

## 1.2. Familia

# La compensación por desequilibrio y la pensión de viudedad. Dos medidas económicas interrelacionadas

*The compensation for imbalance  
and the pension of widowhood.  
Two economic interrelated measures*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** El presente estudio se va a centrar en el análisis de la pensión compensatoria y pensión de viudedad como medidas económicas y la interrelación existente entre ambas.

**ABSTRACT:** *The present study is going to centre on the analysis of the compensatory pension or pension for imbalance and the pension of widowhood as economic measures and the interrelation between both.*

**PALABRAS CLAVE:** Pensión compensatoria. Pensión de viudedad. Separación. Divorcio. Parejas de hecho. Convenio. Pactos prematrimoniales. Violencia de género.

**KEY WORDS:** *Compensatory pension. Pension of widowhood. Separation. Divorce. Unmarried couples. Agreement. Premarital agreements. Violence.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO: 1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y FINALIDAD. 2. PRESUPUESTOS PARA LA OPERATIVIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO. 3. MODALIDADES. TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO. 4. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO. 5. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO. 6. EL DERECHO A LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO DOMÉSTICO Y LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO.—III. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En los procesos de nulidad, separación o divorcio una de las medidas a adoptar lo constituye la pensión por desequilibrio o «derecho a una compensación»

tal como se denomina tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio en relación con el artículo 97 del Código Civil. Con esta reforma, se pretende corregir el empeoramiento económico que puede sufrir uno de los cónyuges en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, se abandona con ello la finalidad asistencial de la misma y su configuración con el carácter indefinido, se acentúa la incidencia de los acuerdos de los esposos, recalándose así el carácter dispositivo de la compensación; se reconocen las pensiones temporales y la compensación mediante prestación única. La aceptación de la posible temporalidad de la pensión responde a una línea jurisprudencial insistente en las Audiencias Provinciales, y asumida también a partir de la década de los 90 —unas veces, en circunstancias excepcionales y, otras con mayor flexibilidad, y sobre la base de la tesis subjetiva del desequilibrio— por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de la Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2005<sup>1</sup>; y, de 28 de abril de 2005<sup>2</sup>.

Ahora bien, el citado artículo 97 del Código Civil solo se aplica en caso de matrimonio, respecto a las parejas de hecho señalar que, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 15 de enero de 2018<sup>3</sup>, establece que, el Tribunal Constitucional ha reforzado la línea jurisprudencial de esta Sala que no cabe aplicar por analogía *legis* las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero no descarta que pueda recurrirse, en defecto de pacto, a principios generales, como el del enriquecimiento injusto<sup>4</sup>.

Son muchas las teorías que se han sustanciado en torno a su naturaleza: alimenticia<sup>5</sup>, asistencial, reparadora<sup>6</sup>, indemnizatoria<sup>7</sup>, compensatoria, o la combinación de algunas, así alimenticia e indemnizatoria, indemnizatoria y asistencial y compensatoria e indemnizatoria<sup>8</sup>. Lo cierto es que tras la reforma del artículo 97 del Código Civil por Ley 15/2005, se califica a la pensión compensatoria de derecho a una compensación, y se consolida su naturaleza esencialmente reequilibradora de la situación de desequilibrio económico que sufren los cónyuges consecuencia de la ruptura o compensatoria del perjuicio que, un cónyuge sufre como consecuencia de la ruptura matrimonial<sup>9</sup>. Señala, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de julio de 2009 en su *Fundamento de Derecho 2.º* que: «*El artículo 97 del Código Civil concibe legalmente este derecho como reequilibrador para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio y solo se acreditará cuando se pruebe la existencia de dicho desequilibrio patrimonial. No supone un mecanismo igualitario de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura*»<sup>10</sup>. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 22 de junio de 2011<sup>11</sup> precisa en su *Fundamento de Derecho 3.º* que: «*El artículo 97 del Código Civil que regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia, pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria, responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad*

*absoluta entre ellos. (...) Tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge». Se añade «En sintonía con lo anterior, siendo uno de los razonamientos que apoyan su fijación con carácter temporal aquél que destaca, como legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse, debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación y cuidado de la familia. (...) A la luz de esta doctrina, la existencia de un desequilibrio económico entre los esposos en el momento de la ruptura de la convivencia, con respecto a la situación que tenía hasta entonces, constituye un presupuesto de hecho requerido por la norma jurídica, sin el cual no es posible el reconocimiento de la pensión compensatoria. Los dos puntos de referencia obligada son el momento de la ruptura —que ha de servir para comparar las situaciones económicas vigentes hasta ese instante con las posteriores—, y el elemento personal —pues lo que se han de comparar son las situaciones personales de ambos cónyuges referidas a ese momento—»<sup>12</sup>. Igualmente, en esta línea, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2014<sup>13</sup> señala, al respecto que, si ambos esposos trabajan, lo que la norma impone es la disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante. La pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir al cónyuge en la situación potencial de igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. Aunque los ingresos del marido son el doble de lo que obtiene su mujer, esto no comporta automáticamente una absoluta disparidad desequilibrante. En todo caso, la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues, a pesar de que cada cónyuge obtiene ingresos, puede existir desequilibrio «cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares».*

En esta línea, el artículo 83 del Código Foral aragonés cuando al referirse a la asignación compensatoria señala en su apartado primero que, corresponde la misma «al progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio en relación con la posición del otro, que impliquen un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia». No así el artículo 233-14.1 del Código Civil catalán que parece más cercana a una prestación de alimentos y se aleja de la naturaleza reequilibradora del artículo 97 del Código Civil, cuando dispone que: «*El cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tendrá derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio, ni del que pueda mantener el cónyuge obligado, al pago teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. En caso de nulidad del matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe, en las mismas circunstancias*». Sin duda estamos ante una

prestación alimentaria en el caso de pareja estable cuando el artículo 234-10 señala que: «*1. Si la pareja estable se extingue en vida de los convivientes, cualquiera de los convivientes puede reclamar al otro una prestación alimentaria, si la necesita para atender adecuadamente a su sustentación, en uno de los siguientes casos: a) Si la convivencia ha reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos, b) Si la guarda de los hijos comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida.*». Respecto del pago establece el artículo 234-11 que: «*1. La prestación alimentaria puede atribuirse en forma de capital o en forma de pensión. 2. Si no existe acuerdo, la autoridad judicial resuelve sobre la modalidad de pago de conformidad con las reglas del artículo 233-17.*».

Ahora bien, se puede convenir la pensión en convenio ratificado judicialmente<sup>14</sup>, en convenio ante notario<sup>15</sup>, en procedimiento judicial correspondiente y en pactos prematrimoniales. Al respecto, señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2018<sup>16</sup> si cabe pactar una pensión de alimentos en casos no previstos expresamente<sup>17</sup> también caben los pactos en materia de pensión compensatoria que pueden modificar lo establecido en el artículo 97 del Código Civil de acuerdo con el artículo 1255 Código Civil. Igualmente, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2018<sup>18</sup> no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de doña Gloria por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones. (...) Además, los pactos se firman con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos. (...) Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges queda preservada (arts. 14, 17 y 19 de la Constitución). Por lo que es válida la renuncia a la pensión compensatoria convenida en pactos prematrimoniales.

Por otra parte, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2016<sup>19</sup> no se puede limitar judicialmente la duración de la pensión compensatoria si los cónyuges no fijaron límite alguno cuando la pactaron. Así, los litigantes pudieron establecer, al tiempo de suscribir el convenio, un concreto límite temporal a la vigencia del derecho de pensión así establecido, y al no hacerlo así habrá de estarse a lo libremente pactado, que conllevaba la vigencia indefinida de la citada pensión, sin perjuicio, obvio es, de la concurrencia en el futuro de circunstancias incardinables en el artículo 101, en orden a su extinción, o en el 100, respecto de su modificación cuantitativa.

Relacionado con la pensión compensatoria o la indemnización contenida en el artículo 98 del Código Civil está la prestación de alimentos, la atribución del uso de la vivienda y la pensión de viudedad que, tras la reforma operada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, resulta necesario para percibir la pensión de viudedad que el cónyuge supérstite tenga reconocida una pensión compensatoria o una indemnización en caso de matrimonio nulo en vida del causante, a diferencia de la situación anterior a la reforma en que bastaba con la simple prueba de la existencia de una relación matrimonial actual o pasada, ya que la dependencia económica se presumía siempre. El legislador laboral asocia los términos dependencia económica/necesidad —propias de la pensión de viudedad— con el de desequilibrio económico, presupuesto básico de la pensión compensatoria.

A lo que representa la pensión compensatoria y pensión de viudedad y la interrelación entre ambas, es la materia objeto del presente estudio.

## II. LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

### 1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y FINALIDAD

CAMPUZANO TOMÉ define la pensión compensatoria como «aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre —debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial— en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal»<sup>20</sup>.

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

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

En cuanto a la finalidad de la pensión se plantea que representa, por una parte, la sustitución de los deberes de asistencia y de socorro mutuo, en una suerte de solidaridad *post conyugal*<sup>21</sup>; o, se parte de una finalidad asistencial o alimentaria<sup>22</sup> o de elementales principios de justicia que impiden desconocer la realidad de una anterior situación matrimonial<sup>23</sup>; y, por otra, más acertada, en una finalidad compensatoria que trata de corregir el desequilibrio económico, que el divorcio puede crear entre los cónyuges, derivado de la pérdida de toda clase de ventajas vinculantes al matrimonio, que es a lo que responde la actual regulación de la pensión compensatoria; lo que posibilita el mantenimiento por el beneficiario de la pensión, del nivel o tenor de vida que tenía antes de la ruptura<sup>24</sup>.

Como destaca, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 —dictada en interés de ley— donde se indica que con la pensión del artículo 97 del Código Civil «se pretende solo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges puede continuar con el nivel económico que tenían en el matrimonio»<sup>25</sup>. En esencia, lo decisivo para tener derecho a la pensión es que, con independencia de cuáles hayan sido los recursos económicos previos constante matrimonio, se constate tras la ruptura conyugal, un empeoramiento respecto de la situación que, tenía en la etapa de convivencia matrimonial y respecto de la posición en que va a quedar su consorte. También, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de junio de 2015 dispone en este sentido que «la sentencia de 22 de junio de 2011, que cita la de 19 de octubre del mismo año y la de 18 de marzo de 2014 resume la doctrina de esta Sala relativa sobre el concepto y finalidad del desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así (...) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que si ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge»<sup>26</sup>. De forma que, aquel derecho corresponderá al cónyuge que tras la ruptura, carece de recursos para conservar el nivel de vida

anterior, siempre que el otro sí pueda asumirlo, con independencia que esta situación esté o no provocada por la convivencia matrimonial.

Ahora bien, una cosa es la finalidad de la pensión y otra su fundamento o razón de ser. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO plantea como fundamento de la pensión la alternativa de «una cierta solidaridad post conyugal o a la idea de compensar la pérdida del deber de socorro»<sup>27</sup>. Otros mencionan el enriquecimiento injusto o sin causa<sup>28</sup>; o la responsabilidad por daños, entendiendo como daños las disminuciones o pérdida que a un cónyuge le produce la separación o el divorcio<sup>29</sup>. En fin, no falta quien, como MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ señala que es «habitual afirmar que su fundamento es la existencia de un desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, de forma que la situación de uno de ellos resulta peor que la que tenía constante matrimonio. Evidentemente, si se atiende a la letra del precepto, esto es así». Sin embargo, precisa que «es una respuesta solo aparente, ya que no sirve para aclarar por qué tal desequilibrio debe dar lugar a una reacción jurídica consistente en el establecimiento de la compensación, y menos aún si esta adopta la forma de pensión. Por otro lado, su sentido puede ser distinto si la referimos a la separación o al divorcio. En este último caso, podemos encontrarnos ante una suerte de contradicción con el propio planteamiento del divorcio, sobre todo si la compensación asume la forma de pensión. La pensión, más aún si es por tiempo indefinido (pero también la temporal) supone en alguna medida la continuidad de los efectos del matrimonio, más allá del momento en que ha quedado disuelto por el divorcio; dicho con otras palabras, los cónyuges pueden divorciarse, pero no siempre pueden evitar continuar ligados por la pensión»<sup>30</sup>.

Se parte de una situación de desequilibrio patrimonial entre los cónyuges y compensar, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 97 del Código Civil, la situación de desequilibrio generada en la posición de los cónyuges en el momento de la separación o el divorcio, en una suerte de mecanismo reequilibrador.

## 2. PRESUPUESTOS PARA LA OPERATIVIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

Para la concesión de la pensión compensatoria se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos<sup>31</sup>:

1. Desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro que, implica un empeoramiento en su situación económica en relación con la que tenía constante matrimonio<sup>32</sup>. Este empeoramiento solo puede afectar a uno de los cónyuges, puesto que, si se produce idéntico perjuicio en los dos, no hay desequilibrio, y, por tanto, no habrá pensión. Tampoco habrá derecho a la pensión cuando ambos dispongan de bienes propios o ingresos suficientes para continuar con un nivel de vida similar al que venía disfrutando en el matrimonio, aunque exista una notable diferencia entre patrimonios<sup>33</sup>; o cuando tienen una capacidad económica equivalente; o cada cónyuge tiene una cualificación profesional determinada y ejerce su profesión<sup>34</sup>; o, en fin, si el solicitante de la pensión ha alcanzado un nivel de vida superior al que tuvo durante el matrimonio.

En todo caso, existen dos posiciones en torno a la conformación del concepto de desequilibrio: en primer lugar, una *objetivista*, que defiende la oportunidad de la mera comparación de patrimonios, y la concesión de la pensión cuando uno es inferior a otro, ya que las circunstancias relacionadas en el artículo 97 del

Código Civil son simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada<sup>35</sup>; y otro *subjetivista*, en el que para la determinación de la existencia de desequilibrio, hay que valorar todas las circunstancias del artículo 97 del Código Civil, que no solo son relevantes para la cuantificación de la pensión, sino también para el reconocimiento del derecho<sup>36</sup>. Estas circunstancias han de considerarse globalmente para determinar si existe o no el desequilibrio económico compensable por medio de la pensión, y, en este orden, hay resoluciones que ponderan y toman en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la edad, la duración del matrimonio, dedicación al hogar y a los hijos, cuántos de estos precisan de atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del preceptor; facilidad para acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de la incorporación al mercado laboral—; el que el/la reclamante perciba ingresos derivados de su trabajo, por cuenta propia o ajena; posibilidades de reciclaje o de volver —reinserción— al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad; y otras semejantes para el reconocimiento del derecho<sup>37</sup>.

Como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2010 —que sigue una interpretación subjetiva del concepto de «desequilibrio» conforme al cual ha de valorarse todas las circunstancias del artículo 97 del Código Civil para determinar la existencia o no de desequilibrio entre los cónyuges compensable— señala que, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil tienen una doble función: a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias; b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión que, permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario o beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá de su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación y con criterios de certidumbre. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia; y c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal<sup>38</sup>.

La existencia de un desequilibrio económico, —se opte por uno u otro sistema a la hora de su ponderación—, ha de referirse al momento de producirse la ruptura de la convivencia<sup>39</sup> y ha de tener su origen o causa precisamente en la separación o en el divorcio, sin que las circunstancias sobrevenidas o las alteraciones posteriores den derecho a pensión, si no la hubo en aquel momento, o determinen, precisamente, un aumento o disminución de la misma, ya que el artículo 100 del Código Civil utiliza criterios objetivos y no se basa en las necesidades personales de los interesados<sup>40</sup>. De ahí que, la comparación de la actual posición de desequilibrio del sujeto perjudicado ha de efectuarse respecto de un momento concreto: la situación económica que tenía en su situación anterior en el matrimonio<sup>41</sup>. No hay que probar, en consecuencia, la existencia de necesidad, pero sí que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que tenía el otro cónyuge<sup>42</sup>. Ahora bien, para la fijación de la pensión compensatoria, se

ha considerado por nuestro Tribunal Supremo que, puede computarse para el cálculo de la pensión por desequilibrio, el tiempo previo al matrimonio en el que convivieron como pareja more uxorio<sup>43</sup>.

Por otra parte, aunque con carácter general el desequilibrio ha de existir en el momento de la separación o el divorcio, y cabe realizar un juicio prospectivo de futuro de forma que, se prevea que al finalizar el plazo fijado, ha de considerarse compensado definitivamente el desequilibrio sufrido, también es posible un juicio prospectivo inverso, esto es, determinar *ex ante* cuando se empezara a producir el desequilibrio. En concreto, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2018<sup>44</sup> se hace depender de la pérdida del empleo de la esposa en la empresa de su esposo o se reduzca su salario. Por lo que, la situación actual de equilibrio o desequilibrio depende de una compensación económica preexistente, a cargo del obligado y en beneficio de la esposa, como contraprestación por el trabajo que realiza en la empresa del marido, que puede desaparecer por la propia decisión del deudor, lo que supone una afectación directa y cuantitativamente importante en la situación económica de la esposa.

2. El empeoramiento en la situación anterior al matrimonio. Debe tomarse como referencia no la posición del otro cónyuge, sino la situación anterior en el matrimonio. De forma que, habrá de tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio para determinar si por separación o divorcio, alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en su tenor de vida; un descenso o deterioro en el nivel de vida, que ha de tener cierta relevancia o entidad<sup>45</sup>.

Por ello, contando los cónyuges con bienes propios o ingresos suficientes para continuar manteniendo un nivel de vida igual o similar al que venían disfrutando constante matrimonio, no procede tal derecho a una pensión, aunque existan notables diferencias entre el patrimonio de los cónyuges separados o divorciados<sup>46</sup>.

3. La existencia de una resolución firme de separación y divorcio. Para la fijación de la pensión compensatoria constituye otro presupuesto básico, el que se haya producido la separación o el divorcio, y se haya establecido la misma en la correspondiente sentencia de separación o de divorcio, así como las bases de actualización y las garantías, sin que sea posible una pensión compensatoria en medidas provisionales previas a la demanda, ni en las coetáneas a esta<sup>47</sup>. Si bien, la separación y el divorcio como procesos independientes, determinan que sea posible que, en este último, se fije *ex novo* la pensión compensatoria<sup>48</sup>. El divorcio constituye, pues, una nueva y distinta solución que, será definitiva desde el momento de la firmeza de la sentencia que, en este aspecto es constitutiva y por ello, todos sus efectos se van a producir desde la firmeza de la sentencia de divorcio<sup>49</sup>. En todo caso, no se puede instrumentalizar el proceso de divorcio para solicitar una prestación económica, que no se ha solicitado previamente tras la ruptura de la convivencia, si se demuestra innecesaria para su sostenimiento<sup>50</sup>.

Por otra parte, la pensión compensatoria no se puede reclamar en un proceso de modificación de medidas<sup>51</sup> ni en un proceso de medidas paterno filiales<sup>52</sup>. Asimismo, no es necesario formular reconvención expresa para solicitar la fijación de la pensión compensatoria a favor de la demandada cuando previamente la parte actora, en su demanda, plantea expresamente la cuestión controvertida, exponiendo de forma razonada los motivos por los que considera que es o no procedente establecer la pensión compensatoria a favor o no de uno de los cónyuges<sup>53</sup>. Se puede reclamar en demanda o reconvención y excepcionalmente en la contestación a la demanda.

En esta línea, hay que señalar que, la norma contenida en el artículo 97 del Código Civil es de naturaleza dispositiva, sometida a la autonomía privada, por

lo que para que el juez pueda conceder la pensión compensatoria a uno de los cónyuges se necesita que la solicite en cualquiera de los escritos iniciales, es decir, en la demanda o en la reconvenCIÓN —rige el principio de justicia rogada—. Así lo dice expresamente la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1987<sup>54</sup>. La pensión compensatoria señala la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 20 de abril de 2012<sup>55</sup> «es un derecho disponible por la parte a quien puede afectar. Rige el principio de autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración».

Si bien, el derecho a la pensión nace desde la fecha de la sentencia que, tiene naturaleza constitutiva y se abona desde entonces. De ahí, precisamente que, la cuantía fijada por la sentencia en segunda instancia produzca efectos desde la sentencia de primera instancia que, es la que reconoce el derecho a la pensión compensatoria<sup>56</sup>.

En todo caso, la pensión puede existir tras la separación, o el divorcio, pero en ningún caso tras la nulidad del matrimonio<sup>57</sup>. Y, si en el procedimiento de separación se ha excluido la pensión compensatoria, no puede decretarse en el posterior procedimiento de divorcio, pues, el desequilibrio económico ha de referirse al momento de la ruptura de la convivencia y esta tuvo lugar con la separación<sup>58</sup>.

4. Relación de causalidad entre el desequilibrio económico y la separación o el divorcio. La separación y el divorcio debe ser causa directa del desequilibrio, esto es, debe existir una relación de causa a efecto entre tales situaciones de crisis matrimonial y el desequilibrio. Este ha de ser una consecuencia o derivarse de la separación o el divorcio<sup>59</sup>.

### 3. MODALIDADES. TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

La compensación del desequilibrio que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges en relación con el otro, que supone un empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio, puede realizarse de distintas formas. Así, mediante la determinación de una cantidad única (suma a tanto alzado o mediante la entrega de determinados bienes —muebles: un paquete de acciones; inmueble: la vivienda familiar—), cuyo pago pueda ser realizado de una vez o fraccionado en distintos plazos<sup>60</sup>; o mediante el pago de unas cantidades periódicas, por un plazo predeterminado (prestación temporal), posición ya admitida por la jurisprudencia<sup>61</sup> y ahora reconocida en el artículo 97 del Código Civil; o indeterminado (prestación indefinida), lo que no significa necesariamente vitalicia, pues, se puede extinguir en los supuestos previstos en los artículos 99 y 101 del Código Civil<sup>62</sup>; pudiéndose, asimismo, fijar aquella, como hemos señalado, a tanto alzado, lo que se corresponde más claramente con un propósito indemnizatorio, que se deduce del contenido literal del precepto<sup>63</sup>. Lo cierto es que, la pensión periódica por tiempo indefinido tiene como característica esencial la indeterminación. Cuando lo es por tiempo determinado, en realidad se convierte en «una compensación de una cantidad fija, pero con pago fraccionado por el plazo establecido, con un ligero corrector, equivalente a los intereses del aplazamiento, que consistirá en la actualización de su valor, que, lo que en realidad hace es mantener la deuda en su característica de valor»<sup>64</sup>.

En todo caso, los tribunales y la doctrina suelen coincidir en valorar como circunstancias que aconsejan la temporalidad de la pensión por desequilibrio la

escasa duración del matrimonio, la juventud del cónyuge acreedor, su formación y posibilidad de acceso al mundo laboral<sup>65</sup>, y, por el contrario, optar por el carácter vitalicio de la pensión cuando se trata de matrimonio de larga duración, la edad madura del cónyuge acreedor, el que se haya dedicado toda su vida al cuidado del hogar y de la familia, la falta de cualificación profesional, la dificultad de acceso a un empleo, y que no tiene actividad remunerada<sup>66</sup>.

Ahora bien, se puede temporalizar en el proceso de divorcio la pensión por desequilibrio que se había fijado como indefinida en el proceso de separación.

La pensión puede estar sometida a una condición suspensiva o resolutoria, por aplicación precisamente del principio de autonomía de la voluntad, e incluso puede ser acordada por el juez cuando lo crea conveniente<sup>67</sup>. Y, su concreción en prestación única, como opción legítima, impensable en la mayoría de las economías modestas, y, una vez fijada judicialmente (bien sea mediante aprobación de sentencia —proceso contencioso— o en convenio regulador homologado judicialmente), por la vía del artículo 99, puede sustituirse por la constitución de una renta vitalicia<sup>68</sup>, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero<sup>69</sup>. Son tres las posibles prestaciones sustitutorias. Se trata de una simple enumeración, *ad exemplum* y no «*numerus clausus*», pues, no existen razones que impidan a los cónyuges acordar la realización de otra prestación distinta<sup>70</sup>. En la línea del citado artículo 99 del Código Civil, el artículo 233-17 del Código Civil catalán.

En todo caso, el derecho a la pensión por desequilibrio constituye un derecho de crédito personalísimo —pues, solo se puede hacer valer por el cónyuge que lo solicita—; de trato único —si se entrega un bien— o de trato sucesivo ante la posibilidad de pagos periódicos, aunque, como hemos visto, se puede sustituir por una renta vitalicia, usufructo o la entrega de determinados bienes, o abonarse en una prestación única; es un derecho lucrativo, pues, no existe contraprestación alguna; excepcional al no existir un derecho a la pensión por desequilibrio como regla general, ni ser su concesión automática; es un derecho condicional al estar sujeta su concesión a la concurrencia de determinadas circunstancias, tales como edad, situación familiar, laboral, económica y social del beneficiario, su calificación profesional y su posibilidad de acceso a un empleo; y, en fin, es un derecho ajeno a toda culpabilidad.

#### 4. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

Se establecen en el artículo 97.2 una serie de criterios para cuantificar la pensión como son los siguientes:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges<sup>71</sup>.
2. La edad y estado de salud<sup>72</sup>.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo<sup>73</sup>.
4. La dedicación pasada y futura a la familia<sup>74</sup>.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge<sup>75</sup>.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal<sup>76</sup>.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge<sup>77</sup>.

Se trata de una enumeración no tasada, sino ejemplificativa de criterios, y, sin que deba seguirse el orden que marca el citado precepto, lo que permite al juez operar con una amplia discrecionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión<sup>78</sup>. Constituyen, por tanto, criterios orientativos (estamos ante una lista abierta, como así lo determina el artículo 97.9.<sup>a</sup> «*cualquier otra circunstancia relevante*»), y no determinativos para el juez, que no se excluyen entre sí y deben ponderarse en su conjunto<sup>79</sup>.

Ahora bien, como hemos señalado, tales criterios tienen una doble función, así, por una parte actúan como elementos integrantes del desequilibrio en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias; y, por otro, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de operar como elementos que permitan fijar la cuantía de la pensión (responde a la tesis subjetiva del desequilibrio que, se va imponiendo a la concepción objetiva)<sup>80</sup>.

##### 5. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

La pensión admite su modificación, pues, hay que tener en cuenta que tanto su cuantía como su duración se establecen en función del tiempo, que se estima necesario para hacer desaparecer el desequilibrio económico y que, en consecuencia, si este aumenta o se reduce podría justificarse un eventual aumento o reducción de la pensión, del mismo modo que, si desaparece totalmente, la pensión se extingue (art. 101). CAMPUZANO TOMÉ señala al respecto que «las modificaciones o alteraciones de la situación patrimonial que puedan dar lugar a una revisión de la pensión periódica atribuida al cónyuge divorciado, son aquellas que, por el transcurso del tiempo o por acontecimientos verificados con posterioridad a la disolución del matrimonio, llevan a una mejora o a un empeoramiento de las condiciones económicas del obligado»<sup>81</sup>.

No basta, un simple cambio cuantitativo<sup>82</sup>, sino que ha de ser lo suficientemente importante, sustancial o relevante, para justificar un cambio en la cuantía de la pensión (por ejemplo, la situación de desempleo, o un aumento en la situación patrimonial del cónyuge acreedor)<sup>83</sup>. Tal modificación ha de solicitarse en el procedimiento de modificación de medidas (art. 775 de la LEC)<sup>84</sup>.

En todo caso, constituye doctrina jurisprudencial que, el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 del Código Civil. No así, cuando el pago de la pensión consiste en una prestación única mediante transmisión de bienes o el pago de un capital, pues, ya se ha abonado la pensión, sin que el deudor deba nada al respecto. En relación con ello, establece la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2018<sup>85</sup> que, la pensión compensatoria pactada consistente en un pago único para la adquisición de una vivienda, no se extingue por alteración de las circunstancias.

Ahora bien, no ha lugar a modificar la pensión de no haberse alterado sustancialmente la fortuna de las partes, ni a extinguirla, por imposible subsunción en el artículo 101 del Código Civil, por el mero trascurso del tiempo<sup>86</sup>.

En cuanto a la liquidación de gananciales —la adjudicación de bienes gananciales— señalar que, se discute si supone una alteración de circunstancias y algo no previsible y si su gestión y obtención de rendimientos representa también una alteración de las circunstancias. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2016<sup>87</sup> se responde a la cuestión indicando que no constituyen *per se* alteración de las circunstancias que, justifiquen su modificación. Sin embargo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 4 de abril de

2017<sup>88</sup> señala que, la liquidación de la sociedad de gananciales con adjudicación a la exesposa de fincas generadoras de renta y un capital en metálico equivalente a 14 años de pensión determina la disminución de la cuantía de la pensión.

En cuanto a la extinción de la pensión compensatoria se contiene las causas en el artículo 101 del Código Civil<sup>89</sup>. Estas causas solo operan cuando la modalidad fijada de la pensión es mediante una pensión periódica indefinida o temporal, pero no cuando consiste en una única prestación. Se extingue, en primer lugar, por el cese de la causa que motivó la pensión (art. 101.1), y esta causa es tanto la separación y el divorcio como el desequilibrio económico<sup>90</sup>.

En este contexto, el cese del desequilibrio tiene generalmente su origen en: a) Una mejora en la situación económica del acreedor de la prestación que, pasa a obtener ingresos de forma regular, provenientes de su incorporación al mercado laboral con cierta estabilidad<sup>91</sup>, aunque la mejora puede obedecer a otras causas como la percepción de alguna indemnización, pensión<sup>92</sup>, el haber obtenido una cualificación provisional de la que carecía en el momento de la ruptura, el cambio de la custodia de los hijos que, conlleva la no dedicación futura a la familia, o puede deberse a una reducción de los gastos<sup>93</sup>. Relacionando con ello, en cuanto a la atribución y adjudicación de bienes tras la liquidación, la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2018<sup>94</sup> señala que, a la vista de la doctrina mencionada, en interpretación de los artículos 97 y 101 del Código Civil, debemos declarar que procede la extinción de la pensión compensatoria al cesar la causa que la motivó, cual es la desaparición de la situación de desequilibrio; b) El cónyuge deudor ha empeorado la suya<sup>95</sup>. Puede estar causado por la pérdida de empleo<sup>96</sup>, por la quiebra de la actividad empresarial que desempeñaba<sup>97</sup>, el descenso drástico de los ingresos o de los beneficios no meramente coyunturales<sup>98</sup>, por jubilación<sup>99</sup>, por enfermedad<sup>100</sup>, o por un aumento de las cargas familiares a consecuencia del nacimiento de nuevos hijos<sup>101</sup>; y, c) Empobrecimiento del deudor y simultáneo enriquecimiento del acreedor<sup>102</sup>.

Igualmente, es causa extintiva de la pensión el matrimonio del cónyuge acreedor (art. 101.1)<sup>103</sup> y, la convivencia marital del acreedor con un tercero (art. 101.1). Ha de tratarse de una situación de vida análoga a la conyugal, esto es, estable y duradera de la que pueda presumirse una situación económica similar a la del matrimonio, y no de una relación esporádica u ocasional, y, puede ser de carácter homosexual como heterosexual. No parece que sea necesaria la convivencia en el mismo domicilio<sup>104</sup>. Al respecto, precisa, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 2017<sup>105</sup> la posibilidad de extinguirse la pensión compensatoria si la esposa convive con otra persona solo los fines de semana.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.<sup>a</sup>, de 8 de febrero de 2018<sup>106</sup> señala que, la convivencia *more uxorio* es de difícil prueba, pues no suele dejar constancia documental, al ser hechos que se desarrollan en la intimidad familiar. De ahí que, es a través de los datos que aparecen en la red social —Facebook—, lo que permite acreditar la existencia de una relación afectiva, pública y notoria. La Sala no tiene en cuenta las alegaciones de la mujer de que no concurrían los requisitos de permanencia en el tiempo, exclusividad y estabilidad en la relación.

En cuanto al percibo de bienes o derechos susceptibles de generar rentas, en ocasiones, un premio de lotería, o una herencia recibida por el cónyuge preceptor de la pensión, han sido en ocasiones suficientes para apreciar la concurrencia de la alteración sustancial a que se refiere el artículo 100 del Código Civil, o la desaparición del desequilibrio determinante del reconocimiento del derecho a pensión, a que se refiere como causa de extinción de la misma el artículo 101 del Código Civil. Sobre su relevancia a la hora de apreciar la concurrencia de

una alteración sustancial en la fortuna del preceptor, la doctrina de las Audiencias Provinciales se ha mostrado dividida entre las que consideran que sí ha de considerarse como un cambio sustancial determinante de la modificación<sup>107</sup>; y las que mantienen un criterio contrario<sup>108</sup>. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de octubre de 2011<sup>109</sup> niega la extinción de la pensión al no existir la posibilidad de rentabilizar los bienes de la herencia económicamente. Sin embargo, la sentencia de la Sala Primera, de 17 de marzo de 2014<sup>110</sup> señala que: «*La herencia si puede tenerse en cuenta en este caso a la hora de juzgar sobre la existencia o inexistencia de desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la igualación entre cónyuges*».

Por otra parte, se considera que la pasividad, el interés insuficiente en orden a la obtención de un empleo que permita alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o estar en disponibilidad de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el pagador de la pensión las consecuencias negativas en su búsqueda y obtención<sup>111</sup>. Asimismo, el incumplimiento por parte del acreedor de algunos de los pactos contenidos en convenio regulador como la obligación de la esposa de mantenerse inscrita como demandante de empleo, determinan la extinción de la pensión<sup>112</sup>. Ahora bien, no es posible compensar la pensión de alimentos con la pensión compensatoria, pues, tiene naturaleza diferente y no puede subordinarse económicamente la una a la otra<sup>113</sup>.

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

Asimismo, la sentencia que acuerde la extinción es de naturaleza constitutiva y produce efectos de *ex nunc* sin retroactividad<sup>114</sup>.

Finalmente, a efectos procesales nos parece oportuno señalar que, ante la controversia competencial entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 2018<sup>115</sup> señala que, el artículo 478 LEC atiende a una circunstancia objetiva a la hora de atribuir la competencia para el conocimiento y resolución del recurso de casación a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, cual es que el recurso se funde exclusivamente o junto a otros motivos en la infracción de normas de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma. Lo que prima en esta distribución de la competencia es «atribuir a las Salas de los Tribunales Superiores el pleno conocimiento de Derecho (Foral) y por ello el legislador acepta sin reparos que puedan conocer también del Derecho Común cuando se invoca junto a norma de Derecho foral o especial, de igual forma que el legislador acepta que el Tribunal Supremo conozca de Derecho foral o especial si existe el dato que prima en este caso de alegación de norma constitucional (...)

(AATS de 23 de enero de 2008; 8 de noviembre de 2017 [JUR 2017, 282970]).

## 6. EL DERECHO A LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO DOMÉSTICO Y LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2015<sup>116</sup> fija como doctrina jurisprudencial lo siguiente: «el derecho a obtener

la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge».

Asimismo, la sentencia de este Alto Tribunal de 14 de marzo de 2017<sup>117</sup>, en línea con las anteriores —sentencias de 135/2015, de 26 de marzo (*RJ* 2015, 1170), 136/2015, de 14 de abril (*RJ* 2015, 1528) y 614/2015, de 15 de noviembre (*RJ* 2015, 5322)— reitera lo expuesto y señala lo siguiente: «Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, («solo con el trabajo realizado para la casa»), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen —STS de 14 de julio de 2011—».

También, señalan las sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015<sup>118</sup> y de 5 de mayo de 2016<sup>119</sup> que se trata de una norma de liquidación del régimen matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque puede tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2017<sup>120</sup> dispone que «Es preciso distinguir la compensación del artículo 1438 del Código Civil, de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código Civil. Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la “dedicación pasada y futura a la familia”. Por otro lado, la compensación del artículo 1438 del Código Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares. La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro. Por su parte, en base al artículo 1438 del Código Civil, solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar. La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico. Sin embargo, la compensación del artículo 1438 Código Civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación

a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo».

Finalmente, indicar que, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2018<sup>121</sup> señala que, la acción relativa al artículo 1438 del Código Civil puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o, en uno posterior, si así lo quiere la demandante. Además precisa que, los artículos 748 y 770 de la LEC no excluye la indemnización del citado artículo 1438 del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio en los que la acción del artículo 1438 no es contenido necesario, pero sí posible.

### III. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

En cuanto a la pensión de viudedad, con la reforma de la Ley General de la Seguridad Social —en adelante, LGSS— de 2007 y ahora de 2015, si un cónyuge separado o divorciado tiene reconocida una pensión compensatoria o una indemnización en caso de matrimonio nulo que, percibe en vida del causante, se presume *iuris et de iure* que existe una relación de dependencia económica entre ellos<sup>122</sup>; por lo que a la muerte del deudor de la pensión compensatoria —siempre que se haya extinguido y los herederos no abonen la misma en los términos del ya analizado artículo 101.2 del Código Civil—, o del de la indemnización del artículo 98 del citado cuerpo legal, se devengará la pensión de viudedad a favor del cónyuge supérstite. Se requiere que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria que, quedará extinguida a la muerte del causante (art. 220.1)<sup>123</sup>. La dependencia económica se sustituye por un criterio objetivo como es la existencia de la pensión compensatoria o la indemnización —si el matrimonio se ha declarado nulo— a favor del cónyuge sobreviviente al tiempo de fallecimiento del cónyuge. De forma que, quedan excluidos como beneficiarios de tal pensión, todas aquellas personas que tras la crisis matrimonial y a tiempo de fallecimiento del causante, no fuesen acreedores de las prestaciones sobre la base de una inexistente dependencia económica entre ellos y, por tanto de una situación de necesidad. En situaciones de normalidad matrimonial, la dependencia económica no se exige sobre la base de ningún dato objetivo, pues, se presume existente en la propia relación económica que, mantienen ambos cónyuge. Con ello, se pueden dar casos en los que, al momento de la muerte del causante, no hay pensión compensatoria bien porque se ha renunciado a ella, o porque se ha fijado con carácter temporal, o porque no se ha concedido ante la falta de una situación de desequilibrio económico tras la ruptura —ambos cónyuges se encuentran en situación de pobreza—, o porque se fija en un pago único<sup>124</sup>, y sin embargo, estas personas pueden encontrarse en situación de necesidad, y, pese a ello no se devenga la pensión de viudedad; por el contrario, puede darse el caso que personas con un patrimonio importante sean titulares de una pensión compensatoria, bien porque se pactó con carácter indefinido, o bien porque se concedió judicialmente ante el desequilibrio sufrido por uno de los cónyuges, pese a ser independientes económicamente. Sobre tales bases, la finalidad de dependencia económica/necesidad del Derecho laboral, no parece cumplirse con esta reforma, al exigir para que se devenga la pensión de viudedad la existencia de una pensión compensatoria que, se fundamenta en el desequilibrio económico —objetivo y subjetivo—, o en la percepción de una indemnización que, más bien responde a una sanción frente al cónyuge de mala fe<sup>125</sup>.

Como hemos señalado, la pensión compensatoria se puede fijar en convenio regulador, así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 2014<sup>126</sup> señala que, un convenio regulador privado, no aprobado judicialmente, puede considerarse incluido en las previsiones del artículo 174.2 de la LGSS a los efectos de causar la pensión de viudedad, sin concurrir las excepciones previstas en la disposición transitoria decimocuarta de la LGSS, introducida por la Ley 26/2009.

Asimismo, procede su reconocimiento cuando existiendo una pensión compensatoria efectiva y real, la ausencia de acciones legales encaminadas a reclamar su abono, no puede ser interpretada como una especie de renuncia a la pensión compensatoria, pues, puede responder a varias circunstancias y situaciones, así se pronuncia, la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Social, sección 1.<sup>a</sup>, de 28 de mayo de 2013<sup>127</sup>. Al respecto dispone que «existiendo una pensión compensatoria efectiva y real la ausencia de acciones legales encaminadas a reclamar su abono no pueden ser interpretadas como una especie de renuncia a la pensión compensatoria, pues, puede responder a variadas circunstancias y situaciones. La ausencia de reclamación judicial, sea civil, sea penal, ante una situación de impago de la pensión compensatoria, decíamos también, «puede responder a las más variadas circunstancias y situaciones, sin olvidar que la reclamación de las cantidades devengadas está sometida al plazo de prescripción de cinco años que establece el artículo 1966 del Código Civil, sin que quepa interpretar en todo caso la ausencia de reclamación como una renuncia, condonación o exclusión del derecho que la Ley le atribuye, y cuyo no ejercicio no puede tener otras consecuencias que las derivadas del instituto de la prescripción».

Ahora bien, para evitar el establecimiento de pensión compensatoria de escasa cuantía, el artículo 220.1 apartado segundo de la LGSS establece que, si la cuantía de la pensión de viudedad sea superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última<sup>128</sup>.

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de responsabilidad penal por fallecimiento; y, en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho<sup>129</sup>.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2016<sup>130</sup> concede la pensión de viudedad a la exmujer de un indigente, víctima de malos tratos que, no tenía cubierto el periodo mínimo de cotización. Las especiales particularidades del caso permiten una laxa aplicación de las normas. El causante de la prestación, por causas ajena a su voluntad, tuvo que dejar de trabajar y de cotizar; y a los efectos del cómputo de carencia, procede tener en cuenta el tiempo en el que el trabajador, por poder trabajar, pudo y debió cotizar, haciendo un paréntesis respecto del periodo en que el mismo sufrió una enfermedad incapacitante prolongada y especialmente penosa, un toxicología etílica crónica, que le obligó a separarse del Sistema de la Seguridad Social en contra su voluntad. El Tribunal Superior de Justicia discrepa de la solución adoptada en la instancia y considera que el exesposo de la actora se encontraba en situación asimilada al alta.

Con relación al derecho de una viuda divorciada víctima de violencia psicológica a percibir la pensión aun sin sentencia condenatoria, la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Social, de 21 de octubre de 2016<sup>131</sup>

señala que, el artículo 220.1 LGSS 2015 [antes art. 174.21] LGSS 1995] dispone como regla general que en los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, concurriendo los requisitos del artículo 219, sea o haya sido cónyuge legítimo. Una excepción a dicha regla general es el derecho a la pensión de viudedad de las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio. Por lo tanto, en un caso como el analizado, en el que no existe una resolución expresa de un órgano jurisdiccional con competencia en violencia de género, todos los indicios apuntan a que se vivía una situación de violencia, como mínimo de carácter psicológico.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de diciembre de 2015<sup>132</sup> concede pensión de viudedad a divorciada de funcionario que acredita la violencia de género pese a haber retirado la denuncia contra su exesposo. La retirada de la denuncia no fue voluntaria sino impuesta como un condicionamiento del convenio regulador.

Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2016<sup>133</sup> se retira la pensión de viudedad a una víctima de malos tratos que los sufrió un año después de la separación.

No habiéndose reconocido pensión compensatoria, y no constando que la solicitante de la prestación fuera víctima de violencia de género al tiempo de la separación matrimonial, no procede reconocer la pensión de viudedad solicitada.

En este contexto, hay que señalar que, una sentencia de malos tratos no es válida para acreditar la existencia de una pareja de hecho, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 2017<sup>134</sup> así manifiesta al respecto que, para recibir la pensión de viudedad es necesario acreditar por los medios establecidos legalmente: la inscripción registral o formalización en documento público. Por tanto, la sentencia que condena al causante como autor de violencia de género contra la esposa, así como la sentencia que otorga a la solicitante la guarda y custodia de sus hijos, sirve para acreditar la ruptura de la unión de hecho, pero no la constitución de pareja de hecho.

Por otra parte, el derecho a la percepción de la pensión de viudedad de cónyuges separados y reconciliados ha sido tratado en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de abril de 2018<sup>135</sup> se produjo una comunicación conjunta de ambos cónyuges al Juez de la reanudación de la vida conyugal, pero no dio tiempo a que se produjera la ratificación e inscripción en el Registro Civil, pues, el marido falleció antes de la fecha dada por el Juzgado para la formalización de la misma. En este caso, la sentencia considera que, sí tiene derecho la viuda a la pensión completa, pues, el hecho causante ocurrió antes de que la exigencia de inscripción en el Registro Civil fuese introducida en el Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio.

También se considera que tener hijos tras la separación conyugal es prueba de la reconciliación para causar la pensión de viudedad, así la sentencia del Tribunal de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, sección 1.<sup>a</sup>, de 11 de julio de 2017<sup>136</sup> flexibiliza el requisito de la comunicación judicial de la reconciliación ante una muy prolongada convivencia conyugal posterior.

Ahora bien, si habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose el 40 por ciento a favor del cónyuge sobreviviente, o, en su caso, del que, sin ser cónyuge conviviera con el causante en el momento de fallecimiento y resultara beneficiario

de la pensión de viudedad en los términos a los que se refiere el artículo 221 de la LGSS relativo a la pensión de viudedad de parejas de hecho.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de diciembre de 2017<sup>137</sup> determina que, el cónyuge supérstite que, concurre con el divorciado tiene derecho a que la cuantía de su pensión de viudedad proporcional al tiempo de convivencia con el fallecido, incorpore el importe en que disminuya la pensión del *ex consorte* por superar el montante de la pensión compensatoria de la que fuera acreedor.

En esta sentencia el Alto Tribunal considera que carecería de sentido que, en unas mismas condiciones, el cónyuge percibiera la pensión íntegramente en caso de no concurrir con otro sujeto y que, en el supuesto de darse tal concurrencia, el resultado fuera que una parte de la pensión no se abona a ninguno de los beneficiarios ya que al sobrepasar el importe de la pensión compensatoria esa cantidad se perdería.

Como hemos señalado, en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se haya reconocido derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o se hubiera constituido en pareja de hecho en los términos a que se refiere el citado artículo 221. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que pueda resultar por aplicación de lo previsto en el apartado 2 del artículo 220 de la LGSS.

En este contexto, y en los términos reseñados, tendrán también derecho a la pensión de viudedad, cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el artículo 219, quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditase que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzan el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo. Dicho porcentaje será el 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad<sup>138</sup>.

No obstante, igualmente, se reconoce el derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el periodo de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente. Se considera como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos computados para el reconocimiento de los complementos por mínimos de pensiones establecidos en el artículo 59 de la citada LGSS.

Se considera pareja de hecho, a los afectos del régimen de Seguridad Social, la constituida conanáloga relación de afectividad a la conyugal por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. Si bien, la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento

público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante<sup>139</sup>.

Ahora bien, cuando el cónyuge sobreviviente no pueda acceder al derecho a la pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes, y concurren el resto de requisitos enumerados en el artículo 219, tendrá derecho a una prestación temporal de cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años (art. 222 de la LGSS).

En todo caso, la pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 221. Será incompatible la pensión de viudedad causada en los términos del segundo párrafo del artículo 219.1, con el reconocimiento de otra pensión de viudedad, en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos durante quince años.

El derecho a la pensión de viudedad se extinguirá en todos los supuestos, cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el artículo 221, sin perjuicio de las excepciones que se establezcan reglamentariamente (art. 223 de la LGSS).

En fin, como situaciones interesantes de la pensión de viudedad señalar por un lado que, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 25 de enero de 2018<sup>140</sup> con un voto particular, el Alto Tribunal reconoce la pensión de viudedad a la segunda mujer de un marroquí polígamico que sirvió como soldado para el Ejército español en el Sáhara y que al tiempo de fallecer percibía una pensión de retiro, y a cuya primera esposa ya le había sido reconocida en vía judicial. Y por otro, la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno), Sala de lo Social, de 25 de enero de 2018<sup>141</sup> estima el recurso del Instituto Nacional de Seguridad Social y ha conformado la procedencia de no conceder la pensión de viudedad a una mujer que presentó la solicitud tras el fallecimiento en 2014 del hombre con el que estaba unida por el rito gitano, al ser preciso para generar la pensión cumplir el requisito de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho, lo que no concurriría en este caso. Los magistrados señalan que, la pertenencia al colectivo gitano no exime de cumplir los requisitos generales de la LGSS, de verificar que la pareja se haya constituido como tal con dos años de antelación al hecho causante de la pensión.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de abril de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de noviembre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2009.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), 19 de enero de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de enero de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de abril de 2012.
- STS, Sala de lo Social, 5 de febrero de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de febrero de 2014.

- STS, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de marzo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de junio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Social, 20 de enero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de junio de 2017.
- STS, Sala de lo Social, 12 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), 15 de enero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de enero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, 25 de enero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de febrero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de marzo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2018.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de septiembre de 2006.
- STSJ Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, 20 de junio de 2016.
- SAP Toledo, secc. 2.<sup>a</sup>, 31 de enero de 2001.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 2 de octubre de 2002.
- SAP Albacete, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de junio de 2003.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 27 de abril de 2005.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 15 de junio de 2006.
- SAP Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 18 de julio de 2007.
- SAP Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 31 de marzo de 2011.
- SAP Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 17 de febrero de 2015.
- SAP Toledo, secc. 2.<sup>a</sup>, 30 de junio de 2015.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 18 de noviembre de 2016.
- SAP Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, 13 de marzo de 2017.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 6 de abril de 2017.
- SAP Zaragoza, secc. 2.<sup>a</sup>, 29 de diciembre de 2017.
- SAP Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de enero de 2018.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO AUÑON, E. (1999). La pensión compensatoria, *Revista de Derecho de Familia, número 5, octubre de 1999*.
- BONET CORREA, J. (1983). Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Convenio Regulador de Separación Matrimonial y Divorcio, *Anuario de Derecho Civil, T. XXXVI, Fasc. III, octubre-diciembre*.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3.<sup>a</sup> edición, Barcelona: Bosch.

- CERVILLA GARZÓN, M.ª J. (2017). *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Albacete: Bomarzo.
- DE LA HAZA DÍAZ, P. (1989). *La pensión de separación y divorcio*, Madrid: La Ley.
- DESDENTADO DAROCA, E. (2013). *La pensión de viudedad. Retos del Derecho de Familia y reflexiones sobre las últimas reformas*, Albacete: Bomarzo.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de daños*, Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10.<sup>a</sup> edición, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario a los artículos 97 a 101 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. II*, Madrid: Edersa.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2008). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 3.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1997). *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2009). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2009). Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Colex.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2005). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, Valladolid: Lex Nova.
- POSE, T. (2018). El Tribunal Supremo reitera su negativa y no reconoce pensión compensatoria a las parejas de hecho, *La Ley*, número 9226, sección Tribuna, de 26 de junio.
- ROCA TRÍAS, E. (1999). *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Madrid: Cuadernos Civitas.
- (1991). Comentario al artículo 97 del Código Civil, En: Candido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, y Pablo Salvador Coderch (dirs.), *Comentarios del Código Civil, T. I*, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia.
- (2011). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor,
- SOSPEDRA NAVAS, FCO. J. (2006). Los procesos matrimoniales y de menores. En: Francisco José Sospedra Navas (dir.), en VVAA, *Los procesos de familia*, 1.<sup>a</sup> edición, Madrid: Thomson-Civitas.
- UREÑA MARTÍNEZ, M. (2011). *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- VEGA SALA, FCO. (2006). La reforma de la separación y el divorcio, *Revista Jurídica de Cataluña*, número 1.
- VELA TORRES, P.J. (2018). Pensión compensatoria fijada en atención a hechos posteriores al momento de la ruptura: el despido de la esposa de la empresa del marido, *La Ley*, número 9215, sección comentarios de jurisprudencia, 11 de junio.

## NOTAS

<sup>1</sup> *RJ* 2005, 1133.

<sup>2</sup> *RJ* 2005, 4209.

<sup>3</sup> LA LEY 243/2018. Descarta la aplicación de las leyes dictadas por la Comunidad Valenciana para regular las uniones de hecho, a las que el recurrente alude en su recurso de casación y en las que, si bien no se establecía una pensión compensatoria, se reconocía la posibilidad de pacto que la acordara (art. 7 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas; con anterioridad artículo 4 de la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulaban las uniones de hecho de la Comunidad Valenciana). Ello en atención a que la sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110) declaró la nulidad, entre otros, del precepto que así lo establecía en la Ley de 2012, como consecuencia de la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular las consecuencias civiles de las «uniones de hecho formalizadas». Sentado lo anterior, señala asimismo que, hay que destacar que, en el Derecho civil estatal no existe una regulación general de las parejas no casadas. El legislador ha equiparado a algunos efectos las parejas no casadas al matrimonio (arts. 101, 320.1, 175.4 del Código Civil, arts. 12.4, 16.1.b, 24.1 LAU). Pero esto no ha sucedido con la pensión compensatoria reconocida en el artículo 97 del Código Civil. Son admisibles genéricamente los pactos entre los convivientes por los que, al amparo del artículo 1255 del Código Civil, adopten acuerdos en los que prevean compensaciones por desequilibrios en el momento de la ruptura de la convivencia. Sin embargo, no existe una previsión legal que contemple para el caso de extinción de la pareja una compensación de ningún tipo (ni alimenticia en caso de necesidad, ni por desequilibrio, ni por haber trabajado para el hogar o para el otro cónyuge). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.<sup>a</sup>, 29 de diciembre de 2017 (*JUR* 2018, 39859) señala que, no procede accionar sobre la base del principio de enriquecimiento injusto, cuando existe una norma aragonesa que, permite reclamar asignación compensatoria por desequilibrio económico.

<sup>4</sup> POSE, T. (2018). El Tribunal Supremo reitera su negativa y no reconoce pensión compensatoria a las parejas de hecho, *La Ley, número 9226, sección Tribuna, de 26 de junio*, 3 que realiza un comentario de la sentencia concluye que «de todo lo expuesto se desprende que las parejas de hecho no pueden reclamar la pensión compensatoria en el procedimiento previsto para la separación o divorcio, sino que deben acudir al procedimiento declarativo ordinario en reclamación económica por ruptura de la pareja, cuando concurren los requisitos fijados legal o jurisprudencialmente para el enriquecimiento injusto».

<sup>5</sup> APARICIO AUÑON, E. (1999). La pensión compensatoria, *Revista de Derecho de Familia, número 5, octubre de 1999*, 46, basa la afirmación en dos tipos de argumentos: 1. En el antecedente histórico de la pensión compensatoria, que es la pensión alimenticia entre divorciados que arbitró la ley de divorcio republicana, y, 2. En nuestras reservas sobre la idea de que con el divorcio desaparezcan todas las obligaciones asistenciales que la ley impone al marido y a la mujer.

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

<sup>6</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.<sup>a</sup>, 16 de diciembre de 2004 (*JUR* 2008, 158525).

<sup>7</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1997). *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 90; ROCA TRÍAS, E. (1999). *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Madrid: Cuadernos Civitas, 190; de la misma autora (1991). Comentario al artículo 97 del Código Civil, En: Candido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, y Pablo Salvador Coderch (dirs.), *Comentarios del Código Civil*, T.

*I*, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 403, si bien, matiza que no se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo consiste en la pérdida de las expectativas de todo tipo que derivan del matrimonio. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 6.<sup>a</sup>, 15 de septiembre de 2000 (*JUR* 2001, 75659); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 1.<sup>a</sup>, 21 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 208250); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.<sup>a</sup>, 7 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 9807).

<sup>8</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.<sup>a</sup>, 30 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 194631).

<sup>9</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10.<sup>a</sup> edición, Madrid: Tecnos, 125; GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario a los artículos 97 a 101 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. II*, Madrid: Edersa, 436. Igualmente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2009). Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Colex, 187-188, después de negar que la compensación tenga carácter alimentario, pues, no procede de una eventual subsistencia de la obligación de alimentos tras el divorcio, ni tampoco se identifica con la obligación de alimentos subsistente entre los cónyuges separados; ni tampoco es una indemnización basada en la eventual culpabilidad de uno de los cónyuges en relación con la separación o el divorcio, no se concede al cónyuge inocente a costa del culpable, entre otras razones por la irrelevancia de los criterios culpabilísticos en nuestro sistema de separación y divorcio, se inclina por su naturaleza compensatoria ligada al dato puramente objetivo de la existencia de un desequilibrio económico determinante del empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges; SOSPEDRA NAVAS, FCO. J. (2006). Los procesos matrimoniales y de menores. En: Francisco José Sospedra Navas (dir.), en VVAA, *Los procesos de familia*, 1.<sup>a</sup> edición, Madrid: Thomson-Civitas, 101; ROCA TRÍAS, E. (2011). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.). *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 529.

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

<sup>10</sup> LA LEY 125216, 2009. Con anterioridad en este sentido, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1637); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 10 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 408694).

<sup>11</sup> *RJ* 2011, 5666.

<sup>12</sup> LA LEY 159722/2011.

<sup>13</sup> *RJ* 2014, 1385. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2011 (*RJ* 2011, 5666); 10 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 3643); 19 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1131); y, 3 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5604; Id Cendoj: 28079110012015100602). También, las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, 10 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 157611); y, de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, 16 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 88936).

<sup>14</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 179143) se pactó en convenio el pago de la pensión, aunque la esposa empezase a trabajar.

<sup>15</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 6 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 156804) se acuerda en convenio ante notario que en caso de separación o divorcio, ninguno de los comparecientes reclamaría al otro indemnización o/y pensión compensatoria, pues, ambos por edad, profesión y experiencia anterior eran plenamente conscientes del acuerdo al que habían llegado de tipo económico.

<sup>16</sup> *RJ* 2018, 56.

<sup>17</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012, 1248).

<sup>18</sup> *JUR* 2018, 158425.

<sup>19</sup> JUR 2016, 274623.

<sup>20</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3.<sup>a</sup> edición, Barcelona: Bosch, 25-26.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1637) concepturna la pensión compensatoria como «una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges, o excónyuges, —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio». Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4366) señala que la pensión compensatoria es «una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o excónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma— y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio».

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

<sup>21</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1997). *La temporalidad de la pensión compensatoria*, *op. cit.*, 16; ROCA TRIAS, E. (1991). Comentario al artículo 97 del Código Civil, *Comentario del Código Civil, T. I*, *op. cit.*, 402.

<sup>22</sup> BONET CORREA, J. (1983). Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Convenio Regulador de Separación Matrimonial y Divorcio, *Anuario de Derecho Civil, T. XXXVI, Fasc. III, octubre-diciembre*, 1188.

<sup>23</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 11 de enero de 2000 (*JUR* 200, 186712).

<sup>24</sup> GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. II*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid: Edersa, 436. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8023); 14 de febrero de 2011 (*RJ* 2011, 2351); y, 22 de junio de 2011 (LA LEY 159722/2011) en la que se precisa que, la pensión compensatoria tiene por finalidad enmendar la disminución del nivel de vida que conlleva toda ruptura de la convivencia, entendiendo que su función ha de ser permitir al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que llevaba durante la etapa de normalidad conyugal»; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.<sup>a</sup>, 31 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 122787); y de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 31 de marzo de 2011 (*JUR* 2011, 187973).

<sup>25</sup> *RJ* 1987, 9174. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 1133).

<sup>26</sup> *RJ* 2015, 2546. Con anterioridad, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 3643) afirma, asimismo, por desequilibrio «ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Al constituir finalidad legítima de la norma legal al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender, de una parte, que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, y, de otra, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse

en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se accredita cuando ocurrió la crisis matrimonial». Igualmente, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, 3 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5604).

<sup>27</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1997). *La temporalidad de la pensión compensatoria*, *op. cit.*, 16.

<sup>28</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2005). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Vicente Guitarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, Valladolid: Lex Nova, 194-199. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de septiembre de 2006 (*RJ* 2007, 6177).

<sup>29</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de daños*, Madrid: Civitas, 303.

<sup>30</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2009). Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio, *op. cit.*, 187.

<sup>31</sup> En esto coincide la doctrina, *vid.*, GARCÍA VARELA, R. (2000). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentarios del Código Civil. T. II*, Barcelona: Bosch, 125-126; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIEGA, L. (2003). *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, 2.<sup>a</sup> ed., Valladolid: Lex Nova, 167-188; ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 97 del Código Civil, *op. cit.*, 403; MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> L. (2007). La pensión compensatoria. En: Julio V. Gavidia Sánchez (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Madrid: Marcial Pons, 170 a 179. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3.<sup>a</sup>, 25 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 175057).

<sup>32</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 6060); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 12 de noviembre de 1998 (*AC* 1998, 8712); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. única, 3 y 13 de diciembre de 1999 (*AC* 1999, 8231; y, *AC* 1999, 8234); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 5.<sup>a</sup>, de 28 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 226502) en la determinación del desequilibrio impone la regla de la proporcionalidad que, fija el artículo 97.8 del Código Civil; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.<sup>a</sup>, 20 de septiembre de 2001 (*JUR* 2002, 132872); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de octubre de 2001 (*AC* 2001, 12340); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 2 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 28383); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. única, 25 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 94246); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de junio de 2003 (*JUR* 2003, 240882); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.<sup>a</sup>, 26 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 106079) un desequilibrio económico que se ha producido a la esposa, teniendo en cuenta que ya no podía seguir trabajando en el negocio del esposo y que los trabajos del campo suelen ser temporales; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 29 de abril de 2004 (*JUR* 2004, 172389); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.<sup>a</sup>, 19 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 256367); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 126706) ante la eventualidad del trabajo desempeñado por la esposa; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 22 de junio de 2005 (*AC* 2005, 1450); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 4 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 272099); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 18 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 326541); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, 24 de julio de 2007 (*JUR* 2008, 16506); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 7 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 42660); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, 22 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 119118) que habla de la concurrencia de un doble desequilibrio económico y patrimonial; de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, 13 de marzo de 2017 (*AC* 2017, 745); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 120930); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.<sup>a</sup>, 8 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 190477); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.<sup>a</sup>, 12 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 164540); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 53458).

<sup>33</sup> *Vid.*, las sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.<sup>a</sup>, 19 de febrero de 1998 (*AC* 1998, 3550); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 11 de diciembre de 1998 (LA LEY 1999/4698); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de abril de 1999 (*JUR* 1999, 144146); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. única, 7 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 113468); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 8

de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 150615); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.<sup>a</sup>, 30 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002, 286409); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, 22 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 143002).

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

<sup>34</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2011 (*RJ* 2011, 5666).

<sup>35</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.<sup>a</sup>, 23 de septiembre de 1998; y 10 de noviembre de 1998.

<sup>36</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 16 de mayo de 1997. A ambos criterios se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 17 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 226087).

<sup>37</sup> Aceptando un criterio subjetivista, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 1133) cuando señala en su *Fundamento de Derecho* 2.<sup>º</sup> que «la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad —el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo—, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente patrimonio, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios».

<sup>38</sup> *RJ* 2010, 417. A la doble función de las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil se refiere, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4379); 16 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 4639); 21 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1140); 2 de junio de 2015 (LA LEY 79949/2015); y, 3 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100604).

<sup>39</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 58931) en su *Fundamento de Derecho* 3.<sup>º</sup>, confirma la doctrina de esta Sala según la cual «el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura, y no deben tenerse en cuenta, a los efectos de reconocimiento de este derecho, los hechos que hayan tenido lugar entre la separación y el divorcio». Igualmente, dispone la sentencia de este Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5666) los dos puntos de referencia obligada son el momento de la ruptura —que ha de servir para comparar las situaciones económicas vigentes hasta ese instante con las posteriores—, y el elemento personal —pues lo que se ha de comparar son las situaciones personales de ambos cónyuges referidos a ese momento—. Por su parte, las sentencias de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 2122) dispone que, el desequilibrio debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que, no se ha acreditado cuando ocurre la crisis matrimonial; y, la de 27 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6034) señala que, no cabe la concesión a la esposa de una forma preventiva o condicionada de una pensión compensatoria de futuro en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa para la que trabaja. El desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe

existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial. Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. Primera, 13 de febrero de 1999 (AC 1999, 4235); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 14 de abril de 2000 (AC 2001, 2048); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 16 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 156313); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 24 de enero de 2002 (*JUR* 2002, 111313); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, 4 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 124303); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, 12 de julio de 2002 (*JUR* 2003, 14282); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.<sup>a</sup>, 30 de mayo de 2003 (*JUR* 2003, 233863).

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

<sup>40</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 3.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 105; ROCA TRIAS E., Comentario al artículo 100 del Código Civil, *op. cit.*, 409.

<sup>41</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 23 de enero de 2002 (*JUR* 2002, 11119).

<sup>42</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 7123). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 25 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 105399) señala que estamos ante «un desequilibrio económico entre cónyuges en relación con la posición de otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, que se determina sobre el doble elemento comparativo, por un lado, de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (estatus económico inferior al del cónyuge contra el que se dirige la pretensión, exigiéndose así la combinación de ambas condiciones comparativas para que pueda surgir en el ámbito legal y consiguiente reconocimiento judicial, una vez constatado dicho desequilibrio, la concurrencia de uno o más de las circunstancias enumeradas en dichos preceptos (art. 97.1 del Código Civil; y, 84 del CF catalán) será determinada para la cuantificación de la pensión». En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 290431).

<sup>43</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de diciembre de 2015 (LA LEY 206326/2015). Comienza destacando desde el principio que el objeto de este recurso radica «en establecer el criterio a seguir cuando en el seno de una unión de hechos sus integrantes deciden en un primer momento articular su relación sentimental sobre la base de una convivencia *more uxorio*, excluyendo voluntariamente y de facto la celebración del matrimonio, y pasado cierto número de años deciden finalmente contraer matrimonio». Es decir, si para fijar la pensión compensatoria, en el caso de que esta sea procedente, deben tenerse en cuenta «solo las circunstancias y el tiempo en que efectivamente subsistió la relación matrimonial, o, por el contrario, si los mismos pueden extenderse también al tiempo de convivencia *mor uxorio*», haciendo para ello una aplicación analógica de las normas que regulan los efectos establecidos para la ruptura matrimonial. Para resolver la cuestión, el Tribunal Supremo señala que el argumento de la sentencia recurrida («el art. 97 del Código Civil es exclusivamente aplicable al matrimonio y no, por razón de analogía, a la convivencia *more uxorio*»), no contradice la anterior jurisprudencia de la Sala que excluye la aplicación por analogía de dicho precepto a estos casos, pues como se ha establecido «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». Por tanto, continúa la Sala, la cuestión «se contrae a decidir si a la hora de indagar sobre la existencia de desequilibrio, y, en su caso, cuantificación y temporalidad de la pensión, será circunstancia digna de valoración y de ser tenida en cuenta la etapa prenupcial de convivencia *more uxorio*, que sin solución de continuidad enlaza con el posterior matrimonio». Para resolver este interrogante se fija en la interpretación jurisprudencial del número 2 del citado artículo 97 del Código Civil, según la cual, entre las circunstancias a tener en cuenta para apreciar la existencia o no del desequilibrio que justifica el establecimiento de una pensión compensatoria, se encuentra «(...) incluso su situación anterior en el matrimonio...». Por ello, concluye el Tribunal que esta situación anterior es de sumo interés, pues «no resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que este tenga su origen en sus diferentes condiciones personal y familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por este, como sería el supuesto aquí contemplado de una convivencia *more uxorio* desde el año 2003 durante la cual la convivencia dedicó a esa convivencia sus esfuerzos y colaboración, merced a la relación sentimental que mantenía con el que luego llegó a ser su esposo, viendo quebradas sus expectativas y oportunidades laborales, según se recoge como hechos probados. Tal dedicación al hogar y a la colaboración profesional con el recurrente tuvo lugar, según se ha expuesto, 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 (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005)».

<sup>44</sup> LA LEY 5772/2018. VELA TORRES, P.J. (2018). Pensión compensatoria fijada en atención a hechos posteriores al momento de la ruptura: el despido de la esposa de la empresa del marido, *La Ley, número 9215, sección comentarios de jurisprudencia, 11 de junio*, p. 3 realiza un comentario de este sentencia, y concluye que «sin apartarse de la jurisprudencia existente hasta ahora sobre el momento temporal para la concesión de la pensión por desequilibrio económico, que atiende a la situación existente en el momento de la ruptura matrimonial, la sentencia comentada abre un portillo para poder tener en cuenta situaciones de futuro de carácter excepcional como sucede en el caso enjuiciado, en que los ingresos de la esposa dependía en buena medida de la voluntad del marido, en tanto en cuanto ella prestaba servicios laborales retribuidos en la empresa de este. Es decir, indirectamente se impide que la posición económica de la esposa pueda quedar al arbitrio del otro cónyuge».

Sin embargo, este mismo Alto Tribunal en sentencia 19 de octubre de 2011 (LA LEY 205980/2011) pone de manifiesto que, el desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y los sucesos posteriores —cómo la hipotética pérdida de trabajo en la empresa del marido— no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión, que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis conyugal y aun en el caso de ocurrir después «no podría considerarse causa de desequilibrio».

<sup>45</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7123) señala en su *Fundamento de Derecho 3.º*: «Que presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges provocando la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio, (y no una situación de necesidad, por lo que compatible su percepción incluso en el caso de contar con medios económicos para subsistir), siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal».

<sup>46</sup> La Audiencia Provincial de Cáceres, 21 de noviembre de 1988 dispone que «... es requisito necesario para que surja el derecho de pensión que el desequilibrio económico produzca un empeoramiento en la situación anterior, debiendo por tanto tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio para determinar si por la separación o el divorcio alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en su forma de vida, pues, solo en el caso

de que se produzca tal desequilibrio, que ha de tener cierta relevancia, procede la pensión (...) así como es también de apreciar una adecuada relación de causa a efecto entre el desequilibrio producido y la separación...». También la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, 20 de mayo de 1992 (AC Aud., número 1 de 1 al 15 de enero de 1993) señala que: «... no basta con que uno de los cónyuges se encuentre en situación de pobreza (...) sino que es preciso que esas mismas condiciones no le afectaran ya durante la etapa de normal convivencia matrimonial y no las padezca también el otro cónyuge...». *Vid.*, asimismo, las sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.<sup>a</sup>, 22 de abril de 1998 (AC 1998, 4380); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.<sup>a</sup>, 7 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 134839); de la Audiencia Provincial de Salamanca, 23 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 138441); y, de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, 31 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 155071).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 10277) estima la ausencia de empeoramiento en el nivel de vida de la esposa tras la ruptura matrimonial, continuando con el ejercicio de su actividad laboral y con una asistenta para las labores del hogar.

<sup>47</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1135) donación del actor a su esposa de su mitad indivisa en vivienda, garaje y trastero de forma pura, sin causa remuneratoria, ni elemento o condición que la afectase, divorciándose el matrimonio un tiempo después sin que la esposa solicite la pensión compensatoria. Revocación de la citada donación por sobreviniente o supervivencia de hijo al actor de otra relación convivencial posterior que resulta de la aplicación objetiva del artículo 644 del Código Civil relativa a «toda donación entre vivos» al cumplirse las premisas legales requeridas. Por lo que, la donación realizada puede ser revocada atendiendo a las circunstancias previstas en el artículo 644, con independencia de su carácter remuneratorio o de su configuración modal, conclusión que la propia norma resulta de un modo categórico «toda donación entre vivos». Esta decisión no prejuzga el posible derecho de la recurrente, por el cauce judicial pertinente, de solicitar la modificación de las medidas del divorcio tras la revocación de la donación, ahora confirmada.

<sup>48</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 14 de junio de 1996 (AC Aud., núm. 23, de 1-15 de diciembre de 1996, 2603).

<sup>49</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012, 566).

<sup>50</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4366) se trata de un matrimonio que lleva separado 7 años, sin que durante ese periodo mediara reclamación alguna entre los cónyuges y sin que se haya podido constatar ninguna vinculación económica, ni de otro tipo; y, 1 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5494) se niega la pensión a partir de una presunción de la no existencia de desequilibrio económico y de la autonomía patrimonial incompatible que, se destruye cuando, pese a una separación prolongada, los esposos han intercambiado ayudas económicas por parte de uno o de ambos, o cuando, como aquí sucede, no consta como declara probado la sentencia que «ambas partes haya asumido vidas económicas independientes, por lo que el transcurso del tiempo no ha sido suficiente para entender inexistente el citado desequilibrio».

<sup>51</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016 (LA LEY 59409/2016) recuerda que, la pensión compensatoria es una medida definitiva del juicio de separación o divorcio matrimonial. Siendo ello así concluye que, la tesis mantenida en la sentencia recurrida resulta insostenible. No es un problema de renuncia, sino de presupuesto sustantivo, no procesal, en cuanto al momento en que debe ejercitarse el derecho para valorar el desequilibrio económico, incorporándolo en su caso a la sentencia como media definitiva, lo que deja sin aplicación el artículo 400 de la LEC. Por su parte, la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de este mismo Alto Tribunal, 10 de septiembre de 2012 (LA LEY 162415/2012) sienta como doctrina que, no puede ser considerada incongruente la resolución sobre la cuestión de la pensión compensatoria, siempre que la pretensión se haya introducido en el proceso, a través de la contestación a la demanda.

<sup>52</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.<sup>a</sup>, 19 de febrero de 2015 (LA LEY 22366/2015).

<sup>53</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7570); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.<sup>a</sup>, 6 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 118132).

<sup>54</sup> *RJ* 1987, 9174.

<sup>55</sup> *RJ* 2012, 5911.

<sup>56</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 3048).

<sup>57</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1362) pensión compensatoria fijada en sentencia de divorcio y posterior resolución homologando la decisión del tribunal eclesiástico sobre nulidad matrimonial. Auto reconociendo eficacia civil a la resolución eclesiástica que daba por cierto que la no solicitud de medidas obedecía a la existencia y vigencia de las que se acordaron en la sentencia de divorcio. Resolución que devino firme al haber aceptado el actor la vigencia y eficacia de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio. De forma que, cualquier modificación solo vendría justificada por la existencia de un cambio sustancial posterior de las circunstancias.

<sup>58</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 13 de octubre de 2009 (*JUR* 2009, 459451).

<sup>59</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 3.<sup>a</sup>, 4 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 224140); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, 29 de marzo de 2000 (*JUR* 2001, 90851) que fija como presupuestos, además de la existencia de un claro desequilibrio patrimonial entre los esposos, que, tal desequilibrio sea consecuencia directa y esté vinculado causalmente con la separación o divorcio y no con otras circunstancias ajenas a la crisis matrimonial.

<sup>60</sup> En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1122) se conviene «un sistema mixto de indemnización (abono de cantidad a tanto alzado más pensión vitalicia) que, además, de realizar función compensatoria del daño sufrido por el demandante, con inclusión en ella tanto del daño moral puro como del indirectamente económico, sirve, al propio tiempo, para hacer frente a los costes que en el futuro se van a derivar de aquella permanente asistencia y cuidado que por tercera persona y de por vida va a precisar». Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de marzo de 2001 (*JUR* 2001, 185612) se establece un sistema mixto en el que se integran dos conceptos —uno, el pago de una cantidad alzada concretada en la mitad del precio que se obtenga de la venta del chalé integrante de la vivienda familiar, que aparece como bien privativo del esposo; y, el otro, la entrega de una cantidad mensual de 300.000 pesetas sin límite de tiempo.

<sup>61</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 4209); 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 7123); 21 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 6060); 28 de abril de 2010 (LA LEY 49079, 2010); 29 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7147); 14 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 2772); 20 de julio de 2011 (*JUR* 2011, 285735); 3 de octubre de 2011 (LA LEY 186207, 2011); 21 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4379); 8 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 3978); 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 249); y, 9 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 476); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 16 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003, 269626) establece una limitación temporal de cinco años, en atención a la juventud de la esposa, la cualificación profesional que tiene y las posibilidades reales de acceso al mundo laboral; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, 6 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 107172) fija una limitación temporal de dos años; de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.<sup>a</sup>, 17 de marzo de 2004 (AC 2004, 382) dispone, al respecto, que «esta pensión no es una pensión vitalicia dada su naturaleza indemnizatoria o resarcitoria de una situación de desequilibrio ligada al momento de la cesación de la vida en común de los cónyuges, y que solo debe durar mientras se mantenga el desequilibrio, sin que deba constituir un acicate desincentivador del inicio de una actividad laboral; no obstante, la limitación temporal de la pensión debe adoptarse con cautela, cuando las circunstancias concurrentes evidencian, que el desequilibrio económico causa de la pensión sea susceptible de desaparecer en un plazo prudencial por estar al alcance de las posibilidades del acreedor, la eliminación de tal desequilibrio»; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, 6 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 340321) establece una limitación temporal a 15 años esta-

bleciendo una reducción de la cuantía de la pensión, cuando el obligado al pago se jubile; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 19 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 39504) limitación temporal hasta la liquidación de la sociedad de gananciales; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 23 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 97980) limitación temporal a seis años; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.<sup>a</sup>, 29 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 87802) necesidad de establecer la pensión compensatoria por un periodo de dos años para compensar el desequilibrio creado; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.<sup>a</sup>, 31 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 98091) limitación temporal a cuatro años; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 9 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 110688) a tres años como plazo suficiente para lograr subsanar la pérdida de oportunidad laboral producida como consecuencia de la dedicación a la familia; de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 120930) a un año; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 26 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 210488) a 5 años teniendo en cuenta la edad de la esposa, la duración del matrimonio y la posibilidad de trabajar.

<sup>62</sup> Se fija la pensión con carácter indefinido, sin límite temporal, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 2772) fijación con carácter vitalicio o indefinido. Circunstancias como la edad de la esposa, la duración del matrimonio, la exclusiva dedicación a la familia, el tiempo apartada del mundo laboral permiten concluir con criterios de prudencia y ponderación que, son razonablemente escasas las posibilidades reales de aquella de obtener en un plazo concreto un empleo que, le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente; 3 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4254) no procede la limitación temporal. La esposa tiene 48 años, sin profesión, oficio o titulación, ni experiencia laboral, y está dedicada a la atención de la familia y con hijo en fase de estudios a su cargo. Escasas posibilidades de reincisión laboral; 28 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5187) no procede la limitación temporal, pues, se fijó en convenio con carácter indefinido. Por lo que no puede establecerse en este caso un plazo para su extinción, si no concurren alteración de las circunstancias; 11 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2112) mujer de 56 años con 30 años de matrimonio dedicada en exclusiva a la familia y sin recursos económicos propios; 18 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2002); 24 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2290); 19 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 274) no procede la limitación temporal. Se trata de un matrimonio de 35 años de duración y dedicación de la esposa al cuidado de la familia casi en exclusiva. Esposa que percibe una ayuda familiar para desempleados; de 3 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 399) no procede la limitación temporal de la pensión compensatoria acordada en convenio de separación, ahora en divorcio, salvo modificación sustancial de las circunstancias, porque no se puede traer a colación lo que en su día no se previó, reprochando el demandado desidia en la búsqueda de empleo. Carece de sentido limitar temporalmente la pensión a los 57 años cuando no se contempló cuando tenía 44; 24 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 669) en atención a la edad de la recurrente 56 años al momento de presentar la demanda y que su matrimonio ha durado más de 30 años y haber sido ella quien de forma principal se ha ocupado del cuidado de la familia y los hijos habidos en el matrimonio y solo esporádicamente ha trabajado en el negocio familiar; único ingreso durante dos años de 425 euros mensuales como ayuda por ser víctima de violencia de género y con dificultad para acceder al mercado laboral; 2 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4215); 6 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4262); 13 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4738); y 18 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 99); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, 27 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006, 7252); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 7 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 70415) no cabe limitación temporal, pues, el matrimonio ha durado veintiocho años, y, además, la edad, circunstancias personales y cualificación profesional limitada de la esposa lo exigen; y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4.<sup>a</sup>, 13 de febrero de 2008 (*JUR* 2008, 130693).

<sup>63</sup> Señala LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). *Principios de Derecho Civil*, T. V Derecho de Familia, 6.<sup>a</sup> edición, Madrid: Marcial Pons, 160 que, en la práctica, ha ganado posiciones claramente la fijación de un tanto alzado, que parece comparecerse mejor con la presunta objetivización u objetivación de la pensión perseguida por la Ley 11, 1981).

<sup>64</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2003). *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, *op. cit.*, 165.

<sup>65</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4366); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, 12 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 112778) matrimonio breve unido a la ausencia de hijos comunes; de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.<sup>a</sup>, 21 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 88826) duración escasa de la convivencia y ausencia de descendencia; y, de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 98466).

<sup>66</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4254) esposa de 48 años, sin profesión, oficio o titulación ni experiencia laboral. Ha estado dedicada a la atención de la familia y con hijos en fase de estudio a su cargo; 8 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 3978) esposa de 53 años de edad sin cualificación profesional debido al cuidado del hogar e hijos durante 25 años sin otra prestación y, de 29 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 3097) dada la edad de la demandante —50 años—, carece de formación académica o profesional y nunca trabajó, unido a la reconocida experiencia empresarial de quien fue su esposo, se declara que en la sentencia recurrida se ha fijado una prudente pensión compensable la cual, sin duda ha de ser indefinida, mientras no se modifique sustancialmente las circunstancias, dado que ahora no consta que la demandante pueda superar el desequilibrio económico. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, 9 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 82319) la esposa tiene una incapacidad permanente total y escasas posibilidades de incorporarse al mundo laboral. Carece de bienes, atendiendo al cuidado del hogar y del hijo menor durante 16 años de duración del matrimonio. Asimismo, BELIO PASCUAL A.C. (2013). *La pensión compensatoria (Ocho años de aplicación práctica de la Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 190 a 197 que atiende como criterios para el otorgamiento de la pensión temporal a la edad, estado de salud, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso al empleo, la dedicación pasada y futura a la familia y la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

<sup>67</sup> ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 100 del Código Civil, *op. cit.*, 409-410.

<sup>68</sup> ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 99 del Código Civil, *op. cit.*, 408, señala que «se trata, pues, de un contrato a favor de tercero, en el que el beneficiario es el acreedor de la pensión y en que el tercero debe satisfacer la renta pactada al beneficiario. Esta posibilidad surge por el hecho de que el pago de la pensión no es personalísimo».

<sup>69</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4452) consideró procedente la acción rescisoria en fraude de acreedores ante la dación en pago de la pensión compensatoria, con la finalidad de que los acreedores del marido no pudieran realizar sus créditos. A la esposa, además de 29.000.000 de ptas, se le adjudica un piso, valorado en más de ochenta millones de pesetas y la mitad indivisa de otras tres fincas urbanas y otras tres rústicas, lo que suma un valor muy superior a la cantidad pactada en concepto de pensión compensatoria, lo que implicó ni más ni menos que pretende evitar de la ejecución, esos bienes que salen del patrimonio del deudor. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 13 de septiembre de 1993 (AC 1993, 1972) se convino por acuerdo de las partes la sustitución de la pensión por la adjudicación de bienes del caudal ganancial.

<sup>70</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J. (2009). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 226; ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 99 del Código Civil, *op. cit.*, 408.

<sup>71</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 2489) convenio entre las partes de una pensión «vitalicia», salvo nuevo matrimonio o convivencia marital; y, 24 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2657) pacto prematrimonial en previsión de crisis conyugal acordando una renta mensual vitalicia para la esposa. Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 10 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 107933) aplicación de la doctrina de los actos propios. Cantidad que el actor consideraba proporcionada para compensar la situación de desequilibrio económico que la ruptura matrimonial se deriva en perjuicio de la esposa.

<sup>72</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.<sup>a</sup>, 23 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 78105) esposa de 28 años, acabando sus estudios superiores y con evidente capacidad laboral; y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.<sup>a</sup>, 29 de abril de 2005

(*JUR* 2005, 113445) igualmente, considera que no procede la pensión por desequilibrio por la edad de la esposa y la realización de trabajo remunerado.

<sup>73</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 28 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 260373) ausencia de cualificación profesional y de desarrollo de trabajo alguno; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 30 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 30109) conocimiento por parte de la esposa del mundo laboral: trabajo realizado por cuenta ajena antes del matrimonio y en la actualidad realiza un trabajo por cuenta propia; de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.<sup>a</sup>, 29 de enero de 2004 (*JUR* 2004, 81119) irrelevancia de la existencia de trabajos eventuales al ser discontinuos y de duración breve; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 12 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 266591) escasa formación profesional y escasas expectativas laborales; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 28 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 128970) en atención a la edad de la esposa y la ausencia de cualificación profesional se concede la pensión compensatoria; de la Audiencia Provincial de León, secc. 3.<sup>a</sup>, 27 de febrero de 2006 (*AC* 2006, 606) hace referencia al acceso al mercado laboral prácticamente inviable; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, 14 de mayo de 2007 (*JUR* 2007, 288605) ingresos de la esposa como consecuencia de haber estado trabajando constante matrimonio y hacerlo en la actualidad; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 5 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 40468) fácil incorporación de la esposa al mundo laboral con sus propios ingresos conforme a su cualificación profesional y propias aptitudes; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, 12 de junio de 2008 (*JUR* 2008, 302137) la percepción de una pensión por desempleo, presume en cierto modo su posibilidad para trabajar y poder alcanzar remuneración para sí misma; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, 10 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 311341) no procede la pensión por desequilibrio, pues, ambos esposos tienen fácil acceso al mercado laboral.

<sup>74</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.<sup>a</sup>, 8 de febrero de 2000 (*AC* 2000, 3876) matrimonio mantenido casi 30 años con dedicación completa a la familia que impidió su acceso al campo laboral; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 19 de julio de 2001 (*JUR* 2001, 270417) dedicación al cuidado y atención a la familia durante los años que duró el matrimonio con períodos cortos de actividad laboral; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 12 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 114403) dedicación a su esposo y a sus cuatro hijos desde el año 1960 en que se casó; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 27 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003, 28210); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.<sup>a</sup>, 18 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003, 7816) duración de 27 años del matrimonio durante el cual la esposa dejó de trabajar para atender a la familia, y altos ingresos del esposo como médico especialista; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 11 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004, 36186) dedicación exclusiva a la familia durante 30 años; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 25 de enero de 2008 (*JUR* 2008, 208456) esposa que durante 45 años estuvo dedicada a las tareas domésticas y cuidado de sus hijas, sin que en todo ese tiempo prestara trabajo alguno por cuenta ajena, sin que por su edad, setenta años, quepa considerar la probabilidad de acceso a un empleo.

<sup>75</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, 14 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 128887).

<sup>76</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 4 de mayo de 2000 (*JUR* 2000, 304635) matrimonio durante doce años, carencia de ingresos y de cualificación profesional, dedicación a los cuidados de la casa y de la familia; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, 30 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 265532) duración de 29 años del matrimonio; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.<sup>a</sup>, 15 de julio de 2002 (*JUR* 2003, 6124) convivencia conyugal durante 20 años dedicándose a atender el hogar, y carencia de específica cualificación profesional; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 20 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004, 5877) duración de la convivencia durante 22 años; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 23 de mayo de 2007 (*JUR* 2007, 312997) matrimonio con una duración de 26 años teniendo la esposa 51 años y habiéndose dedicado a las labores domésticas.

<sup>77</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 3) no procede la pensión compensatoria por encontrarse el marido en el momento

de la separación en situación de paro; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, 12 de junio de 2001 (*JUR* 2001, 259725); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 4.<sup>a</sup>, 21 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 116425); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 35632) se determina la cuantía de la pensión en función de las circunstancias concurrentes: duración del matrimonio, edad de los cónyuges, dedicación a la familia y caudal de los cónyuges; y, la falta de cualificación profesional.

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

<sup>78</sup> En este coincide mayoritariamente la doctrina, *vid.*, ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 97 del Código Civil, *op. cit.*, 405; GARCÍA VARELA, R. (2000). Comentario al artículo 97 del Código Civil, *op. cit.*, 127.

<sup>79</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012710435); 17 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3703); 20 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7823); 21 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1140); 12 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4583); y, 30 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4865); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 27 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 33645); de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 127303); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 11 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 186440); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 23 de julio de 2015 (*JUR* 2016, 108097); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, 9 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 30125); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 10 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 9836); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.<sup>a</sup>, 15 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 35765); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 65218); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.<sup>a</sup>, 19 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 75623); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 99535); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 98466); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.<sup>a</sup>, 18 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 11932).

<sup>80</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2010 (LA LEY 1539, 2010), que, asimismo, precisa en su *Fundamento de Derecho sexto* que, para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrio y su situación anterior al matrimonio; 4 de noviembre de 2010 (LA LEY 231765); 14 de febrero de 2011 (LA LEY 216172011); y, 17 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 377). En la línea por la concepción subjetiva del desequilibrio CARRASCO PERERA, Á. (2006). *Derecho de Familia. Casos, reglas y argumentos*, Madrid: Dilex, 129. En contra, MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> L. (2007). La pensión compensatoria, *op. cit.*, 155, quien estima que «la reforma llevada a cabo en 2005 es indicativa de que nuestro legislador está rechazando de plano la tesis que propugna integrar el concepto de desequilibrio del párrafo 1.<sup>º</sup> del artículo 97 con los hechos enumerados en el párrafo segundo. El derecho a la pensión corresponde al cónyuge que, tras la ruptura, carece de recursos para conservar el nivel de vida anterior, siempre que el otro sí pueda hacerlo, con independencia de que esa situación esté o no provocada por la convivencia matrimonial».

<sup>81</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Bosch, 171.

<sup>82</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de marzo de 2014 (LA LEY 56104, 2014) fija como doctrina jurisprudencial, a los efectos de la modificación de la pensión compensatoria que, no es alteración sustancial que el cónyuge acreedor obtenga un trabajo remunerado, si en el convenio regulador se ha previsto expresamente que esta circunstancia no justifica la modificación de la pensión; y, 1 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 925) la liquidación de gananciales y los rendimientos obtenidos de la gestión de los bienes adjudicados no constituye

alteración sustancial que la justifique; y, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.<sup>a</sup>, 7 de abril de 2003 (*JUR* 2003, 210333); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 1.<sup>a</sup>, 13 de mayo de 2003 (*JUR* 2003, 237187); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, 16 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 121587); de la Audiencia Provincial de León, secc. 3.<sup>a</sup>, 13 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005, 233124); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 2 de mayo de 2012 (LA LEY 101458, 2012) no se accredita la desaparición del desequilibrio económico que funda la pensión compensatoria cuya extinción se pretende, sino tan solo una serie de variaciones que llevan a reconsiderar la cuantía de la misma. Así únicamente se varía la cantidad a reintegrar por indebida, apreciando una percepción indebida de 100 euros al mes, que suponen una devolución de 2800 euros al llevar la demandada aproximadamente dos años trabajando, sin aplicación del IPC por no responder este concepto a una alteración sustancial; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 2.<sup>a</sup>, 24 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 284223) la mala situación que atraviesa el sector fresero por una caída de precios en el año 2013 en modo alguno puede ser tenido en cuenta para reducir la pensión compensatoria.

<sup>83</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 7123); 24 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011, 437381) tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal de bienes entre la separación y el divorcio del matrimonio. La adjudicación de gananciales a la demandante por valor de cuatro millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna; 2 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 4281) fijación de la pensión en dos tramos sucesivos, reducción del segundo a partir de los cinco años en consideración a la posible venta futura del bien inmueble propiedad de la preceptora y la mejora de su liquidez. No procede la reducción por falta de un estudio de mercado del inmueble que justifique la operación de 5 años que se aventura y el hipotético enriquecimiento de la propietaria; y, 17 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2761) reducción de su importe en tanto se mantenga el deudor en situación de incapacidad laboral transitoria. Modificación con efectos desde la interposición de la demanda. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.<sup>a</sup>, 16 de enero de 2009 (*JUR* 2009, 239448); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 23 de julio de 2010 (*JUR* 2010, 355414); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 22 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 194103) procede la disminución de la cuantía por jubilación y disminución de ingresos del marido e incremento de ingresos de la mujer al percibir una pensión no contributiva de jubilación; de la Audiencia Provincial de Guadalajara, 3 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 81349) disminución de la cuantía por alteración de las circunstancias. Hay una reducción de los ingresos del esposo derivados de su situación de pensionista y liquidación del negocio empresarial y aumento de los ingresos de la esposa en situación de pensionista también. Reducción de la cuantía a 300 euros mensuales durante seis meses y transcurrido dicho plazo, la pensión queda extinguida; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, 8 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 211690) variación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su momento respecto de la situación laboral de la esposa, al tener medios de vida propios y suficientes para atender a sus necesidades por haber estado de alta como autónomo y regentando un establecimiento de hostelería con continuidad y no de forma transitoria; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 22 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 234611) procede la disminución de la cuantía, pues, la beneficiaria cuenta con un plan de pensiones y jubilación, además de haber obtenido una compensación económica por razón del trabajo y expectativa de la mejora económica tras el cese del estado de indivisión de los bienes comunes. Reducción de la cuantía de la pensión de 1000 euros a 500 euros; de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.<sup>a</sup>, 16 de noviembre de 2015 (AC 2015, 1796) reducción a una cantidad un poco inferior al 50% de los ingresos del esposo; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.<sup>a</sup>, 28 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 75689) la prueba practicada ha llevado a la conclusión de que el único sustancial cambio de las circunstancias que se ha producido, es el desempeño por la demandada de una actividad laboral. Esta posibilidad fue prevista expresamente en el convenio para excluir que pudiera afectar al devengo de la pensión compensatoria pactada por una duración de diez años, las partes en uso de la autonomía de la voluntad dispusieron la irrelevancia de ese cambio para el devengo de la pensión acordada.

DE LA HAZA DÍAZ, P. (1989). *La pensión de separación y divorcio*, Madrid: La Ley, 105, manifiesta al respecto que merece el calificativo de sustancial: «la alteración que provoque en

uno de los sujetos de la relación la imposibilidad de subvenir sus necesidades vitales»; y, precisa en otro lugar que «solo las alteraciones de fortuna que tengan lugar como consecuencia que una de las partes de la relación no puede cubrir sus necesidades vitales pueden ser consideradas como «sustanciales», de forma que actúen como causa para modificar una obligación que tiene su fundamento en un vínculo matrimonial inexistente o falso de alguno de sus elementos», 102.

<sup>84</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional, 17 de marzo de 1997 señala que «no se revisa una decisión judicial desde una perspectiva histórica, sino que se pretende su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se dictó, si se produjera una alteración sustancial en la fortuna de uno o del otro cónyuge (arts. 91 y 100 del Código Civil). Es ostensible, por tanto, que el replanteamiento de la cuestión con el mismo fundamento resultaría inviable. No puede pretenderse la modificación de las pensiones una y otra vez sin un cambio de situación, y, por tanto, ha de considerarse agotada en sí misma».

<sup>85</sup> LA LEY 12707, 2018.

<sup>86</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6697); y, 27 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 1131).

<sup>87</sup> *RJ* 2016, 925.

<sup>88</sup> *RJ* 2017, 2663.

<sup>89</sup> Asimismo, *vid.*, el artículo 83.5 del Código Foral aragonés y, el artículo 233-19 del Código Civil catalán. En relación con la extinción de la pareja estable el artículo 234-12 de este último cuerpo legal dispone que: «*La prestación alimentaria en forma de pensión se extingue de acuerdo con las reglas del artículo 233-19*». Añade, el artículo 234-14 que: «*En caso de extinción de la pareja estable por muerte de uno de los convivientes, el superviviente tiene, además de la compensación por razón del trabajo que eventualmente le corresponda de acuerdo con el artículo 232-5.5, los derechos viduales familiares reconocidos por los artículos 231-30 y 231-31*». Por su parte, el artículo 234-13 de tal Código señala que: «*Los derechos a la compensación por razón de trabajo y a la prestación alimentaria prescribe en el plazo de un año a contar de la extinción de la pareja estable y deben reclamarse, si procede, en el mismo procedimiento en que se determinan los demás efectos de la extinción de la pareja estable*».

<sup>90</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2009). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio, *op. cit.*, 192; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, *op. cit.*, 162. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2018 (*JUR* 2018, 251491) sostiene la imposibilidad de aplicar la pérdida del derecho al percibo de la pensión compensatoria como una especie de sanción por el hecho de no haber accedido a un empleo, salvo que se acredite una verdadera desidia o desinterés respecto del acceso al mercado laboral. En el presente caso, se trata de una esposa que abandonó su ocupación laboral para dedicarse a su familia y en particular al cuidado de uno de los hijos habidos del matrimonio que requería cuidados especiales; lo que unido al hecho que tiene actualmente unos cincuenta cinco años —circunstancia que evidentemente resta posibilidad de acceso al trabajo, salvo que se cuente con una especialización determinada— leva a considera que no procede la extinción de la pensión compensatoria y si su mantenimiento en las condiciones que en su día fueron convenidas; asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.<sup>a</sup>, de 4 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 157676) y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12<sup>a</sup>, de 10 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 153356) se extingue la pensión compensatoria, pues, la beneficiaria ha obtenido una plusvalía importante en su patrimonio por la venta de una vivienda que, le va a permitir disponer de un efectivo que debidamente repartido, supone la misma cantidad de la pensión durante 28 años. Ello implica una evidente mejora en su situación económica y ya no está justificado el percibo de la pensión al haber desaparecido el desequilibrio que motivó su establecimiento.

<sup>91</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 9 de octubre de 2015 (*JUR* 2016, 12057).

<sup>92</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 358) cambio de circunstancias económicas respecto al convenio regulador de separación. La esposa ahora tienen una pensión no contributiva y mantiene un domicilio en propiedad. Pensión contributiva actual del esposo menor que su salario, pagando además un alquiler. Procede su supresión.

<sup>93</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011, 415008).

<sup>94</sup> *RJ* 2018, 468.

<sup>95</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 18 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 412061); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, 16 de febrero de 2011 (*JUR* 2011, 218120).

<sup>96</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 18 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 412061).

<sup>97</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, 10 de febrero de 2015 (*AC* 2015, 497).

<sup>98</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 155239).

<sup>99</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 26 de marzo de 2009 (*JUR* 2009, 232973).

<sup>100</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.<sup>a</sup>, 15 de marzo de 2004 (*JUR* 2004, 120631).

<sup>101</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, 11 de enero de 2000 (*AC* 2000, 3022); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.<sup>a</sup>, 20 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004, 50615).

<sup>102</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, 8 de julio de 2011 (*JUR* 2011, 309447); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, 23 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 36462).

<sup>103</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de abril de 2010 (*JUR* 2011, 411648); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, 8 de enero de 2018 (LA LEY 3458, 2018) en la instancia se declaró extinguida la pensión compensatoria por haber contraido su beneficiaria nuevo matrimonio, sin que el fallecimiento del segundo marido de la demandada haga revivir el derecho a la pensión. El ex esposo demandante cuestiona la fecha de efectos de la declaración de extinción de la pensión compensatoria, y afirma al respecto la Audiencia Provincial que, al tratarse de una medida que queda fuera del control de oficio de los Tribunales, y regirse por el principio dispositivo de las partes, una vez que surge una causa extintiva del derecho a la pensión, corresponde exclusivamente a la iniciativa del obligado al pago el ejercicio de la oportuna acción para la declaración de extinción; de modo que, los efectos de esta declaración extintiva se dan a partir del momento en el que se declara judicialmente la extinción y no desde el momento en que acontece la causa extintiva, en el caso, desde que la demandada contraíó nuevo matrimonio. Los efectos de la extinción de la pensión se producen *ex nunc* —desde que son declarados— y no *ex tunc* como pretende el actor.

<sup>104</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 2040); 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5591) y, de 18 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2828). Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.<sup>a</sup>, 2 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 358970); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 27 de septiembre de 2011 (*JUR* 2011, 362702); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 13 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 2308); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 298528); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.<sup>a</sup>, 31 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 242047) acreditación de la existencia de una unión extramatrimonial y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1<sup>a</sup>, de 11 de mayo de 2018 (LA LEY 54196/2018) no se acredita que la beneficiaria tenga una relación sentimental comparable con una convivencia matrimonial. Es cierto que, de la prueba practicada se evidencia la existencia de una relación amistosa y de familiaridad entre la demandada y una persona del sexo contrario. Incluso los propios implicados reconocen llegar al ámbito sexual. Pese a ello, no se acredita que concurra en dicha relación los requisitos de permanencia, duración y estabilidad propios de un compromiso materializado en un proyecto de vida en común, que lo hiciera comparable con la convivencia matrimonial.

<sup>105</sup> *RJ* 2017, 896.

<sup>106</sup> LA LEY 20190, 2018.

<sup>107</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de octubre de 2010 (LA LEY 192368, 2010); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 13 de abril de 2011 (LA LEY 65938, 2011).

<sup>108</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, 15 de septiembre de 2010 (LA LEY 159100, 2010); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 15 de octubre de 2010 (LA LEY 229506, 2010).

<sup>109</sup> *RJ* 2011, 6697.

<sup>110</sup> LA LEY 21266, 2014. En el mismo sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.<sup>a</sup>, 1 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 250991); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, 28 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 113631); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 249065).

<sup>111</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 7123); y, 23 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 1900). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.<sup>a</sup>, 13 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 118180); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de octubre de 2016 (LA LEY 164409, 2016) dado el tiempo que ha transcurrido de 14 años desde que se dictó la sentencia de divorcio y que no ha tenido la más mínima intención de incorporarse al mercado laboral para procurarse una vida económica independiente, debe declararse extinguida la pensión una vez transcurrido un año desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

<sup>112</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 18 de enero de 2011 (*JUR* 2011, 119128).

<sup>113</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de febrero de 2018 (Id. Cendoj. 280791100120181100052).

<sup>114</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 5 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 183168).

<sup>115</sup> *RJ* 2018, 379.

<sup>116</sup> *RJ* 2015, 1170.

<sup>117</sup> *RJ* 2017, 880. También, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 673).

<sup>118</sup> *RJ* 2015, 5414.

<sup>119</sup> *JUR* 2016, 104094.

<sup>120</sup> *RJ* 2017, 1720.

<sup>121</sup> LA LEY 3973, 2018.

<sup>122</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M. (2011). *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*, Navarra. Aranzadi Thomson Reuters, 90 precisa que «si el preceptor se encuentra separado-divorciado, la dependencia económica —como criterio de percepción de la pensión de viudedad— es sustituida por un criterio objetivo consistente en la existencia de una pensión compensatoria a favor del cónyuge superértite al tiempo de fallecimiento del cónyuge-ex cónyuge o de una indemnización, si el matrimonio ha sido declarado nulo».

<sup>123</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 2860); y, 10 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6454). Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, secc. 6.<sup>a</sup>, 14 de julio de 2014 (AS 2014, 2561) denegación al cónyuge superértite separada judicialmente por extinción de la pensión compensatoria antes de la fecha de fallecimiento del causante, así como por inefficacia de la posterior reconciliación, no comunicada al juzgado competente y al no poder ser considerada pareja de hecho, por incumplimiento de requisitos al efecto; del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Sala de lo Social, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de septiembre de 2014 (AS 2015, 276) resulta beneficiaria de la pensión de viudedad la esposa separada judicialmente, habiéndose establecido una pensión alimenticia en convenio regulador, equiparable a la pensión compensatoria exigida normativamente; y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Social, secc. 1.<sup>a</sup>, 12 de febrero de 2015 (AS 2015, 651) denegación de la pensión de viudedad al cónyuge separado judicialmente, por no ser beneficiaria de la pensión compensatoria, sin que tampoco pueda aplicarse la disposición transitoria decimoctava de la LGSS por haber transcurrido más de 10 años entre la separación y el fallecimiento del causante y sin que tenga eficacia alguna la reconciliación posterior a la separación, por no haber sido comunicada al Juzgado.

<sup>124</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M. (2011). *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad, op. cit.*, 91 y 105. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 21 de junio de

2017 (*RJ* 2017, 3296): El cónyuge divorciado que recibió la pensión compensatoria como pago único, no tiene derecho a la pensión de viudedad. Se discute si es o no pensión compensatoria el pago único que se hace en virtud de lo pactado en el convenio regulador del divorcio a los efectos de lucrar la pensión de viudedad. Más allá de *nomen* que a este tipo de pensión den las partes, debe estarse a la verdadera naturaleza de la misma, atendiendo a su finalidad, porque puede darse el caso de que una nominada pensión compensatoria sea en realidad una pensión de alimentos. En la medida en que la pensión de viudedad en caso de separación o divorcio no guarda relación alguna con el estado de necesidad del beneficiario, sino con la pérdida del montante económico que aquél viniera percibiendo en el momento y a causa del fallecimiento del causante, es por lo que la LGSS lo que tiene en cuenta es el vínculo económico preexistente, con independencia de cuál sea la situación económica del beneficiario. Siendo así, el reconocimiento de la pensión de viudedad exige determinar si el fallecimiento del causante pone fin al abono de una obligación asumida por este, con la finalidad de satisfacer lo que propiamente era una pensión compensatoria, o si por el contrario, el fallecimiento no ocasiona pérdida económica para el cónyuge superéste. En el caso, probado que la solicitante de la pensión de viudedad, al tiempo del fallecimiento del causante, no tenía ninguna dependencia económica de él, no puede resultar beneficiaria de la pensión porque el fallecimiento no le ha ocasionado una pérdida económica, ni una minoración de los ingresos obtenidos a través de una pensión compensatoria que no era tal al haber liquidado los derechos económicos de su vínculo matrimonial a través de un único pago. Cuando la LGSS se remite a la pensión compensatoria y dispone que esta queda extinguida a la muerte del causante, debe entenderse que se está refiriendo a una pensión de pago periódico, y no a una prestación de pago único que se extingue con su pago antes de producirse el óbito del causante.

El Supremo estima el recurso y deniega la pensión de viudedad a la solicitante que recibió una pensión compensatoria en un pago único porque la muerte del causante no le ha supuesto una merma de ingresos que sea compensable a través del instituto de la pensión de viudedad.

<sup>125</sup> Para una evolución legislativa de la pensión de viudedad, *vid.*, UREÑA MARTÍNEZ, M. (2011). *Crisis matrimonial y pensión de viudedad*, *op. cit.*, 3-50.

<sup>126</sup> *RJ* 2014, 6454.

<sup>127</sup> *JUR* 2014, 259865.

<sup>128</sup> En la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 23 de febrero de 2016 (LA LEY 15796, 2016) se fijó una pensión compensatoria vitalicia de 30 euros establecida con la «hipotética finalidad» de preservar una futura pensión de viudedad a la exesposa. Conforme a la legislación actual, tendría derecho a una pensión de viudedad en la cuantía de 30 euros.

<sup>129</sup> Para acceder a la condición de pensionistas de viudedad como víctimas de violencia de género no se exige necesariamente que deba haber una previa tipificación o calificación jurídica de que concurre tal condición. La LGSS flexibiliza su criterio y a efectos de lucrar la pensión permite acreditar que «eran víctimas». La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, 20 de enero de 2016 (LA LEY 1056, 2016) han aportado suficientes medios probatorios, para que de todo su conjunto, se deduzca que la recurrente venía siendo víctima de violencia de género o durante los años anteriores a su separación matrimonial e incluso, indirectamente, durante el propio proceso conducente a ella, debiendo por ello, reconocérsele la pensión de viudedad solo por ostentar la condición de «victima de violencia de género». Lo cierto es que la denuncia de malos tratos de un hijo mayor de edad pesa para conceder la pensión de viudedad a la madre víctima de violencia de género. Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, 10 de mayo de 2016 (LA LEY 50255, 2016) se reconoce la pensión de viudedad a una víctima de violencia de género por el testimonio de su hija y, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 199385) reconoce una pensión vitalicia por viudedad de 692,76 euros mensuales a una mujer víctima de violencia de género en el momento del divorcio.

Para CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> J. (2017). *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Albacete: Bomarzo, 75-82 «(...) el artículo 220.1 LGSS se aplica solo a las mujeres que sean acreedoras de la pensión compensatoria. A «sensu contrario», los hombres víctimas de violencia de género que no sean acreedores de dicha pensión no van

a poder ser beneficiarios de la pensión de viudedad, ni tampoco es aplicable a las parejas homosexuales masculinas». Lo que supone para la autora que, el concepto de violencia de género se ha constituido dogmáticamente sobre la tutela de la mujer. Respecto del elemento objetivo señala que «(...) el artículo 220.1 párrafo tercero de la LGSS se encuentra ubicado dentro de las particularidades previstas para la pensión, cuando se producen situaciones de crisis matrimonial». Y, finalmente, manifiesta que «el concepto de violencia de género del artículo 220.1 de la LGSS no se limita a los delitos penales. Por lo tanto, esta teoría podría ser trasladable en caso de concurrencia del delito, pero no si son otras acciones las que han posibilitado la apreciación de la situación de violencia». Además, entiende que «también hay que valorar el hecho que el artículo 220.1 de la LGSS no supone efecto ninguno para el agresor sobre el cual recae su posible o no imputabilidad. Todo su efecto se traslada hacia la víctima, que ha sufrido un daño, físico o psicológico, proveniente del que fue su pareja en un momento dado, fuese su situación mental en ese momento. Es decir, el hecho que no se pudiese apreciar una clara imputabilidad del agresor entendemos que, no puede formar parte del concepto de violencia de género a nuestros efectos, porque el daño está efectivamente hecho en un contexto de pareja, sea cual sea su origen».

<sup>130</sup> JUR 2016, 207111.

<sup>131</sup> LA LEY 213892, 2016.

<sup>132</sup> LA LEY 206447, 2015.

<sup>133</sup> LA LEY 100659, 2016.

<sup>134</sup> RJ 2017, 5957.

<sup>135</sup> LA LEY 40533, 2018.

<sup>136</sup> JUR 2017, 214015.

<sup>137</sup> LA LEY 195827, 2017.

<sup>138</sup> Víd., las sentencias del Tribunal Constitucional (Pleno), 14 de febrero de 2013 (RTC 2013, 41) con voto particular formulado por el Magistrado D. Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL.

<sup>139</sup> DESDENTADO DAROCA, E. (2013). *La pensión de viudedad. Retos del Derecho de Familia y reflexiones sobre las últimas reformas*, Albacete: Bomarzo, 165-166 en relación a los requisitos exigidos en el párrafo cuarto del artículo 174.3 de la LGSS señala que son: «1. Relación de afectividad análoga a la conyugal; 2. Inexistencia de impedimento para contraer matrimonio entre sus miembros; 3. Inexistencia de vínculo matrimonial con otra persona; 4. Convivencia estable, notoria, inmediata al fallecimiento y de duración no inferior a 5 años, acreditada mediante certificado de empadronamiento; y, 5. Acreditación de la existencia de la pareja de hecho por medio de la inscripción o documento público, anterior en dos años al fallecimiento».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 13 de marzo de 2018 (LA LEY 14563, 2018) señala que, la constitución formal de la pareja de hecho es una decisión que corresponde exclusivamente a sus miembros, pero si no la adoptan, no puede considerarse válidamente suplida por la advertencia del Notario autorizante de una escritura de constitución de una comunidad de bienes sobre la vivienda que comparten. La sola mención en la escritura sobre las consecuencias de la aplicabilidad de la Ley autonómica de parejas de hecho a la relación, no pasa de ser una mera observación de carácter genérico carente, por sí misma de eficacia alguna.

<sup>140</sup> LA LEY 613, 2018.

<sup>141</sup> RJ 2018, 515. Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 2018 (LA LEY 64433/2018) confirma la denegación de la pensión de viudedad por no llegar a contraer matrimonio porque se suspendió la ceremonia por mostrar el causante de la prestación síntomas de incapacidad para prestar adecuadamente el consentimiento. El informe del médico forense deja constancia de un deterioro cognitivo importante que motiva la denegación posterior de la autorización matrimonial. Si el fallecimiento de uno de los futuros contrayentes no convaleja la previa intención de contraer matrimonio, la incapacidad sobrevenida tiene el mismo efecto. Tampoco puede estimarse la pretensión de reconocimiento de la pensión de viudedad por vía de pareja de hecho porque no se ha logrado la constatación a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado del compromiso de convivencia entre los miembro de la pareja de hecho.