de socorro y que concierne a los supuestos de divorcio por ruptura de la vida en común. Este supuesto es

excepcional después de la modificación del artículo 270 del *Code*, y únicamente aplicable a la citada forma de divorcio.

Pues bien, mantenidos o transformados los deberes antes existentes entre los cónyuges, la nueva Ley conserva la posibilidad de una condena a daños y perjuicios contra aquel de los esposos que hubiera cometido un hecho determinante de la ruptura del matrimonio, sin perjuicio de la aplicación del derecho común.

B) *Regulación de las relaciones posteriores al divorcio*

La Ley ha previsto con detalle la regulación de las relaciones pecuniarias entre los esposos. Éstos pueden establecer las reglas de su separación, con las únicas limitaciones derivadas del orden público familiar.

C) *La prestación compensatoria*

El artículo 270 del *Code* establece la desaparición del deber de socorro, con una única reserva, cuando uno de los esposos haya tenido que realizar al otro una prestación destinada a compensar, en lo que sea posible, la diferencia que la ruptura del matrimonio haya creado en las respectivas condiciones de vida.

Sin duda, para conjurar los riesgos de confusión, la jurisprudencia ha sido muy puntillosa sobre la catalogación de las demandas, y así, ha afirmado que la demanda de una prestación compensatoria no es una demanda de contribución a las cargas del matrimonio ni una demanda de prestación alimentaria ⁽⁵⁾.

Señala la doctrina de casación francesa que la deuda alimentaria puede tener dos orígenes: la ley y el pacto establecido por las partes, habiendo admitido como convenio válido dentro de los establecidos entre los esposos, en el convenio regulador de las relaciones consecuencia del divorcio, el establecimiento de una pensión alimentaria ⁽⁶⁾. El legislador ha excluido, para otorgarlo, todo criterio relacionado con los perjuicios del divorcio.

D) *La indemnización excepcional*

El apartado 2.º del artículo 280.1 expresa la voluntad del legislador de no convertir la resolución sobre disolución del matrimonio en un expediente sancionador, aun cuando no se renuncia por ello a reintroducir la equidad.

La indemnización no puede ser acordada mas que a título excepcional y únicamente si aparece que un hecho es manifiestamente contrario a la equidad.

El fundamento mismo del texto no hace más que evocar el enriquecimiento sin causa, de lo que resulta evidente que necesita la existencia del elemento del enrique-

⁽⁵⁾ Cass civ 2.ª, 28 de enero de 1982. Bull. núm. 14; 29 de febrero de 1984 Bull. Núm. 42; 21 de marzo de 1984 Bull.núm. 53

⁽⁶⁾ Cass civ 2.ª 9 de mayo de 1988 D. 1988 IR 49

cimiento de uno de los esposos y del empobrecimiento correlativo del otro. En sentido contrario se puede reseñar que el texto no menciona las condiciones, mas es evidente que se funda en un deber de equidad de orden moral sin verdaderas referencias económicas.

El supuesto típico es el de la colaboración de uno de los esposos en la actividad profesional del otro, pues resulta evidente que tal colaboración comporta un enriquecimiento para el titular de la actividad, y un correlativo empobrecimiento para el colaborador. De ahí la necesidad de la indemnización compensatoria del citado perjuicio ⁽⁷⁾.

7. LA PENSIÓN COMPENSATORIA

A) Momento de apreciación

El artículo 270 del *Code*, que hace referencia a la ruptura del matrimonio, debe interpretarse en el sentido de que se deben tener en cuenta todos los elementos que se producen hasta el día de la decisión, o mejor aún, hasta que ésta adquiere la condición de cosa juzgada, y en su consecuencia comprenderá todos aquellos aspectos que se hayan acontecido entre la primera instancia y la apelación ⁽⁸⁾, pues hasta este momento el divorcio no ha devenido definitivo ⁽⁹⁾.

La tentación será grande en cuanto a remontarse a la fecha de la separación, al objeto de apreciar la disparidad requerida. Pero ésto no es posible, ya que en ese momento se halla pendiente aún la liquidación de bienes, además, el texto refrenda como momento determinante para apreciar la disparidad y el desequilibrio, no el de la ruptura de la vida en común sino el de la ruptura del matrimonio, la cual se ha producido cuando, habiendo desaparecido el vínculo, los ex-esposos se han desvinculado definitivamente a nivel económico, por la liquidación de la sociedad conyugal, y ya no existe posibilidad de afección de sus patrimonios respectivos por la conducta del otro cónyuge. Es en este momento en el que tendrá que constatarse esta disparidad a pesar de la separación anterior ⁽¹⁰⁾.

B) *Demanda posterior de la pensión compensatoria*

La cuestión es sumamente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia, debiendo señalarse que la Corte de Casación se ha pronunciado en sentido negativo ⁽¹¹⁾. Sin embargo, no son extraños los pronunciamientos en sentido positivo cuando la omisión de la demanda al respecto en el momento del divorcio proviene de una valoración insuficiente de los resultados de una liquidación realizada ulteriormente. Se afirma, así mismo, que la prestación puede ser revisada cuando la falta de revisión acarreará con-

⁽⁷⁾ Cass. Civ. 2.^a 20 de marzo de 1989, Defrenois 1989, 582; y 26 de abril de 1990, D. 1990 I.R. 127

⁽⁸⁾ Cass. Civ. 2.^a 28 de junio de 1987 D.1987, 497, 21 esp

⁽⁹⁾ Cass. Civ. 2.^a 25 de marzo de 1985 D. 1986 IR 110

⁽¹⁰⁾ Cass. Civ. 2.^a, 4 julio de 1990 JCP 1990 IV 334; Cass Civ 2.^a, 7 de octubre de 1987 Bull. civ. II núm.188.

⁽¹¹⁾ Cass. Civ. 2.^a, 28 de enero de 1987 Bull. Civ II núm. 28

secuencias de una excepcional gravedad, y ello con fundamento, se afirma, en que ningún precepto lo prohíbe expresamente ⁽¹²⁾.

Deberá, así mismo, señalarse que el legislador claramente señala el principio de una prestación compensatoria de capital en el artículo 274 del *Code*, y la misma es consecuencia del carácter alzado, aun cuando no impide la constitución de una renta.

C) *Término*

La prestación, cuando se establezca mediante la forma de renta, puede ser atribuida con una duración determinada o por la vida del esposo acreedor, y puede establecerse con una duración que se concrete en la liquidación de la comunidad ⁽¹³⁾.

D) *Revisión*

Para los supuestos de renta rige el principio de la indexación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79-3.º de la Ordenanza de 30 de diciembre de 1958. Con relación a la revisión, el legislador ha establecido, en el artículo 273 del *Code* el principio de la ausencia de indexación, el cual surge de la naturaleza alzada de la prestación compensatoria. El citado rigor de principio expresa la filosofía de la Ley, que no es otra que la de evitar los conflictos con posterioridad al divorcio.

El artículo 273 del *Code* establece la posibilidad de la revisión ante consecuencias de excepcional gravedad. La discusión se sitúa, sobre la voluntad de las partes, sobre la utilidad social o en la ausencia de un texto claro. La Corte de Casación se decanta en sentido positivo, pues ante la ausencia de una cláusula de revisión señala que una de las partes puede acudir al artículo 279 párrafo 3.º del *Code* para instar la revisión en supuestos de excepcional gravedad ⁽¹⁴⁾.

VI. DERECHO ITALIANO

1. **Carácter indemnizatorio**

Sin duda, el aspecto más importante de la pensión compensatoria, unido al carácter obligacional, es cuestionar el motivo por el cual la Ley obliga a una persona a pagar a otra una cantidad, normalmente periódica, después de verificada la ruptura matrimonial. En este sentido, la posible equiparación de la pensión a una función indemnizatoria procede claramente del derecho italiano. La jurisprudencia italiana ⁽¹⁵⁾ afirma que la pensión periódica prevista en el artículo 5 de la Ley italiana de 1 de diciembre de 1979 num. 898, a diferencia de la prevista en la separación matrimonial, no tiene un carácter de alimentos o de mantenimiento, sino que tiene una naturaleza in-

⁽¹²⁾ Cour de Bordeaux, 8 de diciembre de 1983, Cahiers de jurispr., d'Aquitaine 1984, 1, 161; Besançon de 9 de diciembre de 1982 D. 1983 IR 451.

⁽¹³⁾ Cass. Civ. 2.ª 27 de febrero de 1985 D. 1986 I.R. 112; Cass. Civ. 1.ª 3 de noviembre de 1988 JCP 1989 IV, 3, D, 1988 IR 271.

⁽¹⁴⁾ Cass Civ. 6 de febrero de 1985 Bull. Civ. II núm.31 y Cass. Civ. 2.ª 11 de julio de 1983 Bull. Civ. II 150

⁽¹⁵⁾ Sentencia del Tribunal de Casación Italiano de 1 de febrero de 1984 (S. num. 263 Foro Italiano num. 1984) pag. 1.246

demnizatoria, tendente a reequilibrar la situación económica del cónyuge que como consecuencia de la cesación del vínculo matrimonial sufra una disminución patrimonial.

No obstante lo expuesto precedentemente, lógico será, así mismo, reseñar la crítica de la doctrina, en la que destaca su negativa respecto al carácter indemnizatorio de la pensión, para otorgarle un determinado carácter material, encontrando su fundamento en el principio de la solidaridad post-conyugal.

Lo expuesto no deberá hacernos concluir de manera apresurada, pues incidiríamos en un grave error, al asignar a la pensión el pretendido carácter indemnizatorio, equiparando indemnización con reparación de los daños que procedan de actividad culposa o negligente. Sin embargo, lo que sí podría admitirse, como señala una parte de la doctrina, es que la responsabilidad sea objetiva, es decir, que la existencia de un desequilibrio económico otorgara inmediatamente la obligación de repararlo mediante el pago de una pensión, mas siendo irrelevante el concepto de culpa y atendiendo exclusivamente para la reparación al concepto de perjuicio y a su producción, sin que sea requisito de la reparación del daño o perjuicio, la existencia de una actividad o de una culpa del sujeto responsable.

2. La Ley de 1970

La jurisprudencia italiana⁽¹⁶⁾ ofrece una visión completa de la *ratio* que regula la pensión de divorcio según la normativa de 1970. Así, se afirma que tres son los criterios que el Juez debe tener en cuenta, según una valoración completa y contextual para la atribución y la determinación de la pensión en los supuestos de divorcio, debiendo distinguirse entre el *resarcitorio*, que toma en consideración la responsabilidad por el fracaso del matrimonio, el *compensatorio*, que hace referencia a la respectiva contribución personal de cada uno de los cónyuges a la conducción de la familia, y el criterio *asistencial*, que mira más propiamente a tutelar la posición del cónyuge que como consecuencia de la disolución del matrimonio se encuentre en dificultades o en una condición económica más deteriorada, por haber perdido el sostén, o una situación más desfavorable que la que tenía durante la convivencia matrimonial, y no se encontrase en disposición de dedicarse a una actividad laboral.

3. La Ley de 1987

La pensión compensatoria se contiene en la vigente legislación italiana en el artículo 10 de la Ley de 6 de marzo de 1987, núm. 74.

El número 6.º del vigente artículo 5.º, reformula el precedente número 4.º del artículo 5 de la Ley de 1 de diciembre de 1970, en relación a los criterios que deberán tenerse en cuenta para la determinación y cuantificación de la pensión de divorcio, precepto que se muestra decididamente innovador, tendente a superar los inconvenientes puestos de manifiesto en casi veinte años de aplicación de la precedente norma. Característica básica de la nueva es la superación de la concepción de la pensión propia

⁽¹⁶⁾ Sentencia de la Corte Suprema de 10 de enero de 1986, núm.72 (Giur. It., Mass., 1986, 18)

de la regulación precedente, para dar paso a una concepción exclusivamente asistencial, basada esencialmente en un criterio de solidaridad que intenta sobrevivir al matrimonio como si éste no hubiera cesado, al menos en sus aspectos civiles.

En el citado contexto es en el que la pensión ha perdido el triple carácter que la jurisprudencia más reciente ha negado, afirmando que la nueva norma ha establecido un criterio único en sentido lato-asistencial por el reconocimiento del derecho a la pensión, indicando, al solo fin de la cuantificación, una serie de elementos entre los cuales se encuentra el trabajo, junto al anterior criterio resarcitorio y compensatorio ⁽¹⁷⁾.

Dadas las novedades introducidas por la nueva regulación, ha sido la jurisprudencia ⁽¹⁸⁾ la que ha venido a precisar las novedades que caracterizan la pensión de divorcio del nuevo artículo 5 de la vigente Ley, y en tal sentido señala que constituye la regulación de las consecuencias patrimoniales para cada cónyuge tras la sentencia, estando relacionado con la superación de la naturaleza compuesta de la pensión, presentada como una exigencia de la relación. Partiendo del carácter innovador de la nueva Ley, se afirma que el texto derogado establecía que, con la sentencia que decreta la disolución del vínculo o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, el tribunal habrá de disponer, teniendo en cuenta las condiciones económicas de los cónyuges y los razonamientos de la decisión, la obligación para uno de los cónyuges de suministrar al otro periódicamente una asignación proporcional a sus propias necesidades y rentas, estableciendo que para la determinación de tal asignación, el Juez habrá de tener en cuenta la contribución personal y económica de cada uno de los cónyuges a la familia y a la formación del patrimonio conyugal, en tanto que la nueva regulación establece la necesidad de que el juez valore, igualmente, la contribución de cada uno a la formación del patrimonio del otro, valorando todos aquellos elementos que hayan supuesto una aportación durante el matrimonio, e impone, además, la obligación a uno de los cónyuges de suministrar al otro periódicamente una asignación cuando este último no posea medios adecuados o no pueda procurárselos por causas objetivas.

Resulta significativa en la nueva normativa la relevancia que la norma establece, para la atribución y asignación de la pensión a uno de los cónyuges, a elementos personales del beneficiario y no sólo a las condiciones económicas de los cónyuges, siendo determinante la falta de medios de vida adecuados por parte del cónyuge necesitado, así como la imposibilidad de procurárselos por razones objetivas. La doctrina italiana ⁽¹⁹⁾ cuando comenta el nuevo artículo 5, párrafo 6.º, señala que el sensible cambio de la morfología conyugal incide en el divorcio de la misma forma que en la reforma del modelo de separación, del cual depende estadísticamente el mayor número de pronunciamientos de disolución o de cesación de los efectos civiles del matrimonio. Por ello se afirma que la consideración de las circunstancias objetivas de carácter personal no puede llevar a concluir en una función asistencial de la pensión para el cónyuge efectivamente necesitado respecto a la función resarcitoria y compensatoria en la que verdaderamente se encuentra inspirada, y que muestra una vuelta a situaciones puramente de rendimiento, lo que hace afirmar a la citada doctrina que la pensión refleja una concepción patrimonialista de la condición conyugal.

⁽¹⁷⁾ Sentencia Corte de Apelación de Bari 30 de junio de 1998. Foro it., I, 3.007

⁽¹⁸⁾ Sentencia de la Corte de Casación de 11 de junio de 1988, núm. 3.987

⁽¹⁹⁾ LIPARI: *Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia*, Padova, 1977.

La consecuencia es que la doctrina italiana afirma que el presupuesto fundamental para la atribución de la pensión, y en definitiva el elemento representativo de ésta, es el desequilibrio surgido para el cónyuge por efecto del cual uno de ellos queda privado de los medios para el propio mantenimiento, bien sea por imposibilidad transitoria o permanente de procurárselo. En igual sentido la jurisprudencia⁽²⁰⁾ se ha orientado, para su concesión, a considerar la situación concreta y la dificultad real en que se encuentra el cónyuge para integrarse en el mundo del trabajo y conseguir su propia independencia económica, acogiéndose para ello a las líneas doctrinales y legales seguidas por las doctrinas germánicas.

La jurisprudencia italiana ha reiterado la anterior posición⁽²¹⁾ declarando que, en relación con el presupuesto para la atribución de la pensión, no debida ésta cuando no concurra la condición necesaria para su concesión, que no es otra que el cónyuge reclamante no haya podido adecuar o mantener un tenor de vida análogo a aquel del que había disfrutado constante el matrimonio, y en consecuencia, proclamando la naturaleza eminentemente asistencial de la pensión.

Consecuencia del posicionamiento previamente expuesto es el que la misma jurisprudencia asume una posición contraria a la actualización o modificación, atribuyendo al cónyuge destinatario de la pensión, como única solución, la posibilidad de hacer valer el perjuicio sobrevenido por el procedimiento de revisión del artículo 9 (circunstancias extraordinarias).

VII. DERECHO ESPAÑOL

1. Distintas prestaciones económicas

Nuestro ordenamiento jurídico, claramente influenciado por el derecho francés, así como por las doctrinas imperantes en el entorno europeo en el momento de su redacción, potencia la libertad convencional de los interesados para la regulación de las consecuencias económicas que han de regir la postrer situación matrimonial por vía del convenio. Lógicamente las perspectivas con las que debe analizarse la cuestión atinente a las prestaciones de tipo económico a sufragar en el seno de una crisis matrimonial son diametralmente opuestas según se trate de dar respuesta inmediata a las situaciones generadas al comienzo del proceso o de conferir una solución con visos de relativa estabilidad en el tiempo al núcleo de las relaciones entre los miembros del grupo familiar. Es por ello que el legislador en el artículo 103 del Código Civil, destinado a regular las denominadas medidas provisionales, se limita a exigir del órgano judicial, una decisión de contenido económico de carácter global, destinada a fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, mientras que en los artículos 91 y siguientes, en los que se contienen los efectos y medidas a adoptar en la sentencia que ponga fin al proceso matrimonial, exigen del Juez que individualice cada una de las decisiones de signo económico⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Cass. Civ. 3 de julio de 1980 núm. 4.223

⁽²¹⁾ Sentencia de 17 de marzo de 1989 núm. 1.232 Foro it. I. 2.512

⁽²²⁾ Sentencia de 27-1-1995. Rollo de Apelación núm. 90/1994; A. P. Cádiz AC 1995\165.

2. El establecimiento por convenio

Es evidente, y por ello deberá ser motivo de expresa consideración, que ante la libertad que los preceptos legales otorgan a los cónyuges para regular de manera independiente los efectos de la separación, deberá analizarse el alcance y contenido, así como la naturaleza jurídica, de un convenio extrajudicial de separación matrimonial pactado entre los cónyuges, tendente a regular la separación de hecho.

La convención así perfeccionada, si bien no constituye un convenio regulador de los comprendidos en el artículo 90 del Código Civil, y al que se refieren los artículos 81 y 86 del mismo texto legal, dada la falta de aprobación judicial, *conditio iuris* de su eficacia, no es menos cierto que se trata de un negocio jurídico de derecho de familia, que no está inmerso en el proceso de separación matrimonial, pero que tiene eficacia como contrato de carácter consensual y bilateral, aceptado y reconocido por las partes, con la concurrencia de mutua anuencia, objeto y causa, y con carácter obligatorio para los suscritos, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, tal como proclama la jurisprudencia⁽²³⁾, y, siempre que sus estipulaciones o convenciones no sean contrarias a las leyes, la moral, ni al orden público.

Sentadas las consideraciones precedentes debe precisarse que su vigencia será la referida al tiempo que dure la separación de hecho de los esposos y, consecuentemente con ello, el contenido de sus estipulaciones puede ser modificado en el ulterior proceso matrimonial, siempre y cuando las mismas estén relacionadas con las medidas del artículo 91 del Código Civil, que son extrañas al principio dispositivo, pudiendo ser apreciadas, incluso de oficio, por el órgano jurisdiccional, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, y ello por constituir medidas o efectos civiles complementarios a las causas matrimoniales sujetas al orden público y en suma constitutivos de *ius cogens*. En tal sentido se ha pronunciado la doctrina de las Audiencias⁽²⁴⁾.

3. Las cargas del matrimonio

Otro de los conceptos económicos que es objeto de valoración y de determinación en los supuestos de ruptura de la vida en común es el de las cargas del matrimonio, cargas que conviene distinguir de la pensión compensatoria, pues las primeras pueden considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1.318, 1.362 y 1.438). Se trata de un concepto residual y referible estrictamente a las cargas del sistema económico matrimonial, pago de préstamos y créditos de la sociedad ganancial y, expresamente, como un deber de los cónyuges en algunas legislaciones extranjeras, criterio éste que es el mayoritariamente sostenido⁽²⁵⁾.

(23) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997.

(24) 98/36517 AP Barcelona, sec. 120, S. 22-10-1998, rec. 1.365/1997. Pte: JIMÉNEZ DE PARGA GASTON, JUAN MIGUEL.

(25) SAT de Barcelona de 24 febrero 1987, S. AP de Toledo de 15 junio 1992 [AC 1992/946], y en el mismo sentido las de la AP de Barcelona Sección 16 de 15 noviembre 1990; y la de la AP de Madrid Sección 13 de 16 julio 1990; y la Sentencia de 1 de diciembre de 1995, núm. 414/1995, Rollo de Apelación núm. 394/1994. AP de Jaen AC 1995/2447; 98/35759 AP Barcelona, sec. 180, S 7 de octubre de 1998, núm. 70/1998, rec. 92/1998. Pte: García Esquius, Ana María.

4. La prestación alimenticia

Con relación a la prestación alimenticia debe señalarse *ab initio* que conforme de manera unánime señala la doctrina, el citado derecho que se regula en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, es un derecho que legalmente se configura como obligación legal que se impone a personas determinadas, como consecuencia de la vinculación con el beneficiario por los lazos de parentesco o estado, y que en sus límites obligacionales se concreta, así mismo, legalmente a lo indispensable para el sustento, habitación, asistencia médica, vestido y educación. En relación a los hijos, este derecho subsiste, aún después de la mayoría de edad, si permanece la situación de necesidad por causa que no sea imputable al alimentado, circunscribiendo la institución la obligación de prestar los citados alimentos a los sujetos que se encuentran dentro del círculo familiar, cual se previene en el artículo 143 del Código Civil, y si existen varios obligados a prestarla, como la citada obligación es de carácter personal, se establece una orden de prelación en el artículo 144 del citado cuerpo legal.

En las situaciones de crisis matrimonial, los descendientes menores de edad quedan bajo la guarda y custodia de uno de los progenitores, cesando esa relación y la patria potestad al cumplirse la mayoría de edad, momento en que se adquiere plena autonomía jurídica en los órdenes personal y patrimonial. Sin embargo, deberá de precisarse, pues ello tiende a ser olvidado, que la mayoría de edad no hace desaparecer por su mera producción el derecho de alimentos cuando existan medios económicos familiares, se demuestre el estado de necesidad del hijo y éste no pueda subvenir por sí mismo las necesidades que configuran el derecho de alimentos.

El derecho de alimentos en la forma y manera que ha sido configurado, y del que son titulares los sujetos que el precepto legal precisa, entre los que se encuentran los hijos mayores de edad, es irrenunciable, si bien pueden ser renunciadas las pensiones alimenticias devengadas y no satisfechas por el obligado, cual previene el artículo 151 del Código Civil. El citado derecho es intransmisible e imprescriptible como tal, lo que no obsta a que según previene el artículo 1966 del Código Civil la acción para exigir el pago de las pensiones alimenticias devengadas y no satisfechas prescribe a los cinco años, debiendo finalmente señalarse que es un derecho que no puede transigirse, conforme a lo prevenido en el artículo 1.814 del Código Civil.

Lo precedentemente expuesto nos permite adentrarnos en el contenido interno de la obligación cuando sean varios los obligados a prestar los alimentos, debiendo señalarse a este respecto, y en tal sentido la jurisprudencia lo ha señalado⁽²⁶⁾, que la obligación de prestar alimentos está configurada en el Código Civil como mancomunada y divisible, pues el artículo 145 determina que cuando recaiga sobre dos o más personas esta obligación se repartirá entre ellos, pero no por partes iguales, sino en cantidad proporcional a sus caudales respectivos. No es, por tanto, una deuda de carácter solidario, al no tener expresamente reconocida esta naturaleza, y ser principio general el de no presumirse tal condición. Este carácter no solidario se ve reforzado por el

⁽²⁶⁾ STS de 12-4-1994, RJ 1994\2.789.

párrafo segundo del artículo 145, que no permite entender que el alimentista pueda dirigirse, en todo caso, contra cualquiera de los obligados para exigirles el pago de la pensión.

De la literalidad del segundo párrafo del artículo 145 se deduce que solamente en casos de urgente necesidad y por circunstancias especiales podrá el Juez obligar a uno solo de los deudores a que preste provisionalmente los alimentos, sin perjuicio a reclamar después de los demás obligados la parte que les corresponda. La inmediata consecuencia de la citada previsión legal no es otra que de ordinario sea necesario demandar conjuntamente a todos y cada uno de los alimentantes obligados, y cada uno de ellos sólo pagará la parte proporcional que le corresponda, no siendo óbice que no sea obligatorio demandar al obligado que notoria y justificadamente no se encuentre en situación de contribuir, pues en tal supuesto, la deuda deberá ser satisfecha por los demás obligados ⁽²⁷⁾.

A la imperatividad legal de dirigirse contra todos los obligados habrá de añadirse su conveniencia, pues por lo que respecta al alimentado, dado el juego del artículo 146, le interesa que se sumen los caudales de todos los obligados, con lo que las posibilidades de quien los da es superior; y en cuanto a cada uno de los alimentantes, sólo dirigiéndose contra todos los obligados puede determinarse dentro del juicio los medios de fortuna de cada uno de ellos, a efectos del reparto proporcional que señala el artículo 145, párrafo primero, del Código Civil. Lo expuesto nos lleva a concluir que en los supuestos en que la demanda se dirija exclusivamente contra uno de los obligados a prestarlos, para que éste íntegramente los satisfaga, lo que supone una solidaridad, sólo podrá admitirse en los casos del artículo 145, párrafo segundo, del Código Civil.

Con relación a los supuestos de satisfacción por uno de los obligados de los alimentos, y la correlativa reclamación de la parte correspondiente a su co-deudor, que se concreta en la reclamación de las sumas satisfechas previamente a la declaración de la obligación, la cuestión y su correlativa solución pasa por distinguir entre el nacimiento y la exigibilidad de la obligación, debiendo al respecto significarse que la sentencia en que se declara el derecho a la percepción tiene efectos constitutivos. En consecuencia, la citada declaración carecerá de efectos retroactivos. Por tanto, no puede condenarse a satisfacerlos sino desde la fecha de presentación de la demanda, y ello por el aforismo jurídico *in praeteritum non vivitur*. Correlacionando lo anteriormente expuesto con lo que ahora aquí se señala, el titular del derecho ejercita éste contra los obligados desde la fecha en que reclama su fijación, quedando al margen de ello los derechos que puedan corresponder a la parte (en este caso, al deudor que los hubiera satisfecho) como una deuda de carácter personal que, previa la prueba correspondiente y acreditando su necesidad y perentoriedad de satisfacción a virtud de lo expuesto en el párrafo segundo del artículo 145 del Código Civil, pueda aquél que personalmente los haya satisfecho, reclamarlos a su co-deudor, mas como un derecho personal propio, careciendo de legitimación el titular del derecho para su reclamación.

⁽²⁷⁾ STS. de 20 noviembre 1929, 13 abril 1991 (RJ 1991\2.685) y 5 junio 1982.

Lo anterior es aplicable al resto de los supuestos enunciados, pues es evidente que por lo expuesto en líneas precedentes, la resolución que se dicte tendrá efectos *ex tunc* y no *ex nunc*, quedando a extramuros del citado pronunciamiento las situaciones precedentes, que deberán ser origen de otro procedimiento.

5. La pensión compensatoria

A) Diferencias con otras prestaciones de contenido económico

Con base a lo razonado procederá, bajo los parámetros adelantados, entrar a valorar lo relativo a la pensión compensatoria. Previamente, se hace preciso distinguir, ante las generales confusiones conceptuales que al efecto se producen, entre la pensión compensatoria de las cargas matrimoniales o familiares, según el alcance y contenido de la misma cual se contiene en el artículo 93 del Código Civil, con la de los alimentos, de forma que es posible afirmar que todas ellas tienen una naturaleza distinta e independiente, y ello conduce a considerar que la pensión compensatoria y la pensión de alimentos son dos instituciones de naturaleza jurídica diferente, conforme señala la jurisprudencia ⁽²⁸⁾. También la doctrina está de acuerdo en excluir el carácter alimentario de la pensión compensatoria, por cuanto afirma que son conceptos diferentes ya que la pensión alimenticia propiamente dicha tiene su base en el deber de auxilio mutuo entre cónyuges exigido en el artículo 68 del Código Civil, en relación con los artículos 142 y siguientes, que se ha entendido compatible por el Tribunal Supremo incluso con la separación de hecho libremente consentida ⁽²⁹⁾. Pero, sin embargo, no lo es con las situaciones de divorcio, pues disuelto el matrimonio no se genera entre los cónyuges causa de obligación alimenticia, conforme a los artículos 143, 150 y 152 del Código Civil, pudiéndose fijar únicamente una pensión conforme al artículo 97 del mismo texto legal, conforme se ha pronunciado la jurisprudencia ⁽³⁰⁾.

La Jurisprudencia y la doctrina de las Audiencias Provinciales ⁽³¹⁾ señala que producido el divorcio, dejan de ser cónyuges, desaparece la razón legal de alimentos por esta causa y la sentencia de alimentos pierde su eficacia, viniendo a regular la nueva situación el derecho matrimonial y la sentencia de divorcio que a su amparo se dicta. La Sentencia de esta Sala de 29 junio 1988 había establecido, en efecto, que el divorcio, al suponer el no mantenimiento del matrimonio al haber sido disuelto (...), no genera en cuanto a los cónyuges divorciados causa de aplicación de los artículos 143, 150 y 152 del CC, referidos a los alimentos entre parientes, sino a la fijación de una pensión a establecer en la resolución judicial que acordó el divorcio, conforme se deduce de lo establecido en el artículo 97 CC, que precisamente por su propia

⁽²⁸⁾ Sentencia de 2 diciembre de 1987 [RJ 1987\9.174].

⁽²⁹⁾ STS de 25 noviembre de 1985 [RJ 1.985\5.908]

⁽³⁰⁾ STS de 29 junio de 1988 [RJ 1.988\5.138]

⁽³¹⁾ SAT La Coruña de 3 junio de 1988, SAT Bilbao de 30 noviembre de 1983, SAP Castellón de 26 junio de 1993 [AC 1.993\1.886], SAP Barcelona de 30 junio de 1993, Sentencia de 5-11-1.996, núm. 543/1.996. Rollo de Apelación núm. 86/1.996, AP de Pontevedra, Sección 10 AC 1.996\2.113, 99/1.226 AP Lleida, sec. 1.ª, S 18-2-1.999, núm. 17/1.999, rec. 4/1.999. Pte: Guinaldo López, M.ª Victoria; 98/37868 AP Jaén, sec. 2.ª, S 11-12-1.998, núm. 378/1.998, rec. 476/1.996. Pte: Bermúdez de la Fuente, Fernando; 98/18552 AP Segovia, S. 5-5-1.998, núm. 87/1.998, rec. 251/1.997. Pte: Espejel Jorquera, Concepción; la STS 2 diciembre de 1987 (RJ 1.987\9.174), la de 29 junio de 1988 (RJ 1.988\5.138) y la reciente de 9 septiembre de 1996.

naturaleza, características y manera de fijarla no puede de hecho y jurídicamente confundirse con la prestación de alimentos...

Por todo ello es necesario concluir, en unión con la Jurisprudencia, que el concepto de desequilibrio constituye un presupuesto más amplio que el de necesidad, ya que abarca no sólo las necesidades vitales y se dirige, como ya se ha dicho, a restablecer el perjuicio económico derivado de los supuestos de crisis reseñados, diferencias en cuanto a fundamentos y presupuestos que se encuentran reflejadas tanto en lo que se refiere al momento de su exigibilidad, pues la de alimentos es exigible desde que éstos se necesitan mientras que la pensión por desequilibrio es exigible desde que se dicta la oportuna sentencia de separación o divorcio, al tener la sentencia carácter constitutivo. Así mismo son notorias las diferencias en relación al cese de la obligación, pues la de alimentos se extingue con la muerte del obligado, en tanto que la compensatoria se transmite a los herederos. Igualmente son patentes las diferencias en relación con la renunciabilidad y transacción, pues la de alimentos no es renunciable, en tanto que sí lo es la compensatoria, y en relación con ésta cabe la sustitución por otras forma de pago. En cuanto a la prescriptibilidad, es impropia de la alimenticia, en tanto que la del desequilibrio se encuentra sujeta al lapso de las acciones personales.

Con relación a las cargas del matrimonio conviene distinguirlas de la pensión compensatoria, pues las primeras pueden considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1.318, 1.362 y 1.438 del Código Civil). Se trata de un concepto residual y referible estrictamente a las cargas del sistema económico matrimonial, pago de préstamos y créditos de la sociedad ganancial y, expresamente, como un deber de los cónyuges en algunas legislaciones extranjeras, criterio éste que se sostiene mayoritariamente ⁽³²⁾.

B) *Naturaleza*

La pensión compensatoria, por otra parte, constituye un derecho personal que corresponde a los cónyuges y que tiene por objeto obtener un resarcimiento producido por un daño de carácter objetivo que ha de ponerse de manifiesto en el momento de producirse la crisis matrimonial, al generar ésta un desequilibrio económico en uno u otro cónyuge que implique un empeoramiento en la situación anterior, es decir, la que poseían durante el matrimonio. Por ello, afirma mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia ⁽³³⁾, que no se trata de un derecho incondicional, como puede ser el de ali-

⁽³²⁾ SAT de Barcelona de 24 febrero de 1987, S. AP de Toledo de 15 junio de 1992 [AC 1.992\946], y en el mismo sentido las de la AP de Barcelona Sección 16 de 15 noviembre de 1990; y la de la AP de Madrid Sección 13 de 16 julio 1990; y la Sentencia de 1-12-1.995, núm. 414/1.995. Rollo de Apelación núm. 394/1.994. AP de Jaen AC 1.995\2.447; 98/35759 AP Barcelona, sec. 18.ª, S 7-10-1.998, núm. 70/1.998, rec. 92/1.998. Pte: García Esquiús, Ana María

⁽³³⁾ Sentencia de 29-7-1.992. Rollo de Apelación núm. 258/1.992 AP de Álava; AC 1.992\1.068; Sentencia de 4-5-1.996, núm. 114/1.996. Rollo de Apelación núm. 292/1.995; A. P. De Cuenca, AC 1.996\1.004; Sentencia de 7-12-1.995, núm. 253/1.995. Rollo de Apelación núm. 148/1.995, A.P. de Cuenca; AC 1.995\2.537; Sentencia de 17-11-1.992. Rollo de Apelación núm. 455/1.992 AP Álava; AC 1.992\1571; 98/31.357 AP Lleida, sec. 1.ª, S 7-9-1998, núm. 150/1998, rec. 69/1998. Pte: Villacampa Estiarte, Carolina, 99/496 AP Badajoz, sec. 1.ª, S 22-1-1999, núm. 22/1999, rec. 379/1998. Pte: Plata García, Jesús; 98/37417AP Baleares, sec. 3.ª, S 21-12-1998, núm. 1032/1998, rec. 668/1998. Pte: Moragues Vidal, Catalina, y las que en ella se citan Sentencias de 30 de septiembre de 1996 y 6 de Julio de 1998, entre otras); 98/34931 AP Guipúzcoa, sec. 1.ª, S 28-10-1998, núm. 330/1998. Pte: Barragán Morales, José Luis, 98/14639 AP Cádiz, sec. 1.ª, S 17-4-1998, rec. 489/1997. Pte: Rodríguez de Sanabria Mesa, Fernando Francisco, 98/26708

mentos, pues las condiciones para su estimación son esencialmente objetivas y es independiente de la atribución de cualquier clase de culpa en la crisis matrimonial. Es importante señalar que así como en los supuestos de separación la pensión compensatoria es compatible por su propia naturaleza con el derecho alimenticio, en los supuestos de divorcio, al extinguirse dicho derecho entre cónyuges, no ha lugar a plantearse tal cuestión. Por último es preciso señalar que teniendo en cuenta su condición objetiva se trata esencialmente de confrontar las respectivas situaciones económicas de ambos cónyuges una vez producida la separación o el divorcio a los efectos de determinar si existe o no desequilibrio económico como consecuencia de la ruptura, sin que la fijación de la pensión sea el resultado automático de dicha ruptura⁽³⁴⁾, sino que el desequilibrio económico, una vez constatado, debe ser corregido en virtud de la valoración de las circunstancias de carácter ejemplificativo expuestas en el artículo 97 del Código Civil.

C) *Fundamento jurídico y diferencia con otras prestaciones*

Establecida la pensión compensatoria como un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido con ocasión de la separación o el divorcio y sin vinculación con ninguna idea de culpa conforme señala la doctrina jurisprudencial⁽³⁵⁾, se afirma que su fundamento se encuentra en el principio de solidaridad basado en la concepción social y el orden de valores que el matrimonio comporta. Por ser un derecho reconocido al cónyuge perjudicado responde al principio de rogación, a diferencia de las medidas que *ex officio* han de acordarse respecto a los hijos, vivienda familiar, cargas del matrimonio y disolución del régimen económico del mismo, por lo que, si existe acuerdo o consenso en la separación, la situación de los cónyuges vendrá determinada por esos acuerdos y, si no existe, por la resolución judicial que la fije. Habrá pues, que atender a la pensión que en la misma se fije para ver si la separación produce o no a ese *desequilibrio económico* en la posición del otro cónyuge que *implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio*. Pero es más; la pensión compensatoria, como medida definitiva, en ningún caso debe entenderse como *carga del matrimonio* porque se concede exclusivamente en favor del cónyuge perjudicado por la separación o el divorcio como ha señalado la jurisprudencia⁽³⁶⁾ y surge tras la separación o divorcio, por alteración de la situación económica del cónyuge más débil, cuando aparece una circunstancia *sustancial* modificativa en la fortuna de uno u otro, lo que desemboca en un desequilibrio económico respecto de la situación existente *en el momento* de la ruptura. Preciso es, pues, establecer una comparación entre los medios económicos de uno y otro cónyuge para ver si se da o no ese empeoramiento sustancial.

De ahí que se señale como diferencia fundamental entre la pensión compensatoria y el resto de las medidas derivadas de los procesos de crisis matrimonial que ten-

AP Madrid, sec. 22.ª, S 2-4-1998, rec. 697/1997. Pte: Correas González, Francisco Javier; 98/13762 AP Cádiz, sec. 1.ª, S 6-3-1998, rec. 358/1997. Pte: Rodríguez Rosales, Marcelino.

⁽³⁴⁾ 98/25924 AP Asturias, sec. 6.ª, S 11-9-1998, núm. 439/1998, rec. 117/1998. Pte: Rodríguez-Vigil Rubio, M.ª Elena, 98/3703 AP Asturias, sec. 6.ª, S 26-2-1998, núm. 119/1998, rec. 564/1997. Pte: Rodríguez-Vigil Rubio, M.ª Elena.

⁽³⁵⁾ Sentencia de 29 junio de 1988 [RJ 1988\5138]

⁽³⁶⁾ Sentencia de 2 diciembre de 1987 [RJ 1987\9174]

gan como destinatarios a los hijos menores de edad del matrimonio, que la primera está regida no por el principio de «*ius cogens*», propio de las segundas, sino por el dispositivo y, en cuanto tal, sometido a los principios de autonomía de la voluntad de los esposos en el ámbito material y al de rogación en su aspecto procesal, pudiendo por ello ser renunciada, bien expresamente o bien no haciéndola valer (renuncia tácita) ⁽³⁷⁾ lo que lleva como consecuencia la imposibilidad de fijación de oficio, sin que constituya un obstáculo para su reconocimiento el hecho de que a la demanda de divorcio, en la cual se interesa su establecimiento, le haya precedido la separación, y aún cuando en ella no se hubiese fijado, pues esta posibilidad no le está vedada por el artículo 97 del Código Civil. Lo que sucederá es que para determinar la existencia de los presupuestos que justifican su concesión –desequilibrio económico–, habrá de estarse al momento en que se produjo el cese de la convivencia, ésto es, la separación de hecho del matrimonio ⁽³⁸⁾.

Finalmente, habrá de destacarse que la pensión por desequilibrio habrá de fijarse teniendo en cuenta en su caso las circunstancias que menciona el artículo 97, y señaladamente la contenida en el número 8.º, es decir, la relativa al caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge, lo que revela que estos últimos elementos constituyen más bien la base real y material de la efectividad de la pensión, pero que viene determinada esencialmente en función de las demás circunstancias anteriores ⁽³⁹⁾.

D) *Finalidad*

La inmediata consecuencia de lo expuesto es que la pensión compensatoria tiene por objeto reparar en lo posible el desequilibrio patrimonial que la separación o el divorcio produzca a uno de los cónyuges, con el fin de enjugar dicho desequilibrio durante el tiempo que se calcule como preciso para que el cónyuge desfavorecido pueda proporcionarse nuevos medios de vida, pues la pensión que nos ocupa no puede nunca considerarse como una renta vitalicia ni como una contribución indefinida a la que se tenga derecho por razón de haber contraído en su día matrimonio, ni menos aún puede concebirse, con carácter general, como un derecho absoluto, incondicional e ilimitado temporalmente, a modo de gravamen vitalicio sobre la economía del obligado al pago, pues su legítima finalidad debe ser la de situar a su beneficiario no en una cómoda situación de permanente dependencia del otro consorte, sino en condiciones de poder alcanzar, en un plazo mayor o menor, aquella autonomía pecuniaria por actividad laboral a la que constitucionalmente viene obligado, y de la que hubiera podido disfrutar de no haber mediado el matrimonio, pudiendo únicamente establecerse una permanencia de la pensión por tiempo indefinido cuando en el caso concreto concurra una potencialidad real de que el beneficiario, por sus propios medios, no pueda suplir en un plazo razonable el desequilibrio causante de la misma, y ello como con-

⁽³⁷⁾ 98/25924 AP Asturias, sec. 6.ª, S. 11-9-1.998, núm. 439/1.998, rec. 117/1.998. Pte: Rodríguez-Vigil Rubio, M.ª Elena; 98/17094 AP S. Cruz Tenerife, sec. 1.ª, S. 16-3-1.998, núm. 176/1.998, rec. 549/1.997. Pte: Velázquez de Castro Puerta, Fulgencio V.

⁽³⁸⁾ 98/35832 AP Valencia, sec. 9.ª, S. 14-12-1.998, núm. 1.036/1.998, rec. 124/1.998

⁽³⁹⁾ SAPPM 22 diciembre 1982. SSTS. de 2 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9174] y 29 junio de 1988 [RJ 1988\5138] Sentencia de 7-7-1.995. Rollo de Apelación núm. 114/1.995. AP de Toledo Sección 2.ª, AC 1.995\1.661; Sentencia de 27-10-1.994. Rollo de Apelación núm. 341/1.993, AC 1.994\1771

secuencia de las circunstancias personales del beneficiario, su patrimonio y las propias condiciones personales que le permitan o no subvenir a sus necesidades básicas, y siempre que como consecuencia de la separación o el divorcio se genere en el solicitante una peor situación a la mantenida durante la unión matrimonial. Conforme a este criterio, el desequilibrio deberá ser contemplado en el momento en que tiene lugar, y este momento no es otro que el del cese de la convivencia, motivado bien por la separación o bien por el divorcio. Esto último sólo en los casos en que la acción ejercitada para obtener la ruptura del vínculo (divorcio vincular) no haya venido precedida de otra anterior en que se pidiera la separación legal, pues las sentencias que se dicten en cada uno de ambos procesos producen el efecto común de liquidar el régimen económico matrimonial hasta entonces existente (art. 91 del Código Civil), de tal suerte que a partir de ahí cada cónyuge deja ya de participar en el disfrute de los bienes y ganancias del otro.

La jurisprudencia denominada menor así lo ha entendido ⁽⁴⁰⁾, coincidiendo en señalar que, por lo dicho, la pensión se constituye como una prestación que tiende a evitar que la separación o el divorcio produzca para uno de los cónyuges un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado durante el matrimonio, o mejor, en el último período de normalidad matrimonial, de tal forma que lo acontecido con posterioridad a tal situación temporal en modo alguno puede afectar a la concesión de la prestación o a un aumento de la concedida basada en una mejora de la fortuna patrimonial del obligado, dado que en tales supuestos no impera una causa originadora de la pensión de referencia, que no es otra que la situación de desequilibrio patrimonial producido al tiempo de la separación o divorcio. Por ello, afirma la doctrina ⁽⁴¹⁾ que resultaría anómalo, con ocasión del procedimiento de divorcio, entrar de nuevo a examinar la acción que surge del artículo 97 del Código Civil, sin perjuicio, claro está, de que si al tiempo de decretarse el divorcio, se pierde el derecho a la prestación alimenticia o auxilio económico entre cónyuges acordada en procedimiento de separación previa (a la que se refiere el art. 143 del Código Civil) se produzca con ello un desequilibrio que deba sopesarse, y a ello ha de estarse pues priman los acuerdos de los cónyuges ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Sentencia de 4 de diciembre de 1997, núm. 475/1997. Rollo de Apelación núm. 680/1996, AP de León Sección 1.ª, AC 1997\2435; Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 mayo 1994, 98/33976 AP Valencia, sec. 9.ª, S 5-11-1998, núm. 922/1998, rec. 31/1998. Pte: Baro Aleixandre, José; 98/32991 AP Álava, sec. 1.ª, S 16-9-1998, núm. 220/1998. Pte: Saavedra Ruíz, Juan; 98/27095 AP Madrid, sec. 22.ª, S 2-7-1998, rec. 564/1997. Pte: Correas González, Francisco Javier; 98/20448 AP Álava, sec. 1.ª, S 29-6-1998, núm. 161/1998. Pte: Picazo Blasco, Francisco José, y las que en ella se citan Sentencia núm. 162/97 de 22 de septiembre, Rollo 101/97, SS. 179/95, 118/96, 200/96, y 410/96.

⁽⁴¹⁾ Sentencia de 3 de septiembre de 1997. Rollo de Apelación núm. 1036/1996, AP Barcelona Sección 12.ª, AC 1997\1918, 98/30150 AP Zaragoza, sec. 4.ª, S 5 de octubre de 1998, núm. 583/1998, rec. 113/1998. Pte: Navarro Peña, Eduardo, y las que en ella se citan Sentencia del mismo Tribunal de 27 de julio de de 1998 rollo de apelación núm. 633 de 1997, sentencias, de 2 de noviembre de de 1989 y 4 de diciembre de de 1991 de la Audiencia Provincial de Bilbao (Revista General de Derecho de 1994, pág. 6.330); 9 de noviembre, de 1994 de la de Almería (Actualidad Civil, 1995, número 1); la de 30 de enero de 1995 de la de Cádiz (Aranzadi Civil, abril de 1995) y la de 9 de diciembre de 1997 de la Audiencia Provincial de Palencia (Aranzadi Civil, marzo de 1998, R-2.565).

⁽⁴²⁾ Sentencia de 1 de julio de 1997, núm. 133/1997. Rollo de Apelación núm. 353/1996, AP de Segovia, AC 1997\1488; SAP de Bilbao 15 septiembre 1982, SAP de Bilbao de 23 octubre 1986 y de Barcelona de 9 diciembre 1986, Sentencia de 9 de junio de 1997, núm. 167/1997. Rollo de Apelación núm. 7/1997, AP de Navarra, Sección 20 AC 1997\1278; Sentencia de 13-5-1995. Rollo de Apelación núm. 86/1995, AP de Córdoba, AC 1995\962; SAP de Barcelona de 20 julio 1990, SAP de Santander 28 noviembre 1990.

E) Conclusiones

En base a todo lo precedente es evidente, y así habrá de concluirse, que la pensión compensatoria como institución de carácter económico en los supuestos de separación y divorcio sirve a un concreto fin, que no es otro que el de compensar las diferencias que como consecuencia de la separación o el divorcio se produzcan en uno de los cónyuges con respecto al otro.

La pensión compensatoria es patente que encuentra su precedente en el derecho comparado, y en concreto en la pensión compensatoria del derecho francés, conforme se ha expuesto, si bien deberá significarse que una de las más notables diferencias con tal precedente, es la que a diferencia de aquélla en que únicamente procede su fijación en los casos de divorcio y no de separación, conforme acontece en la aquí analizada, pensión compensatoria que en el derecho francés mostrará sus efectos en el convenio final que ponga fin a las relaciones entre los esposos, y una vez materializada la disolución de la sociedad legal, en cuya liquidación, y con la atribución de bienes en forma no igualitaria se podrá compensar la pensión compensatoria a tanto alzado, y liquidando el importe de la citada pensión de carácter compensatorio con la atribución de bienes procedentes de la liquidación de la sociedad conyugal.

Es patente que la pensión compensatoria tanto en el derecho comparado como en el derecho español no es en modo alguno una pensión alimenticia, y tal afirmación encuentra su fundamento e interpretación más auténtica en los debates legislativos⁽⁴³⁾ habidos durante la tramitación de la citada Ley, siendo en tal sentido de citar que la enmienda número 126, rechazada, propuso la sustitución del precepto por otro de nueva redacción⁽⁴⁴⁾ e inspiración alimenticia.

La reproducción del debate parlamentario es plenamente clarificadora y de ahí que afirmemos que la pensión denominada compensatoria carece de cualquier componente alimenticio.

(43) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 157, 7 pp. 9719 y ss. abril 1981.

(44) Artículo 97: Cuando uno de los cónyuges no pueda subvenir en todo o en parte a sus necesidades después de dictada la sentencia de separación o divorcio, tendrá derecho a una pensión alimenticia que se fijará judicialmente teniendo en cuenta:

- 1.º El convenio de los cónyuges, si lo hubiere.
- 2.º La edad, salud o cualificación profesional del solicitante.
- 3.º Su dedicación pasada o futura a la familia.
- 4.º El caudal, medios económicos y necesidades de uno u otro cónyuge.

En la defensa de la enmienda ante el Pleno se señaló por el representante del Grupo Comunista proponente de la citada enmienda que: «En lo relativo al presupuesto el dictamen trata de garantizar nada más y nada menos los derechos adquiridos que tuviera un cónyuge como consecuencia de su situación matrimonial. Garantizar el eventual ascenso en la escala social que hubiera podido adquirir una persona como consecuencia del matrimonio, a saber, lo que se ha dado en llamar la figura de la cazadotes. Se trata de que la persona que mejora su condición económica o asciende en la escala social como consecuencia del matrimonio tenga garantizado este *status*, aun cuando se produzca la separación o divorcio. Esto nos parece el matrimonio como profesión, contrario a la dignidad humana.»

La representación de UCD entendía que debía mantenerse el precepto porque articulaba una solución que correspondía en equidad. En nuestro derecho, se afirmaba, sólo se conoce la pensión alimenticia, que tenía un carácter híbrido. Había una compensación, una indemnización al inocente, pero había también una pensión por alimentos en sentido estricto.

La nueva pensión, se afirmaba, no tiene nada que ver con la alimenticia y por eso se opone a la enmienda del Grupo Comunista: no compensa lo indispensable para la subsistencia, como prevé la deuda alimentaria, sino que compensa el desequilibrio económico que en relación con el cónyuge produce en uno de ellos la separación o el divorcio. Es una indemnización o compensación por el divorcio y una compensación del desequilibrio económico. Es ajena a toda idea de culpa. Compensa el desequilibrio económico en el *modus vivendi*, equilibra la situación de un cónyuge en relación con el tren de vida del otro.

Dada la conformación que le ha dado el legislador a la misma, ésta es de aplicación a los supuestos tanto de separación como de divorcio, y habida cuenta de su aplicación a los distintos supuestos, no resultará ocioso señalar que serán dos los momentos que se deberán tener en cuenta para su fijación, pues éstos no son equiparables, dada la concepción de la citada pensión.

En los supuestos de separación matrimonial, la pensión hará referencia a la situación precedente previa a la ruptura, situación que evidentemente será la económica previa a la separación de los esposos, y partiendo del hecho básico y fundamental de que la separación comporta un perjuicio económico para ambos cónyuges y en su consecuencia, partiendo de la situación económica precedente vigente, la unión matrimonial, deberá determinarse la existencia de un perjuicio económico, poniendo en relación las situaciones económicas y patrimoniales en que quedan cada uno de los esposos, y bajo los citados parámetros. Determinada la existencia de diferencia patrimonial, procederá su fijación mediante los parámetros que para su cuantificación determina el artículo 97 del Código Civil.

En los supuestos de separación es evidente, así mismo, que no habrá lugar a fijar un componente alimenticio la pensión compensatoria, pues siendo pacífico, de conformidad con la doctrina, que la separación no disuelve el vínculo, es evidente que, en caso de necesidad, el cónyuge que los necesite conforme a las previsiones del artículo 142 del Código Civil, podrá demandar del otro cónyuge los alimentos necesarios de acuerdo con la regulación legal ordinaria.

En relación a los supuestos de divorcio, es igualmente evidente que, a pesar de lo que señala alguna parte de la doctrina, el momento que deberá servir de objeto de comparación no será el de separación de los cónyuges, sino el del divorcio. Avalan esta posición distintas razones de notoria importancia a nuestro criterio. En primer lugar, que al ser el divorcio recogido en nuestra legislación con carácter vincular, con la firmeza de la sentencia que lo declare, se extingue el vínculo entre los cónyuges y en su consecuencia cesa la obligación de alimentos entre ellos en los supuestos de necesidad. Es evidente que el transcurso del tiempo y la previa separación (o cuando menos la sentencia de divorcio si no hubiese habido previa separación), disuelve la sociedad legal, ésta ha sido o será de manera inmediata objeto de liquidación, con atribución a cada esposo de sus respectivos bienes, pudiendo ser objeto de compensación uno de los cónyuges por medio de bienes de la sociedad ganancial. El lapso de tiempo transcurrido entre la separación y el divorcio habrá dado lugar a que cada cónyuge haya procurado una fuente de ingresos propia de una actividad laboral para subvenir a sus necesidades. Afirmamos que será el de la sentencia de divorcio el momento que deberá utilizarse para determinar la existencia de una diferencia económica. Es evidente que no es extrapolable la situación del momento de la ruptura para la determinación de una situación económica, cuando ésta necesariamente ha evolucionado tanto en el sentido de la liquidación y atribución de bienes como en la obtención de trabajos remunerados, derecho o la expectativa del derecho de alimentos y como consecuencia de la firmeza de la citada sentencia.

Para la determinación de la pensión, los parámetros que han de seguirse son los establecidos en el precepto legal, debiendo partirse de que al carecer de contenido alimenticio, la pensión no parte *ab initio* de los caracteres que inspiran dicha institución alimenticia, cuales son el de la periodicidad y el de la modificación en relación con

las necesidades del alimentado y los medios de fortuna del alimentante, siendo patente que la pensión no posee en su esencia un componente de carácter vitalicio, sino que por el contrario su inspiración es el de la concesión de la suma a tanto alzado o en los casos en que tal fijación no sea posible, por medio de cantidades periódicas y limitadas temporalmente. De ahí la previsión legal, que refiere su fijación y determinación al tiempo de duración del matrimonio.

Es evidente que por las razones expuestas y por la multiplicidad de los supuestos que la vida real, que los parámetros precedentes, aplicados a un supuesto concreto, excepcionalmente pueden llevar a la conclusión de que la pensión, que nace con un claro espíritu de limitación en el tiempo o de temporalidad, puedan perfectamente (por la edad de los cónyuges, su estado físico, sus circunstancias personales, el tiempo y la dedicación a los hijos u otros que sean objeto de consideración, dada la limitación de la vida previsible de una persona) abocar a la fijación de la pensión con carácter vitalicio, pues resultaría un contrasentido fijar una pensión que superara notoriamente el plazo lógico de la expectativa de vida de una persona.

En último término, y no por ello menos trascendente, es evidente que su fijación, dado que la pensión atiende a parámetros económicos, deberá ser objeto de prueba precisa en el procedimiento, pues no resultará de recibo que siendo su objeto una compensación por diferencias económicas, su determinación se haga atendiendo a parámetros globalizados e inconcretos, sino que, por el contrario, deberá acreditarse la situación económica de cada uno de los esposos, con el fin de constatar las diferencias a compensar, así como los recursos del obligado a satisfacerla, dado que en otro caso se compensarían hipótesis o futuribles.

Para finalizar, y exclusivamente para los supuestos de pensiones de carácter periódico, su modificación podrá llevarse a término atendiendo a circunstancias extraordinarias o alteraciones substanciales acontecidas con posterioridad a su fijación, por lo que, en consecuencia, será de aplicación el artículo 100 del Código Civil.