


LA NOCIÓN DE “DESEQUILIBRIO” EN LA
COMPENSACIÓN POR SEPARACIÓN O DIVORCIO (UNA
REELABORACIÓN DEL CONCEPTO POR PARTE DE LA
JURISPRUDENCIA)*

*THE NOTION OF “IMBALANCE” IN THE SEPARATION AND
DIVORCE ALLOWANCE (A REWORKING OF THE CONCEPT BY
CASE LAW)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1054-1077

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “La modernización del Derecho de Familia a través de la práctica jurisprudencial” (AICO/2021/090), financiado por la Conselleria d’Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital, de la Generalitat Valenciana, del que es Investigador Principal el profesor José Ramón de Verda y Beamonte.



José Ramón
DE VERDA Y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la reinterpretación jurisprudencial del art. 97 CC y, más concretamente, de la noción de desequilibrio, al que se supedita la percepción de una compensación en caso de separación o divorcio.

PALABRAS CLAVE: Separación; divorcio; compensación económica; matrimonio.

ABSTRACT: *The present paper analyzes the jurisprudential reinterpretation of article 97 of Civil Code and, more specifically, of the notion of imbalance, to which the receipt of compensation in the event of separation or divorce is conditional.*

KEY WORDS: *Separation; divorce; allowance, marriage.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA REINTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRECEPTO: LA IDENTIFICACIÓN DEL DESEQUILIBRIO CON LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES.- III. EL FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA COMPENSACIÓN.- IV. PRESUPUESTOS DE LA COMPENSACIÓN.- 1. La previa existencia de un matrimonio.- 2. La separación o el divorcio.- 3. El desequilibrio económico causado por la separación o el divorcio.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El art. 97 CC regula la compensación por desequilibrio en los casos de separación y de divorcio¹, a través de tres párrafos, de cuya lectura se desprende que el primero de ellos se dirige a fijar los requisitos para que la compensación tenga lugar; y el segundo, una vez establecida su procedencia, a fijar su cuantía.

En la redacción dada al art. 97 CC por la Ley 30/1981, de 7 de julio, los dos primeros párrafos actuales estaban refundidos en uno solo. Tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, quedaron como párrafos independientes.

A tenor del primer párrafo del precepto, “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”.

La redacción actual de este precepto se debe al art. 1.9 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que introdujo dos importantes novedades. La primera de ellas fue la posibilidad de satisfacer la compensación, no solo a través de una pensión periódica (única modalidad prevista en la redacción del precepto debida a la Ley 30/1981, de 7 de julio), sino también mediante una prestación única. La segunda es la referida a la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter

¹ La figura aparece, por vez primera, en nuestra legislación, como consecuencia de la introducción del divorcio, por la Ley 30/1981, de 7 de julio, careciendo de precedentes en la Ley republicana de 2 de marzo de 1932, que, como es sabido, admitió el divorcio entre los años 1932 y 1938.

En efecto, el art. 30 de dicha Ley contemplaba una pensión de alimentos, en caso de necesidad, en favor del cónyuge inocente, sustancialmente distinta a la pensión por desequilibrio económico regulada en el art. 97 CC.

A tenor de dicho precepto, “El cónyuge inocente, cuando carezca de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia, podrá exigir del culpable una pensión alimenticia, independientemente de la que corresponde a los hijos que tenga a su cuidado. Si el divorcio se decretare por causa que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges ambos podrán exigirse recíprocamente alimentos en su caso”.

temporal, y no solamente por tiempo indefinido, como preveía el art. 97.I CC en la redacción dada por la Ley 30/1981.

Conforme al párrafo segundo, "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".

Existe, además, un párrafo tercero, según el cual, "En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad"².

II. LA REINTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRECEPTO: LA IDENTIFICACIÓN DEL DESEQUILIBRIO CON LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES.

Como he dicho, de la lectura del art. 97 CC se colige que sus dos primeros párrafos regulan dos aspectos diversos de la compensación: el primero, los presupuestos; y el segundo, la cuantía de la misma³.

Literalmente, del párrafo primero del precepto, resulta que el desequilibrio que se compensa se identifica con la disminución del nivel económico que, como consecuencia, de la separación o del divorcio, sufre un cónyuge, siendo dos los términos de comparación: por un lado, hay que comparar la situación actual de cada cónyuge en relación con la que tenía antes de la ruptura; pero, además, hay que confrontar la posición económica en la que queda cada uno de ellos, en relación con la del otro, por lo que si ambos resultan estar en una posición parecida no habrá desequilibrio compensable, incluso, aunque quien reclama la prestación, haya visto empeorada su situación, después de la separación o del divorcio; por el

2 La redacción actual de este precepto se debe a la disposición final 1.25 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, que introdujo la separación y el divorcio extrajudiciales (ante Letrado de la Administración de Justicia o Notario).

3 Téngase, en cuenta que antes de la reforma del precepto por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ambos párrafos estaban refundidos en uno solo, lo que no impidió al común de los autores que escribieron poco después de la reforma de 1981 entender que en el mismo había dos partes bien diferenciadas. *Vid.*, así, GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, Ederesa, Madrid, 1982, p. 432; o ROCA TRIAS, E.: "Comentario al art. 97 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 619-621.

contrario, si las posiciones económicas de los cónyuges son notoriamente dispares, el cónyuge que objetivamente se encuentre en peor situación tendrá derecho a ser compensado, con el fin de no ver disminuido el nivel de vida de que disfrutaba durante el matrimonio.

Esta interpretación, llamada “objetiva”, fue discutida por un sector de la doctrina, que postuló un exégesis del precepto, llamada “subjética”, preocupada por la posibilidad de que la aplicación de la norma, tal y como está redactada, perjudicara al cónyuge, de cierta edad, que se había dedicado al cuidado de la familia (o, de no tanta edad, pero, que previsiblemente se iba seguir dedicando a ella), cuando, desde un punto de vista objetivo, su situación, después de la separación o del divorcio, fuera peor que la que tenía antes, pero no que la del otro cónyuge; y, por ello, no existiera desequilibrio en el sentido del art. 97.I CC: para evitarlo, se propuso entender que las circunstancias del art. 97.II CC no solo eran criterios de cuantificación de la compensación, sino también parámetros para apreciar la existencia del desequilibrio, debiendo tenerse en cuenta, a este efecto, las circunstancias personales (subjéticas) de quien reclamase la compensación: muy señaladamente, su edad, estado de salud y dedicación pasada y futura a la familia⁴.

Otro sector de la doctrina (más numeroso) contestó también la interpretación objetiva partiendo de una preocupación distinta, a saber, que el matrimonio pudiera convertirse en una especie de “negocio”⁵, consistente en buscar una persona con una capacidad económica superior a la propia para casarse, con el fin de asegurarse de que, tras la separación o el divorcio, se siguiese disfrutando, del mismo nivel de vida que se tenía durante el matrimonio, incluso, aunque la duración del mismo fuera breve; y ello, con carácter indefinido (hay que recordar que, originariamente, la pensión compensatoria tenía carácter vitalicio)⁶.

4 Vid. en este sentido LALANA DEL CASTILLO, C.: *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 38, en particular, nota 6.

5 VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982, p. 429, se mostró muy crítica con la redacción del art. 97.I CC, afirmando que no se debía establecer una especie de “derecho adquirido” a mantener el nivel de vida de que se disfrutó durante el matrimonio a costa del otro cónyuge, pues, “En la práctica, ello puede suponer, de una parte, una cuasijubilación a temprana edad, al tener resuelto su problema económico con carácter permanente el cónyuge que percibe la pensión”.

6 En la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, ROYO MARTÍNEZ, que defendió la enmienda núm. 126 del Grupo Comunista (en la cual se pretendía la sustitución de la pensión compensatoria por desequilibrio económico por una pensión de alimentos en caso de necesidad), criticó la redacción del art. 97 CC, por entender que posibilitaba que la persona que “mejorase su condición económica o ascendiese en la escala social como consecuencia de matrimonio, tenga garantizado ese status, este *standing* aun cuando se produzca la separación o el divorcio”. Cfr. *Código civil (Reformas 1978-1983) Trabajos parlamentarios*, vol. II (ed. dirigida por F. SANTAOLALLA), Cortes Generales, Madrid, 1985, p. 1690. Frente a ello, PELAYO DUQUE defendió la redacción del precepto y el concepto mismo de pensión compensatoria por desequilibrio, frente al de pensión de alimentos en caso de necesidad, propugnada en la enmienda, argumentado que se trataba de compensar también “lo que llamamos el *modus vivendi* del matrimonio, el equilibrar en la situación de un cónyuge con respecto a otro, el tren de vida, el *status* o situación matrimonial o nivel matrimonial” (loc. ult. cit., p. 1693).

Con el fin de evitarlo, dicho sector doctrinal postuló igualmente considerar que las circunstancias del art. 97.II CC (o, mejor dicho, algunas de ellas) constituían también criterios para apreciar la existencia del desequilibrio⁷. Sin embargo, no se trataba aquí de evitar que el cónyuge que se había dedicado a la familia se viera privado de compensación, por no ser su situación peor que la del otro, sino de excluir que la mera existencia de un desequilibrio económico, entendido este en sentido objetivo (es decir, cualquiera que fuera su causa), diera lugar a la compensación. Se propuso, por ello, valorar las circunstancias subjetivas del cónyuge que solicitaba la pensión en orden a decidir si el desequilibrio económico por él sufrido era merecedor de ser compensado, llegando, básicamente, a la conclusión de que solo era compensable el desequilibrio causado por la pérdida de oportunidades como consecuencia de su dedicación a la familia o de la colaboración desinteresada en la actividad económica del otro consorte⁸.

Esta segunda interpretación ha sido acogida por la jurisprudencia desde una emblemática sentencia⁹, que declaró que las circunstancias del art. 97.II CC tienen una doble función: "a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio (...), y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión". Ha integrado, así, los dos párrafos del precepto, afirmando que "la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación"¹⁰.

7 Vid. a este respecto, LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R.: "Comentario al art. 97 CC", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, Madrid, 1994, 2^a ed., pp. 1179-1180.

8 Vid. en este sentido CAMPUZANO TOMÉ, H.: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 3^a ed., p. 75; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: *La temporalidad de la pensión compensatoria: una realidad de nuestro tiempo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 55-69; y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005, pp. 57-64.

9 STS 19 enero 2010 (RAJ 2010, 417).

10 Esta doctrina jurisprudencial es seguida de manera constante por el Tribunal Supremo, entre otras muchas, por SSTS 14 marzo 2011 (Tol 2080803), 22 junio 2011 (Tol 2227659), 16 noviembre 2012 (Tol 2685953) y 17 diciembre 2012 (Tol 2714277), o más recientemente, por SSTS 11 mayo 2016 (Tol 5728503), 18 mayo 2016 (Tol 5733178), 5 octubre 2016 (Tol 5843675), 24 marzo 2017 (Tol 6010408), 18 julio de 2019 (Tol 7419524) y 3 junio 2020 (Tol 7969778).

En realidad, aunque esta interpretación integradora del art. 97 CC, se aparte de lo que dice el precepto, sin embargo, reconduce la compensación al supuesto en el que básicamente estaba pensando el legislador al regular la pensión compensatoria.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", cit., p. 431, decía, así: "parece que el legislador está contemplando la hipótesis de la mujer casada bajo el régimen de sociedad de gananciales que ha dedicado su vida al hogar y carece de una especialización profesional, cuya situación económica va a sufrir, presumiblemente, grave deterioro con el divorcio".

En el concreto caso, se consideró improcedente la concesión de la pensión compensatoria solicitada, por entender que la mujer “no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio, ya que su capacidad de trabajo se ha mantenido intacta a lo largo del mismo”, ya que la dedicación a la familia “no le ha impedido trabajar cuando así lo ha considerado conveniente o cuando ha encontrado oportunidades laborales en el mercado de trabajo”. Se evidenció también que “El régimen económico matrimonial que ha regido las relaciones patrimoniales entre los cónyuges ha sido el de gananciales, lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que los dos inmuebles de que son titulares lo son por mitad”.

Hay que observar que la integración propugnada por la jurisprudencia no afecta por igual a todas las circunstancias del art. 97.II CC, sino que, como ella misma dice, se centra, básicamente, en “la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge” (además de en el régimen económico matrimonial, circunstancia esta no prevista expresamente por el precepto, pensándose, sin duda, en los regímenes de comunidad y, en particular, en la sociedad de gananciales), por lo que la interpretación objetiva ha derivado en una identificación del desequilibrio con la pérdida de oportunidades, económicas y profesionales¹¹.

III. EL FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA COMPENSACIÓN.

Cabe reflexionar sobre el fundamento y la naturaleza de la compensación.

A mi parecer, su fundamento, tal y como fue concebida en 1981, era la idea de la solidaridad postconyugal: el art. 97 CC presupone (y presupone) la existencia de un matrimonio, mediante el cual los cónyuges asumen, entre otras obligaciones, la de asistirse y socorrerse mutuamente (arts. 67 y 68 CC), obligación esta, que, si bien se extingue en el caso de disolución del matrimonio por divorcio (quedando en suspenso en la separación legal), tiene una proyección ulterior en el deber de satisfacer una pensión compensatoria cuando se den los requisitos previstos en el párrafo primero del precepto (es indicativo que en la redacción del mismo debida

¹¹ Esta interpretación jurisprudencial suscita en la actualidad la adhesión del común de los autores. Vid. en este sentido, por ejemplo, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “La compensación”, en *Las crisis familiares. Tratado Práctico Interdisciplinar* (dir. J.R. de VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 292-294; BELIO PASCUAL, A. C.: *La pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 76; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital” del perceptor de la pensión compensatoria*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 50-52; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, en *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), 4ª ed., Colex, Madrid, 2013, P. 195; o ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*, Bosch Wolters Kluwer, Hospital de Llobregat, 2017, p. 335.

a la Ley 30/1981, de 7 de julio, la compensación se llevara a cabo, exclusivamente, mediante un pensión periódica de carácter indefinido)¹².

En definitiva, subyacía la idea de que el divorcio no podía borrar, de manera total y absoluta, la relación con el cónyuge perjudicado por la ruptura, cuya posición no era la de un "extraño"¹³, por lo que no es raro que en un momento inmediatamente posterior a la reforma de 1981 se llegara, incluso, a hablar de la existencia de un estado civil de divorciado¹⁴.

Desde esta perspectiva es lógico que no se reconociera pensión compensatoria en el caso de ruptura de unión de hecho, puesto que (al menos desde la perspectiva del Código civil) los convivientes, a diferencia de los cónyuges, no asumen ningún estado civil, dentro del cual se integre un deber de asistencia y socorro mutuo. Ciertamente, no creo que en 1981 pasara por la mente del legislador plantearse esta posibilidad, pero no lo es menos que, con posterioridad (por ejemplo, con ocasión de la reforma del precepto en 2005) pudo haberse optado por esta posibilidad y no se hizo. La compensación por desequilibrio estuvo, pues, y sigue estando unida a la solidaridad postconyugal, idea esta, que, sin embargo, aparece cada vez más debilitada en la sociedad moderna, ante la generalización del divorcio, la cada vez más corta duración de muchos matrimonios y el acceso de las mujeres al mercado de trabajo.

Vincular la compensación a la solidaridad postconyugal no significa, necesariamente, realizar una lectura del art. 97 CC en clave puramente asistencial¹⁵. De hecho, su finalidad esencial es compensar el desequilibrio económico causado a un cónyuge como consecuencia de la separación o del divorcio, por lo que el hecho de percibir un salario, por sí mismo, no impide la obtención de una

12 LALANA DEL CASTILLO, C.: *La pensión*, cit., p. 24, observa que la solidaridad postconyugal explica "en parte que, a pesar de que el vínculo matrimonial haya desaparecido, en caso de divorcio, siga vigente una relación entre los antiguos cónyuges, aunque únicamente sea a efectos económicos".

13 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Régimen", cit., p. 192, afirma que "La pensión, más aún si es por tiempo indefinido (pero también la temporal) supone en alguna medida la continuidad de los efectos del matrimonio, incluso indefinidamente, más allá del momento en que ha quedado disuelto por el divorcio; dicho con otras palabras, los cónyuges pueden divorciarse, pero no siempre pueden evitar continuar ligados por la pensión (cuyo fundamento último sería un matrimonio ya disuelto)".

14 Cfr., así, GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 86 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Edersa, Madrid, 1982, pp. 312-313.

15 En la tramitación del Proyecto de Ley se presentó una enmienda, la núm. 126, por parte del Grupo Comunista, defendida por PÉREZ ROYO, en la que, precisamente, se pretendía sustituir la pensión compensatoria por desequilibrio, por una "pensión alimenticia", "Cuando uno de los cónyuges no pueda subsistir en todo o en parte, a sus necesidades, después de dictada sentencia de separación o de divorcio". Cfr. *Código civil (Reformas 1978-1983)*, cit., p. 1273.

Dicha enmienda fue rechazada, rechazo que fue justificado por PELAYO DUQUE, quien observó que "La finalidad de esta pensión no es la de la pensión alimenticia; tiene un sentido mucho más amplio que desborda el contenido de la pensión alimenticia en el sentido de ir a compensar, no lo que indispensable para la subsistencia, tal como viene definido por el concepto de alimento, sino que viene a compensar el desequilibrio económico que, en la situación de un cónyuge, produce en relación con la del otro el divorcio o separación" (loc. ult., cit., p. 1693).

compensación, habiendo declarado la jurisprudencia, de manera reiterada, que la pensión compensatoria, a diferencia de la de alimentos, es independiente de la noción de “necesidad” de quien la solicita, por lo que el cónyuge que sufre el desequilibrio puede ser acreedor de la misma, aunque tenga medios suficientes para mantenerse, por sí mismo¹⁶.

Ahora bien, no parece posible desvincular de manera absoluta la compensación de la idea de “necesidad”, pues, si bien es cierto que puede haber un desequilibrio económico compensable, sin que exista una situación de necesidad del cónyuge perjudicado por la ruptura, no lo es menos, que, en muchas ocasiones, será, precisamente, dicha situación de necesidad, la que contribuya a determinar la existencia de un desequilibrio (repárese en que, según el art. 97.II, 8° CC “las necesidades de uno y otro cónyuge” son un parámetro para cuantificar la compensación¹⁷).

La conexión entre compensación y necesidad es también evidente en el ámbito de la modificación y extinción de la pensión compensatoria, que puede ver reducida su cuantía cuando aumente la fortuna del acreedor (art. 100.I CC), e, incluso, llegar a extinguirse, por “cese de la causa que lo motivó” (art. 101.I CC), es decir, cuando, el acreedor aumente sus recursos hasta el punto de que pueda llegarse a la conclusión de que superó el desequilibrio, si bien lo que, en realidad, sucederá, en no pocos casos, es que ya no tendrá necesidad de la pensión, por haber alcanzado una capacidad económica suficiente que le permita ser autosuficiente.

Bien mirado, la regulación de las causas de extinción de la pensión compensatoria no casa bien con la idea, jurisprudencialmente consagrada, de que lo que se compensa a través del art. 97 CC es la pérdida de oportunidades, como consecuencia de la dedicación a la familia o a las actividades económicas del otro cónyuge. Si esto es así, no se entiende por qué el acreedor pierde el derecho a seguir percibiendo la pensión al aumentar de fortuna, por ejemplo, por recibir una herencia, pues esta circunstancia no hace desaparecer el empobrecimiento sufrido durante el matrimonio (pérdida de ingresos no compensados suficientemente con un régimen de comunidad y/o pérdida de expectativas de desarrollo profesional): en el fondo, subyace la idea de que ya no necesita la pensión para vivir.

La misma perplejidad produce, desde este punto de vista, el hecho de que la pensión se extinga por el hecho de que el acreedor contraiga nuevo matrimonio

16 Vid. SSTS 9 febrero 2010 (Tol 1790763), 22 junio 2011 (Tol 2227659), 27 junio 2011 (Tol 2191098), 7 marzo 2018 (Tol 6531191) y 29 junio 2020 (Tol 8000209).

17 LALANA DEL CASTILLO, C.: *La pensión*, cit., p. 24; E. Roca Trías: “Comentario al art. 97 CC”, cit., pp. 617-618; y VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad*, cit., p. 427, llaman la atención sobre la circunstancia de que las necesidades de los cónyuges son un elemento de cuantificación de la pensión compensatoria.

o viva maritalmente con otra persona; y ello, porque esta circunstancia, por sí misma, no implica la desaparición del desequilibrio¹⁸.

En realidad, subyace aquí la idea de que, siendo la pensión compensatoria un reflejo de la obligación de asistencia y socorro mutuo (suspendida o extinguida como consecuencia de la separación o del divorcio)¹⁹, la misma deja de tener sentido, cuando, como consecuencia de la celebración del posterior matrimonio, nace una nueva obligación de asistirse y socorrerse entre los cónyuges actuales²⁰.

Respecto de la consideración de la vida marital con tercero como causa de extinción de la pensión compensatoria, se trataba, básicamente, de evitar el fraude de quienes, para no perder la pensión, no se volvían a casar, pero convivían *more uxorio* con otra persona²¹.

Sucede, sin embargo, que la unión de hecho se ha generalizado y, dentro de ella, aparecen, con frecuencia, fórmulas que no responden a la idea de convivencia, entendida esta como vida estable bajo un mismo techo. Hay, así, multitud de relaciones afectivas con la nota de exclusividad entre personas que, por diversas razones (deseo de mantener la propia independencia, de no asumir ningún tipo de limitación a su libertad, de evitar conflictos con los hijos de sus parejas), no conviven en el mismo domicilio.

Bien pensado, sobre todo, desde la óptica de los valores socialmente imperantes, la obligación de pagar una pensión a una persona con la que ya no se

18 GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La "vida marital"*, cit., p. 65, afirma –creo que con razón– que estas causas de extinción de la pensión compensatoria "se da de bruces" con la idea de compensación por desequilibrio económico, pues "Si esto es así, tal compensación poco o nada debería tener que ver, al menos necesariamente, con el posterior matrimonio o vida marital del sujeto con derecho a ella".

19 LALANA DEL CASTILLO, C.: *La pensión*, cit., pp. 244-245, respecto de esta causa de extinción observa que "En el fondo puede verse en este punto la prueba de un elemento alimenticio de la pensión"; y lo mismo ROCA TRIAS, E.: "Comentario al art. 97 CC", cit., pp. 617-618, que, refiriéndose a preceptos que podrían inducir a pensar que la pensión compensatoria tiene carácter alimenticio, alude al art. 101 CC, en la medida en que el nuevo matrimonio del pensionista "soluciona la necesidad en que se encontraba".

20 Este es el fundamento de esta causa de extinción, según el común de la doctrina. Cfr., así, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La compensación", cit., p. 310; BELIO PASCUAL, A. C.: *La pensión*, cit., p. 361; LALANA DEL CASTILLO, C.: *La pensión*, cit., p. 244-245; LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R.: "Comentario al art. 101 CC", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, Madrid, 1994, 2^a ed., p. 1203; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Régimen", cit., p. 197; ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "La extinción de la pensión compensatoria", en *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado Práctico Interdisciplinar* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 233; ROCA TRIAS, E.: "Comentario al art. 101 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 641-642; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a P.: *La extinción*, cit., p. 86.

21 Cfr. BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La compensación", cit., p. 311; BELIO PASCUAL, A. C.: *La pensión*, cit., p. 362; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 101 CC", en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1065; GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", cit., p. 442; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La "vida marital"*, cit., pp. 58-59; LALANA DEL CASTILLO, C.: *La pensión*, cit., p. 248; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Régimen", cit., p. 197; ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "La extinción", cit., p. 235; ROCA TRIAS, E.: "Comentario al art. 101 CC", cit., p. 642; o SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a P.: *La extinción*, cit., pp. 101-102. *Vid.*, no obstante, en sentido crítico, MUÑOZ RODRIGO, G.: "La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital: Significado y finalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 bis, 2018, p. 358.

mantiene una relación de familia (hoy los casos de separación, dada la facilidad con la que se puede acceder al divorcio, son raros) es una “rareza”, por lo que no tiene sentido prolongarla, por la mera circunstancia de que el perceptor no conviva “more uxorio” (en el sentido estricto del término) con su nueva pareja: mantener la solidaridad post conyugal, en este supuesto, resultaría, a todas luces, excesivo.

A mi parecer, si se quiere desvincular la compensación de la idea de “necesidad”, para centrarla en la idea de reparación por la pérdida de oportunidades, debiera establecerse una modalidad de prestación única, calculando su importe al tiempo de la separación o del divorcio, sin perjuicio de que pudiese establecerse un fraccionamiento de los pagos en diversos plazos sucesivos: mientras no se haga así, la compensación tendrá, inevitablemente, una naturaleza mixta²².

IV. PRESUPUESTOS DE LA COMPENSACIÓN.

Los presupuestos de la compensación son: a) la previa existencia de un matrimonio; b) la separación o el divorcio; y c) el desequilibrio económico de uno de los cónyuges, como consecuencia de aquellas.

1. La previa existencia de un matrimonio.

El art. 97 CC presupone la existencia de un matrimonio, lo cual es lógico, porque, como he dicho, la compensación, para el legislador de 1981, es una proyección de la obligación de asistencia y socorro mutuo en un periodo posterior a la disolución del mismo por divorcio (o a la cesación de sus efectos, en el caso de separación): al no existir una obligación legal semejante a cargo de los convivientes de hecho, es entendible que no se les reconozca el derecho a exigir la compensación prevista en el precepto.

No obstante, una sentencia²³, ha tenido en cuenta el periodo de convivencia *more uxorio*, previo al matrimonio, para determinar la cuantía y el plazo de duración de una pensión compensatoria de carácter temporal de tres años, concedida como consecuencia del desequilibrio sufrido por la mujer por su dedicación a la familia y a la actividad profesional del marido (torero). Observa que tal dedicación al hogar y a la colaboración profesional del marido tuvo lugar, “sin solución de continuidad, durante la unión de hecho y durante la convivencia conyugal, hasta que se produjo la ruptura de esta; por lo que debe computarse aquel tiempo de convivencia, sobre todo si se tiene en cuenta que la jurisprudencia admite fórmulas resarcitorias en caso de ruptura de parejas de hecho”. Precisa, sin embargo, que “en el supuesto enjuiciado no existió una ruptura de la convivencia *more uxorio*,

²² Como sostiene LALANA DEL CASTILLO, C.: *La pensión*, cit., p. 24.

²³ STS 16 diciembre 2015 (RAJ 2015, 5887, Rec. 1888/2014).

solicitándose compensación por tal circunstancia. La convivencia *more uxorio* cesó porque lo que era una unión de hecho se convirtió en una unión de derecho, esto es, en matrimonio, continuando las relaciones entre las partes en las mismas condiciones y con los mismos roles que antes”.

Durante un tiempo, la jurisprudencia²⁴ se mostró favorable a aplicar analógicamente a las uniones de hecho el art. 97 CC, concediendo la pensión por desequilibrio prevista en el precepto para el caso de separación o divorcio al conviviente perjudicado por la ruptura²⁵. Sin embargo, en la actualidad es doctrina jurisprudencial consolidada que no procede dicha aplicación analógica, dado que la unión de hecho y el matrimonio no son realidades equivalentes, debiendo acudir, en su caso, al principio de prohibición de enriquecimiento injusto para reparar el perjuicio que experimenta el conviviente, como consecuencia de la ruptura, consistente en haberse dedicado al trabajo doméstico o haber colaborado en las actividades empresariales o profesionales del otro, sin haber recibido retribución por ello²⁶.

Aun compartiendo esta doctrina jurisprudencial, cabe observar que el conviviente *more uxorio* perjudicado por la ruptura, mediante el principio de prohibición de enriquecimiento injusto, podrá obtener la reparación de un

24 También un sector de la doctrina. Vid. por ejemplo en este sentido MIRALLES GONZÁLEZ, I.: “La disolución de la unión no matrimonial. Efectos”, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 213.

25 Vid. en este sentido SSTS 5 julio 2001 (Tol 230668) y 16 julio 2002 (Tol 202431). La primera de ellas condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia “*more uxorio*, que había durado quince años, al pago a la mujer abandonada de una indemnización compensatoria de dos millones novecientos setenta y cinco mil pesetas. En esta sentencia el Tribunal Supremo excluyó la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto, considerando solución más adecuada la aplicación analógica del art. 97 CC, entendiendo que existe “*semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasiona un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de convivencia ‘more uxorio’ de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio*”. La segunda reconoció a la mujer abandonada el derecho a percibir una pensión compensatoria de quince mil pesetas mensuales por ruptura de una convivencia “*more uxorio*”, que había durado seis años, y de la que había nacido un hijo. Nuevamente, el Tribunal Supremo volvió a descartar la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, estimando que la aplicación analógica del art. 97 CC era una solución más adecuada en orden a fundamentar el fallo. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), vol. I, Murcia, 2004, p. 233, al referirse (en una exposición crítica), a esta orientación jurisprudencial favorable a la equiparación entre matrimonio y unión de hecho, decía que parecía que “no tiene marcha atrás”.

26 En efecto, hoy, a partir de la importante STS (Pleno) 12 septiembre 2005 (Tol 719651), se afirma que “es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio [...] aunque las dos estén dentro del derecho de familia”: “Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”: “Por ello-se añade, debe huirse de la aplicación por “*analogía iuris*” de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 97 y 98 CC, ya que tal aplicación analógica comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”. Vid. en el mismo sentido SSTS 22 febrero 2006 (Tol 846265), 19 octubre 2006 (Tol 1006910), 27 marzo 2008 (Tol 1354577), 30 octubre 2008 (Tol 1432563), 11 diciembre 2008 (Tol 1432568) y 6 octubre 2011 (Tol 2252090).

perjuicio, sustancialmente idéntico, al que el cónyuge que sufre el desequilibrio puede reclamar a través del art. 97 CC, según la interpretación que del precepto realiza actualmente la jurisprudencia²⁷.

Es, en efecto, habitual que la jurisprudencia recurra a dicho principio general, con el fin de proteger al perjudicado por la ruptura de la unión de hecho cuando los convivientes, expresa o tácitamente, no constituyeron, expresa o tácitamente, alguna comunidad de bienes (por ejemplo, sobre la vivienda familiar) o una sociedad respecto el ejercicio de una actividad profesional o económica, que permite a ambos convivientes participar en ganancias. Se trata, casi siempre, de supuestos en que ha existido una larga convivencia de hecho, con dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas²⁸ o colaboración en las actividades económicas de su compañero sin recibir ninguna retribución²⁹; y ello, con independencia de que la ruptura de la unión de hecho haya tenido lugar por voluntad unilateral del varón o por el hecho de su muerte, lo que es perfectamente lógico, ya que no se trata aquí de sancionar a quien rompe la vida en común, sino de compensar económicamente al conviviente perjudicado por el enriquecimiento sin causa de su compañero³⁰.

Es, por ello, que se condenó al varón, que voluntariamente había roto la convivencia *more uxorio*, que había durado seis años, a pagar a la mujer abandonada la cantidad de catorce millones de pesetas (algo más, de 84.000 euros), al entenderse que esta última había sufrido un empobrecimiento, derivado de su dedicación desinteresada a las relaciones sociales de su compañero y a su atención doméstica, con el consiguiente enriquecimiento injustificado de éste³¹.

Un fallo reconoció también a la mujer abandonada el derecho a percibir una indemnización compensatoria de quince millones de pesetas (algo más de 90.000 euros), por ruptura de la convivencia *more uxorio*, mediante la aplicación del principio general de prohibición de enriquecimiento injusto, teniendo en cuenta que la mujer "había sacrificado veinte años de su vida para atender al demandado e hijos, descuidando su formación laboral y sus expectativas en orden a dispensar un mejor cuidado y atención a la familia"³².

27 Lo evidencia ESTRADA ALONSO, E.: "Compensación económica al cese de la convivencia *more uxorio*", en *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares* (dir. C. SANCIÑENA ASURMENDI, coord. I. FERNÁNDEZ CHACÓN y C. GAGO SIMARRO), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 353.

28 Vid. en este sentido SSTS 11 diciembre 1992 (Tol 1654941), 27 marzo 2001 (Tol 71705) y 17 enero 2003 (Tol 230655), como también SSAP Pontevedra 28 abril 2006 (Tol 938477) y Zaragoza 11 mayo 2010 (Tol 1978779).

29 Vid. en este sentido SSAP Asturias 16 enero 1997 (AC 1997, 103) y Barcelona 29 septiembre 2000 (JUR 2001, 55).

30 Vid. en este sentido STS 17 junio 2003 (Tol 285652).

31 STS 11 diciembre 1992 (Tol 1654941).

32 STS 27 marzo 2001 (Tol 71705).

Con apoyo en el mismo principio, otra sentencia condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia *more uxorio*, de diecinueve años, de la que habían nacido dos hijos, al pago de una indemnización compensatoria, cuya cuantía quedó establecida en un tercio de los bienes adquiridos por el varón durante el periodo en que había durado la unión de hecho. Precisó que, mediante el reconocimiento de la indemnización, "no se acepta la igualdad o asimilación (de la unión de hecho) al matrimonio, sino que trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil"³³.

Igualmente, se ha reconocido a la mujer, integrante de una unión de hecho, disuelta por muerte del varón, el derecho a obtener una indemnización equivalente al veinticinco por ciento del valor de los bienes adquiridos por aquél durante el tiempo en que había durado la convivencia *more uxorio* con los ingresos obtenidos con su trabajo y por la explotación de una farmacia de la que era titular. Se evidenció que la mujer se había dedicado, en exclusiva, durante cincuenta y tres años al cuidado de su compañero y del hogar familiar, "prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no sólo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio"³⁴.

Como regla general, puede, pues, afirmarse que se empobrece quien durante un prolongado período de tiempo se dedica, en exclusiva o de modo prioritario, a la atención del hogar o colabora en la empresa o negocio de su compañero sin recibir ninguna compensación por ello³⁵.

El empobrecimiento resulta, no sólo de la no percepción de una retribución por el ejercicio de estas actividades, sino también de las dificultades que tiene para acceder a un empleo la persona que siempre se ha dedicado a las labores domésticas (pensemos en mujeres de avanzada edad, de escasa cualificación profesional, que nunca han trabajado fuera de casa), o también de las dificultades que encuentra para reincorporarse al mercado de trabajo quien lo ha abandonado durante un prolongado período de tiempo; empobrecimiento, que todavía es más claro cuando la mujer ha dejado un trabajo retribuido al tiempo de iniciarse la convivencia.

33 STS 17 enero 2003 (Tol 230655).

34 STS 17 junio 2003 (Tol 285652).

35 Vid. a este respecto SSTS 5 febrero 2004 (Tol 348570) y 30 octubre 2008 (Tol 1432563).

No obstante, hay que excluir la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto cuando quien lo pretende no ha recibido propiamente una retribución por sus labores domésticas equiparable a un salario, pero sí otras compensaciones económicas, que impiden considerar que la situación en la que se ha desarrollado la convivencia de hecho y su posterior ruptura le ha producido un empobrecimiento.

Se denegó, así, la pretensión de la reclamante, de que el varón le satisficiera una indemnización por enriquecimiento injusto, valorando el hecho de que, mientras persistió la unión de hecho, el demandado había asumido la práctica totalidad de los gastos comunes, así como los generados por la atención de los dos hijos de la mujer, que vivían con ellos, domiciliando su nómina en la cuenta corriente de la demandante, y pagando, además, las amortizaciones del crédito hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda, que era de propiedad exclusiva de aquélla³⁶.

Se desestimó igualmente la indemnización por enriquecimiento injusto solicitada por la conviviente, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, argumentando que el varón demandado había transmitido gratuitamente a la actora, bajo la apariencia de un falso contrato de compraventa, carente de precio real, participaciones en la sociedad explotadora de un restaurante, ascendiendo las participaciones cedidas a casi la mitad del capital social³⁷.

2. La separación o el divorcio.

La compensación procede, según el art. 97.I CC, en los casos de separación o de divorcio, aunque hay que tener en cuenta, sin embargo, que en la actualidad los casos de separación legal son escasos.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, reformó radicalmente las causas de separación y divorcio (reforma que permanece hasta nuestros días); y ello, en un doble sentido:

En primer lugar, las asimiló, con lo que privó a la separación de importancia práctica (si los motivos que permiten separarse o divorciarse son los mismos, los cónyuges que atraviesan una crisis matrimonial grave suelen acudir directamente al divorcio, sin pasar antes por una fase previa de separación).

En segundo lugar, por aplicación del principio de libre desarrollo de la personalidad, estableció como una única causa de separación y divorcio la mera voluntad de ambos cónyuges o de un solo de ellos de no querer seguir conviviendo o de continuar casados (sin atribuir, pues, ninguna significación al

36 SAP Málaga 25 abril 2002 (Tol 1189041).

37 SAP Gerona 2 octubre 2002 (Tol 263405).

posible incumplimiento de las obligaciones conyugales, ni exigir la acreditación de un período mínimo de cesación de la convivencia conyugal, como ocurría antes de la reforma), estableciendo, sin embargo, un límite temporal de tres meses desde la celebración del matrimonio para poder interponer la demanda de separación o divorcio (salvo que la misma sea presentada por uno solo de los cónyuges y mediasen malos tratos, en cuyo caso no será necesario esperar al transcurso de dicho plazo)³⁸.

La compensación no procede en el caso de la nulidad de matrimonio, lo que resulta coherente con la idea de que la compensación es un reflejo último de la obligación de asistencia y socorro mutuo: si el matrimonio es nulo, no surgió de él dicha obligación conyugal, por lo que mal puede dar lugar al pago de una compensación, concebida como una proyección de aquella.

No obstante, según el art. 98 CC, "El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio sea declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97".

A mi entender, la indemnización prevista en este precepto es de naturaleza distinta a la compensación del art. 97 CC, siendo diferentes sus presupuestos (exigencia de convivencia y de mala fe de uno de los contrayentes). No me parece que sea casualidad que el art. 98 CC use la expresión "indemnización", la cual contrastaba con la de "pensión", que utilizaba el art. 97 CC, en la redacción dada al precepto por la Ley 30/1981, de 7 de julio, con anterioridad a la reforma del mismo, debida a la Ley 15/2005, de 8 de julio³⁹.

38 Este límite temporal de los tres meses, así como la excepción al mismo derivada de los malos tratos, persiste tras la reforma de 2015 en el vigente art. 81 CC (al que se remite el art. 86 CC, no reformado en el 2015) para la separación o divorcio judicial. El mismo límite de los tres meses se aplica a la separación o divorcio extrajudicial (ante Secretario Judicial o Notario), aunque en este caso, sin excepción ninguna, sin duda, pensando en que si el (actualmente Letrado de la Administración de Justicia) o Notario son sabedores de la existencia de malos tratos, lo que deben hacer es efectuar la oportuna denuncia (art. 82 CC redactado por la disposición final primera, 18, de la Ley 15/2015).

39 En realidad, si se sigue el *iter* legislativo del precepto se observa que la intención del legislador cambió a lo largo del mismo.

En el Proyecto del Gobierno se proponía una redacción del art. 98 CC, bien diversa de la que acabaría por prosperar, que era la siguiente: "El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá también el derecho a la pensión a que se refiere el artículo anterior, si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga". *Cfr. Código civil (Reformas 1978-1983)*, cit., p. 1218.

Así pues, en el Proyecto del Gobierno, de un lado, se extendía la pensión compensatoria por divorcio o separación a los supuestos de nulidad matrimonial (siempre que hubiera existido convivencia); y, de otro, se prescindía del examen de la buena o mala fe de los contrayentes, a los efectos de determinar la obligación de satisfacer la pensión.

A este texto se presentaron dos enmiendas, que habrían de influir decisivamente en la redacción definitiva del precepto y que alejarían el art. 98 CC del art. 97 CC.

La enmienda núm. 127 propuso la siguiente redacción: "El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia marital, atendidas las circunstancias previstas en el artículo anterior". Se justificaba la sustitución de la "pensión" por una "indemnización", con el argumento de que, de este modo, se llegaba a una solución más acorde con el supuesto de nulidad, que posee contornos específicos respecto de la separación o el divorcio; y, de otro, con la idea de sanción frente a un acto nulo (*loc. ult. cit.*, vol. II, p. 1274).

No me convence la tesis que aproxima la indemnización del art. 98 CC a la compensación del art. 97 CC⁴⁰; y ello, porque el desequilibrio económico que el cónyuge de buena fe pudiera sufrir respecto del de buena fe, tiene su cauce en el art. 95.II CC, según el cual “Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”.

Por otro lado, esa lectura en clave de “desequilibrio económico” lleva a los autores que la defienden a interpretar el art. 98 CC en el sentido de entender que la indemnización en él prevista también tendrá lugar, por razones de justicia, cuando ambos contrayentes sean de buena fe, para evitar que, en este caso, se excluya una justa reparación. Sin embargo, esta interpretación parece ir contra lo que claramente se deduce del precepto, que, al identificar al acreedor de la indemnización, se refiere al cónyuge de buena fe, con lo que implícitamente presupone que el deudor es, exclusivamente, el de mala fe.

En realidad, no parece necesario realizar esta interpretación forzada de la norma, si se considera que los desequilibrios que no puedan ser reparados a través del art. 95.II CC (entre ellos, señaladamente, los que tengan lugar, cuando ambos contrayentes sean de buena fe) podrán ser resarcidos a través del principio de enriquecimiento injusto, que opera prescindiendo de la buena o mala fe de los sujetos, tal y como acontece en el supuesto de extinción de uniones de hecho, donde se aplica dicho principio para reparar el perjuicio sufrido por el conviviente que se dedicó al cuidado de la familia o colaboró desinteresadamente en la actividad económica del otro. Sería absurdo aplicar el principio de enriquecimiento injusto

La enmienda núm. 376 propuso, igualmente, un cambio en la redacción del art. 98 CC en los siguientes términos: “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo no tendrá derecho a la pensión que establece el artículo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 de su derecho a reclamar daños y perjuicios que le hubiesen sido causados, si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga. La justificación de la enmienda era la siguiente: “Estimamos que no cabe hablar de una *pensión entre cónyuges* en el caso de la nulidad porque nunca han sido *cónyuges*, nunca existió el matrimonio. Es una aberración jurídica. Lo que sí cabe es la existencia, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios, cosa a la que lógicamente sólo tendrá derecho el cónyuge de buena fe contra el de mala fe, y además del derecho que ya le atribuye el artículo 95” (loc. ult. cit., vol. II, p. 1386).

En el Informe de la Ponencia se cambió radicalmente la redacción del precepto: “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97” (loc. ult. cit., vol. II, p. 1407). Y la Ponencia justificó el cambio de redacción del precepto en la aceptación “sustancial o parcial” de las enmiendas núm. 127 (Grupo Comunista) y 376 (Grupo Vasco). Posteriormente, en el Dictamen de la Comisión de Justicia se substituyó la expresión “convivencia marital” por la de “convivencia conyugal” (loc. ult. cit., vol. II, p. 1424) y el precepto no sufriría alteraciones en el ulterior iter parlamentario.

40 Tal y como proponen LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R.: “Comentario al art. 98 CC”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, Madrid, 1994, 2^a ed., pp. 1189-1190; LEÓN GONZÁLEZ, M.: “La indemnización del artículo 98 del Código de Derecho Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. 2^o, p. 970; y VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 326-327.

en el caso de convivencia de hecho y negarla en el caso de convivencia fruto de un matrimonio declarado nulo.

Pero, ¿cuál es entonces el daño, cuya indemnización prevista por el art. 98 CC, precepto, por cierto, escasamente aplicado por la jurisprudencia? La cuestión no es fácil, porque el precepto plantea un indudable problema de coordinación con el art. 1902 CC.

Propongo la siguiente solución:

a) El art. 98 cubre los daños que, directamente, derivan de la convivencia con una persona a la que se reputaba estar unido en un matrimonio, que, a la postre, resultó ser inválido: se trata, fundamentalmente, de un daño moral que tiene su origen en una intromisión de un "extraño" en la propia intimidad personal y familiar. Por lo tanto, la convivencia (verdadera *ratio* de la indemnización) desempeña, en relación al art. 98, una doble función: de un lado, es presupuesto del nacimiento del derecho a la indemnización; y, de otro, delimita el ámbito del daño resarcible a través del precepto.

b) En cambio, el art. 1902 permite resarcir aquellos daños que no tienen causa directa e inmediata en la convivencia, sino que derivan, más estrictamente, de la circunstancia de la celebración de un matrimonio nulo. Es, sobre todo, el daño moral, consistente en la frustración del propósito de formar una familia fundada en el matrimonio (con las consiguientes secuelas psíquicas), el cual tiene lugar, con independencia de que haya existido, o no, convivencia entre los contrayentes; y, así mismo, los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio nulo, los cuales pierden su utilidad, tras su declaración de invalidez, por lo que también han de ser indemnizados⁴¹.

Se trata, en definitiva, de la indemnización del daño *in contrahendo*, resultante de la lesión culpable del interés de la confianza. Nos encontramos, pues, ante un caso de responsabilidad prematrimonial por lesión de la libertad negocial. El hecho ilícito consiste en la infracción del principio de buena fe, el cual obliga a los contrayentes a un deber de lealtad y de corrección para no defraudar sus recíprocas expectativas a la validez del matrimonio, evitando la concurrencia de causas de nulidad imputables a su comportamiento malicioso o negligente, como

41 En favor de encuadrar el resarcimiento del daño moral derivado de la causación doloso o negligente de la nulidad matrimonial en el art. 1902 CC, con independencia de la explicación que den a la indemnización del art. 98 CC, se orientan DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio", *Diario La Ley*, 1986, 2º, pp. 717; GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", cit., p. 448; y VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 327-332. No obstante, en opinión de ROCA I TRIAS, E.: "Comentario al art. 98 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 629-630, estos daños son, precisamente, los contemplados en el art. 98 CC.

son la reserva mental⁴² o el error en cualidad inducido por una reticencia dolosa o culpable, como es el silenciar que el hijo que se espera es (o puede ser) de otro⁴³, que se tienen atracción hacia las personas del mismo sexo⁴⁴ o que se ha dado positivo de VIH en un análisis, aunque éste no haya sido repetido (y, por lo tanto, no exista plena certeza de padecerse la enfermedad)⁴⁵.

3. El desequilibrio económico causado por la separación o el divorcio.

El tercero de los requisitos es el desequilibrio económico causado por la separación o por el divorcio.

Como ya he dicho, de acuerdo con la interpretación actual del art. 97 CC, la función de la compensación no es la de “permitir al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que llevaba durante la etapa de normalidad conyugal”⁴⁶.

Se ha fijado, así, como doctrina jurisprudencial que “en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial”⁴⁷.

A través de dicho precepto, no se compensa, pues, cualquier desequilibrio, sino, tan solo, el que tiene su causa en la dedicación exclusiva (o prioritaria) de uno de los cónyuges al cuidado de la familia o en su coloración desinteresada en la actividad profesional o empresarial del otro⁴⁸, siempre que, como consecuencia

42 Vid. STS 26 noviembre 1985 (J. Civ. 1985, 707), si bien, en este caso la condena tuvo lugar por la vía de la responsabilidad contractual (arts. 1269 y 1270, en relación art. 1101 CC).

43 Vid. SAP Toledo 14 noviembre 2001 (AC 2001, 2509) y SAP Madrid (Sección 8ª) 24 mayo 2019 (rec. n. 975/2018). También SAP Madrid 19 febrero 2016 (JUR 2016, 75571), condenando a la mujer demandada al pago de 18.000 euros, en concepto de reparación del daño moral, pero, a diferencia de las anteriores con apoyo en el art. 98 CC, y no, en el art. 1902 CC.

44 SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511).

45 Vid. SAP Madrid 10 julio 2007 (AC 2007, 1899).

46 Vid., entre otras muchas STS 22 junio 2011 (Tol 2227659).

47 STS 20 febrero 2014 (Tol 4142537).

48 La SAP Ciudad Real 2 diciembre 2011 (Tol 2337967) excluyó, así, el desequilibrio, porque los cónyuges habían explotado conjuntamente (obteniendo los correspondientes beneficios) un negocio (una pizzería) que, tras separarse de hecho, habían traspasado. El marido percibía una prestación por desempleo de 1.097 euros y sufragaba los gastos correspondientes a dos de los tres hijos comunes que convivían con él, mientras que la mujer ganaba 500 euros mensuales como trabajadora doméstica, habitando en la casa donde trabajaba, por lo que tenía cubierta su necesidad de vivienda.

de ellos, haya sufrido una pérdida de expectativas económicas o de desarrollo profesional o laboral⁴⁹.

Se ha concedido, así, una pensión compensatoria temporal a una mujer que, durante el matrimonio y en el periodo previo de convivencia *more uxorio*, cesó en su actividad como titular de una empresa de publicidad por internet para dedicarse al hogar y colaborar en el desarrollo de la carrera profesional de su marido (como torero), realizando gestiones de administración de patrimonio e inversiones, y desarrollando actuaciones periféricas, complementarias y de apoyo a las actividades profesionales y mercantiles de aquél, a través de la utilización de portales web para promocionar su figura como matador de toros y del mantenimiento de relaciones con entidades bancarias, agentes inmobiliarios, asesores financieros, y periodistas, entre otros". Se compensó, así, "la pérdida de expectativas de la esposa y el abandono de su actividad laboral en beneficio propio, para dedicar sus esfuerzos en beneficio del marido"⁵⁰.

49 La SAP Alicante 31 enero 2017 (Tol 6144557) consideró un desequilibrio la circunstancia de que, habiendo durado el matrimonio 38 años y habiendo tenido la mujer 4 hijos, solo había podido trabajar 7 años, por lo que no iba a poder consolidar una pensión contributiva (la actora tenía 60 años al tiempo de presentación de la demanda). Por ello, apreciando ponderadamente los ingresos de los litigantes, fijó una pensión de 100 euros mensuales, sin límite temporal, "dada la edad de la demandante, que no consta tenga cualificación profesional alguna".

50 STS 16 diciembre 2015 (RAJ 2015, 5887).

BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV.: *Código civil (Reformas 1978-1983) Trabajos parlamentarios*, vol. II (ed. dirigida por F. SANTAOLALLA), Cortes Generales, Madrid, 1985.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La compensación", en *Las crisis familiares. Tratado Práctico interdisciplinar* (dir. J.R. de VERDA y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BELÍO PASCUAL, A. C.: *La pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CAMPUZANO TOMÉ, H.: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 3ª ed.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), vol. I, Murcia, 2004.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio", *Diario La Ley*, 1986, 2º.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 101 CC", en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ESTRADA ALONSO, E.: "Compensación económica al cese de la convivencia *more uxorio*", en *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares* (dir. C. SANCIÑENA ASURMENDI, coord. I. FERNÁNDEZ CHACÓN y C. GAGO SIMARRO), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 86 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Edersa, Madrid, 1982.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La "vida marital" del perceptor de la pensión compensatoria*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

LALANA DEL CASTILLO, C.: *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993.

LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R.: "Comentario al art. 97 CC", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, Madrid, 1994, 2^a ed., pp. 1179-1180.

LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R.: "Comentario al art. 101 CC", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, Madrid, 1994, 2^a ed.

LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R.: "Comentario al art. 98 CC", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, Madrid, 1994, 2^a ed., pp. 1189-1190.

LEÓN GONZÁLEZ, M.: "La indemnización del artículo 98 del Código de Derecho Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. 2^o.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: *La temporalidad de la pensión compensatoria: una realidad de nuestro tiempo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), 4^a ed., Colex, Madrid, 2013.

MIRALLES GONZÁLEZ, I.: "La disolución de la unión no matrimonial. Efectos", en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

MUÑOZ RODRIGO, G.: "La extinción de la pensión compensatoria por *convivencia marital*: Significado y finalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 bis, 2018.

ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*, Bosch Wolters Kluwer, Hospital de Llobregat, 2017.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "La extinción de la pensión compensatoria", en *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado Práctico interdisciplinar* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

ROCA I TRÍAS, E.: "Comentario al art. 98 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 629-630.

ROCA TRÍAS, E.: "Comentario al art. 101 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 641-642.

ROCA TRÍAS, E.: "Comentario al art. 97 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 619-621.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005.

VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982.

VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009.

