

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

Liliana Mijancos Gurruchaga

Facultad de Derecho
Universidad de las Islas Baleares

Abstract

Cuando se produce una ruptura matrimonial, surgen dudas acerca de las posibles reclamaciones que se pueden presentar con la demanda de separación o divorcio, tanto de carácter compensatorio como de carácter indemnizatorio o resarcitorio; hemos querido presentar las diferencias entre unas y otras, y esclarecer dudas acerca de la compatibilidad de estas reclamaciones entre sí, así como la duda doctrinal que plantea la aplicabilidad del art. 1438 Cc en el Derecho Foral Balear.

When a marriage breakdown occurs, concerns about potential claims may arise with the demand for separation or divorce, both compensatory and indemnity basis. We wanted to present the differences between each other, and clarify doubts about the compatibility between these claims, as well as the doctrinal question that raises the applicability of art. 1438 CC in the Balear Foral Law

Title: Economic compensation claims and/or remedy in the process of marriage dissolution of arts. 97, 1438, 98, 1902 and 1101 CC

Palabras clave: matrimonio, compensación, resarcimiento, trabajo doméstico, deberes conyugales

Keywords: marriage, compensation, restitution, housework, marital duties

Sumario

1. Introducción
2. Reclamaciones compensatorias en el proceso de disolución matrimonial
 - 2.1. La pensión compensatoria: el art. 97 CC
 - a. Naturaleza jurídica
 - b. Determinación del desequilibrio
 - c. Finalidad: restablecer el equilibrio
 - d. Valoración de la perspectiva causal que lo sustente
 - e. La temporalidad de la pensión compensatoria
 - f. Es una norma de derecho dispositivo
 - g. Cualquiera que sea el régimen económico matrimonial
 - h. Extinción
 - 2.2 La compensación económica prevista en el art. 1438 CC, en el régimen de separación de bienes
 - a. La valoración del trabajo doméstico y su compensación
 - b. Fundamento de este derecho
 - c. Derecho a una compensación
 - d. En qué consiste el trabajo doméstico
 - e. La compensación en el Derecho catalán y en el Derecho Foral Balear
 - f. Diferencia entre la pensión compensatoria del art. 97 CC y la pensión indemnizatoria del art. 1.438 CC
 - g. La relación entre la pensión compensatoria y la pensión de viudedad
3. La reclamación del resarcimiento de daños en el proceso de disolución matrimonial
 - 3.1 El resarcimiento tras la nulidad matrimonial, contemplado en el art. 98 CC
 - 3.2. El resarcimiento del daño patrimonial y/o moral por incumplimiento de los deberes conyugales tras la separación o el divorcio del art. 1.902 CC por responsabilidad extracontractual o del 1.101 CC por responsabilidad contractual
 - a. Situación en los países de nuestro entorno
 - b. Legislación y doctrina española sobre los “daños entre familiares”
 - c. El problema de la prescripción de la acción
 - d. La grave lesión moral derivada de un incumplimiento de los deberes conyugales
 - e. Posible desigualdad de trato entre la mujer y el varón en la doctrina del TS
 - f. Es posible reclamar daños patrimoniales o morales dentro de las relaciones familiares
 - g. Diferencia entre las indemnizaciones y resarcimiento previsto en el art. 1902 CC, con las indemnizaciones previstas en los arts. 97 y 98 CC
4. Tabla de jurisprudencia citada
5. Bibliografía

1. Introducción

El aumento de las tasas de divorcios y la creciente desestructuración de las familias, empieza a afectar seriamente a nuestra sociedad. Los divorcios y separaciones, llevan a consecuencias que producen una enorme carga de sufrimiento emocional; muchas veces la incertidumbre sobre las consecuencias patrimoniales alarga y empeora ese tramo, así como disminuye la agilidad para llegar a acuerdos entre los cónyuges. Por esta razón, entendemos que resulta de vital importancia esclarecer, en la medida de lo posible, conceptos económico-jurídicos postmatrimoniales y la diferencia entre las distintas reclamaciones posibles.

La total equiparación patrimonial de la mujer y el hombre en el matrimonio llegó con la Constitución (art. 32) y entre otras, con la reforma de los regímenes económicos conyugales de la Ley 11/1981 de 13 de mayo 1981¹ por el que se instaura un sistema de libertad de pacto, como establece el art. 1315 CC, al disponer que el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen *ex voluntate* en capitulaciones matrimoniales, en cuyo defecto se impone un régimen legal supletorio, que es, en Derecho Común, el de sociedad de gananciales, según establece el art. 1316 CC y, en el caso de que los contrayentes hubieran otorgado capitulaciones con el único fin de excluir precisamente la sociedad de gananciales pero sin determinar ningún otro régimen, el art. 1435.2 CC dispone que regirá entre ellos el de separación de bienes.

La problemática jurídica no se presenta cuando comienza el matrimonio, pues hoy en día es normal que ambos contrayentes se planteen trabajar dentro y fuera del hogar. En el Derecho Civil, podemos decir que existe un principio que prima sobre todos y es el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), particularmente en el ámbito del Derecho contractual y de manera más reducida en el ámbito del Derecho de Familia. Por ello, cabe destacar el art. 1.323 CC, que abre la posibilidad a ambos cónyuges de realizar toda clase de acuerdos entre sí.

No obstante, cuando llegan los hijos, suele ser la mujer quien sacrifica todo o en parte su promoción profesional, con una mayor dedicación a la casa, los hijos o las personas dependientes. Si rige el régimen económico matrimonial de separación de bienes, se genera un desequilibrio económico patrimonial, que solo aflora cuando se produce la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. Las dificultades que se plantean se centran en saber cuánto, cuándo y cómo hay que pagar la obligación de alimentos y pensiones que se acuerdan o se imponen, tras la disolución del régimen matrimonial.

Y es que constante matrimonio los criterios de contribución a las cargas del matrimonio son flexibles y quedan al arbitrio de los cónyuges. Hemos querido aclarar la diferencia y compatibilidad entre la pensión compensatoria del art. 97 CC aplicable cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, la indemnización prevista en el art. 98 CC para los supuestos de nulidad matrimonial a favor del cónyuge de buena fe, y la compensación por el trabajo doméstico regulada específicamente para el régimen de separación de bienes en el art. 1438 CC.

¹ Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE nº 119, de 19.5.1981) (en adelante LFPPRE).

El objetivo del presente trabajo es esclarecer las diferencias y compatibilidades entre sí de las diferentes reclamaciones posibles.

2. Reclamaciones compensatorias en el proceso de disolución matrimonial

2.1. La pensión compensatoria: el art. 97 CC

La conformación y reparto de los roles o papeles matrimoniales para el cuidado de los hijos, viene experimentando una evolución positiva en aras de conseguir la mejor compatibilidad entre la maternidad, la paternidad y el trabajo. No obstante, la ruptura del matrimonio puede causar un perjuicio en uno de los cónyuges hasta el punto de producirse un desequilibrio económico en relación a la posición del otro cónyuge. De ahí que se considerara como imprescindible el establecimiento de un mecanismo que permitiera reequilibrar las posiciones de ambos cónyuges, de tal forma que el cónyuge perjudicado no quede en situación de desamparo.

La Ley 30/1981, de 7 de julio², fruto del mandato constitucional contenido en el artículo 32 CE, por el que se instaba al legislador a regular los derechos y deberes de los cónyuges en situación de plena igualdad jurídica, introdujo el reconocimiento y regulación normativa de los efectos de la separación y el divorcio, estableciéndose una serie de previsiones comunes a ambas, entre las cuales se encontraba una figura ya ampliamente extendida en nuestro Derecho comparado: la pensión compensatoria. La Ley 15/2005³ lo vuelve a modificar en su artículo 1.9 introduciendo un elemento muy importante en esta figura jurídica: la temporalidad.

a. Naturaleza jurídica

La naturaleza de esta institución jurídica es resarcitoria⁴, compensatoria, pero en absoluto de carácter alimenticio, indemnizatorio o asistencial, tal como recoge CAMPO IZQUIERDO⁵ y su finalidad primordialmente reequilibradora.⁶ Además se trata de un derecho subjetivo dispositivo, no imperativo ni automático, ni cabe su señalamiento de oficio; es renunciable por

² 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 la causas de nulidad, separación y divorcio (BOE nº 172 de 20.07.1981) (En adelante LMRM).

³ Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio (BOE nº 163 de 9.07.2005) (En adelante LMSD).

⁴ Dicha afirmación no significa que la pensión tenga la naturaleza de la responsabilidad civil, tal como explicita ROCA TRIAS (1996, p.152), porque no se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo que constituye su supuesto de hecho viene caracterizado por consistir en la pérdida de expectativas de todo tipo que pertenecían al propio estatuto del matrimonio y que desaparecen como consecuencia del divorcio; se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio.

⁵ CAMPO IZQUIERDO (2011).

⁶ Si bien en la tramitación parlamentaria se puso de relieve las discrepancias de las opiniones de los ponentes sobre la naturaleza que habría de tener este nuevo derecho, dejando claro que nada tendría que ver con la culpa en las causas de la ruptura. ROCA TRIAS (1996, p.149).

parte del cónyuge que puede reclamarlo, que es 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 tiene naturaleza alimenticia, cuya exigencia requiere una situación de necesidad, siendo evidente que hay supuestos en que procede la pensión compensatoria, aunque ambos trabajen y tengan ingresos propios, si existe una importante diferencia económica entre ambos, a lo cual se puede añadir que la obligación de prestarse alimentos entre cónyuges fijada en el art. 143 CC, desaparece con el divorcio. Tampoco tiene naturaleza indemnizatoria, pues no obedece su concesión a la existencia o no de culpa en el actuar de uno de los cónyuges al cesar la convivencia; ni tiene una función asistencial, pues no tiene por objeto el igualar o equiparar la situación económica o patrimonial de los cónyuges⁷. No se trata de considerar la pensión compensatoria como una forma de mantener el *modus vivendi* o el *status* o nivel de vida adquirido, tal como recoge VERDERA IZQUIERDO⁸, porque el matrimonio no es un derecho adquirido para consolidar una posición, pues ello podría conducir a la llamada “profesionalización del matrimonio”. En opinión de CABEZUELO⁹, “la pensión no debe ser el instrumento para mantener un *status* que no se ha contribuido a generar”.

Un punto destacable es el cambio de criterio que ha introducido la reforma de la Ley 15/2005, al pasar de un criterio objetivista, conforme al cual solo es necesario que exista un desequilibrio entre los patrimonios de los cónyuges a causa del cese de la convivencia, para que se conceda la misma cuando uno es inferior al otro, dejando las circunstancias del art. 97 solo para determinar *a posteriori* su cuantía y si debe ser por tiempo indefinido o temporal, a un criterio subjetivista, conforme al cual se debe valorar todas las circunstancias del art. 97 CC, no solo para ver en qué cuantía se fija la misma o si se fija por tiempo indefinido o temporal, sino que también se debe valorar con carácter previo para ver si procede o no la concesión de dicha pensión¹⁰. Se trata del análisis detallado de la situación en que quedarían los cónyuges tras la ruptura de su matrimonio, así como de una serie de factores específicos lo que determinará su posible concesión, así como la cuantía que, en particular, se estipule.

b. Determinación del desequilibrio

En la determinación de si concurre o no el desequilibrio, se tienen en cuenta diversos factores¹¹, como ha puesto de relieve la doctrina del Tribunal Supremo¹²: “(...) para determinar la existencia

⁷ Al respecto se pueden ver las Sentencias del TS de 17 de julio de 2009 (EDJ 2009/165898) y de 10 de marzo de 2009 (EDJ 2009/25486); o las de AP Burgos de 30 de junio de 2010 (EDJ 2010/146355), de AP Santa. Cruz de Tenerife de 21 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/274013) y de AP Valencia de 12 de febrero de 2009 (EDJ 2009/343181). Por el contrario, la Sentencia de AP Toledo de 29 de junio de 2010 (EDJ 2010/152244) habla de una naturaleza híbrida, en concreto que esta medida tiene naturaleza compensatoria e indemnizatoria.

⁸ VERDERA IZQUIERDO (2014).

⁹ CABEZUELO ARENAS (2002, p. 108).

¹⁰ La Sentencia del TS de 19 de enero de 2010 (EDJ 2010/9923); en este punto es importante también la Sentencia del TS de 14 de julio de 2011 (EDJ 2011/146921), en la se ve claramente la compatibilidad que puede existir entre la concesión de una pensión compensatoria y la indemnización del art. 1438 Cc.

¹¹ STS 19 enero de 2010 (RJ 2010, 417), que declaró la doctrina recogida.

de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria, debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio¹³. Por tanto si el cónyuge solicitante no ha visto mermada su capacidad de trabajo por el matrimonio ni a lo largo del mismo, siendo sus ingresos inferiores no por su dedicación a la familia sino por la diferente formación; si la familia no le ha impedido trabajar y está en el mercado laboral, sin que el divorcio ocasione pérdida en su capacidad laboral, siendo su situación la misma que tenía durante el matrimonio y antes de contraer éste, no tendrá derecho a la pensión compensatoria.

c. Finalidad: restablecer el equilibrio

La redacción introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia, en cuanto que, a diferencia de ésta, no atiende al concepto de necesidad, razón por la que ambas resultan compatibles¹⁴ pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria, entre otras razones, porque el art. 97 CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación¹⁵ y porque no se compadece con su carácter indemnizatorio que sea posible su modificación a consecuencia de una alteración sustancial y posterior en la fortuna de uno y otro cónyuge y, por supuesto, su extinción, que responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos. Resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse, debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura.¹⁶

La duda que a veces se ha planteado es si es posible apreciar el citado desequilibrio, y por tanto, fijar una pensión, cuando cada cónyuge tiene una calificación profesional determinada y ejerce su profesión.

La STS de 17 de julio de 2009¹⁷ se ha pronunciado al respecto diciendo que, en principio, la mera

¹² STS de 8 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6115), FD2º.

¹³ Esta doctrina se ha aplicado en las sentencias posteriores TS de 24 noviembre de 2011 (RJ 2012, 573), de 19 octubre de 2011 (RJ 2012, 422), de 8 de mayo de 2012 (RJ 2012\6115), etc.

¹⁴ SSTs de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174) y 17 de julio de 2009 (RJ 2009/6474)

¹⁵ STS 17 de julio de 2009 (RJ 2009/6474)

¹⁶ SANZ ACOSTA (2014).

¹⁷ STS de 17 de julio de 2009 (RJ 2009/6474)

independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio "cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares". Por tanto, valorando esta afirmación en sentido contrario, la independencia económica impedirá que nazca el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, compatible con diferencias salariales, si no son notorias. Si ambos esposos trabajan, y sus ingresos, valorando la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta, no son absolutamente dispares, la mera desigualdad económica no se va a traducir en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido susceptible de ser compensado mediante una pensión a cargo del que lo fue en menor medida, pues lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante. Lo que legitima que al cónyuge solicitante, es que tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, o si colaboró con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales y profesionales de su cónyuge, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituirle en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial.

d. Valoración de la perspectiva causal que lo sustente

Por su parte, la STS de 19 de febrero de 2014¹⁸ dice que el hecho de que los ingresos del marido representen el doble de los que obtiene su mujer no comporta automáticamente una absoluta disparidad desequilibrante, pues habrá que tener en cuenta, otros factores, como por ejemplo la edad de los cónyuges, los gastos de los hijos que asumen respectivamente, etc. Por tanto, es doctrina jurisprudencial que en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial, tal como recoge SANZ ACOSTA¹⁹.

Tal como dispone el art. 97 CC, cuando el Juez tiene que decidir la cuantía y duración de la pensión, así como su procedencia o no, tendrá que tener en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1º-Los acuerdos a los que hubieren llegado los cónyuges
- 2º-La edad de ambos y su estado de salud
- 3º-La cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo
- 4º-La dedicación pasada y futura a la familia
- 5º-La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6º-La duración del matrimonio y la convivencia conyugal

¹⁸ STS de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014/1131)

¹⁹ SANZ ACOSTA, *ibídem*.

7º-El caudal y medios económicos de uno y otro cónyuge.

En opinión de RAGEL SÁNCHEZ²⁰, el cúmulo de circunstancias a tener en cuenta, para la fijación de la pensión compensatoria y el hecho de que el art. 97 CC no imponga una lista cerrada, deja al Juez un amplio margen de discrecionalidad. En este sentido, la STS de 12 de julio de 2014²¹ viene a recalcar la importancia de todos los factores, pues una titulación o cualificación profesional, no es causa suficiente para suprimir este derecho, sino que por el contrario, "habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. 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.
- 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:

- 1) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.
- 2) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.
- 3) Si la pensión debe ser definitiva o temporal".

e. La temporalidad de la pensión compensatoria

El carácter prioritariamente temporal o el carácter indefinido se fija, en opinión de CAMPO IZQUIERDO²², no en función de los años de convivencia, edad del beneficiario de la pensión,

²⁰ RAGEL SÁNCHEZ (2003, p. 269).

²¹ STS de 12 de julio de 2014 (RJ 2014/4583)

²² CAMPO IZQUIERDO (2011) como ejemplos señala las siguientes sentencias: AP Asturias de 29 de junio de 2010 (EDJ 2010/14392), ella 39 años, una convivencia larga, se fija la pensión por 5 años; AP Toledo de 29 de junio de 2010 (EDJ 2010/152244) ella 33 años, convivencia 15 años, se fija por 2 años; AP Barcelona de 18 de mayo de 2010 (EDJ 2010/153903), convivencia 31 años, se fija por 5 años; AP Valladolid de 28 de abril de 2010 (EDJ 2010/114119) convivencia de 30 años, ella tiene 51 años, se fija por 6 años; AP Valencia de 13 de abril de 2010 (EDJ 2010/111075) ella 47 años, convivencia unos 14-15 años, se fija la compensación por 5 años. El autor reconoce que examinando numerosas Sentencias en que se fija la misma con carácter temporal, muy pocas veces se fija un plazo superior a los 5 años e inferior al año. El autor afirma que en los supuestos en que se fijan pensiones de importe muy reducido (menos de 150 euros) y por plazos muy cortos, son concesiones que se hacen de cara a evitar una desestimación y con ello una sensación de frustración en el cónyuge que no quería la separación o divorcio, o que pretendía obtener un beneficio del mismo. Por el contrario, en los supuestos de indefinida se valoró, fundamentalmente, las dificultades de acceder al mundo laboral la persona que iba a cobrar la pensión - Sentencias del TS de 29 de septiembre de 2010 (EDJ 2010/201434); de AP Madrid de 1 de junio de 2010 (EDJ 2010/142827) y de 10 de mayo de 2010 (EDJ 2010/129469); de AP Barcelona de 7 de mayo de 2010 (EDJ 2010/151213) y de AP Pontevedra de 21 de abril de 2010 (EDJ 2010/99819). En todas ellas era claro la dificultad

estado de salud o dedicación pasada a la familia y/o a la casa, sino más bien, en función de las expectativas reales de la persona que va a cobrar esa pensión, de mejorar su situación laboral o económica, poniendo fin con ello a la situación de desequilibrio que justificó la concesión de esta compensación; se concibe como una prestación que tendría por objeto, ayudar y aportar un sustento eventual, casuístico y circunstancial, hasta que pudiera obtener una procura que le permitiera valerse por sí mismo, y por tanto, quedaría condicionado a las circunstancias de las vidas de ambos cónyuges (lo que no hace sino reforzar su fuerte componente de carácter temporal) de forma que, si se produjeran cambios en las mismas que afectaran a la estabilidad económica de alguno de ellos, la pensión compensatoria podría ser objeto de modificación o, incluso, de supresión.

En este sentido la STS de 3 de julio de 2014²³ que viene a afirmar ser doctrina de la Sala que “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 restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97, que según la doctrina reiterada de esta Sala,²⁴ tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. En la misma línea, las SSTS de 28 de abril de 2010 (RJ 2010, 3554) y 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8023), afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente.

casi insalvable de que el cónyuge que iba a cobrar la pensión pudiese poner fin por ella misma a la situación de desequilibrio, pues tenía 50 años o más, la convivencia conyugal había durado más de 25 años durante los cuales se había dedicado al cuidado de la familia y del hogar, dejando a un lado su formación profesional/laboral.

²³ STS de 3 de julio de 2014 (RJ 2014/4254).

²⁴ Fijada en STS de 19 de enero de 2010 (RJ 2010, 417), luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8023), 14 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2351), 27 de junio de 2011 (RJ 2011, 4890) y 23 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10114).

Y se requiere que sea posible la previsión "ex ante" de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado "futurismo o adivinación". El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación -como en realidad en todas las apreciaciones a realizar-, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección".

Por tanto, tal como señala la STS de 21 de junio de 2013²⁵, fijar un límite temporal a la pensión, o justificar su carácter vitalicio, será competencia del Juez tras la valoración de todas las circunstancias apuntadas.

Otra cuestión digna de aclaración es que el desequilibrio que determina la pensión compensatoria, habrá de ser apreciado al tiempo de la ruptura matrimonial. La pensión compensatoria es una prestación económica a favor de un cónyuge y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, "que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma", y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio, precisando la STS de 3 de junio de 2013²⁶ que, en principio, y salvo circunstancias muy concretas de vinculación económica entre los cónyuges, no existe desequilibrio económico en las situaciones prolongadas de ruptura conyugal. "Se entiende que cada uno de ellos ha dispuesto de medios propios de subsistencia y mal se puede argumentar por quien la solicita que la separación o divorcio es determinante para el de un empobrecimiento en su situación anterior en el matrimonio, situación que en el peor de los casos sería la misma, pero no agravada por la ruptura". En el mismo sentido, la STS de 18 de marzo de 2014²⁷ afirma que "El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial. A partir de entonces se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de la modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio. Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problemas añadidos y en ningún caso deseables." En el mismo sentido la STS 27 de noviembre de 2014²⁸.

²⁵ STS 21 de junio de 2013 (RJ2013/4379).

²⁶ STS 3 de junio de 2013 (RJ 2011/4366), recoge doctrina sentada en STS 17 de diciembre de 2012 (RJ 2913/377).

²⁷ STS 18 de marzo de 2014 (RJ 2014/2122).

²⁸ STS de 27 de noviembre de 2014 (RJ 2014/6034)

En cuanto al importe de la pensión compensatoria, tal como recoge VERDERA IZQUIERDO ²⁹, la novedad destacable que introduce el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad patrimonial es una nueva circunstancia a tener en cuenta los efectos de determinar el importe: el art. 97.9, según el cual, la atribución que se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pensión, y el régimen de asunción de gastos que la misma genere, se deberá tener en cuenta a la hora de calcular la procedencia o no y la cuantía de la pensión compensatoria. Tal como recoge la citada autora, la regulación tiende a una mayor patrimonialización de la institución y consecuentemente, un mayor individualismo.

f. Es una norma de derecho dispositivo

Otra cuestión relevante, es el carácter dispositivo de este derecho, puesto que su concesión en ningún caso se produciría automáticamente, tras la separación o el divorcio. Su concesión tan solo procede, mediando una solicitud expresa por parte de aquél cónyuge que entiende que, por el hecho de haber tenido lugar la ruptura de su matrimonio, va a sufrir un correlativo empeoramiento en su situación económica respecto del estatus del que pudo gozar durante el mismo. En definitiva, es la propia parte interesada quien puede optar por hacer valer o no su derecho a la pensión compensatoria, siendo posible realizar una renuncia expresa e inequívoca a este derecho en el Convenio Regulador de la separación o el divorcio, una vez que éste es homologado judicialmente, al tratarse de derecho dispositivo y no de cuestión sometida a *ius cogens* recogido en el art. 752 LEC, pudiendo ésta tener lugar de forma expresa, a través de un Convenio Regulador o cualquier otra declaración de voluntad en este sentido; o tácita, desistiendo de su solicitud en la demanda de separación o de divorcio, siempre y cuando no exista vicio de consentimiento u otro evento que anule o reste eficacia a dichas voluntades o consentimientos (art. 1091 CC).

La jurisprudencia del TS ya ha aclarado dichos extremos: La pensión compensatoria, "es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración"³⁰. Es, por tanto, una medida que surge tras la separación o el divorcio, previa petición del cónyuge que considera alterada su situación económica, y se determina en sentencia, según los artículos 97 y 100.

Los pactos prematrimoniales renunciando a la pensión compensatoria, vienen cobrando fuerza en los últimos años, sobre todo en Estados Unidos³¹, a raíz de las escandalosas indemnizaciones que algunas personas con relevancia pública han tenido que pagar tras un renombrado divorcio. Por ello, tal como señala MARTÍNEZ VELENCOSO³² en la actualidad, es frecuente la celebración de

²⁹ VERDERA IZQUIERDO, *ibídem*.

³⁰ Dice la STS de 20 de abril de 2012 (RJ 2012/5911) y lo recoge STS de 3 de junio de 2013 (RJ 2011/4366).

³¹ ALI's Principles of the Law of Family dissolution, cap. VII. Cita MARTÍNEZ VELENCOSO (2014).

³² MARTÍNEZ VELENCOSO, *ibídem*.

estos pactos, para cuya eficacia es preciso que la voluntad contractual se haya formado correctamente en ausencia de vicios de la voluntad. No obstante, la presunción legal *iuris tantum* según la cual, las partes contratantes son capaces de gobernar sus propios intereses, se pone en duda cuando el acuerdo se concluyó mucho tiempo antes de la disolución. Es muy posible que el acuerdo haya contemplado una realidad muy diferente de la efectivamente vivida por los cónyuges. Cuando ello sucede, el contenido del pacto puede ser ineficaz al aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* por el cambio de las circunstancias negativas; es el caso de la SAP de Granada de 14 de mayo de 2001³³ que, pese a comenzar reconociendo la eficacia de los pactos prematrimoniales alcanzados en capitulaciones matrimoniales por los cónyuges, y entre ellos, la renuncia a la pensión compensatoria, considera que el cambio de circunstancias operado en la economía del matrimonio deja sin efecto la aplicación de lo convenido y concede a la esposa una pensión del art. 97 CC, pues el pacto se firmó cuando ambos tenían trabajo y por tanto ambos tenían sus propios ingresos; como consecuencia del trabajo del marido, la mujer deja su trabajo para seguirle, razón por la cual, las circunstancias son totalmente distintas a las previstas en el acuerdo prematrimonial y conlleva un desequilibrio claro al abandonar ella el trabajo, decisión en favor de la familia y consentida por ambos, que cambia por completo las circunstancias contempladas a la firma del contrato prematrimonial.

g. Cualquiera que sea el régimen económico matrimonial

Cabe detallar que la pensión compensatoria regulada en el art. 97 CC, afecta a los cónyuges, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial. La mayor parte de la doctrina, así como la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo³⁴, viene entendiendo como perfectamente compatibles, la existencia de un régimen de separación de bienes anterior a la ruptura del matrimonio (se produzca ésta a través de una separación judicial o divorcio) y la posibilidad, por parte de cualquiera de los cónyuges que considerara haber quedado en una situación de manifiesto desequilibrio frente al otro, de solicitar una pensión compensatoria de su ex pareja. Cuando los cónyuges se encuentren en separación de bienes, debe demostrarse que la separación o el divorcio producen el desequilibrio, es decir, implican "un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio" a los efectos de la reclamación de la pensión, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto. De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo, y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes, como en uno de separación.

h. Extinción

El derecho a la pensión compensatoria se extingue por el cese de la causa que la motivó, por

³³ Sentencia AP de Granada de 14 de mayo de 2001 (AC 2001/1599)

³⁴ STS 279/2012 de 8 de mayo (RJ 2012\6115): "(...) el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio,..." (FD 2º).

contraer el acreedor nuevo matrimonio, o por vivir maritalmente con otra persona (art. 101.1 CC). Pero la pensión compensatoria establecida en una sentencia de separación, no se extingue cuando se produce un divorcio posterior entre los cónyuges. Tampoco se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor; no obstante los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deudora o afectara a sus derechos de la legítima (art. 101.2 CC). El cambio de fortuna de cualquiera de los cónyuges que produzca la supresión del desequilibrio económico imperante en el momento en que se estableció la pensión, puede dar lugar a su supresión.

2.2 La compensación económica prevista en el art. 1438 CC, en el régimen de separación de bienes

a. La valoración del trabajo doméstico y su compensación

El art. 1438 CC recoge que el trabajo doméstico es una contribución a las cargas familiares, tal como lo consagró la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 11/1981; la reforma de la Ley 13/2005 introdujo en el art. 68 CC el deber de compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de ascendientes y descendientes. De esta manera, queda articulado el deber de compartir las responsabilidades domésticas, cuyo incumplimiento será resarcible en caso de extinción del régimen de separación de bienes por separación o por divorcio.

La valoración del trabajo doméstico y su compensación prevista por el art. 1438 CC tras la famosa STS de 14 de julio de 2011³⁵, sentó el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes; el alto Tribunal requiere que, habiéndose pactado éste régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa, de manera exclusiva. Se excluye por tanto, que sea necesario para obtener la compensación, que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge, pero sí es presupuesto imprescindible la previa contribución en especie del acreedor al levantamiento de las cargas familiares, específicamente reguladas en el régimen de separación de bienes, observándose en el momento de la extinción la concurrencia de un desequilibrio. En el mismo sentido se expresan las AAPP de Madrid de 1 de febrero de 2006 y Vizcaya de 16 de septiembre de 2005³⁶.

La figura de la compensación por el trabajo realizado para la casa, trata de corregir los desequilibrios que puede provocar el régimen de separación de bienes al comprobar si se ha originado un enriquecimiento de un cónyuge a costa del otro. Es probable que, tal como comenta TORRES LANA³⁷, introduzca un elemento anómalo en el régimen de separación pues “o se trata de

³⁵ STS de 14 de julio de 2011 (EDJ 2011/146921).

³⁶ SAP Madrid de 1 de febrero de 2006 (JUR 2006/ 1213531) y SAP de Vizcaya de 16 de septiembre de 2005 (JUR 2006/7314). Cita REYES GALLUR (2008, p. 297 y ss).

³⁷ TORRES LANA (1991, p. 1073).

una manifestación comunitaria, lo que contradice la idea motriz del régimen, o de un salario devengado y no cobrado, lo que contradice los principios de cualquier régimen económico matrimonial". En cualquier caso, durante la vigencia del régimen de separación de bienes, parece razonable que mientras un cónyuge dedica su tiempo a ganar dinero para sí y aumentar su propio patrimonio, y que tan solo una parte del importe de dicho trabajo lo dedica para el levantamiento de las cargas familiares, el otro cónyuge dedica toda o parte de su jornada a la casa y los hijos, por lo que toda la producción de su trabajo no remunerado, pero no por ello menos valioso, redundará en beneficio de los dos; se produce entonces una situación injusta que el derecho tenía que reparar o compensar, máxime cuando a pesar de la incorporación de la mujer al mundo laboral fuera del hogar, las tareas del hogar y el cuidado de los hijos siguen recayendo mayormente sobre ella, lo que impide su incorporación al mundo laboral en igualdad de condiciones y la renuncia en muchas ocasiones a oportunidades laborales de horarios incompatibles o inconciliables con las ocupaciones familiares. Ciertamente, esta descompensación se hace gratuitamente, hasta que se produce la ruptura de la convivencia, es decir, la liquidación del régimen económico matrimonial.

b. Fundamento de este derecho

El fundamento de este derecho se encuentra en la desigualdad y se trata de una norma inspirada en la equidad, resarciendo al cónyuge dedicado a los trabajos de la casa y que, por tratarse de un régimen de separación de bienes, no participa de las ganancias que el otro genera en su actividad profesional, al quedar éste liberado en gran medida de dichos trabajos, permitiéndole desarrollarse con el tiempo y esfuerzo necesarios³⁸.

A pesar de haberse zanjado la discusión existente respecto de si era necesario el enriquecimiento del cónyuge deudor para reconocer la compensación, no han cesado las críticas por cuanto la mayor parte de las mujeres llevan el trabajo doméstico, además del trabajo laboral en la calle; en este sentido se ha expresado la jurisprudencia menor³⁹ y la doctrina⁴⁰, pues entienden que no se debe exigir que el cónyuge acreedor trabaje exclusivamente en el hogar; para que tenga lugar la compensación; debería bastar con que uno de los cónyuges haya contribuido de más sobre lo que le corresponde en el sostenimiento del hogar, con la aportación del trabajo doméstico, lo que se denomina "sobreaportación"⁴¹, lo que le debió suponer una serie de limitaciones personales y profesionales que le hacen acreedor de un derecho de crédito y de las que se habría beneficiado el cónyuge acreedor. Al tratarse del régimen de separación de bienes, el cónyuge deudor ahorró tiempo y dinero en el trabajo doméstico que repercutió en su único beneficio, mientras que el cónyuge acreedor realizó el trabajo en beneficio de ambos. Con el fin de reequilibrar la situación

³⁸ En este sentido se expresa la SAP de Alicante de 10 de junio de 2010 (RJA 2010/396982).

³⁹ SAP Murcia de 25 de junio de 2013 (JUR 2013/249252)

⁴⁰ PAÑOS PÉREZ (2014); REYES GALLUR (2008, p. 299).

⁴¹ SAP de las Palmas de 30 de junio de 2005 (JUR 2005/194030), SAP de Zaragoza de 20 de mayo de 2005 (JUR 2005/155745) y SAP de Navarra de 2 de junio de 2004 (JUR 2004/258769), hablan de "sobreaportación", exigiendo que la contribución del acreedor haya sido más relevante que la del deudor, bastando con que la de aquel sea mayoritaria

de desigualdad económica de las mujeres que dedican desinteresadamente su tiempo al hogar y en defensa de la conciliación de la vida familiar y laboral, entendemos que no se pueden limitar los efectos de la compensación establecida en el art. 1438 CC a favor del cónyuge que aporta su trabajo en exclusiva, máxime cuando la mayor parte de las mujeres además de la sobreaportación a las cargas familiares con su trabajo doméstico, realizan trabajos fuera de casa, en muchas ocasiones a tiempo parcial, cobrado menos, con el objeto de poder conciliar el trabajo doméstico y el mundo laboral.

La AP de Córdoba⁴² llega más lejos, afirmando que ha lugar la compensación a favor del cónyuge acreedor, aun cuando se auxiliara de terceras personas a su servicio, pues “no todo lo que precisa una casa lo realiza el servicio doméstico que pueda tener, ni el personal que realiza este cometido está normalmente, el día entero ni todos los días”. En el mismo sentido se expresa ALBADALEJO⁴³ entendiendo que el cónyuge acreedor debe hacer una contribución efectiva, pues el trabajo para la casa abarca la labor de dirección de la misma, que no solo consiste en dar órdenes.

c. Derecho a una compensación

Una vez reconocido el derecho a la compensación, no se confiere ni atribuye el dominio sobre ciertos bienes, convirtiendo en comunes los que sean privativos de uno de los cónyuges⁴⁴, sino el derecho a una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación. Ello no quita para que si el deudor invoca la posibilidad de pagar en bienes dicha compensación, por analogía con el art. 1432 Cc y el juez la acepta, no habrá ningún problema al respecto; la Resolución 37 del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁴⁵ establece esta posibilidad. Entendemos que el cónyuge deudor o pagador no podrá elegir la forma de pago en dinero o bienes, pues la STS de 14 de febrero de 1989⁴⁶ expresamente aclaraba, que no es factible el atribuir el dominio sobre los bienes, convirtiendo en comunes los que sean privativos de uno de los cónyuges. Tampoco parece factible establecer una cuota o porcentaje de las ganancias obtenidas por el cónyuge deudor, pues tal como comenta VERDERA IZQUIERDO⁴⁷, llevaría a una cierta asimilación con el régimen de participación, por lo que se debe descartar tal hipótesis⁴⁸.

⁴² SAP de Córdoba de 6 de febrero de 2004 (JUR 2004\103252), cita REYES GALLUR (2008, p. 3).

⁴³ ALBADALEJO (2013, p. 188).

⁴⁴ Así lo recoge la SAP La Coruña de 2 de noviembre de 2002 (JUR 2003/62897) siguiendo la doctrina sentada por STS de 14 de febrero de 1989 (RJ 1989\836).

⁴⁵ Resolución 37 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978 sobre igualdad de los cónyuges en el ámbito del Derecho civil, punto 14.

⁴⁶ STS de 14 de febrero de 1989 (RJA 1989/836).

⁴⁷ VERDERA IZQUIERDO (2013, pág. 239 y 240).

⁴⁸ En el mismo sentido la SAP de Murcia de 6 de noviembre de 2006 (AC 2006/284978). Tan solo añadiremos que excepcionalmente, la Sentencia AP Tarragona 23 de mayo de 2006 (JUR 2007/19825) recoge tal opción. Cita de VERDERA IZQUIERDO (2013, p. 240).

La clave para fijar la compensación es la regla de la proporcionalidad. Los cónyuges deben contribuir a las cargas del matrimonio proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, tal como recoge el art. 1438 CC; ahora bien, desde el momento en que se produce una ruptura de dicha proporcionalidad, la misma debe ser compensada para evitar un desequilibrio entre los patrimonios. Esta “contribución equitativa” es una constante en nuestro Derecho de familia, tal como señala la citada autora, pues nuestro Código civil hace continuas referencias a ella, incluso si acudimos al art. 155.2 CC, cuando establece las obligaciones de los hijos, e incluye la de contribuir equitativamente, según sus posibilidades; por tanto, se trata de restablecer el desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, causado a consecuencia de no cumplir la regla de la proporcionalidad a lo largo de la vida conyugal.

Una cuestión que no queda muy clara es la alusión a los “recursos económicos” de cada cónyuge, como punto de referencia de la proporcionalidad, pues tal como recoge la citada autora, no es posible determinar la cuantía de la compensación únicamente en virtud del salario de cada uno, pues se debe tener en cuenta también los bienes propios de uno y otro cónyuge y el rendimiento de dichos bienes, así como su trabajo doméstico y su capacidad de trabajo. En tanto uno de los cónyuges no contribuya al levantamiento de dichas cargas, el otro dispone del art. 1318.3 CC a los efectos de adoptar las medidas cautelares oportunas para asegurar el cumplimiento de las mismas.

d. En qué consiste el trabajo doméstico

Cuando hablamos de trabajo doméstico, conviene determinar qué tipo de asuntos incluye éste concepto. El art. 1438 CC se refiere a la limpieza del hogar, cuidado de la ropa, atención a los hijos, aseo, educación, comida, labores administrativas del hogar, dirección de la casa, atención de mayores y discapacitados de la familia a cargo de los cónyuges, así como cualquier trabajo de jardinería, bricolaje, llevar a los niños al colegio o al médico, a las actividades extraescolares, hacer la compra, organización de vacaciones familiares, conducción de vehículos u otros análogos. Para concretar éste concepto VERDERA IZQUIERDO hace alusión al art. 1.4 del RD 1620/2011 de 14 de noviembre por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familia.

Otra cuestión que debe cuantificarse en la compensación que estudiamos en la pérdida del coste de oportunidades, la proyección laboral que se ha podido ver truncada, de haber renunciado a una exitosa carrera ya encauzada; no obstante, tal como apunta ALONSO FERNÁNDEZ⁴⁹, hay que comprobar si la persona ha hecho dejación de la incorporación voluntaria al mundo laboral, pues en éste caso no estaríamos hablando de ninguna pérdida de coste de oportunidad⁵⁰.

No nos cabe duda que lo deseable sería llegar a la paridad, situación en la que ambos cónyuges aportan trabajo fuera de casa y comparten por igual las tareas del hogar; en éste caso, no

⁴⁹ ALONSO FERNÁNDEZ (2002).

⁵⁰ En el mismo sentido SAP Barcelona, de 6 de abril de 2000 (RJA 142570).

procedería la compensación, tal como recoge SAP de Madrid de 1 de febrero de 2006⁵¹ denegando la compensación porque los dos cónyuges habían contribuido por igual a las tareas del hogar.

La reciente Sentencia del TS de 31 de enero de 2014⁵² ha venido a sentar doctrina en la interpretación del art. 1438 CC, estableciendo que el derecho a obtener la compensación por haber contribuido a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, requiere que, habiéndose pactado éste régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.

Esta conclusión es la consecuencia de la concurrencia de tres reglas coordinadas que hay que tener en cuenta de forma conjunta para decidir:

1ª Regla: La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas familiares. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales.

2ª Regla: Puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario por tanto que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del art. 32 CE.

3ª Regla: El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.

Por tanto, se excluyen los criterios basados en el enriquecimiento o incremento patrimonial del otro cónyuge, que no pueden tenerse en consideración, cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico. La regla de aplicación resulta de una forma objetiva, por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina del TS tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de "desigualdad peyorativa", lo que supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación.

⁵¹ SAP de Madrid de 1 de febrero de 2006 (JUR 123531).

⁵² STS de 31 de enero de 2014 (RJ 2014/813).

e. La compensación en el Derecho catalán y en el Derecho Foral Balear

La compensación económica por trabajo es -en palabras de AÑOVEROS TERRADAS⁵³- un correctivo a los efectos perversos que el régimen de separación de bienes absoluta puede conllevar en los supuestos de nulidad, separación o divorcio. La compensación económica está prevista en el art. 232.5 aps.1 y 2 del Código Civil de Cataluña, según el cual, en los casos de separación judicial, divorcio o nulidad, el cónyuge que sin retribución, o con retribución insuficiente ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge, tiene derecho a recibir de éste una compensación económica, en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto. Este derecho es compatible con los demás derechos de carácter económico que correspondan al cónyuge beneficiario. La SAP de Barcelona de 19 de junio de 2000⁵⁴, establece que dicha actividad laboral debe ser entendida en el sentido literal de ajenidad, prestando una colaboración directa en el negocio del otro cónyuge, que al no ser retribuida, ocasiona un enriquecimiento injusto. Hay que destacar dos diferencias fundamentales entre la regulación del Código Civil en el art. 1438, y el CCCat. Mientras el CC entiende que la compensación por el trabajo para la casa da derecho a obtener una compensación en todo caso, dado que el citado artículo no somete dicha compensación a ninguna otra condición, el Código Civil de Cataluña, en su art. 232.5 ap.1 pone como condición para que se genere el derecho a la compensación por trabajo realizado para la casa, que el otro cónyuge haya obtenido un incremento patrimonial superior, de acuerdo con lo establecido en el Código. No se trata de un enriquecimiento injusto, sino que basta un desequilibrio económico patrimonial, tal como recoge la STSJC de 20 de junio de 2011⁵⁵. Por tanto, no se trata de penalizar al cónyuge que ve incrementado su patrimonio, tal como afirma NASARRE AZNAR⁵⁶, quien no podrá demostrar en contrario que su enriquecimiento no ha sido debido a que el otro cónyuge se ha dedicado a la casa; y es que la compensación se genera, no por un enriquecimiento justo o injusto, causal o no del otro cónyuge, sino por el mero hecho de que uno de los cónyuges no contribuyó a los trabajos de casa y se benefició de dicho trabajo, se generó lo que venimos llamando una sobreaportación; por ello nace la obligación a una compensación a la disolución del matrimonio, siempre que exista esa diferencia o descompensación patrimonial. La segunda diferencia se encuentra en el art. 232.5 ap.4 CCCat, que establece un límite a la cuantía de la compensación, cosa que no existe en el CC.

En Valencia también se recoge la regulación de esta indemnización en la Ley 10/2007 de 20 de marzo de régimen económico matrimonial valenciano en su art. 12.3.

En Baleares, no existe en el Derecho propio sobre matrimonio, ningún precepto que contemple esta indemnización o compensación, a lo que nos podemos preguntar si sería posible la aplicación del art. 1438 CC de manera supletoria.

⁵³ AÑOVEROS TERRADAS (2009, p.8).

⁵⁴ SAP de Barcelona de 19 de junio de 2000 (JUR 293314).

⁵⁵ STSJC de 20 de junio de 2011 (RJA 6110).

⁵⁶ NASARRE AZNAR (2011, p. 252).

VERDERA IZQUIERDO⁵⁷ entiende que nuestra Comunidad Autónoma regula el régimen económico matrimonial de forma completa, de acuerdo con nuestro Derecho civil propio, por lo que no será aplicable dicho precepto, sino que a partir de su sistema de fuentes, se acudirá a su respectiva legislación foral, tal como recoge el TSJ de Baleares, que en sentencia de 3 de septiembre de 1998, dictada a propósito de si era o no de aplicación en Baleares el art. 1320 CC, en la que rechazó su aplicación, por entender que el ordenamiento balear es una “regulación completa, armónica y congruente”.

Ciertamente el OJ balear es una regulación que tiende a ser completa y congruente, pero afirmar que “carece de fisuras” –como hace la referida Sentencia- supone negar una cualidad propia de todo OJ, que es su heterogeneidad en cuanto a su origen, al tiempo y al propio lenguaje utilizado; es por ello que, en palabras de ROBLES⁵⁸, presente imperfecciones, lagunas, solapamientos, contradicciones, paralelismos infundados, disparidad de conceptos y concepciones. Por tanto, reconociendo que el OJ balear es armónico y congruente, que sus normas no constituyen una amalgama de preceptos inconexos sino que sus elementos se hallan dotados de una interna articulación, con conexiones propias de un sistema de Derecho⁵⁹, que tiene una pretensión de completud y que los derechos forales o especiales podrán establecer su propio sistema de fuentes y su propio orden de fuentes que el Estado deberá respetar, hay que reconocer que OJ balear “no podrá nunca modificar el sistema de relaciones entre el Derecho Foral, el Derecho general del Estado y el derecho común”⁶⁰. Por tanto, una vez agotada la vía de la autointegración tal como marca el Derecho Foral balear, no podemos negar la posibilidad de aplicación del Código Civil, con carácter supletorio.

Tal como expone DELGADO ECHEVARRÍA⁶¹, hasta 1978, la supletoriedad del Código civil era permanente e invariable, puesto que el contenido del derecho civil foral se reducía a lo plasmado en las compilaciones, lo que significaba tan solo, una posibilidad de conservación y no de desarrollo orgánico. No siendo entonces susceptibles de desarrollo, el ámbito de aplicación del Código civil venía determinado por el art. 13 CC. Las Compilaciones, en cuanto sistemas coherentes de Derecho civil, podían autointegrarse en aquellas materias que regulaban, bien partiendo de su sistema de fuentes, bien en razón de propias normas de interpretación. Tal como expone el citado autor, solo en defecto de norma civil foral, y habiendo ensayado una previa autointegración a través del sistema de fuentes, podía aplicarse el Código civil; lo que se modifica, es el ámbito de aplicación del Código civil como Derecho supletorio, que se presenta ahora como contingente y variable y depende, en todo caso, del legislador autonómico. En la medida en que se desarrolla el Derecho foral, se reduce el ámbito de aplicación del Código civil

⁵⁷ VERDERA IZQUIERDO (2013, p. 228).

⁵⁸ “Para dar coherencia y cerrar las posibles fisuras jurídicas está la dogmática jurídica o ciencia jurídica cuya tarea consiste en interpretar el texto jurídico en bruto y presentarlo sistematizadamente y de manera depurada en un texto jurídico elaborado llamado *sistema*”. ROBLES (2013, p. 140 y 141).

⁵⁹ DE FUENTEMAYOR (1969, p. 401).

⁶⁰ Díez-PICAZO (1979, p.658).

⁶¹ DELGADO ECHEVARRÍA (*et al.* 2004).

como Derecho supletorio, de manera que las relaciones entre el Código civil y los Derechos civiles autonómicos dependen del ejercicio de las competencias autonómicas en materia civil, de hasta dónde lleguen y cómo se ejerciten; de esta manera, el legislador autonómico dictando normas en el ámbito de su competencia (arts. 148 y 149 CE), desplaza los preceptos del Código. La vocación del Derecho civil es ser indefinidamente –que no ilimitadamente- Derecho supletorio de los Derechos civiles forales. Tal como recoge la CE, el legislador estatal será siempre competente para legislar en materia civil, elaborando un Derecho válido y directamente aplicable en el territorio nacional. Y se trata de una supletoriedad dinámica porque el Estado tiene competencia en materia civil⁶² de manera que el Código civil entrará como Derecho supletorio en la Comunidad autónoma con el contenido que tenga en cada momento; por tanto, el único control que tiene el legislador autonómico, es la posibilidad de anteponer una normativa preferente, que impida la aplicación del Derecho supletorio. La aplicación del Derecho civil como Derecho supletorio es propio de las Comunidades Autónomas con Derecho foral, como ocurre en Baleares, pues en el resto de Comunidades la aplicación del Código civil estatal es directa; la aplicación del Derecho supletorio se produce en aquellas materias que el legislador autonómico es competente para legislar, pero no lo ha hecho, o si lo ha hecho ha quedado incompleto. Al legislador autonómico siempre le queda el recurso de legislar y reducir así el ámbito de supletoriedad, pero no lo ha hecho en el caso que nos ocupa. Por esta razón y mientras el legislador autonómico balear no regule este punto, entendemos que sí cabe la aplicación supletoria del Código civil, y por tanto es invocable la aplicación del art. 1438 CC en Baleares.

Por otro lado, queremos precisar que no son casos parecidos la posibilidad de aplicación supletoria del Código civil en el caso del art. 1320 CC y del 1438 CC en el OJ balear. El contenido del art. 1320 CC, no es una laguna legal propiamente dicha, sino una falta de tipificación voluntaria del legislador autonómico que impidió dicha inclusión en su OJ por entender que se trata de un ataque al principio de separación absoluta de bienes que informa el régimen conyugal mallorquín y que tiene fuerza expansiva⁶³. Por tanto no cabe en este caso razonablemente la aplicación supletoria del Código Civil, tal como expone la citada Sentencia TSJB de 3 de septiembre de 1998. Sin embargo, el contenido del art. 1438 CC sí constituye una laguna legal propiamente dicha por ser materia no contemplada por el parlamento balear, y no ser contraria a su OJ.

El TSJIB sí se ha pronunciado acerca de la aplicabilidad del art. 1438 CC en baleares de manera supletoria en su Sentencia de 24 de marzo de 2010⁶⁴. En esta sentencia reconoce que la novedad contenida en el art. 1438 CC, se debe a una Resolución del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978 que afirmó que en el régimen convencional de separación de

⁶² No estática como en otros ámbitos del ordenamiento donde el Estado no tiene competencia, y por tanto, no puede derogar el Derecho preexistente, STC 61/97 de 20 de marzo de 1997 (RTC 1997\61) Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo y Don Pablo García Manzano, Voto particular formulado por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Recoge ECHEVARRÍA (2004, p. 17).

⁶³ Diario de Sesiones Nº 93 de 20 de junio de 1990 en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Institucionales y Generales sobre el Proyecto de Ley núm. 775/87 de Compilación del Derecho Civil Balear. Para más información consultar FERRER VARNELL (2000, p. 22 y ss).

⁶⁴ TSJBAL de 24 de marzo de 2010, (RJ 2010/4019), p. 11.

bienes “deberá computarse el trabajo en el hogar familiar de cualquiera de los cónyuges”. No quiere la mencionada sentencia hablar de la necesidad de aplicar el art. 1438 CC de manera supletoria, por cuanto entiende no ser necesaria, ya que la correcta aplicación e interpretación del art. 4.1 de la Compilación Balear, exige la concesión de una compensación por entender que este artículo reconoce un derecho de indemnización a favor del cónyuge que ha contribuido al trabajo en el hogar familiar, como forma de paliar un enriquecimiento injusto del otro cónyuge que, liberado de las labores domésticas, ha podido incrementar su patrimonio privativo. Ciertamente que el art. 4.1 de CB no menciona la “compensación”, pero sí lo hace la Ley de Parejas Estables⁶⁵ en su art. 9 y entre ambos supuestos se da la “identidad de razón” prevista en el artículo 4 del CC para la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante, de modo que ha de integrarse el artículo 4.1 de la CDCB, como posibilita su artículo 1, con el contenido del artículo 9.2 de la LPE. Si así no se hiciera el trato diferente de esta situación semejante y en la que existe identidad de razón por un mismo Ordenamiento Jurídico conduciría al absurdo, vulneraría la técnica integradora de la analogía *legis* e implicaría, necesariamente, una discriminación proscrita por el artículo 14 de la Constitución Española⁶⁶. Tal como interpreta el TSJBAL en la citada sentencia, el artículo 9 de la LPE para que surja el derecho a la “compensación económica”, aplicable por analogía a los cónyuges, exige que al fin de la convivencia concurra, por no haber sido corregido de otro modo, el elemento objetivo de la “desigualdad patrimonial” entre los miembros de la pareja. Esta desigualdad ha de ser imputable a las circunstancias del desarrollo de la convivencia y ha de ser determinante de un enriquecimiento injusto. La Ley ha optado por la técnica del enriquecimiento injusto que, aún criticada por alguna doctrina, es la más utilizada por la Sala Primera del Tribunal Supremo⁶⁷ en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho y que, según jurisprudencia constante, requiere:

- 1- Aumento del patrimonio del enriquecido
- 2- Correlativo empobrecimiento del actor
- 3- Falta de causa que justifique el enriquecimiento
- 4- Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio

Visto de esta manera, podemos apreciar, que no se trata del contenido recogido en el art. 1438 Cc,

⁶⁵ Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (BOIB n°. 156 de 29.12. 2001 y BOE n°. 14 de 16.1. 2002) (En adelante LPE) art. 9 se lee que “ El conviviente perjudicado puede reclamar una compensación económica cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto” y siempre que se haya dado uno de los casos legalmente previstos.

⁶⁶ Si se estudia, por ejemplo, la Legislación Catalana se verá que, a diferencia de la nuestra, ha reconocido expresamente la “identidad de razón” entre estas situaciones semejantes y ha procedido con coherencia legislativa ya que tras haber introducido la “compensación económica” solo para los matrimonios por la Ley 8/1993, del Parlamento de Cataluña, que modificó el artículo 23 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, le dio, más tarde, nueva y detallada redacción en los artículos 41 y 42 del Codi de Família, aprobado¹⁴ por Ley 9/1998 de 15 de julio, y el mismo día, por la Ley 10/1998 de Unions Estables de Parella, la extendió, con regulación idéntica, tanto a la unión estable heterosexual (arts.13 , 14.3 y 16.2) como a la homosexual (Arts. 31 , 32.3 y 32.2).

⁶⁷ SSTs, 27 de marzo de 2001 (RJ 2001/4770), 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9733), 31 de marzo de 1992 (RJ 1992/2315).

que de hecho en la citada sentencia no lo aplica, pero podemos afirmar que en caso de que no se hubieran dado los requisitos a y b, es decir, que no se hubiera producido un desequilibrio económico, hubiera podido aplicarse supletoriamente el art. 1438 CC para que se produjera la indemnización al trabajo del hogar, por corresponsabilidad en las tareas domésticas. Ciertamente, todavía no se ha pronunciado la Sala sobre este extremo, pero lo cierto es que en sentencia posterior de AP de Palma de 17 de julio de 2012⁶⁸, reconoce “que no existe unanimidad de criterios doctrinales ni jurisprudencia en la fijación del proceso mediante el cual debe articularse la acción del art. 1.438 del Código Civil”.

f. Diferencia entre la pensión compensatoria del art. 97 CC y la pensión indemnizatoria del art. 1.438 CC

Por último, queremos diferenciar la pensión compensatoria del art. 97 CC, de la pensión indemnizatoria del art. 1.438 CC, de naturaleza distinta a la pensión compensatoria. Su existencia queda justificada, en la necesidad de reparar el enriquecimiento injusto que se produce para el cónyuge que no realizó el trabajo en el hogar, y cuyo ahorro de gastos en ese concepto equivale a un enriquecimiento sin causa, en tanto que el otro, que sí ha realizado una donación de sus servicios, se ha empobrecido al no percibir ningún tipo de contraprestación económica correspondiente a su trabajo.

Mientras que la pensión compensatoria conecta con el deber de asistencia y socorro mutuo, la compensación económica del art. 1438 CC conecta con el deber de corresponsabilidad de las tareas domésticas.

Los presupuestos necesarios para el reconocimiento de ésta compensación son:

1-En primer lugar, que el matrimonio haya estado sujeto, durante el periodo de convivencia conyugal, al régimen de separación de bienes.

2-Que durante la vigencia del régimen de separación de bienes, uno de los cónyuges haya hecho una aportación personal de su trabajo a la casa.

3-Que se haya producido la extinción del régimen de separación de bienes, siendo a partir de ese momento cuando nace el Derecho a reclamar esta compensación.

Tal como recoge VERDERA IZQUIERDO, “el fundamento de una y otra es distinto en esencia”; mientras que la pensión compensatoria se refiere a casos de separación y divorcio, la compensación económica del art. 1438 CC tiene como supuesto de hecho la liquidación del régimen de separación de bienes, no circunscrito exclusivamente a los supuestos de crisis matrimonial, sino también a casos de muerte o declaración de fallecimiento⁶⁹, aunque la autora entienda que dichos supuestos deberían excluirse a tenor del precepto. Además, mientras la pensión compensatoria tiene como finalidad «corregir» un desequilibrio patrimonial a la extinción del matrimonio, la compensación económica tiene como finalidad «compensar» el

⁶⁸ AP de Palma de Mallorca de 17 de julio de 2012 (AC 2012/1207) (FD 3).

⁶⁹ VERDERA IZQUIERDO (2013, p. 246).

trabajo ya realizado por uno de los miembros de la pareja en provecho y beneficio del patrimonio del otro. Otro dato importante es que, mientras la pensión compensatoria se fija teniendo en cuenta la situación económica del cónyuge acreedor, la compensación económica del art. 1438 CC no tendrá en cuenta ésta situación.

Aunque jurisprudencialmente⁷⁰ en muchos casos esta prestación se confunde con la del art. 97 CC, en casos concretos y determinados se han llegado a conceder las dos por separado y simultáneamente. Efectivamente, tal como afirma la citada autora, ello es una consecuencia de dicha diversa naturaleza. De hecho la renuncia a una de ellas no implica la renuncia a la otra, tal como recoge STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2001⁷¹.

Por último concretar que la pensión compensatoria y la compensación del art. 1438 Cc son dos conceptos jurídicos propios e independientes, y por tanto, compatibles, tal como viene afirmando la jurisprudencia⁷², que viene entendiendo que cabe deslindar la compensación prevista en el art. 97 Cc para cualquier régimen económico matrimonial, de la del 1438 Cc prevista para el régimen de separación de bienes, así como las diferentes razones de una y otra. Así, la AP de Toledo⁷³ añade que, pese a que ambos preceptos (1438 y 97 CC) parten de una premisa fáctica que presenta coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza, (la expresión “dedicación a la familia” es equivalente en términos esenciales a la de “trabaja para el hogar”) el fundamento de una y otra es distinto en esencia. La pensión compensatoria no solo se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia y se funda esencialmente, en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro experimentado en su posición económica.

⁷⁰ SAP de Asturias de 2 de marzo de 2010 (JUR 144763) y SAP Madrid de 3 de junio de 2009 (JUR 22438) recogen una clara diferenciación entre ambas figuras.

⁷¹ STSJ Cataluña de 4 de octubre de 2001 (RJA 6949).

⁷² SAP de Castellón de 28 de diciembre de 2004 (JUR 2005/65742), FD4: “La compensación regulada en el art. 1438 del Código Civil exige que el régimen económico que rige el matrimonio sea el de separación de bienes y que el trabajo que de forma exclusiva o mayoritaria realiza uno de ellos sea el de atender a las necesidades propias de la familia y del hogar, trabajo que en el seno de las relaciones familiares no se retribuye, lo que sí sucede -y supone un importante desembolso económico- cuando es una tercera persona la que lo ejecuta (empleada de hogar), y esta dedicación y falta de ingresos, priva o limita las posibilidades de obtener unos ingresos económicos que le permitan formar su patrimonio privativo e incluso acceder con posterioridad al mercado de trabajo, contrariamente a lo que le ocurre al otro consorte, que hace suyos exclusivamente, todos los ingresos que obtiene una vez atendida su contribución a las cargas familiares, como determina el artículo 1437 del Código Civil, al indicar que en el régimen de separación cada cónyuge hace suyos los bienes que adquiere durante el matrimonio por cualquier título”.

⁷³ SAP de Toledo, de 9 de noviembre de 1999. En el mismo sentido SAP de Valencia de 7 de julio de 2001, SAP de Almería de 17 de febrero de 2003, STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2000 establecía que no es obstáculo conceder la indemnización por extinción del régimen económico de separación de bienes en favor de la esposa cuando en el procedimiento de divorcio se reconociese a la misma una pensión compensatoria; muy clarificadora resulta la SAP de Madrid de 25 de febrero de 2005, que además no exige la exclusividad en el desarrollo de las tareas del hogar, al entender que es perfectamente compatible con la realización de un cometido laboral remunerado fuera del hogar.

La pensión compensatoria del art. 97 CC se configura como un derecho independiente de las cargas y aportaciones al matrimonio y se concibe como un derecho personal del cónyuge que se encuentra en circunstancias que provocan su desequilibrio económico en relación con la situación que gozaba en el matrimonio, que en definitiva, concreta con el deber de asistencia y mutuo socorro. Sin embargo, la indemnización del art. 1438 CC no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial pueda generar para uno de los cónyuges en relación con su situación precedente sino, exclusivamente, en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente en régimen económico de separación hasta la extinción del mismo.

g. La relación entre la pensión compensatoria y la pensión de viudedad

Los cambios en la realidad social y la insatisfacción del régimen vigente en materia de pensiones de viudedad, cuando se trata de proteger a quienes en el momento del fallecimiento del causante tienen la condición de antiguos cónyuges, como consecuencia de previa separación o divorcio, han propiciado sucesivas modificaciones en el tenor del artículo 174.2 LGSS. Nos interesa atender a las relacionadas con la introducción de un requisito previo para que surja el derecho a la pensión de viudedad: la dependencia económica de quien aspira a percibir pensión respecto de quien ha muerto.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre⁷⁴, introdujo una importante innovación: el derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente, quedará condicionado, en todo caso, a ser acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil; ésta quedará extinguida por el fallecimiento del causante. La remisión al art. 97 CC, planteaba la duda si ha de entenderse que comprende toda pensión compensatoria, ya sea la establecida por la resolución judicial o pactada privadamente, por tanto nos referimos no solamente a las que figuran en convenio regulador, sino también a las modificaciones del mismo, incluso cuando esas modificaciones no hayan pasado por la aprobación judicial. La reciente STS de 10 de noviembre de 2014, zanja definitivamente esta discusión, ya que, por un lado la doctrina del TS⁷⁵ reconoce plena eficacia «inter partes» a los convenios entre los cónyuges, aunque carezcan de la sanción judicial, y por otro, reconoce que el legislador ha querido ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite que era acreedor de pensión a cargo de aquél, sea cual sea su denominación, o su naturaleza jurídica. Finalmente la Sala reconoce que no es necesario que la pensión compensatoria haya sido fijada mediante resolución judicial para tenerla como existente, a los exclusivos fines de acreditar la dependencia económica que la pensión compensatoria comporta.⁷⁶

⁷⁴ Ley 40/2007 de 4 de diciembre de Medidas en materia de Seguridad Social (BOE nº291 de 5.12.2007).

⁷⁵ STS de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002/1619).

⁷⁶ Tal como expone el propio Tribunal, esta doctrina no podría aplicarse cuando pueda apreciarse un comportamiento fraudulento. Por ejemplo, si se pactase una pensión compensatoria recíproca, si el importe fuese desmesurado (pretendiendo eludir el tope de la pensión de Seguridad Social), si no se tuviera intención de abonar

3. La reclamación del resarcimiento de daños en el proceso de disolución matrimonial

3.1 El resarcimiento tras la nulidad matrimonial, contemplado en el art. 98 CC

Tal como comenta Díez-PICAZO⁷⁷, dado que no hay ningún impedimento legal a las acciones de responsabilidad civil extracontractual, entre marido y mujer, si una de las partes de la relación matrimonial, por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia, causa daño en bienes patrimoniales de la otra, tendrá que responder de los daños con ello causados.

La reforma efectuada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, derogó las causas tradicionales de separación y divorcio, entre las que se encontraba el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales. Como consecuencia, comienza a cuestionarse la naturaleza jurídica de tales deberes, puesto que no se puede pedir el cumplimiento forzoso, ni una indemnización por incumplimiento, sino que al cónyuge agraviado le queda como única solución al respecto, solicitar la separación o el divorcio. Pero entendemos que ese incumplimiento impune tiene un límite. Como primera medida, el incumplimiento de los deberes conyugales continúa siendo, para los cónyuges incumplidores, causa de desheredación (art. 855.1 CC) y causa de cesación de la obligación de dar alimentos (art. 152.4 CC), siempre que el incumplimiento haya sido grave y reiterado. Si como consecuencia de este incumplimiento, uno de los cónyuges experimentara daños materiales o morales, no se encuentra su solución en el articulado que regula el matrimonio, norma específica alguna que invocar para su resarcimiento, por lo que entendemos que tendrán que deberán ampararse en el art. 1902 CC.

Nuestro Código civil solo contempla de manera explícita el resarcimiento por los daños causados para el caso de nulidad, recogido en el art. 98 CC. Es una indemnización a favor del cónyuge de buena fe que sufre determinados perjuicios económicos, como consecuencia de la declaración de nulidad del matrimonio. Pero no solo se indemnizan los daños patrimoniales; en nuestra jurisprudencia⁷⁸, tal como recoge LÓPEZ DE LA CRUZ⁷⁹, son abundantes las sentencias en las que, tras la declaración de nulidad del matrimonio, son resarcidos daños de naturaleza moral causados por la conducta ilícita de aquel que ha actuado de mala fe, lo que implica un juicio de moralidad sobre la participación del cónyuge en la declaración de nulidad del matrimonio celebrado, muchas veces relacionado con el inadecuado cumplimiento de los deberes conyugales. El caso es que nuestro Derecho contempla el resarcimiento de los daños patrimoniales de manera explícita (art. 98 CC) solo para los casos de nulidad; pero ¿qué pasa cuando se ha producido un

y exigir su efectivo pago, si se manipulase el documento que refleja el pacto, etc.; en todos estos casos podría articularse la pertinente prueba para desvirtuar la apariencia.

⁷⁷ Díez-PICAZO (2011).

⁷⁸ STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5901) en la que se condenó al marido a pagar una indemnización a su mujer por los daños morales ocasionados; se tuvo en cuenta el comportamiento doloso del primero en el que jugó un papel fundamental la interpretación del deber de fidelidad de los cónyuges. En el mismo sentido STS de 1 de julio de 1994 (RJ 1994/6420), y el de la AP Cádiz de 4 de diciembre de 2006 (AC 2007/1026). En todas ellas se aprecia el comportamiento doloso y culposo.

⁷⁹ LÓPEZ DE LA CRUZ (2012, p. 431 y ss).

comportamiento doloso en casos de separación o divorcio?

3.2. El resarcimiento del daño patrimonial y/o moral por incumplimiento de los deberes conyugales tras la separación o el divorcio del art. 1.902 CC por responsabilidad extracontractual o del 1.101 CC por responsabilidad contractual

Desde antaño ha existido la tendencia de no involucrar algunos aspectos de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia, salvo que existan normas específicas que así lo dispongan.

El régimen de “inmunidad y privilegio matrimonial”, como le ha llamado VARGAS ARAVENA⁸⁰, tendría su origen en una costumbre social, en una regla moral que impide que se litigue por hechos cometidos dentro de la familia, porque de no ser así implicaría la desnaturalización de los principios que la constituyen. Esta visión respecto a los deberes conyugales -advierte SANCHO REBULLIDA⁸¹- fue de la escuela histórica, que puso en duda la pertenencia de estos preceptos al ámbito del Derecho. Precisamente, se entendía que dichas virtudes se imponían por la costumbre, y no por la ley, por lo que en definitiva, debiera dejarse la ordenación de las relaciones familiares, en primera línea, a los miembros de la familia y a su sentido moral. El Derecho moderno rechaza los argumentos que justifican la impunidad entre el marido y la mujer.

a. Situación en los países de nuestro entorno

Si echamos un vistazo a los países de nuestro entorno, encontramos opiniones diversas. En el Derecho anglosajón moderno, a partir de la *Law Reform (Husband and Wife) Act 1962*⁸², se reconoce a cada cónyuge la legitimación para interponer acciones contra el otro, como si no hubieran estado casados, de manera que de la prohibición absoluta que existía antes de los años 60, hemos pasado a la permisividad absoluta.

En Francia no existe uniformidad doctrinal; mientras algunos se muestran reacios a admitir una sanción al cónyuge que incumple los deberes matrimoniales, más allá de las consecuencias que impone el Derecho de familia⁸³, otros⁸⁴, que constituyen corriente mayoritaria, se manifiestan favorables a la indemnización por los daños morales causados, recurriendo al art. 1382 Code, regulador de la responsabilidad extracontractual, incluso cuando la pretensión se plantea conjuntamente con la de reparar los daños derivados del divorcio basada en el art. 266.

⁸⁰ VARGAS ARAVENA (2009, p. 107 y ss).

⁸¹ SANCHO REBULLIDA (1982, p. 179).

⁸² Law Reform (Husband and Wife) Act 1962: “Actions in tort between husband and wife. 1. Subject to the provisions of this section, each of the parties to a marriage shall have the like right of action in tort against the other as if they were not married”. www.legislation.gov.uk.

⁸³ LABRUSSE (1967, p.431-456). La autora entiende que sería un atentado a la libertad personal y autonomía de los esposos; reconoce que puede ser justo en determinados casos particulares, pero suscita desde un punto de vista general, ciertas dificultades teóricas y prácticas.

⁸⁴ NERSON (1966, p. 514 y ss.), LAMARCHE (2007, p. 171 y ss), SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS (2014).

En Alemania, la jurisprudencia⁸⁵ entiende que las relaciones personales dentro de la comunidad familiar se deben desenvolver en un contexto de libertad y no bajo la amenaza de sanciones resarcitorias, salvo en aquellos casos excepcionales que el cónyuge culpable actúe con la intención concreta de causar daño.

En Portugal, tras la reciente reforma legislativa nº 61/2008 de 31 de octubre, se reconoce expresamente la facultad del cónyuge de acudir a los remedios resarcitorios propios del Derecho de daños.

En Italia, la jurisprudencia menor⁸⁶ reconoce expresamente el resarcimiento de los daños morales o patrimoniales por violación de los deberes conyugales. La mera constatación de una infidelidad, no es suficiente para resarcir por daños causados. RUSCELLO⁸⁷ defiende que si no estamos en presencia de un delito, o de comportamientos que incidan sobre el patrimonio, parece excluido el resarcimiento del daño ocasionado por la violación de los derechos conyugales, si bien, destaca una nueva dimensión en el ámbito familiar donde se encuadra el daño moral ocasionado por la lesión del derecho del cónyuge a desarrollar su propia personalidad en el seno familiar. Se trata por tanto de un derecho de resarcimiento cuando el cónyuge culpable haya cometido un delito tipificado penalmente⁸⁸ o bien cuando le produjo una disminución patrimonial injusta siempre que la conducta del cónyuge pueda ser calificada como culpable o dolosa.

MÍGUEL NÚÑEZ⁸⁹ comenta que el Tribunal de Casación italiano ha pasado por ciertos vaivenes, no dando una respuesta uniforme, pero el mensaje de la Casación italiana resulta hoy claro: el adulterio reaparece como fuente de responsabilidad civil por daño moral, afirmándose que la persona física no puede perder ni ser lesionada en sus derechos constitucionalmente garantizados por el hecho de adquirir el estado de cónyuge. La clave del cambio no ha sido el ingreso de la responsabilidad civil como instituto adicional o sustituto de la tutela propia del Derecho de Familia, sino la tutela constitucional del respeto de la "dignidad" de los derechos inviolables de toda persona, la cual no se pierde por devenir consorte. El fallo representa la ratificación de una tendencia que, sobre la base de una interpretación constitucional del art. 2059 del CC italiano, revaloriza la esfera individual de los componentes del grupo familiar. Pero lo anterior no significa, en caso alguno, conferir a los deberes conyugales de carácter personal el carácter de obligaciones contractuales; la fidelidad es extraña a la categoría de las obligaciones civiles y su infracción no puede ser objeto de una pretensión coercible, ni dar lugar automáticamente a una obligación de resarcimiento. Lo que sí ha facilitado la unión entre la responsabilidad civil y la violación de los deberes conyugales es la constatación de la escasa eficacia de los remedios previstos por el Derecho de Familia para reparar las consecuencias

⁸⁵ BGH 19 de diciembre 1989, NJW 1990, cita LÓPEZ DE LA CRUZ (2012, p. 446).

⁸⁶ Tribunal de Milán de 10 de febrero de 1995, cita LÓPEZ DE LA CRUZ (*ibídem*, p. 449).

⁸⁷ RUSCELLO (2000, p. 341).

⁸⁸ FRACCON (2001, p. 243 y 391).

⁸⁹ MÍGUEL NÚÑEZ (2012).

lesivas, derivadas del comportamiento grave y reprochable de uno de los cónyuges. De esta forma, la sentencia confirma la compatibilidad de los institutos de Derecho de Familia con la tutela general de los derechos constitucionalmente garantizados. Los tribunales italianos admiten las reclamaciones de daños extracontractuales fundamentadas en el incumplimiento de los deberes conyugales y es doctrina ya consolidada desde que comenzó en el año 1999, lo cual no significa que sea resarcible en todo caso, y estiman necesario valorar el “*background* familiar” en el que la conducta y el daño se han producido, y siguiendo el modelo alemán, exigen la lesión de derechos de la personalidad, así como el carácter grave y reiterado de los incumplimientos⁹⁰.

De lo dicho se entrevé una clara tendencia: el Derecho de Familia no constituye hoy un sistema autónomo y cerrado; también éste se inspira y complementa con los Principios Generales del Derecho, entre los cuales se comprende el resarcimiento de una lesión merecedora de tutela.

b. Legislación y doctrina española sobre los “daños entre familiares”

En cuanto a la opinión de la doctrina sobre la legislación española, ROCA TRÍAS⁹¹ expone lo que llama “La tesis de los daños entre familiares” en la que intenta dar respuesta a la pregunta planteada; en ella propone:

1- La necesidad de distinguir entre normas penales y normas civiles debido al distinto fundamento a que cada una de ellas responde, pues las normas penales tienen como fundamento la protección de un interés público.

2- La necesidad de distinguir entre daños personales y daños patrimoniales; no hay ningún ámbito exento de responsabilidad penal cuando las acciones u omisiones afectan a la vida y a la integridad física de las personas.

El principio general del art. 1.902 CC puede aplicarse en el ámbito de las relaciones familiares, pero se debe construir de manera distinta cuando el daño se ha ocasionado en las relaciones entre cónyuges. No existe por tanto, inmunidad ni se rompe el principio de que quien causa daño, debe resarcirlo (*neminem laedere*); lo que ocurre es que la Ley ha tipificado determinados daños previendo cual va a ser la consecuencia; es el caso del art. 98 CC en relación con el art. 97 CC, que reconoce un derecho de indemnización para el cónyuge de buena fe, cuyo matrimonio haya sido declarado nulo si existió convivencia conyugal, o el art. 97 CC que prevé la pensión compensatoria de naturaleza resarcitoria.

VARGAS ARAVENA⁹² entiende que no son resarcibles en el Derecho español los daños ocasionados por incumplimiento de los deberes conyugales, pero sí lo son otros daños causados entre cónyuges, ocasionados por un hecho (acción u omisión) que es constitutivo de delito o falta o de infracción de derechos fundamentales o de una violación del principio fundamental *neminem*

⁹⁰ Véase SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS (2014).

⁹¹ ROCA TRÍAS (2000).

⁹² VARGAS ARAVENA (2009, p. 179 y 331).

laedere; el recurso al art. 1.902 CC y a la tutela *aquiliana* solo se justifica para los daños patrimoniales no comprendidos en el art. 98 en relación con la numeración del art. 97 CC y para los daños morales que sean consecuencia de la nulidad matrimonial. Sin embargo, en cuanto a los daños, cualesquiera que sean estos, patrimoniales o morales, ocasionados durante la vigencia del matrimonio y anterior a la declaración de nulidad, el citado autor expresa sus dudas sobre la aplicación del art. 1.902 CC entendiendo que en estos casos es más apropiada la aplicación del art. 1.101 CC que recoge la responsabilidad civil contractual u obligacional.

En la misma línea, ROMERO COLOMA⁹³ aboga por la concesión de indemnización entre esposos y exesposos cuando se ha producido un daño a uno de los consortes frente al otro y apunta que poco a poco, con ciertas reticencias, se va abriendo paso la idea de que también en el seno de la comunidad familiar se debe dar lugar a indemnizaciones, superando así un viejo prejuicio.

c. El problema de la prescripción de la acción

RODRÍGUEZ GUTIÁN⁹⁴ plantea el doble problema que surge cuando se quiere plantear la exigencia de responsabilidad extracontractual del art. 1.902 CC: por una parte, la fugacidad de la prescripción de la acción, que es tan solo de un año a tenor del art. 1.968.2 CC, y por otro lado, la inexistencia de mecanismos de suspensión del plazo de prescripción de tal acción mientras dura la convivencia familiar. Esta regulación funciona como barrera institucional frente a la reclamación por daños familiares, porque impide en la práctica que los cónyuges e hijos, tras el abandono de la convivencia, puedan exigirse el resarcimiento de daños que se hayan causado durante la vida en común, salvo que tales daños se hayan producido o manifestado en el año inmediatamente anterior.

Por esta razón y para evitar el plazo de prescripción, algunas demandas se han tramitado por la vía de la responsabilidad contractual prevista en el art. 1.101 CC. Lo que ocurre es que durante la convivencia, una vez que se produce el daño, el familiar dañado puede interponer la demanda de responsabilidad civil, pero desde luego no es lo normal, ya que esto daña la convivencia familiar y precipita una posible separación o divorcio, arriesgando gravemente la convivencia familiar. Por esta razón, resulta muy útil el instrumento jurídico de la suspensión del plazo de prescripción en caso de existencia de ciertas circunstancias subjetivas derivadas de razones personales o familiares. Nuestro Código no tiene previsto legalmente la suspensión de las acciones entre cónyuges mientras se mantenga el matrimonio, por lo que la doctrina⁹⁵ ha intentado llenar este vacío legal, mediante la interpretación forzada del art. 1.969 CC que establece: “El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”.

La interpretación que se hace a éste artículo sería -según la citada autora-, que cuando la relación

⁹³ ROMERO COLOMA (2010).

⁹⁴ RODRÍGUEZ GUTIÁN (2012, p. 526).

⁹⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN (2009, p. 526); DÍEZ-PICAZO (1964, p. 86 y 87).

entre las partes es de naturaleza familiar, el ejercicio de la acción solo aparece como objetivamente razonable, cuando dicha relación familiar o convivencial se ha extinguido o ha desaparecido. En el mismo sentido se expresa Díez-Picazo⁹⁶, precisando que desde el punto de vista material, no habría imposibilidad de ejercicio de la acción, pero sí desde una perspectiva moral, pues de esta manera, se evita poner en peligro la convivencia familiar; si los plazos de prescripción corren frente a los familiares, parece que se verían presionados u obligados a defender sus intereses interponiendo acciones que perturban la paz familiar. Entendemos que esta interpretación es la más acorde con nuestro Derecho y que evita la conflictividad familiar; además todo lo que sea posponer la interposición de la demanda, evita y ahorra muchas que con el tiempo, pierden su sentido. Por su parte, Albadalejo⁹⁷ afirma que el art. 1.101 CC se aplica para aquellos deberes que obligan a una persona frente a otra en base a un contrato o una relación jurídica preexistente, con lo que viene a explicitar la necesidad de que el daño se produzca dentro de la relación matrimonial contractual y no meramente convivencial.

d. La grave lesión moral derivada de un incumplimiento de los deberes conyugales

LÓPEZ DE LA CRUZ⁹⁸, reconoce que cuando uno de los cónyuges entiende que existe una grave lesión moral derivada del incumplimiento reiterado de los deberes conyugales, es posible plantear la posibilidad de acudir a la solicitud de resarcimiento por daños recogido en el art. 1.902 CC. En opinión de Patti⁹⁹, si el cónyuge lesionado prueba ante el Tribunal los perjuicios sufridos, verificándose todos los presupuestos recogidos en el art. 1.902 CC, es decir, que se cause daño a otro y exista culpa o negligencia, el Juez debe condenar al cónyuge culpable según los principios de Derecho de daños. El mero incumplimiento de los deberes conyugales, no daría lugar a la aplicación del Derecho de daños, cuya finalidad fundamental es el resarcimiento de perjuicios causados injustamente y no la de sancionar al sujeto que los ocasiona.

No es este un tema pacífico en nuestra jurisprudencia, tal como recoge LÓPEZ DE LA CRUZ¹⁰⁰, pues si antes el TS¹⁰¹ se mostraba reacio a admitir este tipo de daños, al no encontrar una conducta dolosa para poder aplicar el art. 1.902 CC, con independencia de que sea ética y socialmente reprochable, no parece razonable que se exija dolo para la aplicación del art. 1.902 CC, siendo que el mismo recoge que basta la culpa o negligencia. Empiezan a ser frecuentes los pronunciamientos jurisprudenciales en Audiencias Provinciales¹⁰² en los que se concede una

⁹⁶ Díez-Picazo (1964, p. 86 y 87).

⁹⁷ Albadalejo (1984, p. 155).

⁹⁸ LÓPEZ DE LA CRUZ (2012, p. 446 y ss).

⁹⁹ Patti (1984, p. 83).

¹⁰⁰ LÓPEZ DE LA CRUZ (2012, p. 450).

¹⁰¹ Se plantaban el resarcimiento del daño moral ocasionado a un marido que tras la infidelidad de su esposa descubre no ser el padre biológico de los que creía sus hijos. STS 22 de julio de 1999 (RJ 687/1999) y STS de 30 de julio de 1999 (RJ 701/1999).

indemnización, en resarcimiento del daño moral, por la ocultación dolosa o culposa de la paternidad y su falsa atribución al marido, condenándoles solidariamente al pago de una indemnización. En sus sentencias se reconoce que si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultación al cónyuge sancionando la “negligencia en la procreación del hijo” y por tanto son dignos de resarcimiento los daños morales causados, en base al art. 1.902 CC. De lo que se deduce que no se trata de pedir el resarcimiento por daños morales de cualquier incumplimiento de los deberes conyugales recogidos en los arts. 67 y 68 CC, pues hay ciertos comportamientos que no pueden ser exigidos jurídicamente, como pueden ser el derecho a convivir, el derecho a tener relaciones sexuales, el derecho a que te quieran, etc. La citada autora, niega la posibilidad de resarcimiento por la vía del art. 1.902 CC con carácter general; los Tribunales de las distintas Audiencia Provinciales, coinciden con ella cuando afirman que los daños por las infidelidades conyugales o la falta de cumplimiento de los deberes recogidos en los arts. 67 y 68 del CC, no deben ser resarcidos. El problema por tanto queda acotado a la siguiente pregunta: cuándo la violación de un deber conyugal debe dar lugar a una indemnización con cargo al cónyuge incumplidor y en resarcimiento del cónyuge dañado? Compartimos con la citada autora que en principio, habría que identificar el daño sufrido por el otro cónyuge y determinar el derecho que lo sustenta. Reconocemos que hay ciertos comportamientos que no pueden ser exigidos jurídicamente: el derecho a que nos quieran o el derecho a que nos sean fieles o que el cónyuge ayude en las tareas domésticas, etc., y por tanto su incumplimiento no da lugar a indemnización, y que no todo daño moral es jurídicamente resarcible. El caso del adulterio se identifica cada vez más con un dilema fundamentalmente moral o ético, perteneciente a la esfera íntima y privada de los particulares, de modo que se rechaza la sanción jurídica y se deniega el resarcimiento de los perjuicios provocados por el mismo, cuestión esta que entendemos muy discutible, toda vez que la falsedad en la relaciones jurídicas matrimoniales afectan a la desestabilización de la vida familiar y de la sociedad en su conjunto; por tanto, no es un asunto meramente íntimo el incumplimiento de contratos que afectan al cónyuge y a la prole, pues ello aumenta la conflictividad familiar y por tanto, social. De ahí que se discuta sin llegar a una conclusión clara, a partir de qué momento debe resarcirse los daños causados por el incumplimiento de los deberes recogidos en los arts. 67 y 68 CC y hasta qué punto es acertada la supresión de la causalidad en las separaciones o divorcios que trajo la reforma legal de 2005.

Disentimos también con LÓPEZ DE LA CRUZ, por cuanto entiende que si bien las sentencias¹⁰² estudiadas indemnizan el dolor experimentado al conocer la ausencia de paternidad biológica, la autora sitúa el dolor de la infidelidad en la misma línea; y por tanto, tampoco lo considera indemnizable; entendemos que cuando una persona es infiel en el matrimonio, o incumple sus deberes conyugales (arts. 67 y 68 CC) generalmente, no lo hace con el afán de hacer daño a su cónyuge, sino por una debilidad o simplemente por una decisión de romper con lo anterior; no se

¹⁰² SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994) y SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007/340366), SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007 (AC 2007/1507) y SAP Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008/234675). Todas ellas recogen que la simulación dolosa y engañosa que genera un daño moral debe ser resarcido conforme al art. 1.902 CC, pero no la mera infidelidad.

¹⁰³ SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994) en la que el Tribunal entiende sin ningún género de duda el daño moral causado al demandante por no haberse determinado desde el principio la verdad biológica de la menor pues durante 4 años vivió pensando que era su hija.

trata de medir si el dolor es mayor o menor, cuestión esta, que no resulta objetivable, sino de la intención con que se cometió el incumplimiento o bien, si se produjo una ocultación o engaño grave, como puede ser el caso de la paternidad, cuyas consecuencias trascienden a los derechos fundamentales. No parece razonable que quede impune un comportamiento que produce unos perjuicios tan graves, no solo patrimoniales sino también morales. No se trata de que el hijo no biológico deje de ser hijo, se trata de una conducta dolosa, que obligó a una persona a vivir en una falsedad.

Ciertamente se plantea el riesgo de sancionar por la vía resarcitoria el comportamiento del cónyuge que no cumple con los deberes conyugales; de hecho, tal como comenta la citada autora, estamos asistiendo al nacimiento de una nueva corriente punitiva por la que se pretende castigar al cónyuge incumplidor, obligándole al pago de una cantidad económica. Es cierto, pero ello se debe a que la libertad de las personas, reconociendo es un derecho fundamental, tiene que quedar limitado, como todos los derechos, frente a conductas que pueden producir un enorme daño moral y patrimonial. No se trata de imponer una conducta de alto contenido ético o moral, como puede ser la fidelidad conyugal, ni de la imposición de las correctas reglas sociales, sino de asuntos mucho más trascendentes, como puede ser la filiación, la paternidad o dejar impunes engaños que pueden afectar a facetas muy importantes en la vida de una persona. El problema es saber cuándo podemos entender que es suficientemente grave como para ser merecedor de resarcimiento de daños morales por el art. 1.902 CC; LÓPEZ DE LA CRUZ¹⁰⁴, ROCA TRÍAS¹⁰⁵ o RODRÍGUEZ GUITAN¹⁰⁶, entre otros, entienden que no cabe duda que toda actuación por parte del cónyuge, que suponga un atentado a los derechos fundamentales del otro, origina el nacimiento de un derecho al resarcimiento del daño. Se trata de supuestos en los que se produce una lesión a los valores de la personalidad garantizados por la Constitución y respecto a los cuales el sistema especial de separación o divorcio no alcanza a proteger; en este caso, se trata de valores que son tutelados a toda persona con independencia de su cualidad de cónyuge y que por razón del matrimonio se exige un mayor respeto, si cabe a la pareja; no son derechos que nazcan *ex novo* con el matrimonio (como el derecho a la fidelidad) sino que ya existían antes de este, porque el daño se ha producido por la violación de un deber matrimonial y además de un derecho fundamental o un derecho constitucional, como es el caso de una agresión física.

e. Posible desigualdad de trato entre la mujer y el varón en la doctrina del TS

Otra cuestión que resulta digna de resaltar es plantear la desigualdad de trato entre la mujer y el varón que viene manteniendo el Tribunal Supremo¹⁰⁷ en los últimos años, según sea uno u otro el que reclame una indemnización, en virtud del art. 1.902 CC por daños acontecidos en el ámbito de la familia, tal como comenta RODRÍGUEZ GUITIÁN¹⁰⁸.

¹⁰⁴ LÓPEZ DE LA CRUZ (2012, p. 459).

¹⁰⁵ ROCA TRÍAS (2000, p. 540).

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN (2009, p. 35-37).

¹⁰⁷ Las famosas STS 22 de julio de 1999 (RJ 687/1999) y STS de 30 de julio de 1999 (RJ 701/1999).

En las famosas STS 22 de julio de 1999 y STS de 30 de julio de 1999, se niega la indemnización al marido que descubre no ser padre de sus hijos porque en realidad son fruto de la infidelidad de su esposa durante la convivencia conyugal. Esta negativa se basaba, en la sentencia de TS de 22 de julio, en que la mujer no actuó de manera dolosa ya que según la resolución ella tampoco conocía que el hijo no era de su marido, hasta que no se interpone por el propio hijo una demanda de impugnación de la paternidad; en la sentencia del TS de 30 de julio, la negativa se basaba en que la única consecuencia jurídica de la infidelidad, es su consideración legal como causa de separación matrimonial y que la admisión de tal demanda, conduciría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia conyugal obligaría a indemnizar. Cabe señalar que en ambas el ponente fue el mismo: Barcalá Trillo-Figueroa.

Sin embargo, con anterioridad a 1999 existen resoluciones¹⁰⁹ de diverso signo, en las que el Tribunal Supremo concedió la indemnización del perjuicio a la esposa o a la compañera *more uxorio*, en virtud del art. 1.902 CC. Por esta razón La mencionada autora, entiende que no hay tal disparidad de trato hacia el varón por parte de la Jurisprudencia del TS en el ámbito del derecho de daños en la familia y que el TS no hacía sino recoger el principio tradicional de inmunidad por daños ocasionados en el incumplimiento de los deberes conyugales. Sin embargo, en este punto disiento, pues en el caso de las Sentencias comentadas, se trata del incumplimiento de la mujer, pero no es la infidelidad lo que se condena, sino la mentira culposa, la ocultación sobre la auténtica paternidad de los niños, con enormes consecuencias afectivas y patrimoniales para el marido.

Afortunadamente, en España empieza a haber ciertas sentencias de las Audiencias Provinciales¹¹⁰ dictadas con posterioridad a la doctrina sentada en 1999, que parecen romper ese principio de inmunidad en el ámbito familiar, que debe tener un límite, como todo el Derecho, y que no debe ser solamente cuando se comete un delito penal, concediendo al marido una indemnización por los daños morales sufridos como consecuencia de la ocultación de la verdad sobre la paternidad de sus hijos. Ambas sentencias mantienen que la mera infidelidad no es un daño indemnizable, pero sí los derivados de la ocultación de la paternidad del menor, postura que compartimos enteramente, pues tal como afirma FARNÓS AMORÓS¹¹¹, la propia dinámica social genera cada vez más situaciones que obligan a preguntarse en qué casos son jurídicamente viables las reclamaciones por daños morales en el seno de la familia (como por ejemplo, la reclamación por un cónyuge al otro de los daños causados por una ruptura matrimonial particularmente traumática). Por este motivo, se puede afirmar que la exclusión de la acción de responsabilidad, no rige respecto de aquellas conductas que causen daños a derechos o intereses del otro cónyuge en asuntos conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ GUTIÁN (*ibídem*, p. 517 y ss).

¹⁰⁹ STS de 26 de nov de 1985 (RJ 1985, 5901) o STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9020).

¹¹⁰ SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994) y SAP de Barcelona de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007/323682).

¹¹¹ FARNÓS AMORÓS (2005, p. 1-11).

respeto de sus reglas. Tal como mantiene ROCA TRÍAS¹¹², los daños psíquicos causados por el descubrimiento de no ser padre de tres menores y de haber vivido engañado en esta creencia durante años, se presentan como independientes respecto del interés en el mantenimiento del matrimonio y del respeto a sus reglas, de tal modo que es discutible que puedan quedar al margen de la responsabilidad extracontractual, más si se tiene en cuenta que el principio general del art. 1.902 CC, puede aplicarse al ámbito de las relaciones familiares. En cuanto a la necesidad de la naturaleza dolosa o culposa, basta con que exista negligencia o culpa para que se pueda reclamar el daño moral, tal como establece el art. 1.902 CC.

En los casos en los que la infidelidad va seguida del nacimiento de hijos extramatrimoniales y de la ocultación de la verdadera paternidad, en beneficio del principio de seguridad jurídica, lo más adecuado sería que los Tribunales resolvieran únicamente sobre la procedencia de la reclamación de las cantidades pagadas en concepto de alimentos, ya sea por la vía de la responsabilidad extracontractual o del enriquecimiento injusto, cuestión ésta en la que disintimos, pues lo normal es que un padre que cría a un hijo creyendo que es suyo le quiera igual que si lo fuera. No dejará de ser su padre si no quiere, y en caso de continuar siéndolo, no parece razonable la reclamación de las cantidades pagadas por alimentos. Más bien se trata del resarcimiento del daño moral.

No es esta una discusión pacífica, pues la mayor parte de las normas por las que las familias se rigen no son en sentido estricto de carácter jurídico; algunas de ellas pertenecen al campo de la ética o de la moral con independencia de esa ética o esa moral se encuentre o no fundamentada en concepciones religiosas; otras pertenecen a los usos sociales, por ello se crean unos vínculos de solidaridad y gratuidad hasta el punto de que el perjudicado por un daño causado por un miembro de la familia, tiene cierto deber de tolerarlo y aceptarlo y por tanto, de no interponer litigios que puedan romper la armonía doméstica. Pero esta regla tiene un límite, que rompe las reglas de moralidad y tolerancia. Para el citado autor, será necesario llegar a cometer un delito entre los miembros de la familia; entendemos que existen conductas de consecuencias morales graves que, sin llegar a ser delito penal, son conductas dolosas o culposas que debe resarcirse el daño causado, como es el caso que recogen las Sentencias de la AP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 y AP de Barcelona de 5 de septiembre de 2007¹¹³, comentadas (ocultación de la esposa al marido de la auténtica paternidad de la prole, haciendo creer al marido que es el padre).

f. Es posible reclamar daños patrimoniales o morales dentro de las relaciones familiares

Como conclusión podemos decir que, para la resolución de resarcimiento de daños entre familiares, se debe aplicar el principio de especialidad del Derecho de familia, aunque no siempre encajan las normas propias del ámbito negocial en las relaciones familiares, por tener éstas un contenido más ético y generoso o social que lucrativo (como es el caso de la no aplicación de los arts. 1902 y 1.101 CC a relaciones no contractuales como son las parejas de hecho); además, el

¹¹² ROCA TRÍAS (2000, p. 537 y ss).

¹¹³ SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC2004/1994) y SAP de Barcelona de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007/323682)

Código Civil es un cuerpo unitario donde todas las normas se interrelacionan y no deben contradecirse; por ello en ocasiones será necesaria una construcción hermenéutica de la doctrina jurídica y jurisprudencial para la interpretación de puntos poco claros. La redacción de ambos artículos, no es excluyente de las relaciones familiares ni contiene una lista cerrada de supuestos indemnizables. Tampoco parece razonable la supresión de la posibilidad de reclamar daños patrimoniales o morales por el mero hecho de ser una relación ético-social, porque entonces, no tendría cabida en nuestro Código Civil, que regula relaciones jurídicas; y si admitimos que son relaciones con trascendencia jurídica, porque deben su juridicidad, no a su contenido ni a su estructura, sino a su pertenencia al ordenamiento jurídico¹¹⁴, entonces podemos afirmar que los cónyuges no pueden faltar a sus obligaciones conyugales sin quedar sujetos, al menos como posibilidad, al resarcimiento de daños en los casos que la ley tenga previstos.

En este punto, compartimos la postura defendida por SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS¹¹⁵, cuando afirma que el hecho de que el legislador no prevea los daños intrafamiliares con ocasión de la regulación de los deberes conyugales, o con ocasión de la regulación de la separación o el divorcio, encuentra una sencilla explicación en que la deuda de separarlos no sería nunca un efecto propio de la separación o del divorcio, o del solo incumplimiento del deber matrimonial de que se trate, sino de la efectiva lesión de un interés privado que, eso sí, puede traer su causa en el incumplimiento del deber conyugal. Por tanto es un daño resarcible al amparo del art. 1101 o 1902 CC por ilícito, ya que estos deberes son jurídicos, no solo éticos; esta afirmación no puede negarse, tal como afirma la autora citada con mucho acierto, sin comprometer la igualdad de los cónyuges y el libre desarrollo de su personalidad, que son principios garantizados por la Constitución y que están comprometidos por los deberes conyugales a la luz del art. 66, que declara la igualdad de los esposos en derechos y deberes.

Lo cierto es que mientras el legislador mantenga los deberes conyugales explícitamente recogidos en el Código Civil, son obligaciones jurídicas, y el art. 709 LECv dispone para el incumplimiento de obligaciones no coercibles, la indemnización de daños y perjuicios, siempre que sea un daño injusto y quede acreditado. Para la citada autora¹¹⁶, a cada deber conyugal jurídico, corresponde un interés jurídico-privado patrimonial o moral indisponible en su cumplimiento, por lo que del incumplimiento de los deberes conyugales, cabe presumir un daño civil (patrimonial o moral) injusto resarcible; no obstante, es posible que el cónyuge incumplidor se libre del resarcimiento, probando la ausencia de un interés real del cónyuge demandante en el cumplimiento de la obligación de que se trate, probando que el daño no le es imputable objetiva o subjetivamente, a pesar de haber sido causado por su infracción de un deber conyugal.

¹¹⁴ Tal como recoge ROBLES, la juridicidad de las normas no se debe a su contenido ni a su estructura, sino a su pertenencia al ordenamiento jurídico. ROBLES (2013, p. 213).

¹¹⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS (2014).

¹¹⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS (2014).

g. Diferencia entre las indemnizaciones y resarcimiento previsto en el art. 1902 CC, con las indemnizaciones previstas en los arts. 97 y 98 CC

Por último, no debemos confundir las indemnizaciones y resarcimiento previsto en el art. 1902 CC comentado, con las indemnizaciones previstas en los arts. 97 y 98 CC, que son para casos concretos del Derecho de familia. El art. 97 CC se refiere solo a la reparación de daños por desequilibrio económico que resulte de comparar la situación anterior y posterior al divorcio o separación, y el art. 98 CC se refiere al caso de nulidad, para indemnización de daños materiales al cónyuge de buena fe, pero no contemplan el resto de daños patrimoniales posibles, y mucho menos los daños no patrimoniales de naturaleza moral. Por tanto no son acciones incompatibles entre sí.

4. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 2.12.1987	RJ 1987/9174	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS, 1ª, 14.2. 1989	RJ 1989\836	Antonio Fernández Rodríguez
STS, 1ª, 31.3. 1992	RJ 1992/2315	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 11.12. 1992	RJ 1992/9733	Teófilo Ortega Torres
STS, 1ª, 1.07.1994	RJ 1994/6420	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 16.12.1996	RJ 1996,9020	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 22.07.1999	RJ 1999/5721	Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa
STS, 1ª, 30.07.1999	RJ 1999/5726	Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa
STS, 1ª, 27.3.2001	RJ 2001/4770	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 15.2.2002	RJ 2002/1619	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 10.3.2009	EDJ 2009/25486	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 17.7. 2009	EDJ 2009/165898	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 19.1.2010	RJ 2010/417	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 29.9.2010	RJ 2010/7147	Juan A. Xiol Ríos
STS, 1ª, 14.7.2011	EDJ 2011/146921	Eduardo Hijas Fernández
STS, 1ª, 19.10.2011	RJ 2012/422	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 24.11.2011	RJ 2012/273	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 20.4.2012	RJ 2012/5911	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 8.5.2012	RJ 2012/6115	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 17.12.2012	RJ 2013/377	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 3.6.2013	RJ 2011/4366	José A. Seijas Quintan

STS, 1ª, 21.6.2013	RJ 2013/4379	José A. Seijas Quintan
STS, 1ª, 31.1.2014	RJ 2014/813	José A. Seijas Quintan
STS, 1ª, 19.2.2014	RJ 2014/1131	Fco. Javier Orduña Moreno
STS, 1ª, 18.3.2014	RJ 2014/2122	José Antonio Seijas Quintan
STS, 1ª, 1.7.2014	RJ 2014/4254	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 12.7.2014	RJ 2014/4583	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 27.11.2014	RJ 2014/6034	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 19.02.2014	RC 91/2014	Francisco Javier Orduña Moreno
STS, 1ª, 10.11.2014	La Ley 181673/2014	Antonio Vicente Sempere Navarro

Tribunales Superiores de Justicia

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
<i>TSJ Cataluña, 27.4.2000</i>	<i>RJ 2000\4125</i>	<i>Guillermo Vidal Andreu</i>
<i>TSJ Cataluña, 4.10.2001</i>	<i>RJ 2002\6949</i>	<i>Lluís Puig y Ferriol</i>
<i>TSJ Cataluña, 24.3.2010</i>	<i>RJ 2010\4019</i>	<i>Antonio Federico Capó Dlegado</i>

Audiencias Provinciales

<i>Tribunal y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Barcelona, 6.4.2000	RJA 2000/142570	Pascual Ortuño Muñuz
Barcelona, 19.6.2000	JUR 2000/293314	Ana María García Esquius
Granada, 14.5.2001	AC 2001/1599	Klaus Jochen Albiez Dorhmann
Coruña, 2.11.2002	JUR 2003/62897	José Luis Seoane Spiegelberg
Córdoba, 6.2.2004	JUR 2004/103252	Eduardo Baena Ruiz
Navarra, 2.6.2004	JUR 2004/258769	Francisco José Goyena Salgado
Valencia, 2.11.2004	AC 2004/1994	Mª Carmen Escrig Orenga
Castellón, 28.12.2004	JUR 2005/65742	José Luis Antón Blanco
Vizcaya, 16.9.2005	JUR 2006/7314	Lourdes Arranz Freijo
Zaragoza, 20.5.2005	JUR 2005/155745	Eduardo Navarro Peña
Las Palmas, 30.6.2005	JUR 2005/194030	Rosalía Hernández Alaya
Madrid, 1.2.2006	JUR 2006/1213531	Rosario Hernández Hernández
Tarragona, 23.5.2006	JUR 2007/19825	José Luis Portugal Sainz
Murcia, 6.11.2006	AC 2006/284978	Álvaro Castaño Penalva
Cádiz, 4.12.2006	AC 2007/1026	Fernando Tesón Martín
Barcelona, 16.1.2007	AC 2007/1507	Miguel Julian Collado Nuño
Valencia, 5.9.2007	JUR 2007/340366	Pilar Cerdán Villalba

Cádiz, 3.4.2008	JUR 2008/234675	Antonio Marín Fernández
Valencia, 12.2.2009	JUR 2010/73412	José Enrique de Motta García-España
Madrid, 3.6.2009	JUR 2009/22438	José Ángel Chamorro Valdés
Sta. Cruz de Tenerife, 21.9.2009	JUR 2009/484199	José Ramón Navarro Miranda
Asturias, 2.3.2010	JUR 2010/144763	Guillermo Sacristán Represa
Valencia, 13.4.2010	JUR 2010/218483	Ana Delia Muñoz Jiménez
Pontevedra, 21.4.2010	JUR 2010/203133	Julio Cesar Picastoste Bobillo
Valladolid, 28.4.2010	JUR 2010/216200	Francisco Salinero Román
Barcelona, 7.5.2010	JUR 2010/277327	Paulino Rico Rajo
Barcelona, 18.5.2010	JUR 2010/291948	Pascual Martín Villa
Madrid, 1.6.2010	JUR 2010/258211	José Ángel Chamorro Valdés
Alicante, 10.6.2010	JUR 2010/396982	Federico Rodríguez Mira
Asturias, 29.6.2010	JUR 2010/265312	José Luis Casero Alonso
Toledo, 29.6.2010	JUR 2010/276387	Manuel Gutiérrez Sánchez Caro
Burgos, 30.6.2010	JUR 2010/265207	Juan Miguel Carreras Marañá
Palma, 17.7.2012	AC 2012/1207	Miguel Álvaro Artola Fernández
Murcia, 25.6.2012	JUR 2012/249252	Fernando J. Fernández-Espinar López

5. Bibliografía

Manuel ALBADALEJO (1984), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Vol. 24, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

--- (2013), *Curso de Derecho civil*, Tomo IV, Edisofer, Barcelona.

José Antonio ALONSO FERNÁNDEZ (2002) "La compensación económica por razón de trabajo en el régimen matrimonial de separación de bienes en Catalunya", *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 40.

Beatriz AÑO VEROS TERRADOS (2009), "Compensación económica por razón del trabajo y pensión compensatoria: pluralidad de leyes aplicables y necesidad del mecanismo de la adaptación. Comentario a la STSJ, Sala Civil y Penal, 22.9.2008", *InDret* 1/2009, pp. 1-16 (www.indret.com).

Ana Laura CABEZUELO ARENAS (2002), *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código civil. Estudio jurisprudencial y doctrinal*, Aranzadi, Pamplona.

Ángel Luís CAMPO IZQUIERDO (2011), "La pensión compensatoria", *La Revista de Derecho de Familia*, nov. 2011. (www.elderecho.com).

Amadeo DE FUENMAYOR (1969), *La interpretación comparativa del Código y las Compilaciones civiles*,

en *Estudios Homenaje al Profesor Castán*, Tomo IV, Universidad de Navarra, Pamplona.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA *et al.* (2004), *El art. 13 Cc*, Universidad de Zaragoza, 7.2.2004. (www.unizar.es).

Luis Díez-PICAZO (1979), *Constitución y Fuentes del Derecho*, en *La Constitución Española y Fuentes del Derecho*, Vol. I, Madrid.

--- (2011), “Daños civiles en el matrimonio”, *Otrosi-Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 5, enero-marzo, Tribuna (www.otrosi.net).

--- (1964), *La prescripción en el Código Civil*, Bosch, Barcelona.

Esther FARNÓS AMARÓS (2005), “El precio de ocultar la paternidad”, *Indret* 2/2005, pág. 1-11. (www.indret.com).

Ana Suyapa FERNÁNDEZ SANCHO-TAHOCES (2011), “La evolución de la situación de la mujer en el Derecho civil español”, en M^a Paz GARCÍA RUBIO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 179-204.

M^a Pilar FERRER VANDRELL (2000), *El informe sobre la reforma de la Compilació de Dret Civil de Balears*, Universitat de les Illes Balears, Palma.

Adalgisa FRACCON (2001), “I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e resarcimento del danno”, en *Il Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano.

M^a Paz GARCÍA RUBIO (2003), “Pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, revista 4, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid.

Catherine LABRUSSE (1967), “Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint (Etude comparative de leur recevabilité et de leur fondement juridique)” dans *Revue internationales de Droit comparé*, vol. 19, núm. 2.

Marie LAMARCHE (2007), “État matrimonial”, *Droit de la famille*, Dalloz, París.

Laura LÓPEZ DE LA CRUZ (2012), “La injerencia del derecho de daños en la relación personal entre cónyuges”, en Susana NAVAS NAVARRO (dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Luz M. MARTÍNEZ VELENCOSO (2014), “Cláusula *rebus sic stantibus* y renuncia a la pensión compensatoria en acuerdos prematrimoniales” en *La feminización del Derecho privado*, Congreso Carmona III, Homenaje a Rosi Valpuesta, Valladolid, 13 y 14 de marzo de 2014.

Rodrigo MÍGUEL NÚÑEZ (2012), "Jurisprudencia italiana comentada", *Revista chilena de Derecho privado*, núm. 19, diciembre, Santiago de Chile.

Sergio NASARRE AZNAR (2011), "La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña", en Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO y Sergio NASSARRE AZNAR (dirs.), *El Nuevo Derecho de la Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, pp. 233-300.

R. NERSON (1966) "Personnes et Droit de famille" dans *Revue trimestrielle de Droit civil*, París.

Alba PAÑOS PÉREZ (2014), "El menoscabo a la conciliación de la vida familiar y laboral por la doctrina jurisprudencial sobre la compensación del trabajo doméstico", comunicación en Congreso *La feminización del Derecho privado*, Carmona III, Valladolid, 13 y 14 de marzo de 2014.

S. PATTI (1984), *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano.

Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ (2003), *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*, Reus, Madrid.

Juan REYES GALLUR (2008), "Consideraciones jurídicas sobre la compensación económica establecida en el art. 1438 Cc", *Revista de Derecho de familia*, núm. 39.

Gregorio ROBLES, (2013), *Teoría del Derecho*, 5ªed., Thomson Reuters, Madrid.

Encarna ROCA TRÍAS (2000), "La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, pp. 533-566.

--- (1996), "Las consecuencias económicas del divorcio: la pensión compensatoria", en M^a Dolores CERVILLA GARZÓN (coord.), *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial*, Universidad de Cádiz.

Alma María RORDRIGÚEZ GUITIÁN (2012), "¿Existencia de un trato discriminatorio hacia el varón en el ámbito del Derecho de daños en la familia?", en Susana NAVAS NAVARRO (dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Alma M^a RORDRIGÚEZ GUITIÁN (2009), *Responsabilidad civil en el ámbito de la familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Aranzadi, Pamplona.

Aurelia ROMERO COLOMA (2010), "Daños civiles entre cónyuges y ex cónyuges", *Actualidad jurídica*, Aranzadi, año XVII, núm. 800, de 10 de junio de 2010.

F. RUSCELLO (2000), *I rapporti personali fra coniugi*, Giuffrè, Milano.

Belén SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS (2014), “La negativa jurisprudencial a la resarcibilidad del daño por incumplimiento de deberes conyugales desde la perspectiva del género” en Comunicación *La feminización del Derecho privado*, en Congreso Carmona III, homenaje a Rosi Valpuesta, 13 y 14 de marzo de 2014.

Francisco SANCHO REBULLIDA *et al.* (1982), *Elementos de Derecho civil IV, Derecho de familia*, Bosch, Barcelona.

Luís SANZ ACOSTA (2014), “Consolidación de la doctrina jurisprudencial sobre la pensión compensatoria. (A propósito de la STS de 14 de febrero de 2014)”, *Actualidad civil*, núm. 6, Sección Fundamentos de Casación, Junio 2014, Tomo 1, Editorial La Ley.

José Ángel TORRES-LANA (1991), *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid.

David VARGAS ARAVENA (2009), *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid.

Beatriz VERDERA IZQUIERDO (2014), “Hacia la patrimonialización del Derecho de familia (La vivienda familiar y la pensión compensatoria)”, en *La feminización del Derecho privado*, Comunicación Congreso Carmona III en homenaje a Rosi Valpuesta, Valladolid, 13 y 14 de marzo de 2014.

--- (2013) “La compensación económica derivada del trabajo doméstico”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 27, enero-diciembre, pp.