

Carlos Varela Gil
Universidad de Cádiz

Sumario

-
El art. 97 C.C. no señala entre las circunstancias a tener en cuenta en la configuración de la pensión compensatoria el comportamiento de los esposos y el grado de cumplimiento de sus deberes conyugales. Este hecho, sumado a lo sucedido durante el proceso legislativo de la ley 30/1981, ha llevado a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias a desvincular la culpabilidad de la pensión compensatoria. A pesar de ello, resulta chocante que ciertas situaciones graves provocadas por el potencial acreedor a la pensión compensatoria no deban ser tenidas en cuenta por el juez. Por tal razón, en este trabajo se analizarán nuevamente los argumentos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia con el objetivo de determinar si, a la luz de los mismos, existe una justificación razonable para excluir la culpabilidad de la pensión compensatoria o si, por el contrario, esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el juez cuando realmente sea relevante.

Abstract

-
The behaviour of the spouses is not indicate among the circumstances to configure the compensatory pension in the art. 97 Spanish civil code. This point, added to the facts that happened in the legislative process of the Ley 30/1981, has meant that most of the doctrine and case law decouple culpability from the compensatory pension. Despite this, it is shocking that a judge cannot consider certain serious situations caused by the potential compensatory pension creditor. For this reason, in this paper we analyze again the doctrine and case law arguments in order to determine if there is a reasonable justification to exclude the culpability of the compensatory pension or if, on the contrary, the culpability must be taken into account by the judge when it is really relevant.

Title: *The breach of marital duties and compensatory pension*

-
Palabras clave: Pensión compensatoria, culpabilidad, divorcio, separación.
Keywords: *Compensatory pension, culpability, divorce, judicial separation.*

-
DOI: 10.31009/InDret.2022.i1.01

1.2022

Recepción
11/07/2021

-

Aceptación
15/12/2021

-

Índice

-

1. Introducción

2. Estado de la cuestión

2.1. El proceso legislativo

2.2. La posición doctrinal

2.3. La interpretación de la jurisprudencia

3. Crítica a la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritarias

3.1. Interpretación acorde a la voluntad del legislador

3.2. Interpretación acorde al concepto de divorcio como remedio y no como sanción

4. Conclusiones

5. Tabla de sentencias

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-
No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

La pensión compensatoria viene regulada en los arts. 97 y ss. C.C. y podemos definirla como el derecho que tiene el cónyuge al que la separación o divorcio produce un desequilibrio económico en relación con la posición del otro y que implique un empeoramiento con respecto a su situación anterior en el matrimonio a recibir de su ex pareja una compensación económica. Dicha compensación, a falta de acuerdo entre las partes, viene determinada por el juez atendiendo a una serie de circunstancias, las que aparecen recogidas en el art. 97/2 C.C.: los pactos de las partes, la edad y estado de salud, cualificación profesional y probabilidades de empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, la pérdida eventual de un derecho a pensión, el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge o cualquier otra circunstancia relevante.

Como vemos, el art. 97 C.C. no recoge expresamente el comportamiento de los esposos y el grado de cumplimiento de sus deberes conyugales, lo que ha llevado a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias a descartar la culpabilidad de los cónyuges como posible circunstancia a tener en cuenta en la configuración de la pensión compensatoria. A pesar de ello, tras la aprobación del divorcio y el establecimiento de la pensión compensatoria en 1981, importantes civilistas de aquella década mostraron su extrañeza con el hecho de que el comportamiento de los cónyuges quedara al margen de las circunstancias a valorar por el juez en la determinación de la pensión compensatoria. Y, desde entonces, esa extrañeza ha seguido siendo puesta de manifiesto por algún sector doctrinal y jurisprudencial, siempre minoritario.

Sin embargo, a pesar de lo que señala la doctrina mayoritaria, resulta chocante que, por ejemplo, situaciones de violencia doméstica provocadas por el potencial acreedor a la pensión compensatoria no deban ser tenidas en cuenta por el juez. Por tal razón, en este trabajo se analizarán nuevamente los argumentos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia con el objetivo de determinar si, a la luz de los mismos, existe una justificación razonable para excluir la culpabilidad de la pensión compensatoria o si, por el contrario, esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el juez cuando realmente sea relevante¹.

Para alcanzar dicho objetivo, en primer lugar abordaremos el estado de la cuestión, donde se estudiará, por un lado, el proceso legislativo seguido en la configuración de la pensión compensatoria, especialmente en su tramitación de 1980-81, cuando el tema fue más ampliamente discutido; y por otro, los argumentos doctrinales y jurisprudenciales dados para descartar la culpabilidad del marco de la pensión compensatoria. Posteriormente, analizaremos críticamente estos argumentos doctrinales y jurisprudenciales con la intención de comprobar si

* Autor de contacto: Carlos Varela Gil (carlos.varela@uca.es). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina española en las resoluciones judiciales de los órdenes civil, penal y laboral* (DER2016-74971-P), dirigido por la Profesora. María Dolores Cervilla Garzón.

¹ El tema objeto de estudio ya ha sido parcialmente abordado por el autor en dos trabajos anteriores: «Pensión compensatoria y culpabilidad del cónyuge: el proceso legislativo del art. 97 CC» y «La incidencia de la doctrina en la fundamentación de las decisiones jurisprudenciales: la prestación por desequilibrio y el quebrantamiento de los deberes conyugales». Sin embargo, en este estudio se introducen importantes aportaciones a lo previamente tratado, que se utiliza como punto de partida para fundamentar nuestra posición crítica con respecto a la postura doctrinal y jurisprudencial mayoritarias.

realmente existe o no una justificación razonable para descartar la culpabilidad de los cónyuges en la determinación de la pensión compensatoria. Finalmente, el trabajo terminará con un apartado de conclusiones donde se mostrarán los principales resultados alcanzados en la investigación realizada.

2. Estado de la cuestión

2.1 El proceso legislativo

La pensión compensatoria surge en nuestro derecho a raíz de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Esta ley reintrodujo nuevamente el divorcio en España, que había estado permitido durante la Segunda República en virtud de la Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932 y que posteriormente el general Franco abolió el 23 de septiembre de 1939.² Cuarenta años después, con el final de la dictadura y el comienzo de la democracia, la Constitución Española contempló el matrimonio y remitió a la ley la regulación de sus formas, edad y capacidad para contraerlo, los derechos y los deberes de los cónyuges y tanto las causas de separación y disolución como sus efectos (art. 32). Fue la Ley 30/1981 quien se encargó de atender este mandato constitucional y precisamente uno de los efectos establecidos al regular la separación y disolución del matrimonio fue la pensión compensatoria (arts. 97 y ss. C.C.), una institución que ya venía contemplada en la mayor parte de los

² El divorcio no es una institución moderna del derecho de familia; todo lo contrario: hunde sus raíces en la Antigüedad. Así, el Derecho Romano no sólo la conocía, sino que la admitió durante sus más de catorce siglos de existencia. Bastaba, según este derecho, el cese de la *affectio maritalis* para que se consumara la disolución del vínculo, bien por mutuo acuerdo entre los cónyuges, bien de manera unilateral por uno sólo de los esposos. Sobre el divorcio en esta etapa, BONFANTE, P.: *Corso di Diritto Romano, vol. 1. Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 332-366.

La institución pasó de Roma a la Edad Media. Así aparece contemplada en Las Partidas, donde se indica que «Divortium en latín tanto quiere decir en romance como departimiento: et es cosa que departe la muger del marido ó el marido de la muger por embargo que ha entrellos, quando es probado en juicio derechamente» (4,10,1). Es sólo a partir de la llegada de la Edad Moderna cuando se declara la indisolubilidad del matrimonio. Concretamente en el Concilio de Trento, en la Sesión XXIV (1563), donde se señala que el primer padre del género humano declaró, inspirado por el espíritu divino, que el vínculo del matrimonio es perpetuo e indisoluble: «Matrimonii perpetuum indisolubilemque nexum primus humani generis parens divini spiritus instinctu pronuntiavit,...». Estos postulados son aceptados en España por Felipe II a través de la Real Cédula de 12 de julio de 1564: «Y ahora habiéndonos S.S. enviado los decretos del dicho santo Concilio impresos en forma auténtica, Nos como Rey Católico, y obediente y verdadero hijo de la Iglesia, queriendo satisfacer y corresponder á la obligacion en que somos, y siguiendo el exemplo de los Reyes nuestros antepasados, de gloriosa memoria, habemos aceptado y recibido, y aceptamos y recibimos el dicho sacro santo Concilio; y queremos, que en estos nuestros reynos sea guardado, cumplido y executado; y darémos y prestarémos para la dicha execusion y cumplimiento, y para la conservacion y defensa de lo en él ordenado nuestra ayuda y favor, interponiendo á ello nuestra autoridad y brazo Real, quanto será necesario y conveniente.» (Novísima Recopilación, 1, 1, 13).

Desde ese momento, el matrimonio se transforma en un vínculo indisoluble, hasta que en la Segunda República, en el año 1932, se aprueba la Ley del divorcio. En ella se permitía disolver el vínculo matrimonial bien por mutuo acuerdo, bien por voluntad de uno de los cónyuges por causa imputable al otro (art. 2). En este último caso, al cónyuge culpable se le sancionaba vetándole la posibilidad de contraer nuevo matrimonio durante un plazo (art. 11) o indefinidamente (art. 12); impidiéndole la custodia de los hijos menores (arts. 16 y 17); haciéndole perder todo lo que le hubiera sido dado o prometido por el consorte inocente o por un tercero en consideración a éste (art. 28); o negándole el derecho a exigir alimentos al cónyuge inocente en caso de necesidad (art. 30).

Con la llegada de la dictadura, la Ley de 23 de septiembre de 1939 deroga la institución del divorcio y el matrimonio vuelve a ser indisoluble, permitiéndose únicamente la separación bajo el amparo de las causas legítimas enumeradas en el antiguo art. 105 C.C. y con consecuencias para el cónyuge culpable como las que recogía el pasado art. 73 C.C. (no muy diferentes a las establecidas por la Ley de 1932).

ordenamientos de nuestro entorno y que en cierta medida había sido recogida en la Ley de divorcio de 1932.

Efectivamente, la aprobación de la Ley del divorcio en 1932 requirió que se velara por la protección del cónyuge que podía quedar en una situación de desamparo (normalmente la mujer, que es la que desarrollaba su trabajo en el ámbito doméstico). Con este fin, y siguiendo en parte otros modelos (como el de la Ley del divorcio francesa del año 1792³ y, en mayor medida, la regulación recogida en el art. 301 del Code Civil francés de 1804⁴), la Ley de Divorcio española de 1932, en la Sección cuarta del Capítulo III, reguló el derecho de alimentos entre ex cónyuges, que aparece reconocido en el art. 30 de la siguiente manera: «El cónyuge inocente, cuando carezca de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia, podrá exigir del culpable una pensión alimenticia, independientemente de la que corresponde a los hijos que tenga a su cuidado. Si el divorcio se decretase por causa que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges, ambos podrán exigirse recíprocamente alimentos en su caso».

En aquellos tiempos el divorcio, que no se producía de mutuo acuerdo sino fundamentalmente por culpa de uno de los cónyuges, acarrea para el esposo responsable una serie de sanciones. Esta concepción del divorcio-sanción se puede observar, por ejemplo, cuando sólo se permitía al cónyuge culpable contraer matrimonio transcurrido un año desde la firmeza de la sentencia de

³ En Francia, el Décret qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce, de 20 de septiembre 1792, previó dos tipos de pensiones entre cónyuges.

La primera, regulada en el art. 7 del apartado III «Effects du divorce par rapport aux époux», establece una pensión indemnizatoria para el cónyuge que haya solicitado el divorcio en virtud de una justa causa: demencia, condena, maltrato, violación de costumbres, abandono, ausencia o emigración.

«7. Dans le cas de divorce pour l'un des motifs déterminés, énoncés dans l'article 4, § 1er ci-dessus, celui qui aura obtenu le divorce sera indemnisé de la perte des effets du mariage dissous, et de ses gains de survie, dons et avantages, par une pension viagère sur les biens de l'autre époux, laquelle sera réglée par des arbitres de famille, et courra du jour de la prononciation du divorce.»

La segunda pensión es la contemplada en el art. 8 del mismo apartado, una pensión alimenticia que se asigna en caso de divorcio al cónyuge que lo necesite y que se impone al otro cónyuge atendiendo a su capacidad económica.

«8. Il sera également alloué par des arbitres de famille, dans tous les cas de divorce, une pension alimentaire à l'époux divorcé qui se trouvera dans le besoin, autant néanmoins que les biens de l'autre époux pourront la supporter, déduction faite de ses propres besoins.»

Ambas pensiones, tanto la indemnizatoria como la de alimentos, se extinguían en el momento en el que el cónyuge beneficiado contraía nuevo matrimonio (art. 9, apdo. III).

«9. Les pensions d'indemnité ou alimentaires énoncées dans les articles précédents, seront éteintes si l'époux divorcé qui en jouit contracte un nouveau mariage.»

Para la consulta del Decreto de 20 de septiembre de 1792, Recueil Général des lois, décrets, ordonnances, etc., t. III, Lepec, M., Paris, 1839, pp. 348 y ss. En relación con los antecedentes del divorcio en Francia, FELIX BALLESTA, M^a A.: *Regulación del divorcio en el derecho francés*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1988, pp. 4 y ss.

⁴ Con la entrada en vigor del Code Civil francés de 1804 se establecieron como causas de divorcio el adulterio, los malos tratos, la condena de uno de los cónyuges o el mutuo acuerdo (arts. 229-233) y se reguló una pensión alimenticia para los casos en los que el cónyuge no culpable no tuviera bienes suficientes para garantizar su subsistencia (art. 301).

Tras la caída de Napoleón y la Restauración de la monarquía con Luis XVIII, el divorcio instaurado en Francia en 1792 se abolió por la ley de 8 de mayo de 1816, reconduciendo la regulación a la que existía antes de la Revolución de 1789. No fue hasta la *Loi qui rétablit le Divorce*, de 27 de julio de 1884, cuando se restableció el divorcio, pero concebido como una institución más limitada (sólo se permite el divorcio culpable –arts. 229-232–) y con efectos sancionadores para el cónyuge responsable del mismo, al que se le impone, entre otras cargas, la obligación de pagar una pensión alimenticia al cónyuge no culpable en caso de necesidad, tal como quedó regulada en el código de 1804 (art. 301).

divorcio (art. 11); o cuando se impedía contraer nuevo matrimonio al marido que hubiera sido declarado culpable de tentativa para prostituir a su mujer o a cualquiera de los esposos condenados por conato de corrupción de sus hijos o prostitución de sus hijas o de actuar en connivencia en su corrupción o prostitución (art. 12); o cuando, en relación con la custodia de los hijos, a falta de acuerdo se asignaban al cónyuge inocente (art. 17).

Casi cinco décadas después, la sociedad occidental había cambiado notablemente y la concepción de la familia y del matrimonio también. En este contexto, el modelo de divorcio-sanción de tiempos pasados se estaba resquebrajando y en su lugar irrumpía con fuerza la concepción del divorcio como remedio. De esta manera, el divorcio-remedio se alejaba de la idea de culpa y de la indagación de culpables y se centraba en dar solución al problema de la insoluble desafección conyugal, para lo que buscaba fórmulas más acordes con el libre desarrollo de la personalidad y con la dignidad de cada uno de los cónyuges.

Así lo hacía el derecho francés, en el que en buena medida se inspiró en el año 1981 el art. 97 de nuestro Código Civil⁵. En este sentido, la Loi 75-617, de 11 de julio, reformadora del divorcio⁶, estableció que los cónyuges podían estar obligados, el uno con el otro, a un pago destinado a compensar, en la medida de lo posible, el desequilibrio que la ruptura del matrimonio creaba en las respectivas condiciones de vida. Y que este abono compensatorio debía fijarse conforme a las necesidades del cónyuge acreedor y los recursos del deudor, teniendo en cuenta la situación al momento del divorcio y la previsible evolución futura. Asimismo, señalaba que para determinar la cuantía compensatoria, el juez debía atender, en particular, a: la edad y el estado de salud de los cónyuges; el tiempo dedicado y a dedicar en la educación de los niños; sus cualificaciones profesionales; la disponibilidad para acceder a nuevos trabajos, sus derechos existentes y previsibles; la posible pérdida de pensiones; y los activos, tanto en capital como en ingresos, después de la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 270-272 Civil Code)⁷.

⁵ Cfr. CERVILLA GARZÓN, M^a D.: “El derecho a percibir una pensión compensatoria en las rupturas de las parejas de hecho”, *Revista Jurídica del Notariado* 44, 2002, p. 128; HOYA COROMINA, J. y ANAUT ARREDONDO, S.: “La pensión compensatoria”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n^o 1.873, 2000, p. 2436. Sobre la reforma francesa de 1975, FELIX BALLESTA, M^a A.: *Regulación del divorcio en el derecho francés*, cit., pp. 25 y ss.

⁶ La institución del divorcio, como hemos señalado, fue reintroducida en el derecho francés en 1884. A partir de entonces, y tras sucesivas reformas, su regulación fue definitivamente sustituida en 1975 por la Loi 75-617. Cfr. Sobre ello, FELIX BALLESTA, M^a A.: *Regulación del divorcio en el derecho francés*, cit., pp. 10 y ss.

⁷ Art. 270: «Sauf lorsqu’il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l’article 212 du code civil; mais l’un des époux peut être tenu de verser à l’autre une prestation destinée à compenser, autant qu’il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives.»

Art. 271: «La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l’époux à qui elle est versée et les ressources de l’autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l’évolution de celle-ci dans un avenir prévisible.»

Art. 272: «Dans la détermination des besoins et des ressources, le juge prend en considération notamment:

- l’âge et l’état de santé des époux;
- le temps déjà consacré ou qu’il leur faudra consacrer à l’éducation des enfants;
- leurs qualifications professionnelles;
- leur disponibilité pour de nouveaux emplois;
- leurs droits existants et prévisibles;
- la perte éventuelle de leurs droits en matière de pensions de réversion;
- leur patrimoine, tant en capital qu’en revenu, après la liquidation du régime matrimonial.»

Y de la misma manera, en otros países de nuestro entorno se regulaban una serie de prestaciones que, en determinados casos, uno de los ex cónyuges debía proporcionar al otro. De tal forma, en relación con Italia, la pensión matrimonial (assegno) apareció contemplada en el art. 5/4 de la Ley nº 898, de 1 de diciembre de 1970, reguladora del divorcio: «Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in un unica soluzione.»⁸. En Alemania, el divorcio pone fin al deber de ayuda mutua de los cónyuges. Únicamente a quien no pueda afrontar por sí mismo su propio mantenimiento se le reconoce el derecho a solicitar una manutención del otro cónyuge siempre que concurra alguna justa causa: por cuidado de hijos, debido a la edad, por enfermedad, por desempleo, por capacitación o por razones de equidad (arts. 1.569 y ss. BGB)⁹. Finalmente, en Inglaterra, la Matrimonial Causes Act de 1973 contempla la posibilidad de que el juez establezca una compensación de un cónyuge hacia el otro, para lo que deberá atender especialmente a circunstancias como los ingresos y bienes que cada cónyuge posea, las necesidades económicas en función de las obligaciones familiares asumidas, el nivel de vida disfrutado durante el matrimonio, la edad de cada cónyuge, la duración del vínculo, la existencia de alguna discapacidad física o mental, las contribuciones al bienestar de la familia, etc. (sections 23-25)¹⁰.

Con estos precedentes, Íñigo Cavero fue el encargado de presentar el Proyecto que sirviera de base a la nueva ley que reintroduciría el divorcio en España y que, por lo que a nuestro trabajo concierne, fijaba las características y requisitos de la pensión compensatoria. Así se hizo, y el 13 de marzo de 1980 vio la luz el Proyecto de Ley de Modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que proponía la redacción del art. 97 C.C. de la siguiente manera:

«El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, tiene derecho a una pensión que se fijará judicialmente, teniendo en cuenta:

1. Los hechos que hubieren determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos.
2. La edad, salud y cualificación profesional.
3. La dedicación pasada y futura a la familia.
4. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
5. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En relación con la reforma francesa de 1975, FELIX BALLESTA, M^a A.: *Regulación del divorcio en el derecho francés*, cit., pp. 25 y ss.; ALATI, A., «Évolution du divorce par la volonté unilatérale hors faute dans la législation française moderne: d'un divorce dur à un divorce assoupli», *Ciencia Jurídica*, vol. 8, nº 16, 2019, pp. 101 y ss.

⁸ Sobre esta figura, MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: *Las obligaciones de mantenimiento entre familiares*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 175 y ss.

⁹ En relación con ello, BOVER CASTAÑO, M^a P.: «La obligación de alimentos en el derecho de familia alemán», *Revista boliviana de derecho*, nº 17, 2014, pp. 170 y ss.

¹⁰ Una breve aproximación a la pensión compensatoria en derecho comparado se puede ver en HOYA COROMINA, J. y ANAUT ARREDONDO, S.: «La pensión compensatoria», cit., pp. 2436 y ss.

6. El convenio de los cónyuges.

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

Como se puede apreciar, la primera de las circunstancias que debía tener en cuenta el juez para fijar la pensión compensatoria era los hechos que hubieran determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos. Finalmente, tras un tenso proceso legislativo¹¹, el art. 97 quedó redactado en la Ley 30/1981 de la siguiente manera:

«El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

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

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

En lo que al comportamiento de los cónyuges concierne, se suprimió la primera circunstancia, la que hacía valorar al juez los hechos que hubieran determinado la crisis matrimonial y la participación de cada cónyuge en los mismos. Ello fue debido a que tal circunstancia se asoció

¹¹ En aquellos tiempos España estaba fuertemente dividida ideológicamente. Por un lado, se encontraba la España más conservadora, democristiana y fuertemente influida por la Iglesia Católica; por otro, la España de izquierdas, que tras el final de la dictadura había cobrado fuerza (144 diputados de 350 posibles en las elecciones de 1977 y 149 en las de 1979). Además, UCD (el partido de centro que ganó las elecciones en 1977, con 165 diputados, y en 1979, con 168 diputados) no era un partido homogéneo, sino que en él se reunieron políticos tanto conservadores como moderadamente liberales. Todo ello provocó que el proceso legislativo de esta Ley del divorcio fuera muy tenso y exigió al presidente del Gobierno, Adolfo Suárez, algunas cesiones, como la sustitución del democristiano Íñigo Cavero por el socialdemócrata Francisco Fernández Ordoñez como Ministro de Justicia. Este cambio, junto con una serie de enmiendas más liberales introducidas en el Proyecto de Ley permitieron finalmente la aprobación de la Ley del divorcio en 1981.

Con respecto a la tensión existente, incluso dentro del propio UCD, *cfr.* los artículos periodísticos de El País, del 11 de marzo de 1981 (https://elpais.com/diario/1981/03/11/espana/353113205_850215.html, consultada el 01/4/2021), del 8 de abril de 1981 (https://elpais.com/diario/1981/04/08/espana/355528804_850215.html, consultada el 01/4/2021) y del 18 de julio de 1980 (https://elpais.com/diario/1980/07/18/sociedad/332719201_850215.html, consultada el 01/4/2021); Diario 16, del 8 de abril de 1981 (<https://linz.march.es/documento.asp?reg=r-67662>, consultada el 01/4/2021); diario Ya, de 24 de diciembre de 1980, pág. 12; o diario ABC, de 18 de octubre de 1980, pág. 17.

por algunos de los grupos políticos al concepto de divorcio-sanción, del que quería huir tanto la izquierda como UCD, el partido del Gobierno¹². En este sentido, la alusión a la participación de los cónyuges en los hechos que provocaron la ruptura matrimonial como factor a tener en cuenta para determinar la pensión compensatoria fue duramente criticada por los Grupos Comunista¹³, Socialista¹⁴ y Andalucista¹⁵ en la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley en el Congreso. A pesar de ello, las enmiendas que estos grupos propusieron no salieron adelante en el Pleno del Congreso, aunque por un escaso margen (la enmienda del Grupo Comunista fue rechazada por 127 votos a favor; 145 en contra y 5 abstenciones; las enmiendas de los Grupos Andalucista y Socialista se votaron conjuntamente y fueron rechazadas por 130 votos a favor; 142 en contra y 9 abstenciones)¹⁶. Sin embargo, aunque el gobierno había sacado adelante su propuesta, no pudo permanecer impermeable a la presión social y política que venía sufriendo¹⁷ y finalmente la propia UCD, que había sido quien introdujo en el Proyecto de Ley la circunstancia relativa al comportamiento de los cónyuges en la determinación de la pensión compensatoria, fue quien

¹² Y dentro de UCD, no sólo los políticos más progresistas, sino también sectores más conservadores (entre los que se encontraba Íñigo Cavero, promotor del Proyecto de Ley). Sobre sus declaraciones como Ministro de Justicia y en las que calificaba el modelo de divorcio del Proyecto de Ley como «divorcio-remedio», *vid.* El País, del día 4 de marzo de 1980 (https://elpais.com/diario/1980/03/04/espana/320972418_850215.html, consultada el 01/4/2021).

¹³ Fernando PÉREZ ROYO, entre las enmiendas llevadas al Pleno del Congreso relativas a este artículo, señalaba al defender la nº 126 presentada por el Grupo Parlamentario Comunista: «Además, hay otro problema importante y es el hecho de que a la hora de señalar la cuantía de la pensión se dice que se especificará teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: «1: Los hechos que hubieren determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos.» Es decir, aquí, una vez más, subrepticamente, sin decirlo, queda metida la idea de culpa, contra la cual venimos batallando a lo largo de todo este dictamen.». *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 7 de abril de 1981, p. 9720.

¹⁴ Vicente Antonio SOTILLO MARTÍ, del Grupo Parlamentario Socialista, manifestaba: «Nosotros nos oponemos fundamentalmente a la circunstancia 1, según la cual el juez va a tener que valorar, entre otras cosas, los hechos que hubieren determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos. (...) Cualquier referencia que pueda dar lugar –y esta sería la segunda razón– a entrever en esta ley un criterio de culpabilidad, un criterio de reproche o de sanción económica a una conducta (que este es el supuesto en el que estamos) sería perjudicial para el prestigio de la ley, para la práctica diaria, y nosotros no nos vamos a sumar,...». *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 7 de abril de 1981, p. 9722.

¹⁵ Juan Carlos AGUILAR MORENO, del Grupo Parlamentario Andalucista, defendía en la enmienda 232: «Nosotros pretendemos la eliminación de las circunstancias 1 y 6 del dictamen, que eran las 1 y 4 del proyecto. Son las que se refieren a la pensión alimenticia compensatoria, y esta pensión se fija en atención a los hechos que hubieran determinado la separación o divorcio, o el cese de la duración del matrimonio o de la convivencia. Por ello creemos que estas circunstancias, como las llama el dictamen, no debieran existir en el texto definitivo, ya que la introducción de este criterio sólo puede producir perjuicio y no sirve para nada en cuanto a lo que debe ser la finalidad principal de este artículo, que no es otra que la protección de la parte más débil, que habitualmente es (...) la esposa que podríamos llamar convencional. (...) Es decir, entendemos que no deben influir en la fijación de la pensión motivos que sean ajenos a los puramente económicos y a las circunstancias personales. En definitiva, nosotros creemos que esto se debe remitir a los criterios que en el Código Civil se establecen para los alimentos, aunque esto sea una pensión especial que tiene un origen alimenticio y al mismo tiempo compensatorio, pero en virtud de unos juicios económicos y personales y no en virtud de unas circunstancias de culpabilidad o no culpabilidad.». *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 7 de abril de 1981, p. 9721.

¹⁶ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 7 de abril de 1981, p. 9725.

¹⁷ Prueba de ello son las palabras del centrista ESCARTÍN IPIENS, que en el Congreso señalaba: «El tema del divorcio con búsqueda de culpable creo que ha sido una imputación muy negativa y muy simple que se nos ha hecho a UCD desde muchos medios de difusión y políticos, cuando realmente no es nuestra filosofía del sistema de divorcio.» (*vid.* Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 17 de marzo de 1981, p. 9418). Y también se alude a la tensión existente en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, en la que se señalaba que: «la admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio constituyó el núcleo de la elaboración de la Ley [Ley 30/1981], en la que, tras un complejo y tenso proceso, aún podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación-sanción.».

decidió –ahora con nuevo Ministro de Justicia¹⁸– eliminarla unilateralmente en su tramitación en el Senado¹⁹. A partir de aquí el camino se allanó y el artículo se aprobó tal como aparece reflejado en el párrafo anterior.

Y así siguió durante casi 25 años, hasta la reforma que introdujo la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y en la que el artículo 97 C.C. queda casi tal y como lo conocemos ahora²⁰.

En la nueva redacción de este precepto ya no se habla de que el cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro y que suponga un empeoramiento con respecto a su situación matrimonial anterior tiene derecho a una pensión, sino que se le reconoce el derecho a una compensación, que podrá consistir en una pensión temporal o indefinida o en una prestación única. Asimismo, tras la reforma del 2005 se establece expresamente que el juez sólo determinará esta compensación a falta de acuerdo de los cónyuges. Finalmente, en lo que a las circunstancias que se deben tener en cuenta se refiere, la ley de 1981 establecía que el juez debía considerar, «entre otras», las ocho circunstancias que se enumeraban a continuación: acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges, la edad y el estado de salud de los mismos, etc. Era un sistema de *numerus apertus* en el que, además de las expresamente contempladas, se permitía que el juez tuviera en cuenta otras circunstancias. La reforma de 2005 no cambió sustancialmente esto, aunque sí su ubicación en el artículo: se suprime del primer párrafo la alusión a «entre otras» y se incorpora como 9ª y última circunstancia: «Cualquier otra circunstancia relevante».

¹⁸ Fernández Ordóñez había sustituido a Íñigo Cavero el 9 de septiembre de 1980.

¹⁹ Fue la propia UCD la que, encabezada por la senadora Carmen PINEDO SÁNCHEZ y para tratar de acercar posturas, propuso la eliminación de la controvertida circunstancia a través de la enmienda 69, que justificaba de la siguiente manera: «En la línea del proyecto de ley no parece lógico que se incluya como circunstancia determinante de la tensión [pensión] a los “hechos que hubieran determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos”, que parece contradecir los principios en que inspira el proyecto en que está ausente la separación o divorcio culpable.» (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14 de mayo de 1981. Senado. Nº 161 (c), pp. 70-71.). Su propuesta, lógicamente, fue aprobada sin problema alguno. Y consecuentemente, retirado el voto particular de ARENAS DEL BUEY, también de UCD, que en correspondencia con una enmienda *in voce* presentada ante la Comisión, había solicitado la vuelta al texto primitivo del Congreso de los Diputados (Diario de Sesiones del Senado de 16 de junio de 1981, p. 5666).

²⁰ «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

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

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.ª La edad y el estado de salud.
- 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.

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

Si nos centramos en si se debe tener en cuenta la culpa de los cónyuges en la determinación de la compensación por desequilibrio, el tema tuvo un menor peso en el debate parlamentario que dio origen a la Ley 15/2005. La nueva ley había acabado definitivamente con la ruptura causal y con ello se había enfriado la polémica que estuvo tan presente en el proceso legislativo de 1980-81 sobre el divorcio-remedio/divorcio-sanción y sobre la incidencia de la conducta de los cónyuges en el fracaso matrimonial. Únicamente el Grupo Popular y el Grupo de Convergència y Unió propusieron en el Congreso la inclusión de un sistema de causas (que no de culpas –según sus propias palabras–) justificándolo en que eran aquéllas las que debían ilustrar al juez la realidad familiar para, atendiendo a ella, determinar más adecuadamente los efectos de la separación o el divorcio²¹.

No tuvieron éxito y sus enmiendas fueron rechazadas²². Como también lo fue una del Grupo Mixto que, sin proponer la vuelta al establecimiento de las causas, sí consideraba que a la hora de determinar la pensión compensatoria el juez debía atender al comportamiento de los esposos durante el matrimonio y por eso, proponía añadir al apartado 9º del artículo 97, que en el proyecto figuraba como «cualquier otra circunstancia relevante», la coletilla «..., entre ellas el incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales.»²³.

Finalmente, el artículo sufrió una última modificación en virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en la que se alteró su último párrafo²⁴. Dicha modificación (que ya

²¹ En este sentido, CiU señalaba en la enmienda nº 61 lo siguiente: «Creemos que en sede contenciosa, sería más respetuoso con nuestro sistema jurídico y especialmente con el artículo 32.2 de la Constitución, el mantener la necesidad de explicitar cual es la causa por la que se solicita la separación ya que, además dicha causa es la que ilustrará al juzgador acerca de la realidad de cada familia concreta, una ilustración a nuestro entender necesaria, ya que es sobre esa realidad sobre la que deberá adoptar los efectos de la separación acerca de los cuales los cónyuges no han llegado a un acuerdo». Boletín Oficial de las Cortes Generales de 15 de marzo de 2005. Congreso. Nº 16-8, pp. 41-42.

En parecidos términos se manifestaba la diputada MATADOR DE MARTOS (Grupo Popular), quien señalaba que: “Estas enmiendas [77 y 78, las que estaba defendiendo en su intervención] hablan de causa, nunca de culpa, que son cuestiones bien distintas. Estamos totalmente de acuerdo con lo señalado por la portavoz de Convergència i Unió en relación con lo preceptuado en el artículo 32 de la Constitución, porque a nuestro entender mantener este sistema de causas dará al juzgador un mayor grado de conocimiento con respecto a determinadas resoluciones que tendrá que adoptar a lo largo del procedimiento, especialmente en cuestiones que afectan a los hijos, como pueden ser la patria potestad, la guarda custodia, comunicación con el progenitor no custodio, etcétera.”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 21 de abril de 2005, p. 4107.

²² Las enmiendas 77 y 78 del Grupo Popular fueron rechazadas por 176 votos en contra frente a los 136 a favor y las 14 abstenciones, mientras de las de Convergència i Unió se rechazaron por 301 votos en contra, 19 a favor y 4 abstenciones. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 21 de abril de 2005, p. 4133.

²³ Enmienda 35, presentada por M^a Olaia FERNÁNDEZ DÁVILA, del Bloque Nacionalista Galego. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 15 de marzo de 2005. Congreso. Nº 16-8, pp. 30-31. Dicha enmienda no fue incorporada al Proyecto en el Informe de la Ponencia (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 12 de abril de 2005. Congreso. Nº 16-10, pp. 59 y ss.) ni posteriormente defendida para debate por el Grupo Mixto tras el Dictamen de la Comisión (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 19 de abril de 2005. Congreso. Nº 16-12, p. 75).

²⁴ «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

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

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.ª La edad y el estado de salud.

en buena medida había sido contemplada en el Proyecto de ley y que abundaba en la temporalidad de la pensión)²⁵ se aprobó a instancias de la enmienda 404 introducida por el Partido Popular y era precisa para adaptarla a los nuevos cambios introducidos por la Ley de Jurisdicción Voluntaria²⁶.

2.2 La posición doctrinal

De todas estas reformas legislativas experimentadas por el art. 97 C.C. a lo largo de su más reciente historia constitucional, la más importante en relación con el tema objeto de estudio fue la primera, la de 1981. Porque, como hemos señalado, el Proyecto de Ley que UCD presentó a las Cortes Generales recogía como primera circunstancia relevante a tener en cuenta para la determinación de la pensión compensatoria «Los hechos que hubieren determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos.». Esta circunstancia, como ya se ha explicado, obtuvo duras críticas por parte especialmente de los Grupos Comunista y Socialista. Esta presión, si bien no fue capaz de hacer que se aprobaran las enmiendas al artículo presentadas por ambos, sí que logró que finalmente la propia UCD la retirara voluntariamente cuando el Proyecto llegó al Senado.

La supresión de esta circunstancia en sede parlamentaria hizo que la doctrina prácticamente de forma unánime considerara que la pensión compensatoria debía moverse al margen del incumplimiento de los deberes conyugales. Así lo expresó claramente LACRUZ: «el legislador no toma en cuenta en ningún caso quién dio causa para la separación y prescinde aquí de la referencia potencial a la culpabilidad.»²⁷. Y en el mismo sentido, LASARTE²⁸; LASARTE y

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

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

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

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

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

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

9.^a Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.»

²⁵ El último párrafo del art. 97 C.C. aparecía contemplado en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria así: «En la resolución judicial o en la escritura pública que formalice el convenio regulador se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.»

²⁶ Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 22 de abril de 2015. Congreso. Nº 112-2, p. 230.

²⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*: *Elementos de Dº civil, IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 104.

²⁸ «Sin embargo, decíamos también, hay un dato importante en el iter legislativo de la norma que desaconseja la pretensión de incluir en el inciso «entre otras» del artículo 97 los referentes de la culpabilidad en la crisis matrimonial: en la elaboración parlamentaria de la Ley, hasta su salida del Congreso de los Diputados, el proyecto de ley recogía como primera circunstancia a tener en cuenta por el Juez, los hechos que hubiesen determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos. (...) La radical supresión de dicho inciso en la tramitación parlamentaria seguida en el Senado permite concluir que los hechos motivadores de la ruptura conyugal deberían ser intrascendentes en relación con la pensión económica contemplada en el artículo 97.». LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil, t. VI. Derecho de familia*, 1ª ed., Trivium, Madrid, 1997, p. 157.

VALPUESTA²⁹; o ROCA I TRÍAS³⁰. Uno de los pocos que parecen disentir en cierta medida de la posición adoptada por la doctrina mayoritaria es GARCÍA CANTERO que, si bien consideraba que el legislador habría podido querer prescindir de la culpabilidad a la hora de determinar la pensión compensatoria, estimaba que este factor quizá sí podría ser tenido en cuenta: «Otro problema es el de si el Juez podrá tomar en cuenta la culpabilidad o inocencia del cónyuge para fijar la pensión. El espíritu de la ley es contrario, y ello parece confirmado por la eliminación de la primera de las circunstancias del proyecto a su paso por el Senado. Pero el carácter abierto y la ausencia de limitaciones positivas hacen dudosa la respuesta»³¹. Pero no es el único: también lo estimaban así CAMPUZANO TOMÉ³² o VALLADARES³³.

A pesar de alguna pequeña disidencia –como las que hemos visto–, la doctrina de los años 80 mayoritariamente se decantó por separar culpabilidad y pensión compensatoria. Una posición que claramente se ha mantenido a lo largo de los años y que se ha visto reforzada tras la reforma del Código Civil introducida por la Ley 15/2005. En ella se suprimieron definitivamente las causas de separación y divorcio, abundando aún más si cabe en la concepción del divorcio como remedio y no como sanción. Así, además de a la ya aludida ROCA I TRÍAS³⁴, defienden que la

²⁹ «... el proyecto de ley emanado del Congreso de los Diputados recogía como primera circunstancia que había de tener en cuenta el Juez: los hechos que hubiesen determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos. Con ello parece que no se consagraba categóricamente el régimen de separación o divorcio sanción, pero de forma solapada se daba paso a la idea de culpabilidad o posible sanción de una conducta ilícita como determinante de algunos de sus efectos. ... Con la supresión en el Senado de esta circunstancia, se pone de manifiesto la voluntad del legislador de no involucrar en la determinación del derecho a la pensión y su cuantía, la valoración de los hechos que hubiesen motivado la ruptura conyugal, y la participación de los cónyuges en los mismos.». LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R.: «Comentario al artículo 97», *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1982, p. 753.

³⁰ «... resulta muy significativa la trayectoria legislativa seguida en esta materia: la alusión a la culpa como causa de disminución del derecho a pensión fue suprimida en el Senado, lo que significa que de una forma expresa, el legislador español se pronuncia en contra de la inclusión de la culpa en las otras causas; además creo que resulta muy forzado incluir esta importante causa en la expresión genérica «otras causas» del art. 97 C.c. Mi conclusión es negativa por lo que considero que no se puede incluir la culpa en los hechos que provocaron la separación o el divorcio ni como causa de exclusión del derecho a la pensión, ni como parámetro que rebaje la pensión que se acredite.». ROCA I TRÍAS, E.: «Comentario al artículo 97», *Comentarios a las reformas del derecho de familia, vol. I* (coord. M. Amorós Guardiola et al.), Tecnos, Madrid, 1984, pp. 622-623. Cfr. *id.*, «El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad», *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. P.J. Viladrich Bataller), 2^a ed., Universidad de Navarra, 1989, pp. 210 y ss.

³¹ GARCÍA CANTERO, G.: «Artículo 97», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II (dir. M. Albaladejo), 2^a ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 436.

³² «Personalmente considero que, debido a que la enumeración de circunstancias que hace el art. 97 no es taxativa, nada impide que siendo conocida la causa que motivó la separación o el divorcio, así como el grado de participación en ellas de cada uno de los cónyuges, esta circunstancia pueda ser tenida en consideración como un dato más –entre otros– para fijar la cuantía de la pensión». CAMPUZANO TOMÉ, H.: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 99-100.

³³ «Como señalé anteriormente, la culpa de los cónyuges fue eliminada del elenco de criterios que se le ofrecen al Juez en el artículo 97. Teóricamente cabe, por tanto, que tenga derecho a recibir pensión el cónyuge que solicita la separación o el divorcio en base a su culpa exclusiva, si éstos le suponen un desequilibrio económico en relación con la posición del otro. Sin embargo, la fórmula “entre otras” que se utiliza al señalar las circunstancias que se han de tener en cuenta para fijar la cuantía permitirá al Juez, en la práctica, moderar, al menos ésta». VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación, divorcio: comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 428-429.

³⁴ ROCA I TRÍAS, E.: «La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. J.A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2000, p. 549; *id.*, «Las consecuencias económicas del divorcio: la pensión

determinación del derecho a la pensión compensatoria gravita al margen de la culpabilidad BELÍO PASCUAL³⁵, BERROCAL³⁶, CABEZUELO ARENA³⁷, CLEMENTE MEORO³⁸, DE LA HAZA³⁹, MARTÍNEZ AGUIRRE⁴⁰, MIJANCOS⁴¹, MONTERO AROCA⁴², MORENO-TORRES⁴³, PEREDA GÓMEZ, SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁴⁴, SILLERO⁴⁵, VEGA SALA⁴⁶, VARGAS ARAVENA⁴⁷ y, entre otros, ZURRALUQUI⁴⁸.

Como consecuencia de ello, la culpabilidad termina quedando fuera del ámbito de la pensión compensatoria para la mayoría de la doctrina. Y si bien la fundamentación primigenia estuvo basada principalmente en la voluntad del legislador, con el paso del tiempo la justificación ha recaído también en la propia naturaleza de la pensión, que para la doctrina no tiene carácter indemnizatorio⁴⁹. Porque no es una compensación que busque que el cónyuge culpable de la ruptura matrimonial indemnice por los daños causados al cónyuge inocente. Tradicionalmente, el incumplimiento de los deberes conyugales se ha considerado como la desatención de unos

compensatoria», *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial: IV Seminario de Estudios Jurídicos* (coord. M^a D. Cervilla Garzón), Universidad de Cádiz, 1997, pp. 149 y 182; *id.*, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 190-191.

³⁵ BELÍO PASCUAL, A. C.: *La pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 27.

³⁶ BERROCAL LANZAROT, A. I.: «Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España», *Actualidad jurídica iberoamericana* 5, 2016, p. 37.

³⁷ CABEZUELO ARENAS, A. L.: «La existencia del desequilibrio generador de la pensión del artículo 97 CC se subordina a la concurrencia de circunstancias o factores de trascendencia económica: Sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2010», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 4, Dykinson, Madrid, 2011, p. 462.

³⁸ CLEMENTE MEORO, M.: «Efectos de la sentencia de nulidad, separación y divorcio», *Derecho de Familia* (coord. E. Roca i Trias), 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 174.

³⁹ DE LA HAZA DÍAZ, P.: *La pensión de separación y divorcio*, Wolters Kluwer, 1989, pp. 11 y 12.

⁴⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio», *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, 2^a ed., Colex, Madrid, 2008, p. 211.

⁴¹ MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: «Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2015, p. 6.

⁴² MONTERO AROCA, J.: *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 148-149.

⁴³ MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: *Las obligaciones de mantenimiento*, cit., p. 187; *id.*, «La pensión compensatoria», *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)* [coord. J.V. Gavidia Sánchez], Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 150.

⁴⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005, pp. 77-78.

⁴⁵ SILLERO CROVETTO, B.: «Criterio jurisprudencial en torno a la pensión compensatoria», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. 2 (coord. L. Díez-Picazo), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 3399.

⁴⁶ PEREDA GÁMEZ, F. J. y VEGA SALA, F.: *Familia: manual jurídico de la familia*, La Ley, Madrid, 1999 (actualizado en 2002), pp. I.IV-103.

⁴⁷ VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 168-169.

⁴⁸ ZURRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución» (http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf, p. 8, consultada el 02/04/2021).

⁴⁹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pp. 117-118.; MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: «Las reclamaciones económicas» cit., p. 6.

Una breve recopilación de los principales argumentos que esgrime la doctrina para rechazar la naturaleza indemnizatoria de la pensión se puede ver en CÉSPEDES MUÑOZ, C. y VARGAS ARAVENA, D. G.: «Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica: la situación en Chile y España», *Revista Chilena de Derecho* 35, n^o 3, 2008, pp. 445-446.

deberes de carácter ético, moral, pero no jurídicamente vinculantes⁵⁰. Únicamente su incumplimiento ha generado consecuencias jurídicas cuando éstas venían expresamente recogidas en una norma⁵¹, como cuando la Ley 30/1981 establecía en el art. 82.1 C.C. como causa de separación «El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales»⁵². O cuando, en relación con el derecho de alimentos, se sanciona al cónyuge alimentista que incurra en una causa de desheredación con la pérdida del derecho a los mismos (art. 152.4 C.C.). O cuando, dentro de las causas de indignidad para heredar, se recoge la condena por incumplir gravemente algunos de los deberes conyugales (art. 756 C.C.). O cuando entre los motivos de desheredación se incluye la desatención grave o reiterada a los deberes conyugales (art. 855.1 C.C.). O cuando se obliga al cónyuge al que se le ha donado algo por razón de matrimonio a devolverlo cuando éste se disuelve y el donatario resulta ser el culpable de la ruptura conyugal (art. 1.343 C.C.)⁵².

A pesar de esta visión tradicional, la que caracteriza los deberes conyugales como obligaciones de carácter ético, difícilmente exigibles judicialmente, algún sector de la doctrina moderna empieza a cambiar de criterio⁵³. Como resultado de ello, se defiende que en determinados casos el incumplimiento culpable de los deberes conyugales deba tener como consecuencia la posibilidad de que el otro cónyuge pueda solicitar una indemnización patrimonial por el daño causado⁵⁴.

Por tanto, si bien el incumplimiento de los deberes conyugales podría acarrear en determinados casos consecuencias económicas en forma de indemnización de uno de los cónyuges a favor del otro, este resarcimiento no podría conseguirse a través de la pensión compensatoria. Y la razón no estriba, a mi entender, en el riesgo de que se compense el derecho a la pensión de quien ha dedicado su vida a la familia con la indemnización que tendría que abonar al otro cónyuge por las faltas cometidas, como ha apuntado algún autor⁵⁵, sino porque esta atribución compensatoria está fuera el ámbito del incumplimiento de las obligaciones, el marco natural en el que se mueve la indemnización⁵⁶.

⁵⁰ LACRUZ BERDEJO señala que fue la Escuela Histórica quien puso en duda que estos deberes estuvieran dentro de las obligaciones jurídicas, que provenían, no de la ley, sino de la costumbre y que se debería dejar a la propia familia, y no al Derecho, la ordenación de las relaciones familiares y el cumplimiento de las mismas (LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Dº civil IV, Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 179). Cfr. también VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, cit., pp. 99 y ss.

⁵¹ MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: «Las reclamaciones económicas» cit., p. 27; MENDOZA ALONZO, P.: «Daños morales por infidelidad matrimonial: un acercamiento al derecho español», *Revista chilena de derecho y ciencia política*, n° 2, 2011, p. 42.

⁵² Sobre todo ello, *vid.* MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: «Las reclamaciones económicas» cit., pp. 27 y ss.

⁵³ MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: «Las reclamaciones económicas» cit., p. 27. En relación con los argumentos en contra de la interposición de acciones en el ámbito familiar y las críticas a los mismos, MENDOZA ALONZO, P.: «Daños morales por infidelidad matrimonial» cit., pp. 42 y ss.

⁵⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B.: «La negativa jurisprudencial a la resarcibilidad del daño por incumplimiento de deberes conyugales desde la perspectiva del género», *Construyendo la igualdad: la feminización del Derecho privado*, coord. por F.J. Infante Ruiz et al., 2017, pp. 525 y ss.; MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: «Las reclamaciones económicas» cit., p. 36; MENDOZA ALONZO, P.: «Daños morales por infidelidad matrimonial» cit., p. 60.

⁵⁵ Cfr. MENDOZA ALONZO, P.: «Daños morales por infidelidad matrimonial» cit., p. 51.

⁵⁶ También se ha fundamentado la imposibilidad de que la prestación compensatoria tenga carácter indemnizatorio en que tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran que las obligaciones indemnizatorias se tienen que cumplir a través de un pago único, que no dependen de la fortuna del acreedor o deudor ni de la evolución de la misma, que no es posible modificar su cuantía a posteriori, etc. Sobre ello, *vid.* DE LA HAZA DÍAZ,

Parece, por todo lo señalado, que la naturaleza jurídica de esta prestación no es indemnizatoria⁵⁷. Pero, ¿cuál es su naturaleza entonces?

Sobre esta cuestión se ha debatido largamente sin que exista un consenso claro y unánime⁵⁸. La doctrina se preguntó si podía ser alimenticia, pues así lo era en gran medida la pensión establecida con la Ley del divorcio de 1932 (arts. 30 y ss.) y de esta manera también parece que se pudo entender por algunos autores inmediatamente después de la aprobación de la ley 30/1981. Sin embargo, rápidamente la doctrina se fue desvinculando de esta concepción, que pronto quedó descartada⁵⁹. Y lo fue porque su reconocimiento no depende de la necesidad de uno de los cónyuges, sino del desequilibrio económico que se produce como consecuencia de la ruptura matrimonial. Así lo indica LACRUZ BERDEJO, al sentenciar que «La prestación impuesta por este precepto [el art. 97 Cc.] 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 causa para la separación y prescinde aquí de la referencia potencial a la culpabilidad.»⁶⁰.

Descartada su naturaleza tanto indemnizatoria como alimenticia, la mayoría de la doctrina se inclina por pensar que tiene un carácter compensatorio, pues la compensación supone «igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra»⁶¹ y en este caso la institución trataría de contrarrestar la pérdida de nivel de vida de un cónyuge cuando se pone fin al matrimonio. En efecto: la asignación económica reconocida en el art. 97 C.C. parece que tiene carácter compensatorio, pues está dirigida a compensar el empeoramiento económico que a uno de los cónyuges, en relación con la posición del otro, le produce el fracaso matrimonial. Así se refleja en LACRUZ⁶² o DÍEZ-PICAZO⁶³. Y en el mismo sentido se manifiestan, entre otros muchos, MIJANCOS⁶⁴; o BERROCAL LANZAROT⁶⁵. No obstante, uno de los problemas con los que se encuentra

P.: *La pensión de separación y divorcio*, cit., pp. 11 y ss.; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio», cit., p. 3.

⁵⁷ No piensa así ROCA I TRÍAS, para la que «el derecho a la pensión se configura en el sistema español a modo de indemnización por los perjuicios que pueden derivar de una situación de cese de la convivencia conyugal, perjuicios objetivos porque sólo se tiene en cuenta el equilibrio entre los patrimonios de los ex esposos y no la participación de cada uno de ellos en las causas de la ruptura.» («La responsabilidad civil», cit., p. 549).

⁵⁸ Acerca de las tesis mantenidas por la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria, *vid.* BERROCAL LANZAROT, A. I.: «Tendencias actuales» cit., pp. 11 y ss.; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «En torno a la llamada pensión compensatoria», cit., pp. 115 y ss.; CÉSPEDES MUÑOZ, C. y VARGAS ARAVENA, D. G.: «Acerca de la naturaleza jurídica», cit., pp. 440 y ss.; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio», cit., pp. 2 y ss.; MANZANO FERNÁNDEZ, M^a M.: «Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 90, no. 742, 2014, pp. 387 y ss.

⁵⁹ *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 6^a ed., Tecnos, 1995, p. 138; CERVILLA GARZÓN, M^a D.: «El derecho a percibir una pensión compensatoria», cit., p. 129, n.4; MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: «Pensión compensatoria y régimen económico del matrimonio», *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación* 44, 2009, p. 34; MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: «Las reclamaciones económicas» cit., p. 6; MANZANO FERNÁNDEZ, M^a M.: «Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria», cit., pp. 388-389.

⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*: *Elementos de D^o civil, IV*, cit., p. 104.

⁶¹ RAE, s.v. «compensar».

⁶² LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*: *Elementos de D^o civil, IV*, cit., pp. 104-105.

⁶³ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. IV.*, cit. p. 138.

⁶⁴ «Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC,» cit., p. 5.

⁶⁵ «Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España,» cit., p. 12.

esta tesis es explicar cómo si la naturaleza de la institución es compensatoria, en las circunstancias que se han de tener en cuenta para reconocerla aparecen supuestos que guardan escasa relación con la compensación, como el caudal y medios económicos de los cónyuges (art. 97.8ª C.C.). Y lo mismo sucede cuando se analiza su extinción, que se producirá no sólo cuando cesa la causa que la motivó, sino también cuando el beneficiario de la misma contrae nuevo matrimonio o convive maritalmente con otra persona (art. 101 C.C.).

Atendiendo a ello, parte de la doctrina ha considerado que la retribución contemplada en el art. 97 C.C. tiene una naturaleza única distinta a las expuestas (asistencial⁶⁶, etc.) o que, por el contrario, posee una naturaleza mixta. A esta última tesis se abona MARÍN G^a DE LEONARDO, para quien la pensión compensatoria, «si bien tiene un carácter reparador, en sentido amplio, participa de diversas facetas, de múltiples aspectos, según los casos, lo que ha hecho que se califique de derecho condicional, relativo o circunstancial o de un derecho de naturaleza híbrida, mixta, etc.»⁶⁷. Más en concreto, para algunos su naturaleza mixta es de carácter compensatorio y asistencial (LALANA)⁶⁸; para otros, compensatorio y alimenticio (GONZALO VALGAÑÓN⁶⁹, LASARTE y VALPUESTA⁷⁰); etc.

Aun acogiendo algunos de los razonamientos que estas tesis aportan, en mi opinión es desacertado dotar a la pensión compensatoria de una naturaleza múltiple. Y más cuando los caracteres que se invocan como naturales son tan diversos: si la naturaleza de la pensión es la compensación, difícilmente puede tener también una naturaleza alimenticia o asistencial. Porque la compensación tiende a igualar, mientras que la alimentación, a procurar la subsistencia. Siendo esto así, uno y otro carácter transcurren por caminos diferentes y conducen a destinos distintos. Considero que lo esencial de esta institución no es su carácter alimenticio, porque nada impide que exista cuando la vida del cónyuge acreedor está suficientemente garantizada con sus propios bienes. Lo esencial de la institución es compensar al cónyuge débil por la pérdida de *status* económico sufrido como consecuencia de la separación o el divorcio. Y si lo esencial de la institución es la compensación, su naturaleza jurídica no puede ser más que compensatoria⁷¹.

Ésa es su naturaleza, pero entiendo que no es su finalidad. Su finalidad está relacionada con el objetivo que pretende conseguir, que es asistencial: proteger al cónyuge peor parado con la ruptura en la posición económica que mantenía durante el matrimonio; no tiene por tanto una finalidad eminentemente alimenticia, sino mucho más amplia: aproximarle al nivel de vida que

⁶⁶ MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: «Pensión compensatoria y régimen económico» cit., p. 34; *id.*, *Las obligaciones de mantenimiento entre familiares*, cit., p.178.

⁶⁷ *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 35.

⁶⁸ LALANA DEL CASTILLO, C.: *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 32-33.

⁶⁹ GONZALO VALGAÑÓN, A.: «Reflexiones en torno a la pensión compensatoria», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 3, 2000, p. 34.

⁷⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R.: «Comentario al artículo 97», cit., pp. 765-766.

⁷¹ Tal como señala LOIS ESTÉVEZ, lo que debemos entender por naturaleza jurídica es discutido. A pesar de ello, parece que la naturaleza jurídica de una institución debería ser aquello que le es consustancial, lo que forma parte de su esencia y la proyecta hacia su finalidad. En tal sentido, PÉREZ VELÁZQUEZ recoge una representación doctrinal a favor de esta tesis (PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, Boletín Oficial del Estado, BOE, 2016, p. 112, n. 4). Acerca de la discusión sobre el concepto de la naturaleza jurídica, LOIS ESTÉVEZ, J.: «Sobre el concepto de "Naturaleza jurídica"», *Anuario de Filosofía del Derecho* 4, 1956, pp. 159 y ss.

poseía en su etapa marital. Sin embargo, esta protección no debe ser absoluta. Parecería poco razonable que su derecho a ser protegido a través de una compensación existiera en todo caso. No es así: su protección sólo nace en virtud de una o varias justas causas (las circunstancias contempladas en el mismo artículo 97 C.C.), y su continuidad igualmente está conectada a otras justas causas (las señaladas en los arts. 100 y 101 C.C.). Entre unas y otras, las que poseen carácter alimenticio tienen una notable importancia (caudal y medios económicos y necesidades de los cónyuges, pérdida eventual de un derecho a pensión, etc.). Por todo ello, estimo que la naturaleza de la institución, no es mixta, sino únicamente compensatoria y que las necesidades alimenticias o asistenciales del cónyuge débil son justas causas dirigidas a alcanzar su finalidad y que, por tanto, se han de considerar para determinar su nacimiento, duración y cuantía.

Parece claro pues, por todo lo dicho, que el nacimiento de la pensión compensatoria no surge por el incumplimiento de los deberes conyugales; el resorte que activa el surgimiento del derecho es el empeoramiento de la posición económica de un cónyuge con respecto a la que tenía mientras duró el matrimonio y que supone un desequilibrio con la que mantiene el otro cónyuge. Ahora bien, como dijimos antes, parecería falta de justificación razonable que este derecho se concediera automáticamente siempre que se produjera el desequilibrio (teoría objetivista)⁷². En este sentido, la mayor parte de la doctrina integra el primer párrafo del art. 97 C.C. con las circunstancias que se detallan después, considerando que la pensión compensatoria sólo puede surgir cuando, además del desequilibrio, existe una causa de justificación que lo haga digno de compensación (teoría subjetivista)⁷³. Así, para que la pensión compensatoria pueda reconocerse, se exige el cumplimiento de algunas de las circunstancias recogidas en el art. 97 C.C. En relación con si se debe considerar entre ellas el comportamiento de los cónyuges durante el matrimonio, ya dijimos que la doctrina mayoritariamente apunta que no. No se debe considerar –siempre según esta doctrina mayoritaria– porque el legislador implícitamente así lo quiso eliminando del Proyecto de Ley de 1980 la primera circunstancia que aparecía recogida: «Los hechos que hubieren determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos». Pero también por la razón por la que quedó descartada esta circunstancia: alejarse del concepto de divorcio-sanción que castiga al cónyuge responsable del fracaso matrimonial⁷⁴. Y finalmente, porque se estima que incluir estos hechos judicializaría aspectos delicados de la vida privada de la pareja que no harían más que complicar el proceso de separación o divorcio y la relación posterior de los ex esposos e hijos comunes⁷⁵.

⁷² Entre la doctrina minoritaria que se acoge a la tesis objetivista se encuentra MORENO-TORRES, que fundamenta su posición no sólo en la voluntad del legislador y en la propia redacción del artículo 97 C.C., sino además en que esta tesis cumple mejor con la finalidad de la pensión compensatoria, pues evita al cónyuge débil la necesidad de aportar pruebas que, en muchas ocasiones, son difíciles de reunir (como cuando rechaza ofertas concretas de trabajo). Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: *Las obligaciones de mantenimiento*, cit., pp. 181 y ss.

Sobre el estado de la cuestión en el año 1986, CAMPUZANO TOMÉ, H.: *La pensión por desequilibrio económico*, cit., pp. 29 y ss.

⁷³ LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R.: «Comentario al artículo 97», cit., p. 767; MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: «Las reclamaciones económicas» cit., p. 6; CAMPO IZQUIERDO, A. L.: «La pensión compensatoria», Lefebvre, p. 4 (<https://elderecho.com/la-pension-compensatoria>, consultada el 05/02/2021); MANZANO FERNÁNDEZ, M^a M.: «Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria», cit., p. 393; BERROCAL LANZAROT, A. I.: «Tendencias actuales», cit., p. 23-24.

⁷⁴ Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «En torno a la llamada pensión compensatoria», cit., p. 114; MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: *Las obligaciones de mantenimiento*, cit., p. 188.

⁷⁵ Cfr. también DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «En torno a la llamada pensión compensatoria», cit., p. 114; MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: *Las obligaciones de mantenimiento*, cit., p. 188.

2.3 La interpretación de la jurisprudencia

Como hemos visto en el epígrafe anterior, la doctrina mayoritaria señala claramente y desde el principio la falta de conexión entre pensión compensatoria y culpabilidad. Y no sólo porque la culpabilidad no debe ser el resorte que provoque el nacimiento de esta prestación, que como indicamos carecía de carácter indemnizatorio, sino porque además –por la supresión de la circunstancia 1ª del Proyecto de Ley de 1980– tampoco ha de servir como hecho a considerar por el juez para su determinación, cuantía o duración.

Si ésta es la posición doctrinal claramente mayoritaria en nuestros días, corresponde ahora tratar en este apartado cuál es el criterio jurisprudencial adoptado en la materia, es decir, si la jurisprudencia ha considerado que el incumplimiento de los deberes conyugales haya de ser tenido en cuenta como elemento configurador de la pensión compensatoria.

En lo que a esto concierne, con la entrada en vigor de la Ley 30/1981, los tribunales pronto debieron afrontar los procedimientos relativos a las crisis matrimoniales conforme a la nueva normativa. En ella, como ya hemos señalado previamente, el reformado art. 97 C.C. contemplaba la pensión compensatoria para los casos de separación o divorcio. Por tanto, ya desde los años 80 fue necesario que primero la jurisprudencia menor y luego la de nuestro más Alto Tribunal establecieran el ámbito de actuación de la institución. Y en este contexto, uno de los primeros problemas a los que se tuvieron que enfrentar los tribunales fue el de determinar su naturaleza jurídica. Así, al igual que sucedió con la doctrina, la cuestión fue ampliamente discutida en la jurisprudencia⁷⁶. Y la posición adoptada parece que no es muy diferente a la de aquella.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado claramente que la pensión compensatoria no tiene carácter indemnizatorio. Así lo indicó en su STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133), donde la desvinculaba de una naturaleza indemnizatoria en virtud de la incompatibilidad entre la indemnización por el daño sufrido y la modificación y extinción de la prestación por acontecimientos venideros recogidas en los art. 100 y 101 del C.C.⁷⁷. O en la STS de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417), en la que el fundamento de la exclusión del carácter indemnizatorio se basa en que la culpabilidad en el incumplimiento de los deberes conyugales queda fuera de las causas a considerar para fijar la pensión compensatoria⁷⁸. Y de igual manera –y con similar argumentación–, han negado la falta de carácter indemnizatorio de la pensión compensatoria la STS de 17 de octubre de 2008 (RJ 2008/5702); la STS de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/1637), la STS de 17 de julio de 2009 (RJ 2009/6474), STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5666), la STS de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014/1131) o, entre otras, la STS de 20 de febrero de 2014 (RJ 2014/1385).

⁷⁶ Sobre las distintas tesis jurisprudenciales acerca de la naturaleza de esta prestación, CERVILLA GARZÓN, M^a D.: «El derecho a percibir una pensión compensatoria», cit., pp. 129 y ss.

⁷⁷ «La regulación del Código Civil (LEG 1889, 27), introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio (RCL 1981, 1700), regula la pensión compensatoria con características propias –«sui generis»–. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia –que atiende al concepto de necesidad–, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los arts. 100 y 101, ...».

⁷⁸ «Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), ...».

También el Tribunal Supremo ha rechazado reiteradamente su carácter alimenticio. Así lo hizo ya en la década de los 80 con la STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174) o la STS de 29 de junio de 1988 (RJ 1988/5138) y lo ha venido repitiendo posteriormente de forma constante, como demuestran, además de la STS de 19 de octubre de 2011 (RJ 2012/422), las ya mencionadas STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133), STS de 17 de octubre de 2008 (RJ 2008/5702); STS de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/1637), STS de 17 de julio de 2009 (RJ 2009/6474), STS de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417), STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5666), la STS de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014/1131) y la STS de 20 de febrero de 2014 (RJ 2014/1385). El fundamento de esta neta separación entre el derecho de alimentos y la pensión compensatoria es, según el Tribunal Supremo, que cada una de estas instituciones persiguen metas diferentes, tal como apreciamos en la STS de 9 de febrero de 2010 (RJ 2010/526): «Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad [SSTS de 17 octubre (RJ 2008, 5704) y 21 noviembre 2008 (RJ 2008, 6060) y 10 marzo 2009 (RJ 2009, 1637), entre otras].».

Descartado pues su carácter indemnizatorio o alimenticio, ¿qué naturaleza jurídica tiene la pensión compensatoria para el Tribunal Supremo? Sobre esta cuestión el Alto Tribunal ha manifestado en ocasiones que la pensión compensatoria poseía unas características propias, *sui generis*. Así lo indicaba en la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133)⁷⁹. Y de la misma manera lo repite en las STS de 28 de abril de 2005 (RJ 2005/4209), STS de 9 de octubre de 2008 (RJ 2008/5685), STS de 14 de octubre de 2008 (RJ 2008/6911); STS de 17 de octubre de 2008 (RJ 2008/5702), STS de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6060) o STS de 20 de febrero de 2014 (RJ 2014/1385).

Podemos observar en estas sentencias cómo el Tribunal Supremo aparta a la pensión compensatoria no sólo de una naturaleza indemnizatoria o alimenticia, sino que también parece alejarla de la compensatoria. Esta interpretación nos podría hacer pensar en la existencia de contradicciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues en otras sentencias señala claramente que su naturaleza es compensatoria. Ejemplo de ello, la STS de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/1637) recalca que: «Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria [...] y del carácter estrictamente alimenticio...». Y en idéntico sentido, la STS de 17 de julio de 2009 (RJ 2009/6474); la STS de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417); o la STS de 30 de octubre de 2012 (RJ 2012/10129): «En segundo lugar, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de compensar el desequilibrio que le es consustancial.».

⁷⁹ «La regulación del Código Civil (LEG 1889, 27), introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio (RCL 1981, 1700), regula la pensión compensatoria con características propias –«sui generis»–. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia –que atiende al concepto de necesidad–, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los arts. 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la «perpetuatio» de un «modus vivendi», o a un derecho de nivelación de patrimonios.».

Vid. también STS de 28 de abril de 2005 (RJ 2005/4209), STS de 9 de octubre de 2008 (RJ 2008/5685), STS de 14 de octubre de 2008 (RJ 2008/6911); STS de 17 de octubre de 2008 (RJ 2008/5702), STS de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6060) o STS de 20 de febrero de 2014 (RJ 2014/1385).

Parece que el Tribunal Supremo lo que ha querido aclarar en la STS 10 de febrero de 2005 al señalar que no es «puramente compensatoria» es que la pensión compensatoria no tiene la función de igualar las economías conyugales o de compensar al cónyuge débil en todo caso y para siempre, sino la de ayudarlo de manera razonable a afrontar su nueva vida en solitario. Y para ello, lo que busca es reequilibrar económicamente su situación con respecto a la que tenía mientras vivió conyugalmente. Así lo indica la STS de 17 de julio de 2009 (RJ 2009/6474): «El artículo 97 CC concibe legalmente este derecho como reequilibrador para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio y sólo se acreditará cuando se pruebe la existencia de dicho desequilibrio patrimonial. No supone un mecanismo igualatorio de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura.»

De este modo, según parece deducirse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se trataría en realidad de compensar el desequilibrio que la ruptura matrimonial supone, con lo que cabe entender que la naturaleza jurídica de la institución, según su criterio, sería compensatoria o reequilibradora, en el sentido de que su esencia estaría directamente relacionada con, como dijimos, reequilibrar, igualar en sentido opuesto el efecto de una cosa con la de otra (compensar la pérdida económica que provoca la ruptura con la prestación impuesta). Así lo vemos en la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133), que reconoce que la institución tiene una función reequilibradora⁸⁰. Y en la misma línea se manifiestan la STS de 19 de octubre de 2011 (RJ 2012/422), la STS de 10 de enero de 2012 (RJ 2012/3643), la STS de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012/10114) o, entre otras, la STS de 23 de abril de 2018 (RJ 2018/1596).

Podemos concluir diciendo que el Tribunal Supremo considera que esta prestación tiene un carácter compensatorio o reequilibrador⁸¹, en el sentido de que es concebida como compensatoria o reequilibradora de la posición del cónyuge más débil.

Esta naturaleza compensatoria/reequilibradora persigue un objetivo: amparar al cónyuge más desfavorecido económicamente con la ruptura matrimonial. Su finalidad es por tanto protectora: proteger al cónyuge débil de la pérdida de derechos económicos u oportunidades laborales a causa de su dedicación a la familia. Así lo indica la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133): «...la legítima finalidad de la norma legal no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, perfectamente atendible con la pensión temporal.». Y así lo vuelven a señalar la STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5666), la STS de 10 de enero de 2012 (RJ 2012/3643), la STS de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013/194), la STS de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016/249), la STS de 1 de febrero de 2017 (RJ 2017/394) o la STS de 24 de mayo de 2018 (RJ 2018/2136).

⁸⁰ «Sin embargo, para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad –«ratio»– de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia.»

⁸¹ En el mismo sentido, SILLERO CROVETTO, B.: «Criterio jurisprudencial en torno a la pensión compensatoria», cit., p. 3393.

Si la finalidad de la pensión compensatoria es la de proteger, para consumir dicha protección es necesario compensar, reequilibrar la posición económica del cónyuge más desfavorecido. Por eso frecuentemente el Tribunal Supremo tiende a identificar la naturaleza de la institución con la finalidad que pretende cumplir y, en consecuencia, le confiere en innumerables ocasiones una finalidad reequilibradora. Prueba de ello es, sin ánimo de ser exhaustivo, una vez más la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133)⁸². O la STS de 5 de noviembre de 2008 (RJ 3/2009)⁸³, la STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5666)⁸⁴ y la STS de 4 de diciembre de 2012⁸⁵.

Parece, a tenor de lo indicado, que el Tribunal Supremo considera que la norma se orienta a proteger al cónyuge débil reequilibrando su situación económica con la que mantenía en el matrimonio. Cabría preguntarse ahora si la jurisprudencia considera que la pensión compensatoria surge cuando se consume el desequilibrio y que por tanto las circunstancias recogidas en el art. 97 C.C. sirven para determinar la cuantía de la pensión o su duración (criterio objetivista) o si, por el contrario, el derecho a la pensión sólo puede reconocerse cuando, además del desequilibrio, se dan una o varias de las circunstancias previstas en dicho art. 97 C.C. (criterio subjetivista). La cuestión ha sido largamente discutida por la jurisprudencia menor⁸⁶, pero Tribunal Supremo se inclinó claramente por el criterio subjetivista a partir de la STS de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417): «De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC 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, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal.». Posteriormente, esta doctrina ha sido repetidamente reiterada a través, entre otras, de las STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5666), STS de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012/10114), STS de 16 de noviembre de 2012 (RJ 2012/10435), STS de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013/194), STS de 3 de julio de 2014 (RJ 2014/4254), STS de 27 de junio de 2017 (RJ 2017/3295), STS de 6 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4707), STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018/1096), STS de 30 de mayo de 2018

⁸² «Sin embargo, para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad –«ratio»– de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia.»

⁸³ «La finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge, sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan en uno de los cónyuges...»

⁸⁴ «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 estos.»

⁸⁵ «... por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar 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, ...»

⁸⁶ Sobre ello, CABEZUELO ARENAS, A. L.: «Sentencia de 17 de julio de 2009: La existencia de desequilibrio y el reconocimiento del derecho a compensación pueden producirse en contextos en los que ambos cónyuges conservan independencia económica. Limitación temporal de la pensión: ausencia de interés casacional. Cuestión ya decidida en anteriores sentencias y objeto de reforma legal», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 82, 2010, pp. 593-611; BERROCAL LANZAROT, A. I.: «Tendencias actuales», cit., p. 23.

(RJ 2018/2396), STS de 11 de diciembre de 2019 (RJ 2019/5142) o STS de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020/450)⁸⁷.

Del análisis de estas sentencias podemos claramente extraer que el Tribunal Supremo acoge la tesis subjetivista. Como consecuencia de ello, considera que para que nazca el derecho a recibir la pensión compensatoria no sólo es necesario el desequilibrio, sino que además también debe concurrir alguna de las circunstancias recogidas en el art. 97 C.C. A este respecto, y en relación con nuestro objeto de estudio, debemos preguntarnos si entre las circunstancias que el juez debe valorar se encuentra el incumplimiento de los deberes conyugales. En relación con ello, y tal como ya hemos visto, el Tribunal Supremo deja claro que el nacimiento del derecho a recibir una prestación compensatoria no se basa en el comportamiento de los cónyuges durante el matrimonio. Eso parece claro, pues la naturaleza de la pensión es, como dijimos, compensatoria y no indemnizatoria. Sin embargo, lo que se plantea aquí es diferente; es si el incumplimiento doloso o culposo de los deberes conyugales puede ser tenido en cuenta por el juez, como un elemento más, a la hora de configurar la prestación compensatoria, su cuantía y su duración.

En mi opinión son dos cosas bien distintas. En el primer caso, si la naturaleza de la pensión fuera indemnizatoria –y esta indemnización tuviera la finalidad de amparar al cónyuge inocente–, el incumplimiento de los deberes conyugales sería lo que provocaría el nacimiento del derecho a la prestación. En el segundo caso, reconociendo que la naturaleza de la pensión es compensatoria, el incumplimiento de los deberes conyugales no determina *per se* el nacimiento de la pensión, pero cabría preguntarse si puede ser tenido en cuenta entre las circunstancias que los tribunales han de considerar (bien dentro de la circunstancia 4ª, «dedicación pasada y futura a la familia», bien dentro de la 9ª, «cualquier otra circunstancia relevante»).

Parece que la jurisprudencia, al igual que ha hecho la doctrina, no ha distinguido un caso del otro. Como consecuencia de ello, ha rechazado expresamente no sólo que el comportamiento de los cónyuges sea el resorte que origine el derecho a la prestación, sino también que se pueda valorar como una circunstancia más a tener en cuenta. En este sentido, el Tribunal Supremo indica en su STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726): «Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 e), igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar.». Esta doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal fue confirmada una década después por la STS de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/1637), la STS de 17 de julio de

⁸⁷ Sobre ello, MANZANO FERNÁNDEZ, Mª M.: «Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria», cit., p. 393; BERROCAL LANZAROT, A. I.: «Tendencias actuales», cit., p. 24; MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: «Las reclamaciones económicas» cit., p. 6; SILLERO CROVETTO, B.: «Criterio jurisprudencial en torno a la pensión compensatoria», cit., p. 3400. Contra esta doctrina mayoritaria que defiende el criterio subjetivista, MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: *Las obligaciones de mantenimiento*, cit., pp. 181 y ss. y 203.

2009 (RJ 2009/6474) y la STS de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417)⁸⁸. Y vuelve a ser reiterada por la STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5666), la STS de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014/1131) o la STS de 20 de febrero de 2014 (RJ 2014/1385).

Este criterio no se limitaba más que a respaldar el que ya venían siguiendo las Audiencias Provinciales, como podemos ver en la SAP de Álava de 29 de julio de 1992 (AC 1992/1068), la SAP Valencia (Sección 9ª) de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537), la SAP Zaragoza (Sección 5ª) de 25 de mayo de 1998 (AC 1998/867) o la SAP Ourense de 1 de julio de 1998 (AC 1998/1415). Y que a día de hoy, como no podía ser de otra manera, se sigue manteniendo: SAP Barcelona (Sección 12ª) de 3 de febrero de 2020 (JUR 2020/58462), SAP Asturias (Sección 6ª) de 17 de mayo de 2019 (JUR 2019/192602), SAP A Coruña (Sección 4ª) de 18 de abril de 2018 (JUR 2018/184541), SAP Lleida (Sección 2ª) de 4 de mayo de 2017 (JUR 2017/202105) y de 16 de marzo de 2017 (JUR 2017/160467).

Parece claro que, tanto por la doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales como, especialmente, por la continuamente reiterada del Tribunal Supremo, la culpa permanece al margen de la pensión compensatoria y, en consecuencia, el incumplimiento de los deberes conyugales por parte de los cónyuges no puede servir como circunstancia a tener en cuenta para determinar la existencia, duración y cuantía de esta retribución compensatoria.

3. Crítica a la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritarias

Por lo visto hasta ahora, parece claro que la doctrina mayoritaria reconoce que el comportamiento de los cónyuges no puede ser tenido en cuenta a la hora de determinar la pensión compensatoria y, por influencia de ésta (por lo menos de los trabajos primigenios que vieron la luz en los años 80), la jurisprudencia también llegó a la misma conclusión. La fundamentación de esta postura se apoya principalmente en dos razones: que así fue la voluntad del legislador y que esta solución es más acorde con la idea de divorcio como remedio y no como sanción.

Conviene que analicemos cada uno de los dos argumentos más detalladamente.

3.1 Interpretación acorde a la voluntad del legislador

En relación con la voluntad del legislador, la doctrina acude a los antecedentes legislativos (especialmente a los de la Ley de 1981) para fundamentar el criterio de que la pensión compensatoria se mueve al margen de la culpabilidad de los cónyuges. Y se mueve al margen, según dice, porque así lo quiso el legislador al suprimir del Proyecto de ley de 1980 la circunstancia primera relativa a los hechos que hubieran determinado la separación o el divorcio y la implicación de cada uno de los cónyuges en ellos.

Ya hemos apuntado en el epígrafe II.1 de este trabajo que la circunstancia primera recogida en el texto original contenido en el Proyecto de 1980 terminó suprimiéndose tras un tenso debate

⁸⁸ «Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil (LEG 1889, 27) no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación).»

parlamentario⁸⁹. Atendiendo a ello, parece que la solución adoptada por la doctrina sería correcta, pues el punto que aludía expresamente a la culpabilidad de cualquiera de los cónyuges se suprimió en el proceso legislativo que dio lugar a la Ley 30/1981 y no se ha vuelto a incluir en ninguna de las dos reformas que, desde entonces, sufrió el artículo 97 C.C. (la de las leyes 15/2005 y 15/2015). Sin embargo, si observamos todo lo acontecido durante el proceso legislativo de la Ley 30/1981 podemos advertir que la razón por la que la circunstancia primera fue eliminada se debió más a la voluntad de UCD de acercar posturas con los grupos de la izquierda que a la firme convicción de que estos hechos no debieran ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de determinar la pensión compensatoria. Veámoslo.

El Proyecto de ley de modificación del matrimonio y del procedimiento en casos de nulidad, separación y divorcio fue aprobado por el Consejo de Ministros el 25 de enero de 1980 y se presentó en el Congreso de los Diputados el 1 de marzo de ese mismo año. En el Proyecto se introducía por primera vez la pensión compensatoria, que aparecía recogida en el artículo 97 C.C. en los siguientes términos: «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, tiene derecho a una pensión que se fijará judicialmente, teniendo en cuenta:». Y a continuación se indicaban seis circunstancias que el magistrado tenía que considerar para su fijación. De entre ellas, la que figuraba en primer lugar era: «Los hechos que hubieren determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos»⁹⁰. Posteriormente, la Ponencia encargada de redactar el informe sobre el Proyecto, en virtud de las enmiendas aprobadas, redactó informe publicado el 6 de diciembre en el que el primer párrafo del art. 97 C.C. se modificó de la siguiente manera: «El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:». De esta manera, además de añadir el requisito de que el desequilibrio en relación con el otro cónyuge debía implicar un empeoramiento con respecto a su anterior situación matrimonial, introdujo al final del párrafo la expresión «entre otras, las siguientes circunstancias»⁹¹. Con ello, el legislador consideró conveniente cambiar el sistema de *numerus clausus* que había fijado el Proyecto por uno de *numerus apertus* que permitiera al juez, además de las circunstancias señaladas, apreciar cualquier otra que considerara que pudiera ser relevante.

Esta modificación no afectó a la circunstancia primera, que siguió siendo «Los hechos que hubieren determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos.». Sin embargo, que el juez tuviera que tener en cuenta el comportamiento de los cónyuges durante el matrimonio no pasó desapercibido para buena parte de los grupos parlamentarios, que –como expusimos *supra*– lo criticaron duramente a lo largo del proceso de aprobación del Proyecto en el Congreso de los Diputados. Porque consideraban que la presencia de esta circunstancia no hacía más que acercar la concepción del divorcio como castigo y no como remedio. Así lo vemos cuando el Grupo Parlamentario Comunista solicita su supresión del art.

⁸⁹ Prueba de ello es ya el 13 de marzo de 1980 vio la luz el Proyecto de Ley de *Modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, donde en su preámbulo señala: «En orden al divorcio, tema sin duda llamativo y polémico y que tan encontradas opiniones suscita...».

⁹⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 13 de marzo de 1980. Congreso. N° 123-I, p. 863.

⁹¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 6 de diciembre de 1980. Congreso. N° 123-I, p. 868/14.

97 C.C.: «aquí, una vez más, subrepticamente, sin decirlo, queda metida la idea de culpa, contra la cual venimos batallando a lo largo de todo este dictamen.»⁹². Y de la misma manera, el Grupo Parlamentario Socialista señalaba: «Cualquier referencia que pueda dar lugar –y esta sería la segunda razón- a entrever en esta ley un criterio de culpabilidad, un criterio de reproche o de sanción económica a una conducta (que este es el supuesto en el que estamos) sería perjudicial para el prestigio de la ley, para la práctica diaria, y nosotros no nos vamos a sumar,...»⁹³. Estas críticas, sin embargo, no pudieron hacer que la circunstancia primera fuera eliminada del Proyecto durante su tramitación en el Congreso, pues las enmiendas introducidas para su supresión no llegaron a contar con apoyos suficientes en el Pleno del Congreso⁹⁴.

Este triunfo no fue, en lo relativo al mantenimiento de la circunstancia primera, más que una victoria pírrica. Porque el Gobierno estaba sufriendo un duro desgaste en el proceso de tramitación de la ley, como evidenciaban buena parte de los diarios de la época⁹⁵ y que se observa claramente al escuchar las palabras del centrista ESCARTÍN IPIENS, que en el año 81 señalaba en el Congreso: «El tema del divorcio con búsqueda de culpable creo que ha sido una imputación muy negativa y muy simple que se nos ha hecho a UCD desde muchos medios de difusión y políticos, cuando realmente no es nuestra filosofía del sistema de divorcio.»⁹⁶. Una tensión que más de 20 años después reconocía la propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2005: «la admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio constituyó el núcleo de la elaboración de la Ley [Ley 30/1981], en la que, tras un complejo y tenso proceso, aún podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación-sanción.».

En cuanto a la relación que se hizo de la circunstancia primera del art. 97 C.C. con el divorcio-sanción, quizá contribuyera en buena medida la propia redacción del texto: «los hechos que hubieren determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos». Parece que más que más analizar si hubo incumplimiento de los deberes conyugales, se pedía al juez que buscara al culpable de la ruptura y, luego, le sancionara imponiéndole el pago de la pensión compensatoria. Tal argumento fue utilizado por SOTILLO MARTÍ, del Grupo Parlamentario Socialista, para votar a favor de la supresión de esta circunstancia: «Ya dijimos en Comisión que es evidente que el resultado final llamado divorcio, viene motivado por hechos, causas diferentes que, posiblemente, puedan ser tenidas en cuenta. Nosotros no nos opondríamos a que eso se dijera así, pero no nos parece correcto ni desde ese punto de vista bueno en la práctica, que se añada, además, que hay que tener en cuenta la participación de cada cónyuge en los mismos. (...) es muy difícil, durante un proceso que es largo en el tiempo de periodos de reflexión que la ley impone a los cónyuges, determinar después de un año, dos o tres, más el período previo de matrimonio difícil, de matrimonio prácticamente roto, cuál es la participación de cada cónyuge en dichos hechos. Posiblemente, como vulgarmente se dice, la culpa no es de uno ni es del otro, es de los dos o no es de nadie.»⁹⁷.

⁹² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 7 de abril de 1981, p. 9720.

⁹³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 7 de abril de 1981, p. 9722.

⁹⁴ La enmienda del Grupo Comunista fue rechazada por 127 votos a favor; 145 en contra y 5 abstenciones; la enmienda del Grupo Socialista fue rechazada por 130 votos a favor; 142 en contra y 9 abstenciones). Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 7 de abril de 1981, p. 9725.

⁹⁵ *Vid.* nota 11.

⁹⁶ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 17 de marzo de 1981, p. 9418.

⁹⁷ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 7 de abril de 1981, p. 9722.

Tanto la forma incriminatoria en la que se había redactado la circunstancia primera como la vinculación que se hizo de ella con el divorcio-sanción posiblemente fueran los principales detonantes para que la propia UCD fuera la que, sorprendentemente, propusiera en el Senado la supresión de la polémica circunstancia. Una propuesta que, recogida en la enmienda 69, justificó lacónicamente con un «parece contradecir los principios en que inspira el proyecto en que está ausente la separación o divorcio culpable.»⁹⁸. Dicha propuesta, como no podía ser de otro modo, fue aprobada sin problema alguno y, como consecuencia de ello, el artículo 97 C.C. perdió definitivamente toda alusión expresa a los hechos de la ruptura y a la participación de cada cónyuge en ellos.

A pesar de ello, una cosa es querer separarse de la concepción del divorcio como sanción (que no cabe duda que fue voluntad del legislador) y otra distinta, a mi entender, pretender aislar completamente a la pensión compensatoria de la culpabilidad. Es cierto que fue la propia UCD quien tomó la iniciativa en el Senado (en contra de lo que hizo en el Congreso) proponiendo la eliminación de la circunstancia primera. Sin embargo, su finalidad parece que estaba más relacionada con la voluntad de tender puentes que permitieran acuerdos que con cambiar su criterio originario. Parece, por tanto, que su intención era la de desvincularse del estigma del divorcio culpable y no la de impedir que el juez valorara el comportamiento de los cónyuges. Y apoyando la eliminación de la circunstancia 1ª se postulaba en contra del divorcio-castigo, que era lo que pretendía, y, en cambio, no debía renunciar a que el juzgador –si lo consideraba oportuno– entrara a valorar los hechos que desencadenaron la separación o el divorcio. Y no debía renunciar a ello porque con la adición en el primer párrafo del artículo de la expresión «entre otras, las siguientes circunstancias» (introducido en el Informe de Ponencia del Congreso) se adoptaba un sistema de *numerus apertus* que dotaba al juez de respaldo normativo suficiente para valorar el comportamiento de los cónyuges cuando fuera preciso sin la necesidad de que expresamente así constase. Ya señalaba el diputado centrista ESCARTÍN IPIENS que «es muy difícil que el juez, a la hora de valorar la situación de una familia, no considere cuál ha sido la conducta de los cónyuges...»⁹⁹. Y no muy lejos de esta afirmación, aunque parezca extraño, se situaba el grupo socialista, donde SOTILLO MARTÍ expresaba: «... es evidente que el resultado final llamado divorcio, viene motivado por hechos, causas diferentes que, posiblemente, puedan ser tenidas en cuenta. Nosotros no nos opondríamos a que eso se dijera así, pero no nos parece correcto (...) que se añada, además, que hay que tener en cuenta la participación de cada cónyuge en los mismos.»¹⁰⁰.

Todo ello nos lleva a concluir que el legislador de 1981, al suprimir la circunstancia primera del artículo 97 C.C., quiso claramente separarse de la concepción del divorcio como sanción (y los diputados de UCD, por lo menos la mayoría, borrar cualquier duda sobre su rechazo a tal concepción del divorcio). No obstante, por lo que acabamos de señalar, tanto desde el centro como desde la izquierda se reconocía que la ruptura matrimonial venía motivada por unos hechos o causas concretas que posiblemente pudieran ser tenidas en cuenta. Tal afirmación considero que impide *a priori* afirmar que la culpabilidad de los cónyuges queda fuera del ámbito de la pensión compensatoria. Es cierto que con la supresión de la circunstancia primera, el incumplimiento de los deberes conyugales deja de ser foco de atención prioritario, pero en un

⁹⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14 de mayo de 1981. Senado. Nº 161 (c), pp. 70-71.

⁹⁹ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 17 de marzo de 1981, p. 9419.

¹⁰⁰ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 7 de abril de 1981, p. 9722.

sistema de *numerus apertus* esto no quiere decir que ya no pueda ser considerado por el juez y mucho menos que no pueda serlo porque así lo quiso el legislador.

Cabría ahora preguntarnos si el legislador ha cambiado de criterio en estas últimas décadas.

Si observamos la historia reciente del artículo 97 C.C. ya señalamos en el epígrafe II.a que experimentó cambios tanto con la Ley 15/2005 como con la Ley 15/2015. Empezando por la más reciente, la Ley 15/2015 fue la encargada de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una Ley de la Jurisdicción Voluntaria como parte «del proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del Derecho privado iniciado hace más de una década»¹⁰¹. Como consecuencia de ello, el último párrafo del artículo 97 C.C. tuvo que ser reformado para adaptarse a los nuevos cambios introducidos por la norma. De este modo, y aprovechando para recalcar la temporalidad de la pensión como regla general, se sustituyó «En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad» por «En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.». No se abrió debate en este proceso legislativo sobre si la culpabilidad debía incidir o no en la prestación compensatoria. Ni era el lugar, ni había posiciones doctrinales o jurisprudenciales tan encontradas que hicieran recomendable abordarlo. En cambio, sí se debatió sobre este tema diez años antes, durante la tramitación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

En este sentido debemos señalar una enmienda presentada por M^a Olaia FERNÁNDEZ DÁVILA, del Bloque Nacionalista Galego que proponía añadir al final de la circunstancia 9^a del artículo 97 C.C. («Cualquier otra circunstancia relevante») lo siguiente «..., entre ellas el incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales.». Y lo justificaba señalando que «Pese a erradicarse la concepción del divorcio causal, entendemos que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 67 y 68 del Código Civil puede ser valorado a la hora de fijar las pensiones, sin que ello suponga introducir de nuevo el «divorcio-sanción» en nuestro ordenamiento jurídico.»¹⁰². Como ya apuntamos *supra*¹⁰³, la enmienda ni siquiera fue incorporada al Proyecto en el Informe de la Ponencia¹⁰⁴, ni posteriormente defendida para debate por el Grupo Mixto tras el Dictamen de la Comisión¹⁰⁵. Este último hecho posiblemente tuviera como propósito evitar echar más leña al fuego del debate sobre el divorcio causal. Un divorcio causal que el Proyecto de Ley del PSOE (ahora en el gobierno e ideológicamente más afín en esta materia

¹⁰¹ Preámbulo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

¹⁰² Boletín Oficial de las Cortes Generales de 15 de marzo de 2005. Congreso. N° 16-8, pp. 30-31.

¹⁰³ *Vid.* nota 23.

¹⁰⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 12 de abril de 2005. Congreso. N° 16-10, pp. 59 y ss.

¹⁰⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 19 de abril de 2005. Congreso. N° 16-12, p. 75

al Bloque Nacionalista Galego¹⁰⁶) trataba de superar y que PP y Convergència i Unió reclamaban¹⁰⁷.

3.2 Interpretación acorde al concepto de divorcio como remedio y no como sanción

A la vista de lo expuesto, afirmar que la culpabilidad queda fuera del ámbito de la pensión compensatoria porque así lo quiso nuestro legislador no parece ser razón suficiente. Porque como se acaba de explicar, con la supresión de la circunstancia primera el legislador de 1981 (más bien UCD, el partido que gobernaba) quería dejar claro que el divorcio que proponía se concebía como remedio a la crisis de pareja y no como castigo al cónyuge culpable. Y, como también hemos visto, este mismo criterio se mantuvo en la posterior reforma del divorcio de 2005.

Atendiendo a lo señalado, parece que el epicentro del problema estribaría en determinar si considerar la culpabilidad de los cónyuges entre los factores que inciden en la conformación de la pensión compensatoria nos acercaría a un sistema de divorcio-sanción.

Analicemos la cuestión.

En los sistemas jurídicos en los que impera la concepción del divorcio como sanción se tiende a castigar al cónyuge culpable de la ruptura matrimonial. Así lo podíamos ver en la Ley de divorcio de 1932, donde el artículo 11 establecía: «Por la sentencia firme de divorcio, los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, aunque el culpable sólo podrá contraerlo transcurrido el plazo de un año desde que fue firme la sentencia.»; o donde el artículo 17 indicaba: «A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente.». En estos casos, el incumplimiento de los deberes conyugales conllevaba sanciones cuando se producía el divorcio; sanciones que no estaban dirigidas a resarcir el daño causado a la otra parte, sino a imponer penas al cónyuge culpable del divorcio por su mal comportamiento.

En el supuesto que nos planteamos no parece suceder lo mismo. Está claro que la culpabilidad de uno de los esposos en el fracaso matrimonial no puede suponerle como sanción la imposición de una pensión compensatoria. Ni tan siquiera que la culpabilidad sea el resorte que active el nacimiento de la pensión no como sanción, sino como indemnización por los daños causados. Ya hemos visto que ésa no era la naturaleza jurídica de la institución. Su naturaleza jurídica es compensatoria: pretende compensar el desequilibrio en el que se encuentra un cónyuge en

¹⁰⁶ Prueba de ello son las palabras de Francisco RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, que en el debate sobre la iniciativa del Proyecto de Ley en el Congreso señalaba lo siguiente: «El Bloque Nacionalista Galego quiere comenzar por expresar su satisfacción por el hecho de que se haya avanzado de forma tan positiva en la defensa de que la convivencia dentro del matrimonio es una cuestión que debe estar sometida exclusivamente al criterio de voluntad y de libertad y que no tiene sentido forzar situaciones obligando a los cónyuges a mostrar una posición de ruptura causada y, por tanto, a la concepción del divorcio como una sanción. En la medida en que esta ley insta definitivamente el principio de voluntad y el principio de libertad para la convivencia, nos parece que es una ley que merece todo nuestro apoyo y nuestro respeto entusiasta. El resultado final nos satisface plenamente ya que gran parte de nuestras enmiendas han sido acogidas, por lo menos en su espíritu. [...] damos nuestro apoyo entusiasta a esta ley que significa una diferencia cualitativa de este Gobierno con los anteriores. Manteníamos una enmienda, la 34, que vamos a retirar en esta intervención, porque consideramos que el proyecto, tal como queda después del dictamen de la ponencia, es plenamente satisfactorio y no hay que darle más vueltas.». Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 21 de abril de 2005, p. 4097.

¹⁰⁷ Vid. enmienda nº 61 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) y enmiendas nº 77 y 78 del Grupo Parlamentario Popular (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 15 de marzo de 2005. Congreso. Nº 16-8, pp. 41-42 y 49).

relación con el otro y con respecto a la situación económica de la que gozaba durante el matrimonio. Esta compensación, como también hemos apuntado, tiene una finalidad protectora, la de amparar al cónyuge peor parado económicamente con el divorcio. Pero tal protección no es incondicional; no se produce siempre que se dé el supuesto de hecho (el desequilibrio), sino que se basaba en razones de equidad y como resultado de ello pretende compensar sólo por las oportunidades laborales y económicas perdidas a consecuencia de su dedicación a la familia¹⁰⁸. Esta compensación, tal como establece el artículo 97 C.C., se ha de hacer teniendo en cuenta una serie de circunstancias.

Es en este contexto en el que situamos la culpabilidad de los cónyuges y es, por tanto, aquí donde debemos analizar si el incumplimiento de los deberes conyugales debe ser tenido en cuenta por el juez como una circunstancia más a la hora de determinar el nacimiento, cuantía y duración de la prestación compensatoria y si hacerlo nos aproximaría a un sistema de divorcio-sanción.

La función que cumplen las circunstancias recogidas en el artículo 97 C.C. es conformar y delimitar la pensión compensatoria. Por tanto, una vez que se ha constatado el desequilibrio provocado por la ruptura y que el cónyuge que ha salido peor parado ha perdido oportunidades económicas o laborales como consecuencia de su dedicación a la familia, el juez debe atender a las circunstancias señaladas, o a cualquier otra relevante, para determinar si esa pérdida de oportunidades debe ser compensada o no. Si nos centramos en las circunstancias expresamente incluidas en el artículo, vemos que su naturaleza es diversa: en algunas predomina su carácter asistencial (edad y estado de salud; cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo; pérdida eventual de un derecho de pensión; o caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge); mientras que en otras, la función que tienen es compensar de algún modo los servicios prestados o por prestar (dedicación pasada y futura a la familia; colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; o, si durante ese tiempo se desempeñaron labores familiares, duración del matrimonio y de la convivencia conyugal). Sin embargo, aun en los casos en los que la naturaleza jurídica de las circunstancias tenga un carácter más próximo a la compensación, ésta en realidad no trata de que se abonen exactamente las horas dedicadas a la familia o, si se pudiera medir, el coste material de las oportunidades laborales perdidas. Prueba de ello es que si quien se ha dedicado en mayor medida a las tareas familiares o a trabajar en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge no es el que resulta peor parado económicamente tras la separación o el divorcio, no tiene derecho a pensión compensatoria alguna. Por tanto, incluso en estos casos no se trata de compensar la dedicación o el trabajo realizado, sino de proteger en ciertas circunstancias al cónyuge más débil. Es una ayuda que deriva de la convivencia conyugal y de los deberes que surgen cuando ésta se rompe. Es una prestación que alguna doctrina fundamenta en la solidaridad postconyugal¹⁰⁹.

¹⁰⁸ CERVILLA GARZÓN, M^a D.: «El derecho a percibir una pensión compensatoria», cit., p. 133; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a P.: «Las consecuencias económicas de las crisis de pareja: la pensión compensatoria y la indemnización en caso de nulidad», *Mujer, familia y derecho* (coord. M^a D. Cervilla y F. Fuentes), Universidad de Cádiz, 2003, pp. 46-47. *Cfr.* también, STS de 11 de diciembre de 2019 (RJ 2019/5090); STS de 27 de noviembre de 2014 (RJ 2014/6034); STS de 18 de marzo de 2014 (RJ 2014/2122); STS de 19 de octubre de 2012 (RJ 2012/422); STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5666).

¹⁰⁹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «En torno a la llamada pensión compensatoria», cit., p. 117. Las audiencias provinciales también han aludido frecuentemente a la solidaridad postconyugal. Así, la SAP de Las Palmas de 25 de mayo de 1999 (AC/1999/5485) señala: «sin perjuicio de que su fundamento pueda basarse también en el principio de solidaridad posconyugal, es decir, en el desequilibrio económico fundado en la solidaridad familiar que surgió entre los esposos al contraer matrimonio.». Y en similar sentido, entre otras, la SAP de Alicante de 6

Si partimos de esta base, para la fijación de la pensión deberemos atender a circunstancias que sintonicen con esta solidaridad postconyugal, que hagan que sea razonable que después de la ruptura matrimonial un cónyuge que ha dedicado parte de su vida a la atención de las necesidades familiares pueda exigir al otro una prestación compensatoria cuando ello le ha supuesto una pérdida de oportunidades laborales y económicas. Debe existir pues en esta solidaridad postconyugal ciertas dosis de merecimiento: bien por su labor desempeñada, bien por las circunstancias personales en las que se encuentra. Como consecuencia de ello, si debemos atender al mérito o no del potencial acreedor de la pensión para concedérsela, difícilmente podremos dejar de tener en cuenta su comportamiento durante el matrimonio: si ha cumplido regularmente con sus deberes conyugales o si, por el contrario, su actitud es merecedora de reproche.

Es cierto, que no se trata de buscar culpables de la ruptura, porque como ya dijo en el proceso legislativo de la Ley 30/1981 SOTILLO MARTÍ «(...) es muy difícil, durante un proceso que es largo en el tiempo de periodos de reflexión que la ley impone a los cónyuges, determinar después de un año, dos o tres, más el período previo de matrimonio difícil, de matrimonio prácticamente roto, cuál es la participación de cada cónyuge en dichos hechos. Posiblemente, como vulgarmente se dice, la culpa no es de uno ni es del otro, es de los dos o no es de nadie.»¹¹⁰. Sin embargo, cuando se puede probar claramente que el responsable del fracaso matrimonial es uno de los cónyuges, que este fracaso matrimonial se ha producido por el incumplimiento de los deberes conyugales y que la circunstancia que lo ha provocado es grave, parece que resulta razonable tenerla en cuenta también a la hora de configurar la pensión compensatoria. Porque como hemos apuntado, ésta está directamente conectada con el merecimiento y en estos casos, cuando se incumplen gravemente los deberes conyugales por parte de uno de los cónyuges, tal circunstancia debe ser tenida en cuenta. Como resultado de todo ello, no parece contrario a la equidad que quien ha visto roto su matrimonio por un incumplimiento conyugal grave de la otra persona, se le compense por la dedicación que tuvo o tendrá a la familia si su posterior situación económica empeora como consecuencia de la ruptura. Y de la misma manera, también parece razonable que no se compense –o se compense en menor medida– al cónyuge económicamente peor parado cuando él es claramente el responsable del fracaso matrimonial¹¹¹.

de noviembre de 2000 (AC/2000/2410); SAP de Soria de 4 de enero de 2001 (AC/2001/734); SAP de Cádiz de 24 de octubre de 2001 (JUR/2001/332244); SAP de Guadalajara de 17 de septiembre de 2002 (JUR/2002/264066); o las SAP de Cádiz de 29 de octubre de 2018 (JUR/2019/44087) y de 30 de abril de 2019 (JUR/2019/205140).

ROCA I TRÍAS se muestra contraria a justificar la pensión compensatoria con la solidaridad postconyugal, pues hacerlo comportaría la necesidad de continuar con los efectos del matrimonio más allá de su disolución («Las consecuencias económicas», cit., p. 182). La justificación, según esta autora, estaría dirigida a «evitar que el ex cónyuge pase a depender de sistemas públicos de mantenimiento» (*Familia y cambio social*, cit., p. 191).

En mi opinión, más que una obligación de solidaridad postconyugal o una necesidad de que sea el cónyuge mejor parado económicamente de un matrimonio roto -y no el Estado- quien se encargue de ayudar al esposo peor parado, la justificación de esta prestación ha de ser la necesidad de compensar las oportunidades perdidas por el cónyuge débil como consecuencia de su mayor dedicación a la familia.

¹¹⁰ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 7 de abril de 1981, p. 9722.

¹¹¹ Sobre el principio de equidad como informador de la pensión compensatoria, APARICIO AUÑÓN, E.: «La pensión compensatoria», *Revista de Derecho de Familia*, nº 5, octubre 1999, pp. 41-42. Con respecto a la presencia de la equidad en derecho comparado, ROCA I TRÍAS, E.: «Comentario al artículo 97», cit., p. 625, n. 23; HOYA COROMINA, J. y ANAUT ARREDONDO, S.: «La pensión compensatoria», cit., pp. 2436-2437. *Cfr.* también, entre otras, SAP de Alicante de 6 de noviembre de 2000 (AC/2000/2410); SAP de Soria de 4 de enero de 2001 (AC/2001/734); SAP de Guadalajara de 17 de septiembre de 2002 (JUR/2002/264066); SAP de Huelva de 14 de abril de 2004 (JUR/2004/200507); SAP de Málaga de 1 de febrero de 2005 (JUR/2005/149705).

Esta solución, que no parece contraria a la equidad, tampoco es extraña para muchos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (en los que el sistema de divorcio es también el del divorcio-remedio –no el de divorcio-sanción–). Así parece entenderse en Francia, donde si bien en la reforma de 1975 se excluyeron las alusiones directas a la conducta de los cónyuges, tras el cambio legislativo de 2004 el artículo 270/3 de su Civil Code recoge que el juez puede negar la prestación compensatoria si la equidad así lo requiriese, en consideración a los criterios previstos en el artículo 271, o cuando las causas que originaron el divorcio fueran exclusivamente imputables al cónyuge que solicita la prestación¹¹². Similar solución se produce en Italia, donde el artículo 5 de la ley que introduce el divorcio en el país transalpino –Legge n.898/1970– contempla la posibilidad de que el tribunal establezca una asignación periódica de un cónyuge con respecto al otro teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, las razones de la decisión¹¹³. No muy diferente remedio se adopta en Alemania, donde el artículo 1.579 BGB señala que el derecho a percibir una manutención por el cónyuge divorciado que lo necesite se puede rechazar, reducir o limitar cuando el beneficiario se comportó de forma reprochable con el otro cónyuge¹¹⁴. Y lo mismo sucede en Inglaterra, pues la Sección 25 de la Matrimonial Causes Act de 1973 señala que el tribunal deberá tener en cuenta para la asignación de una compensación de este tipo, entre otras circunstancias, la conducta de cada una de las partes (siempre que ésta sea digna de ser tenida en cuenta)¹¹⁵.

Si éste es el estado de la cuestión en los países de nuestro entorno, considerar la culpabilidad de los cónyuges entre las circunstancias a tener en cuenta en la determinación de la pensión compensatoria tampoco pareció descabellado a nuestra doctrina de los 80. Así, SANCHO REBULLIDA se manifestaba contrario a lo que consideraba la voluntad del legislador y se mostraba partidario de que se tuviera en cuenta la actuación de los cónyuges durante el matrimonio¹¹⁶. En el mismo

¹¹² Acerca de la pensión compensatoria en derecho francés, FELIX BALLESTA, M^a A.: *Regulación del divorcio en el derecho francés*, cit., pp. 199 y ss.

¹¹³ Sobre la institución del *assegno* en el derecho italiano y su evolución a través de las sucesivas reformas, MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: *Las obligaciones de mantenimiento*, cit., pp. 175 y ss.

¹¹⁴ En relación con esta prestación, BOVER CASTAÑO, M^a P.: «La obligación de alimentos en el derecho de familia alemán», cit., pp. 170 y ss.

¹¹⁵ Una breve aproximación a la pensión compensatoria en derecho comparado se puede ver en HOYA COROMINA, J. y ANAUT ARREDONDO, S.: «La pensión compensatoria», cit., pp. 2436 y ss.

¹¹⁶ «La directriz del precepto es ésta: roto el matrimonio, ningún cónyuge debe notar en su vida material (y dentro de lo posible) los efectos de la ruptura. (...). Esta «filosofía» aséptica de la pensión compensatoria tiene –al menos, para quien esto escribe– el inconveniente de que, de otorgar el mismo trato al bien y al mal, se pasa a pensar que el bien y el mal no existen. El cónyuge que con sus vicios o/y su crueldad hace imposible la subsistencia del matrimonio, por ejemplo, conforme a ese principio es acreedor a la pensión complementaria si es más pobre, siempre que no viva luego maritalmente. ¡Cosas veredes! La pensión presenta, así, una doble faz: para el cónyuge más pobre es un incentivo al divorcio, al asegurarle, una vez divorciado y libre de los deberes conyugales, la misma posición económica, y ello aunque sea el causante de la ruptura: quien ha abandonado a la familia, por ejemplo. Para el cónyuge rico es una barrera, pues sabe que si pide el divorcio, por graves que sean las culpas del otro, habrá de compartir con él sus ingresos. Por supuesto, la culpabilidad tampoco constituye una ventaja a estos efectos: el cónyuge inocente tiene asimismo, en caso de desequilibrio económico desfavorable a él, derecho a la pensión. Queda, con todo, un recurso para interpretar de un modo más humano el art. 97, y es la explicación que da de que las circunstancias que expresa se tendrán en cuenta <<entre otras>>, es decir, no sólo ellas. La pensión –dice al principio de este precepto– «se fijará en la resolución judicial teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias». Es una cláusula que valdrá para lo que quiera el juez o el tribunal, y que, por tanto, nada garantiza en firme al justiciable, pero podrá ser aprovechada para introducir en la ley consideraciones de decencia y honestidad en las que seguramente está de acuerdo la gran mayoría de la gente.». LACRUZ BERDEJO, J.L y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de derecho civil, t. IV. Derecho de familia*, Reimpresión actualizada, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 261-262.

sentido GARCÍA CANTERO expresaba sus dudas acerca de que juez no pudiera tener en cuenta la conducta de los esposos durante el matrimonio¹¹⁷. Y otros como LASARTE, aun descartando la incidencia de la culpabilidad en la pensión compensatoria basándose en la voluntad del legislador¹¹⁸, no dejaron de mostrar su extrañeza por este hecho: «no deja de ser una pieza extraña o relativamente extravagante en nuestro sistema familiar»¹¹⁹; o «puede resultar excesivo que el cónyuge, causante por su sola conducta de la ruptura conyugal, ... devenga por mor del art. 97, acreedor de una pensión a cargo precisamente de aquel que ha sufrido las consecuencias de los actos ilícitos que han motivado la separación o el divorcio, como los enumerados en el art. 82.1»¹²⁰.

Una opinión coincidente con CAMPUZANO TOMÉ que, si bien entiende que con la supresión de la circunstancia 1ª del Proyecto de ley se eliminó del sistema de divorcio español toda referencia a la culpabilidad de los esposos, señala lo siguiente: «Personalmente considero que, debido a que la enumeración de circunstancias que hace el art. 97 no es taxativa, nada impide que siendo conocida la causa que motivó la separación o el divorcio, así como el grado de participación en ellas de cada uno de los cónyuges, esta circunstancia pueda ser tenida en consideración como un dato más –entre otros– para fijar la cuantía de la pensión»¹²¹. Así también lo consideran LUNA SERRANO¹²²; VALLADARES¹²³; o, entre otros, VEGA SALA¹²⁴.

Como hemos explicado antes, parece que con la supresión de la circunstancia primera del Proyecto de 1980 UCD no pretendía dejar la culpabilidad al margen de la pensión compensatoria, sino eliminar su alusión expresa y de esta manera desligarse de las acusaciones de los partidos de izquierdas que le criticaban por presentar un proyecto de ley en el que, según decían, se concebía el divorcio como sanción y no como remedio. Por eso, si bien UCD terminó cediendo y en el Senado fue ella misma quien propuso la supresión de la circunstancia primera, no parece que el legislador quisiera desligar completamente la culpabilidad de la pensión compensatoria. Y la razón posiblemente fuera que cuando UCD propuso la supresión de la primera circunstancia

¹¹⁷ «Otro problema es el de si el Juez podrá tomar en cuenta la culpabilidad o inocencia del cónyuge para fijar la pensión. El espíritu de la ley es contrario, y ello parece confirmado por la eliminación de la primera de las circunstancias del proyecto a su paso por el Senado. Pero el carácter abierto y la ausencia de limitaciones positivas hacen dudosa la respuesta». GARCÍA CANTERO, G.: «Artículo 97», cit., p. 436.

¹¹⁸ «Sin embargo, decíamos también, hay un dato importante en el iter legislativo de la norma que desaconseja la pretensión de incluir en el inciso «entre otras» del artículo 97 los referentes de la culpabilidad en la crisis matrimonial: en la elaboración parlamentaria de la Ley, hasta su salida del Congreso de los Diputados, el proyecto de ley recogía como primera circunstancia a tener en cuenta por el Juez, los hechos que hubiesen determinado la separación o el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos. (...) La radical supresión de dicho inciso en la tramitación parlamentaria seguida en el Senado permite concluir que los hechos motivadores de la ruptura conyugal deberían ser intrascendentes en relación con la pensión económica contemplada en el artículo 97.». LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil, t. VI*, cit., p. 157.

¹¹⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil, t. VI*, cit., p. 157.

¹²⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R.: «Comentario al artículo 97», cit., p. 753

¹²¹ CAMPUZANO TOMÉ, H.: *La pensión por desequilibrio económico*, cit., pp. 99-100.

¹²² LUNA SERRANO, A. et al.: *El nuevo régimen de la familia. I. Matrimonio y divorcio*, Civitas, 1982, pp. 368-369.

¹²³ «Como señalé anteriormente, la culpa de los cónyuges fue eliminada del elenco de criterios que se le ofrecen al Juez en el artículo 97. Teóricamente cabe, por tanto, que tenga derecho a recibir pensión el cónyuge que solicita la separación o el divorcio en base a su culpa exclusiva, si éstos le suponen un desequilibrio económico en relación con la posición del otro. Sin embargo, la fórmula «entre otras» que se utiliza al señalar las circunstancias que se han de tener en cuenta para fijar la cuantía permitirá al Juez, en la práctica, moderar, al menos ésta». VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación, divorcio*, cit., pp. 428-429.

¹²⁴ VEGA SALA, F.: *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Praxis, Barcelona, 1982, p. 185.

contemplada en el artículo 97 C.C., el sistema de *numerus clausus* que proponía el Proyecto de Ley ya se había transformado en uno de *numerus apertus* (al añadirse en su tramitación en el Congreso la expresión «*entre otras*» a las circunstancias que expresamente se indicaban que debía tener en cuenta el juez). De esta manera, sin expresamente decirlo, se permitiría al juzgador considerar aquellos hechos relevantes que hubieran podido tener lugar durante el matrimonio, algo en lo que parecía existir consenso entre los distintos grupos políticos que elaboraron la Ley de 1981. En este sentido, baste señalar las ya aludidas palabras de SOTILLO MARTÍ, del Grupo Parlamentario Socialista, quien reconocía que: «... es evidente que el resultado final llamado divorcio, viene motivado por hechos, causas diferentes que, posiblemente, puedan ser tenidas en cuenta. Nosotros no nos opondríamos a que eso se dijera así, pero no nos parece correcto ni desde ese punto de vista bueno en la práctica, que se añada, además, que hay que tener en cuenta la participación de cada cónyuge en los mismos. (...) es muy difícil, durante un proceso que es largo en el tiempo de periodos de reflexión que la ley impone a los cónyuges, determinar después de un año, dos o tres, más el período previo de matrimonio difícil, de matrimonio prácticamente roto, cuál es la participación de cada cónyuge en dichos hechos. Posiblemente, como vulgarmente se dice, la culpa no es de uno ni es del otro, es de los dos o no es de nadie.»¹²⁵.

Atendiendo a todo lo señalado, parece que el legislador no quiso desvincular el comportamiento de los cónyuges de la pensión compensatoria y tampoco parece que atender a dicho comportamiento –cuando sea relevante– entre las circunstancias a tener en cuenta en la configuración de la misma suponga, *per se*, concebir el divorcio como un sistema-sanción y no como un sistema-remedio.

Esta conclusión nos conduce a pensar que no sólo la culpabilidad de los cónyuges puede ser tenida en cuenta por el juez como «cualquier otra circunstancia relevante», sino que no hacerlo atentaría contra la equidad, por lo menos en los casos más graves. Así lo consideró, como hemos visto, buena parte de la doctrina en los años 80 (LACRUZ, GARCÍA CANTERO, etc.) y así también lo considera un cierto grupo de civilistas modernos. Entre ellos, ZARRALUQUI defiende que el comportamiento de los cónyuges durante el matrimonio sí debe ser tenido en cuenta en determinadas circunstancias: «Si llegamos a la conclusión de que el cónyuge que sufre el desequilibrio por la separación o el divorcio, es el causante –incluso doloso, o más aún, delictivo, atentando contra la vida del otro– de la ruptura, su enriquecimiento a través de la compensación debería ser calificado de gravísimamente injusto y, consiguientemente, este derecho no podría ver la luz.». «Resulta absolutamente lógico [señala más adelante] que, en el camino emprendido que lleva a considerar la responsabilidad del productor de los daños, en determinados casos, como objetiva, con independencia de su culpa o de cualquier otro requisito más, por su parte, hay un factor que debe limitar estas consecuencias para el agente. Se trata de aquellos casos en que la culpa corresponde exclusivamente al que sufre el daño. Cualquier pensamiento contrario a esta directriz es a su vez opuesto a la lógica, la moral y la ética.»¹²⁶. Y del mismo modo, VELA SÁNCHEZ señala: «Por consiguiente, si el legislador considera que no puede suceder quien esté incurso en cualquiera de las causas anteriormente mencionadas –en particular, incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o atentado contra la vida del cónyuge –, resulta lógico

¹²⁵ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 7 de abril de 1981, p. 9722.

¹²⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio», cit., pp. 6 y 7.

que tampoco pueda tener derecho a pensión compensatoria quien haya incurrido en tales circunstancias.”¹²⁷.

En mi opinión, parece claro que el comportamiento de los cónyuges durante el matrimonio debe ser considerado en la determinación de la pensión compensatoria cuando es relevante: bien desde su aspecto positivo (asume la mayor parte de las cargas familiares), bien desde su vertiente negativa (cuando se producen incumplimientos de los deberes conyugales). Partiendo de este planteamiento, el problema estriba: por un lado, en determinar qué grado de incumplimiento de los deberes conyugales ha de ser tenido en cuenta por el juez a la hora de configurar la pensión compensatoria; y por otro, si cualquier tipo de incumplimiento debe ser considerado o sólo ciertas clases de ellos.

En relación con la primera cuestión, la respuesta parece relativamente sencilla: el apartado 9º del art. 97 C.C. nos conduce a considerar sólo los incumplimientos graves, los que realmente sean relevantes. Por tanto, quedarían fuera de enjuiciamiento las faltas más leves y ocasionales. Con respecto a la segunda cuestión, la respuesta es más compleja: ¿debemos considerar todos los incumplimientos relevantes o sólo alguno de ellos? En lo concerniente a esta pregunta, tradicionalmente la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han limitado la responsabilidad jurídica derivada del incumplimiento de los deberes conyugales sólo a los supuestos expresamente contemplados por la ley (ej. arts. 152.4 o 855.1 C.C.)¹²⁸. Así, por ejemplo, en cuanto a la vulneración del deber de fidelidad, la doctrina ha restringido los efectos jurídicos de tal comportamiento. En este sentido, SANCHO REBULLIDA, aun considerando la infidelidad como la infracción de un deber conyugal, asume que las consecuencias de este hecho son menos graves tras las reformas democráticas que se han ido produciendo desde finales de los años 70 (abolición del delito de adulterio en 1978, etc.)¹²⁹. En la misma dirección se manifiesta DÍEZ-PICAZO, quien al hablar de los deberes conyugales señala que: «No ofrece especial dificultad entender que los mismos tienen un contenido fundamentalmente ético, que habrá que mensurar de conformidad con las creencias sociales sentidas o profesadas en cada momento. Su proyección estrictamente jurídica se produce en la medida en que el incumplimiento acarrea una determinada sanción, lo cual quiere decir que son deberes cuyo cumplimiento en forma específica en caso de exigibilidad resulta imposible o, por lo menos, muy difícil.»¹³⁰. De forma no muy diferente se ha manifestado la jurisprudencia, donde el Tribunal Supremo ha sacado del ámbito de la responsabilidad jurídica la infidelidad conyugal¹³¹.

¹²⁷ VELA SÁNCHEZ, A. J.: «Violencia de género en el ámbito familiar y pensión compensatoria», *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, coord. L. López de la Cruz et al., Tirant lo Blanch, 2011, p. 852. Vid. en este sentido, SAURA ALBERDI, B., *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 63-64.

¹²⁸ Cfr. MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: «Las reclamaciones económicas» cit., p. 27.

¹²⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Dº civil IV, Derecho de Familia*, cit. pp. 183-184.

¹³⁰ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. IV.*, cit. p. 95. En el mismo sentido, ver el estado de la cuestión que realiza PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: «El incumplimiento de los deberes conyugales. Consecuencias jurídicas», *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, t. XVIII, 2009, p. 2.

¹³¹ Baste para ello ver la STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726) «Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 e), igualmente, no cabe comprender su

A pesar de esta sólida posición doctrinal y jurisprudencial, dentro de la doctrina científica encontramos voces que están a favor de conceder una mayor juridicidad a los deberes conyugales y que, por tanto, su incumplimiento sí pueda acarrear consecuencias jurídicas al margen de las específicamente contempladas (en el art. 855.1 C.C., etc.). Así lo vemos en PÉREZ DE ONTIVEROS: «Es claro que, en numerosas ocasiones, el incumplimiento de los deberes conyugales genera en quien lo sufre un daño de naturaleza semejante. Sin embargo, no son muy proclives nuestros Tribunales a estimar las pretensiones dirigidas a la reparación del daño moral que tal incumplimiento conlleva. Ahora bien, considero que en una evolución interpretativa del principio general *alterum non laedere*, y si concurren los requisitos precisos para la procedencia de la responsabilidad, esto es, certeza del daño, imputabilidad y relación de causalidad, no existiría ningún inconveniente jurídico para admitir la procedencia de la indemnización.»¹³². En el mismo sentido se expresan MENDOZA ALONZO¹³³, DE LA HAZA DÍAZ¹³⁴, ROMERO COLOMA¹³⁵ o VARGAS ARAVENA¹³⁶. Y alguna jurisprudencia menor, como la SAP de Cádiz (Sección 2ª) de 3 de abril de 2008 (JUR 2008/234675)¹³⁷.

Como vemos, la cuestión de si el incumplimiento de los deberes conyugales debe acarrear o no consecuencias jurídicas no está resuelta de forma pacífica. En relación con la pensión compensatoria, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal consideran que este tipo de incumplimientos no deben ser tenidos en cuenta como circunstancia a considerar para determinar su existencia, cuantía y duración. Y el fundamento de esta negativa se basa fundamentalmente en dos razones: primera, que así lo quiso nuestro legislador; segunda, que incluir la culpabilidad en las circunstancias del art. 97 C.C. nos acercaría al divorcio como

exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar.» Este razonamiento ha sido defendido igualmente por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5158). En ella, el Alto Tribunal no reconoce el derecho a recibir una indemnización por vía contractual ni extracontractual al marido que durante años se encargó de la crianza de un niño que finalmente resultó no ser suyo: «No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar.»

¹³² PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: «El incumplimiento de los deberes conyugales», cit., p. 11.

¹³³ «Daños morales por infidelidad matrimonial», cit., p. 60.

¹³⁴ *La pensión de separación y divorcio*, cit., p. 12.

¹³⁵ ROMERO COLOMA, A.: «Daños civiles entre cónyuges y ex cónyuges», *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 800, 2010, pp. 4-6.

¹³⁶ VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, cit., pp. 169-170, 179 y ss.

¹³⁷ «En este sentido quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja. Y ello aunque tal posición pudiera generar una inflación de pleitos en tal sentido, que consideramos que no es argumento de peso mientras esté vigente el art. 1902 del Código Civil. La recta aplicación de cuanto se ha dicho al supuesto de autos justifica la estimación de la demanda. El incumplimiento del deber de fidelidad cualificado en el caso de autos por la ocultación de la Sra. Marta a su esposo del mantenimiento de relaciones sexuales simultáneas con otro hombre sin procurar la averiguación de quien podía resultar ser el padre tras su embarazo, con la consiguiente atribución de la paternidad al Sr. Diego, justifica la presencia de un ilícito civil susceptible de generar la responsabilidad de la demandada. Cuestión distinta será la de determinar la entidad del daño causado y su cuantificación.»

sanción y no como remedio. Sin embargo, a lo largo de este epígrafe hemos tratado de rebatir una y otra razón: ni parece que la intención del legislador fuera excluir la culpabilidad de las circunstancias a tener en cuenta al configurar la pensión compensatoria, ni atender al comportamiento de los cónyuges durante el matrimonio supone concebir el divorcio como sistema-sanción. Por todo ello, entendemos que, si la compensación por desequilibrio obliga a prolongar la solidaridad conyugal tras la ruptura matrimonial, esta obligación sólo se justifica si existen razones de justicia y equidad; unas razones que, cuando el cónyuge peor parado es claramente el culpable de la ruptura matrimonial, parecen no existir o, por lo menos, debilitarse.

4. Conclusiones

De todo lo expuesto se advierte que el derecho a la pensión compensatoria no es un derecho cuyo nacimiento esté vinculado a la idea de culpabilidad; que busque que el cónyuge culpable de la ruptura matrimonial indemnice al cónyuge inocente por el fracaso de la vida en común. El derecho a la pensión compensatoria es un derecho que nace del desequilibrio económico que provoca la separación o divorcio entre los cónyuges y que tiene por objeto colocar al esposo 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» [STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133)].

No obstante, para que el derecho a la pensión compensatoria pueda existir no sólo se precisa el desequilibrio, sino -tal como indica la STS de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417)- también es necesario que se cumpla alguna de las circunstancias que vienen recogidas en el art. 97/2 C.C. (edad y estado de salud, cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo, dedicación pasada y futura a la familia, pérdida de un eventual derecho de pensión, etc.). Entre estas circunstancias, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias están de acuerdo en rechazar que el comportamiento de los cónyuges durante el matrimonio deba tener alguna incidencia. A pesar de ello, los motivos que alegan no parece que sean del todo convincentes. Porque como se ha intentado explicar a lo largo de este trabajo, no considero que fuera voluntad del legislador excluir la culpabilidad de los cónyuges de las circunstancias a tener en cuenta por el juez a la hora de determinar la pensión compensatoria. Y porque tampoco parece que hacerlo suponga alejarse del divorcio como remedio y aproximarse a un sistema de divorcio-sanción.

La pensión compensatoria supone la necesidad de compensar las oportunidades perdidas por el cónyuge débil como consecuencia de su mayor dedicación a la familia. En este sentido, la SAP Barcelona (Sección 12ª) de 11 de febrero de 2010 (JUR/2010/147145) habla de prolongar la solidaridad matrimonial después de la ruptura de la convivencia. Pero esta solidaridad postconyugal no deja de ser una situación anómala que, rota la pareja, sólo puede encontrar justificación por razones de equidad y merecimiento. Estas razones, por ejemplo, difícilmente podrían ser admitidas en caso de malos tratos por parte del potencial acreedor a dicha pensión. Por todo ello, considero que se antoja necesario que en la configuración de la pensión compensatoria el juez tenga en consideración, además de las circunstancias expresamente recogidas en el art. 97/2 C.C., el comportamiento de los cónyuges, y en especial aquellos incumplimientos graves de los deberes conyugales que se produzcan por el esposo que hipotéticamente tendría derecho al cobro de dicha pensión.

5. Tabla de sentencias

| Sala y Fecha | Ar. | Magistrado Ponente | Partes |
|--------------------------------|---------------|---------------------------------|---|
| STS de 2 de diciembre de 1987 | RJ 1987/9174 | Eduardo Fernández-Cid de Temes | M ^a Dolores c. José M ^a |
| STS de 29 de junio de 1988 | RJ 1988/5138 | Antonio Fernández Rodríguez | Manuel c. Carmen |
| STS de 30 de julio de 1999 | RJ 1999/5726 | Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa | Alberto c. M ^a Ángeles |
| STS de 10 de febrero de 2005 | RJ 2005/1133 | Jesús Corbal Fernández | Ricardo c. Margarita |
| STS de 28 de abril de 2005 | RJ 2005/4209 | Ignacio Sierra Gil de la Cuesta | Gabriela c. Matías |
| STS de 9 de octubre de 2008 | RJ 2008/5685 | José Almagro Nosete | Rosa c. Carlos José |
| STS de 14 de octubre de 2008 | RJ 2008/6911 | José Almagro Nosete | Aurelio c. Patricia |
| STS de 17 de octubre de 2008 | RJ 2008/5702 | José Almagro Nosete | M ^a Trino c. Rubén |
| STS de 5 de noviembre de 2008 | RJ 3/2009 | Encarnación Roca i Trias | Alfonso c. Fátima |
| STS de 21 de noviembre de 2008 | RJ 2008/6060 | José Almagro Nosete | Celestina c. Abelardo |
| STS de 10 de marzo de 2009 | RJ 2009/1637 | José Almagro Nosete | Benedicto c. Yolanda |
| STS de 17 de julio de 2009 | RJ 2009/6474 | Encarnación Roca i Trias | Eladio c. Rosalía |
| STS de 19 de enero de 2010 | RJ 2010/417 | Encarnación Roca i Trias | Jesús Manuel c. Crescencia |
| STS de 9 de febrero de 2010 | RJ 2010/526 | Encarnación Roca i Trias | Juan Carlos c. Amalia |
| STS de 22 de junio de 2011 | RJ 2011/5666 | Juan Antonio Xiol Ríos | Moisés c. Milagrosa |
| STS de 19 de octubre de 2011 | RJ 2012/422 | Encarnación Roca i Trias | Julio c. M ^a Teresa |
| STS de 10 de enero de 2012 | RJ 2012/3643 | Juan Antonio Xiol Ríos | Norberto c. Mariola |
| STS de 23 de octubre de 2012 | RJ 2012/10114 | José Antonio Seijas Quintana | Marisol c. Moisés |
| STS de 30 de octubre de 2012 | RJ 2012/10129 | José Antonio Seijas Quintana | Susana c. Eulogio |
| STS de 16 de noviembre de 2012 | RJ 2012/10435 | José Antonio Seijas Quintana | Elisa c. Juan Ignacio |
| STS de 4 de diciembre de 2012 | RJ 2013/194 | Juan Antonio Xiol Ríos | Rosana c. Celso |
| STS de 19 de febrero de 2014 | RJ 2014/1131 | Francisco Javier Orduña Moreno | Sandra c. Félix |
| STS de 20 de febrero de 2014 | RJ 2014/1385 | Francisco Javier Orduña Moreno | Ángeles c. Desiderio |
| STS de 3 de julio de 2014 | RJ 2014/4254 | Francisco Javier Arroyo Fiestas | José Manuel c. Delfina |
| STS de 11 de febrero de 2016 | RJ 2016/249 | Francisco Javier Arroyo Fiestas | Marcelino c. Isabel |
| STS de 1 de febrero de 2017 | RJ 2017/394 | Pedro José Vela Torres | Eloy c. Delfina |
| STS de 27 de junio de 2017 | RJ 2017/3295 | Eduardo Baena Ruiz | Sergio c. Julieta |
| STS de 6 de noviembre de 2017 | RJ 2017/4707 | Francisco Javier Arroyo Fiestas | Belarmino c. Estibaliz |
| STS de 15 de marzo de 2018 | RJ 2018/1096 | Eduardo Baena Ruiz | Amparo c. Heraclio |
| STS de 23 de abril de 2018 | RJ 2018/1596 | Francisco Javier Arroyo Fiestas | Cecilia c. Eliseo |
| STS de 24 de mayo de 2018 | RJ 2018/2136 | José Antonio Seijas Quintana | Natividad c. Leonardo |
| STS de 30 de mayo de 2018 | RJ 2018/2396 | Francisco Javier Arroyo Fiestas | Filomena c. Celestino |
| STS de 11 de diciembre de 2019 | RJ 2019/5142 | Ignacio Sancho Gargallo | Vicente c. Gracia |
| STS de 12 de febrero de 2020 | RJ 2020/450 | José Luis Seoane Spiegelberg | Sandra c. Teodulfo |

| | | | |
|---|-----------------|---------------------------------|--------------------------|
| SAP A Coruña (Sección 4ª) de 18 de abril de 2018 | JUR 2018/184541 | José Luis Seoane Spiegelberg | Flor c. Leonardo |
| SAP Álava de 29 de julio de 1992 | AC 1992/1068 | Juan Saavedra Ruiz | Mª Luisa c. Antonio |
| SAP Asturias (Sección 6ª) de 17 de mayo de 2019 | JUR 2019/192602 | Jaime Riaza García | Millán c. Eva |
| SAP Barcelona (Sección 12ª) de 3 de febrero de 2020 | JUR 2020/58462 | Vicente Ataulfo Ballesta Bernal | Aurelia c. Florentino |
| SAP Barcelona (Sección 12ª) de 11 de febrero de 2010 | JUR/2010/147145 | Pascual Martín Villa | Daniel c. Zaida |
| SAP Cádiz de 3 (Sección 2ª) de abril de 2008 | JUR 2008/234675 | Antonio Marín Fernández | Marta c. Diego |
| SAP Lleida (Sección 2ª) de 16 de marzo de 2017 | JUR 2017/160467 | María del Carmen Bernat Álvarez | Efrain c. Josefa |
| SAP Lleida (Sección 2ª) de 4 de mayo de 2017 | JUR 2017/202105 | Ana Cristina Sáinz Pereda | Amanda c. Carlos Antonio |
| SAP Ourense de 1 de julio de 1998 | AC 1998/1415 | Josefa Otero Seivane | Ana Rosa c. Manuel |
| SAP Valencia (Sección 9ª) de 30 de septiembre de 1996 | AC 1996/1537 | Antonio Ramos Gavilán | Juana c. Antonio |
| SAP Zaragoza (Sección 5ª) de 25 de mayo de 1998 | AC 1998/867 | Antonio Luis Pastor Oliver | Jaime c. Consuelo |

6. Bibliografía

ALATI, A., «Évolution du divorce par la volonté unilatérale hors faute dans la législation française moderne: d'un divorce dur à un divorce assoupli», *Ciencia Jurídica*, vol. 8, nº 16, 2019.

APARICIO AUÑÓN, E.: «La pensión compensatoria», *Revista de Derecho de Familia*, nº 5, octubre 1999.

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

BERROCAL LANZAROT, A. I.: «Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España», *Actualidad jurídica iberoamericana* 5, 2016.

BONFANTE, P.: *Corso di Diritto Romano, vol. 1. Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1963.

BOVER CASTAÑO, M^a P.: «La obligación de alimentos en el derecho de familia alemán», *Revista boliviana de derecho*, nº 17, 2014.

CABEZUELO ARENAS, A. L.:

- «La existencia del desequilibrio generador de la pensión del artículo 97 CC se subordina a la concurrencia de circunstancias o factores de trascendencia económica: Sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2010», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 4, Dykinson, Madrid, 2011.

- «Sentencia de 17 de julio de 2009: La existencia de desequilibrio y el reconocimiento del derecho a compensación pueden producirse en contextos en los que ambos cónyuges conservan independencia económica. Limitación temporal de la pensión: ausencia de interés casacional. Cuestión ya decidida en anteriores sentencias y objeto de reforma legal», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 82, 2010.

CAMPO IZQUIERDO, A. L.: «La pensión compensatoria», *Lefebvre*, p. 4 (<https://elderecho.com/la-pension-compensatoria>, consultada el 05/02/2021).

CAMPUZANO TOMÉ, H.: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 1986.

CERVILLA GARZÓN, M^a D.: «El derecho a percibir una pensión compensatoria en las rupturas de las parejas de hecho», *Revista Jurídica del Notariado* 44, 2002.

CÉSPEDES MUÑOZ, C. y VARGAS ARAVENA, D. G.: «Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica: la situación en Chile y España», *Revista Chilena de Derecho* 35, nº 3, 2008.

CLEMENTE MEORO, M.: «Efectos de la sentencia de nulidad, separación y divorcio», *Derecho de Familia* (coord. E. Roca i Trias), 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985.

DE LA HAZA DÍAZ, P.: *La pensión de separación y divorcio*, Wolters Kluwer, 1989.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 6ª ed., Tecnos, 1995.

FELIX BALLESTA, Mª A.: *Regulación del divorcio en el derecho francés*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1988.

GARCÍA CANTERO, G.: «Artículo 97», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II (dir. M. Albaladejo), 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GONZALO VALGAÑÓN, A.: «Reflexiones en torno a la pensión compensatoria», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 3, 2000.

HOYA COROMINA, J. y ANAUT ARREDONDO, S.: «La pensión compensatoria», *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1.873, 2000.

LACRUZ BERDEJO, J.L y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Dº civil IV, Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1982.

LACRUZ BERDEJO, J.L. et al.: *Elementos de Dº civil, IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2010.

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

LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R.: «Comentario al artículo 97», *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1982.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil, t. VI. Derecho de familia*, 1ª ed., Trivium, Madrid, 1997.

LOIS ESTÉVEZ, J.: «Sobre el concepto de “Naturaleza jurídica”», *Anuario de Filosofía del Derecho* 4, 1956.

LUNA SERRANO, A. et. al.: *El nuevo régimen de la familia. I. Matrimonio y divorcio*, Civitas, 1982.

MANZANO FERNÁNDEZ, Mª M.: «Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 90, no. 742, 2014.

MARÍN Gª DE LEONARDO, M.T.: *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio», *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2008.

MENDOZA ALONZO, P., «Daños morales por infidelidad matrimonial: un acercamiento al derecho español», *Revista chilena de derecho y ciencia política*, nº 2, 2011.

MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: «Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2015.

MONTERO AROCA, J.: *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L.:

- «La pensión compensatoria», *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)* [coord. J.V. Gavidia Sánchez], Marcial Pons, Madrid, 2007.

- *Las obligaciones de mantenimiento entre familiares*, Dykinson, Madrid, 2013.

- «Pensión compensatoria y régimen económico del matrimonio», *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación* 44, 2009.

PEREDA GÁMEZ, F. J. y VEGA SALA, F.: *Familia: manual jurídico de la familia*, La Ley, Madrid, 1999 (actualizado en 2002).

PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, Boletín Oficial del Estado, BOE, 2016.

ROCA I TRÍAS, E.:

- «El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad», *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. P.J. Viladrich Bataller), 2ª ed., Universidad de Navarra, 1989.

- «Comentario al artículo 97», *Comentarios a las reformas del derecho de familia, vol. I* (coord. M. Amorós Guardiola et al.), Tecnos, Madrid, 1984.

- *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

- «La pensión compensatoria», *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)* [coord. J.V. Gavidia Sánchez], Marcial Pons, Madrid, 2007.

- «La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. J.A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2000.

- «Las consecuencias económicas del divorcio: la pensión compensatoria», *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial: IV Seminario de Estudios Jurídicos* (coord. M^a D. Cervilla Garzón), Universidad de Cádiz, 1997.

ROMERO COLOMA, A.: «Daños civiles entre cónyuges y ex cónyuges», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n^o 800, 2010.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B.: «La negativa jurisprudencial a la resarcibilidad del daño por incumplimiento de deberes conyugales desde la perspectiva del género», *Construyendo la igualdad: la feminización del Derecho privado*, coord. por F.J. Infante Ruiz et al., 2017.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a P.: «Las consecuencias económicas de las crisis de pareja: la pensión compensatoria y la indemnización en caso de nulidad», *Mujer, familia y derecho* (coord. M^a D. Cervilla y F. Fuentes), Universidad de Cádiz, 2003.

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

SAURA ALBERDI, B., *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SILLERO CROVETTO, B.: «Criterio jurisprudencial en torno a la pensión compensatoria», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. 2 (coord. L. Díez-Picazo), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.

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

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

VEGA SALA, F.: *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Praxis, Barcelona, 1982.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: «Violencia de género en el ámbito familiar y pensión compensatoria», *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, coord. L. López de la Cruz et al., Tirant lo Blanch, 2011.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución» (http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf, p. 8, consultada el 02/04/2021).