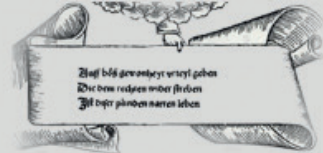




# Jurisdiction



Storia e prospettive della Giustizia

N. 4-2023 - SAGGI 3

ISSN 2724-2161

**María Teresa Álvarez Moreno**

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL  
DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN  
DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA  
EN EL DERECHO ESPAÑOL

JURISPRUDENTIAL ANALYSIS  
OF THE CAUSES OF EXTINCTION  
OF COMPENSATORY PENSION  
IN SPANISH LAW

Editoriale Scientifica

*María Teresa Álvarez Moreno*

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS CAUSAS  
DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA  
EN EL DERECHO ESPAÑOL

JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF THE CAUSES  
OF EXTINCTION OF COMPENSATORY PENSION  
IN SPANISH LAW

*Sulla base della giurisprudenza esaminata, è stata fatta una panoramica dei motivi di cessazione della pensione compensativa nel diritto spagnolo, sia quelli espressamente disciplinati dall'art. 101 CC, sia gli altri che possono essere rilevanti sia per altre disposizioni del CC sia per l'autonomia della volontà delle parti.*

Parole chiave: Divorzio, matrimonio, pensione

*On the basis of the case law reviewed, an overview has been made of the grounds for termination of the compensatory pension in Spanish law, both those expressly regulated in Art. 101 CC, and those others that may be relevant both because of other provisions of the CC and because of the autonomy of the will of the parties.*

Keywords: Divorce, marriage, pension

## 1. *Introducción*

La separación, divorcio o nulidad del matrimonio celebrado puede implicar la concesión de una pensión compensatoria, si en los términos del art. 97.1 CC se produce un desequilibrio económico. Recordemos que este precepto dispone que:

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefi-

nido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia<sup>1</sup>.

La STS<sup>2</sup> de 18 noviembre 2014 (ROJ STS 4771/2014, ECLI:ES:TS:2014:4771) explica el significado de la pensión compensatoria, y los criterios que deben seguirse en su fijación, así como los elementos integrantes del desequilibrio:

El art. 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 de enero. La pensión compensatoria -declara- “pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el art. 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:

a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.

b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal”.

Esta doctrina se ha aplicado en las sentencias posteriores 856/2011, de 24 noviembre, 720/2011, de 19 de octubre, 719/2012, de 16 de noviembre y 335/2012, de 17 de mayo 2013”.

<sup>1</sup> En los ordenamientos Civiles propios, esta pensión se regula en el art. 83 del Código Foral de Derecho Aragonés, en la Ley 105 del Fuero Nuevo de Navarra o en el art. 233-14 del Libro Segundo del CC Catalán.

<sup>2</sup> Todas las Sentencias del TS referenciadas en este estudio son de la Sala de lo Civil, y de la Sección Primera, no se indica constantemente para no resultar reiterativo.

Debemos retener dos ideas, que desarrollaremos a lo largo de este análisis:

1º) El origen de la pensión: pueden acordarla los cónyuges (convenio regulador) o disponerla el juez en la sentencia, a petición de parte. Como veremos con posterioridad, puede jugar un papel importante en la extinción de la pensión, el modo voluntario o judicial en que se ha establecido dicha pensión.

2º) La clave para la concesión o no de la pensión es la existencia de desequilibrio económico para uno de los cónyuges tras la ruptura de la convivencia matrimonial.

### 1.1. *Desequilibrio económico entre los cónyuges*

Para desentrañar el significado del desequilibrio, podemos detectar dos elementos integrantes del mismo que funcionan como presupuesto legal básico para la concesión de la pensión<sup>3</sup>:

1º Desde un punto de vista subjetivo, debe ser un desequilibrio relativo, por afectar a la posición de un cónyuge con respecto a la del otro.

2º Objetivamente debe implicar un empeoramiento con respecto a la situación económica disfrutada durante el matrimonio. No se trata de mantener el estatus social, sino de la satisfacción de determinadas necesidades, más allá de las necesidades vitales<sup>4</sup>. Como acertadamente señala Barceló Doménech:

“No basta cualquier desequilibrio económico y lo que exclusivamente se compensa es el desequilibrio que tiene su origen en el sacrificio de uno de los cónyuges en el ámbito familiar, que le empobrece al haberse dedicado al cuidado de la familia o por haber colaborado desinteresadamente en la actividad profesional o económica del otro, con la consiguiente pérdida de oportunidades y dificultad para acceder a un empleo”<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Vid.: M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, ed. Comares, Granada 2005, p. 26.

<sup>4</sup> Ivi, p. 27. Como acertadamente señala BARCELÓ DOMÉNECH: «no basta cualquier desequilibrio económico y lo que exclusivamente se compensa es el desequilibrio que tiene su origen en el sacrificio de uno de los cónyuges en el ámbito familiar, que le empobrece al haberse dedicado al cuidado de la familia o por haber colaborado desinteresadamente en la actividad profesional o económica del otro, con la consiguiente pérdida de oportunidades y dificultad para acceder a un empleo». Vid. J. BARCELÓ DOMÉNECH, *La compensación por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio*, en Aa. Vv., *Las crisis familiares. Tratado Práctico interdisciplinar*, dir. J.R. De Verda y Beamonte, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 291-315, esp. p. 292.

<sup>5</sup> Ivi, p. 292.

En este sentido, como señala la STS de 23 de enero de 2012 (ROJ STS 234/2012; ECLI: ES: TS:2012:234), siguiendo la doctrina asentada:

La pensión compensatoria tiene como presupuesto fáctico el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges deriva de la ruptura. Para apreciar el empeoramiento debemos comparar el estatus económico durante el matrimonio con la situación posterior del cónyuge que pide la pensión.

E igualmente señala la STS de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008/7123) que:

Constituye su presupuesto esencial la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad -el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo-, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios<sup>6</sup>.

La pensión no es automática, ni tiene por finalidad equiparar los patrimonios de los excónyuges, sino colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial<sup>7</sup>. En este sentido el

<sup>6</sup> Y aclara el Tribunal: «Que presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges provocado por la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio, (y no una situación de necesidad, por lo que compatible su percepción incluso en caso de contar con medios económicos para subsistir), siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal».

<sup>7</sup> Algunos autores como DE VERDA BEAMONTE u ORTIZ FERNÁNDEZ identifican el desequilibrio con la pérdida de oportunidades que sufre el excónyuge perjudicado. Vid al respecto: M. ORTIZ FERNÁNDEZ, “*La extinción de la pensión compensatoria en la*

TS ha sentado como doctrina (SSTS de 18 noviembre 2014, ROJ STS 4771/2014, ECLI:ES:TS:2014:4771 que reitera la STS 4 diciembre 2012), que:

Por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial.

Podemos concluir que la pensión compensatoria no es automática, ni iguala los patrimonios de los cónyuges, sino que busca reequilibrar<sup>8</sup>

*jurisprudencia del Tribunal Supremo: Una revisión (crítica) de la STS de 31 de enero de 2022 (TOL8977534)*, en *Revista Boliviana de Derecho*, n° 34 (julio 2022), pp. 252 y ss., esp. p. 255. Para un estudio en profundidad de la cuestión, vid: J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Presupuestos de la compensación (la noción de desequilibrio económico)*, en Aa. Vv., *La compensación por desequilibrio en la separación y el divorcio: Tratado práctico interdisciplinar*, curr. P. Chaparro Matamoros, A. Bueno Biot, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp. 25 y ss.

<sup>8</sup> Tampoco se comparte por el TS que la pensión compensatoria tenga una finalidad indemnizatoria en cuanto resarcimiento de daño objetivo. Así por ejemplo, en la STS de 14 de febrero de 2018 (RJ 2018/467; ECLI: ES: TS: 2018:407) trayendo a colación los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia de Audiencia, se indica que la pensión cumple una triple función: «resarcir el daño objetivo consistente en la pérdida de expectativas de toda índole como consecuencia del vínculo matrimonial, colocar al cónyuge que experimenta un empeoramiento económico en situación de potencial igualdad de oportunidades a la que hubiese tenido de no haber contraído el matrimonio, y facilitar al cónyuge que sufre tal desequilibrio un status semejante al que mantiene el otro al tiempo de la ruptura, y que guarde relación proporcional con la duración de la vida en común». Sin embargo, el TS critica esta postura, al indicar que «es cierto que en la sentencia recurrida se establecen pronunciamientos poco compatibles con la referida sentencia (se alude a la STS de 19 de enero de 2010), al declarar la Audiencia Provincial que la pensión compensatoria tiene una finalidad indemnizatoria». Pese a ello, algún autor lo comparte, como Barceló Doménech: Vid. BARCELÓ

el empeoramiento económico que ha sufrido uno de los cónyuges tras la ruptura de la convivencia<sup>9</sup>, y para su cálculo y fijación se tendrán en cuenta todos los criterios<sup>10</sup> previstos en el art. 97.2 CC<sup>11</sup> que deberá ponderar adecuadamente el juez. Así, como señala la STS 23 enero

DOMÉNECH, *La compensación por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio*, cit., p. 293.

<sup>9</sup> Así señala la STS de 14 febrero 2019 (ROJ: STS 462/2019, ECLI:ES:TS:2019:462) que: “la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación: la pensión compensatoria no es un mecanismo igualador de economías: hay que ponderar la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes del matrimonio y cualquier otra circunstancia relevante”.

<sup>10</sup> La ya citada STS de 18 noviembre 2014 ROJ STS 4771/2014, ECLI:ES:TS:2014:4771) señala entre los criterios «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».

Recuérdese que el art. 97, párrafo segundo CC establece como circunstancias a tener en cuenta: los acuerdos a los que han llegado los cónyuges; su edad y estado de salud; su cualificación profesional y las probabilidades de acceder a un trabajo; la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración en las actividades económicas del cónyuge durante el matrimonio; la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, la pérdida eventual de un derecho de pensión, el caudal y los medios económicos y necesidades de cada cónyuge, y cualquier otra circunstancia relevante. Sobre estos criterios, puede verse: M.A. GÓMEZ VALENZUELA, *Cuantificación de la compensación*, en AA. VV., *La compensación por desequilibrio en la separación y el divorcio: tratado práctico interdisciplinar*, cit., esp. p. 91 y ss.

<sup>11</sup> En el Derecho Catalán estos criterios se fijan en el art. 233-15 del Libro Segundo del Código Civil Catalán, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio. Entre ellos se indican la posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta la previsible atribución por compensación económica derivada del trabajo, o bien de la liquidación del régimen económico matrimonial, la realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha reducido la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos: las perspectivas económicas previsible de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud y la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes; la duración de la convivencia y los nuevos gastos familiares del deudor, si procede. Puede verse un reciente análisis de estos criterios en J. SOLÉ RESINA, *La prestación compensatoria en el Derecho Catalán*, en AA. VV., *La compensación por desequilibrio en la separación y el divorcio: tratado práctico interdisciplinar*, cit., pp. 333 y ss., esp. pp. 350 y ss.

Y en el Derecho Aragonés, se fijan en el art. 83.2 del Código Derecho Foral Aragonés, que señal como criterios: los recursos económicos de los padres, la edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, la edad de los hijos, las funciones familiares desempeñadas por los padres, y la duración de la convivencia.

2012 (ROJ STS 234/2012 –ECLI: ES: TS:2012:234), «dado que toda ruptura tiene una incidencia negativa en la economía de ambos miembros de la pareja, la mayoría de la doctrina considera que el reequilibrio no significa igualdad de patrimonios, sino hallarse cada uno de ellos, de forma autónoma, en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos».

## 2. *Causas de extinción de la pensión compensatoria: art. 101 cc*

Las causas de extinción de la pensión compensatoria vienen recogidas en el art. 101 CC (y en el art. 233-19 Libro Segundo del CC Cat.<sup>12</sup>, y en el art. 83 del Código de Derecho Foral de Aragón<sup>13</sup>). No obstante, este precepto sólo se aplica a las pensiones que se configuran con un carácter periódico, sea temporal o indefinido. No será aplicable a la pensión compensatoria que consista en un único pago o prestación.

Para que se produzca la extinción de la pensión se requiere un cambio en las circunstancias de la concesión, y si este cambio no queda acreditado no se decretará la extinción de la pensión. Véase en este sentido la SAP de Madrid (Sección 24) de 29 abril 2020 (ROJ: SAP M 10104/2020- ECLI:ES:APM:2020:10104) que consideró un ejercicio abusivo del exmarido por la reiteración de la pretensión que había promovido poco más de un año antes.

En cambio si el acreedor de la pensión prueba dicho cambio de circunstancias, como señala la SAP Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>) de 4 febrero 2020 (ROJ: SAP CA 242/2020, ECLI:ES:APCA:2020:242), se ha producido un cambio sustancial que avala la extinción de la pensión compensatoria postulada por el demandante, porque no puede concebirse dicha pensión como un medio de equilibrar patrimonios o economías, sino de restablecer en la medida de lo posible el perjuicio o auténtico

<sup>12</sup> Para el Derecho Catalán, las causas de extinción se recogen en el art. 233-19 del Libro Segundo del Código Civil Catalán, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio.

<sup>13</sup> Para un análisis de las causas de extinción en el derecho aragonés, previstas en el art. 83.5 CDFA, y parcialmente coincidentes con las previstas en el art. 101 CC, vid.: A. LÓPEZ AZCONA, *La asignación compensatoria del Derecho Civil Aragonés*, en AA. VV., *La compensación por desequilibrio en la separación y el divorcio: tratado práctico interdisciplinar*, cit., pp. 283 y ss., esp. p. 326 y ss.



desequilibrio que la ruptura matrimonial hubiera comportado para el cónyuge más desfavorecido económicamente con la misma.

### 2.1. *Cese de la causa que la motivó*

La pensión compensatoria se extingue por el cese de la causa que motivó la pensión, lo que significa que cese la separación o el divorcio, o el desequilibrio económico.

1º) Si las partes instan la separación judicial, y los cónyuges se reconcilian (art. 88 CC), cesa la causa, por lo que se extinguirá la pensión compensatoria (aunque debe ser solicitada la finalización de las medidas adoptadas mediante un procedimiento de modificación de medidas).

2º) Si las partes habían instado la acción de divorcio, cabe la reconciliación mientras no haya recaído sentencia, en cuyo caso, la reconciliación deberá ser expresa (art. 88.1 CC), y extinguirá la acción de divorcio.

3º) Declarado el divorcio, se extingue el vínculo matrimonial, por lo que la reconciliación de los excónyuges no produce efectos legales (art. 88.2 CC). En este caso, el cese de la causa sólo se produce si los excónyuges celebran nuevo matrimonio entre ellos.

4º) También cesa la causa que motiva la pensión la desaparición del desequilibrio económico, que analizaremos a continuación.

5º) Incluso puede interpretarse como cese de la causa que la produjo la desaparición del padecimiento o enfermedad, o de la depresión que sufre la persona perjudicada desde la ruptura de la convivencia, que le impide desempeñar un trabajo. En este sentido, la SAP Las Palmas (Sección 3ª) de 20 de abril de 2020 (ROJ: SAP GC 1112/2020, ECLI:ES:APGC:2020:1112) considera procedente la extinción de la pensión dado que el trastorno ansioso-depresivo que motivó el establecimiento de la pensión con carácter indefinido ha quedado reducido en la actualidad a episodios puntuales que no impiden el acceso al mercado laboral de la beneficiaria.

No se producirá la extinción de la pensión si no cesa el motivo que la provoca. Podemos tomar como ejemplo de ello el supuesto de la STS de 23 abril 2018 (ROJ: STS 1476/2018, ECLI:ES:TS:2018:1476), en la que pese a la situación de discapacidad del exmarido que percibía una pensión y vivía en una residencia para ancianos, se mantenía el desequilibrio con la exesposa si se considera que la esposa percibe una

pensión muy inferior a la del exesposo, puesto que ella ha de atender a un hijo con una minusvalía del 43%, y que ella misma tiene una discapacidad reconocida del 47%, habida cuenta de que el matrimonio duró 47 años y que ella tenía 75 años. Por su parte, el esposo también estaba afectado de una discapacidad del 83%, pero con su estancia en la residencia tiene cubierto el alojamiento, asistencia y manutención, mientras que ella no queda en una situación ventajosa, sino más bien dificultosa y comprometida. Como bien afirma la STS, «tras la fijación de la pensión compensatoria ambos no quedan equilibrados sino equivalentemente desequilibrados».

#### 2.1.1. *Desaparición o superación del desequilibrio económico*

Revisada la jurisprudencia del TS sobre esta materia, y de las AAPP desde 2020 vamos a analizar algunos supuestos que pueden dar lugar a la extinción de la pensión, porque ha desaparecido o se ha superado el desequilibrio provocado entre los cónyuges tras la ruptura de la convivencia. En cada caso, el tribunal, analizará si se ha producido o no un cambio en las circunstancias que originaron la concesión de la pensión.

#### 2.1.2. *Mejora de la situación patrimonial del acreedor*

Antes de nada, debe dejarse fuera de esta posible mejoría económica, el incremento que pueda derivarse de la liquidación de los bienes gananciales, dado que dicho incremento se dará para ambos ex-cónyuges. Así, tal como afirma la doctrina reiterada del TS - SSTS 3 octubre 2008 (ROJ: STS 523672008, ECLI:ES:TS:2008/5236); 27 junio 2011 (ROJ: STS 4632/2011, ECLI:ES:TS:2011:4632) y 23 enero 2012 (ROJ STS 234/2012 -ECLI: ES: TS:2012:234)-, no es posible poner fin a la pensión reconocida por las consecuencias que en el plano económico puedan haber resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial, porque el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales no implica un incremento de su fortuna ya que la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial. Pese a ello, alguna sentencia como la SAP Badajoz (Sección 3ª) de 14 mayo de 2020 (ROJ: SAP BA 475/2020, ECLI:ES:APBA:2020:475) considera que se produce un aumento del patrimonio de quien ha de recibir la pensión

como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales porque dichos bienes son ya de su exclusiva propiedad y puede disponer de ellos ya vendiéndolos o explotándolos, con los que se asegura una situación de estabilidad económica que se aproxima bastante a la existente antes del divorcio. Pese a ello, creo preferible la posición asentada del Tribunal Supremo, dado que el reparto de los bienes gananciales suma por igual en los patrimonios de los excónyuges, por lo que aunque la pensión no busca equilibrar los patrimonios, lo que se debe considerar es si afecta o no al desequilibrio inicial entre los cónyuges derivado de la ruptura.

La mejora de la situación económica del perceptor de la pensión compensatoria puede darse por un incremento patrimonial derivado de una herencia, o por la incorporación al mercado laboral, o por el reconocimiento de una pensión pública a su favor, o por recibir una donación o ganar un premio importante en la lotería o un juego de azar. Pese a ello, no en todos los casos, estas situaciones provocarán la extinción de la pensión, sino que debe analizarse el caso concreto.

### 2.1.3. *Percepción de una herencia*

El hecho de ser beneficiario/a de una herencia no implica con carácter taxativo ni automático<sup>14</sup> la desaparición del desequilibrio, sino que debe atenderse a las circunstancias del caso, la edad del heredero, sus posibilidades económicas, el incremento patrimonial que se experimenta al recibir la herencia, e incluso que éste fuera ya previsible, o que los cónyuges lo hubieran tenido en cuenta en el convenio regulador, etc. Así por ejemplo, la STS de 16 noviembre 2016 (ROJ: STS 5101/2016, ECLI:ES:TS:2106:5101) aborda un supuesto de hecho en el que la esposa que cuenta actualmente con 64 años de edad, no tiene cualificación profesional y ha estado dedicada al cuidado de la familia y los hijos. Tal como se indica, al momento del dictado de la sentencia de separación era claro que la esposa contaba con una expectativa de mejora patrimonial, «que no puede calificarse como de suficiente en orden a conseguir una notoria mejora de cara al futuro, y máxime teniendo en cuenta su edad: no se estima concurrente que la nueva si-

<sup>14</sup> La STSJ Cataluña 20 de abril 2015 (ROJ: STSJ CAT 3089/2015, ECLI:ES:TSJCAT:2015:3089) afirma contundentemente que la adquisición de la herencia de los padres no determina ninguna automaticidad extintiva ex art. 233-7.2 CC Cat.

tuación patrimonial derivada de una herencia sea idónea o apta para considerar superado este desequilibrio económico».

Por este motivo, en cada uno de los supuestos planteados, el Tribunal debe revisar los términos del convenio regulador, si lo hubiera, y analizar si la percepción de dicha herencia es motivo suficiente por la entidad de la misma, para provocar la extinción de la pensión. Y en función de ello, se optará por extinguir la pensión, o por mantenerla.

Con respecto al Derecho catalán, la solución es la misma, por ello, el ATSJ Cataluña de 18 de enero de 2021 (ROJ: ATSJ CAT 144/2021, ECLI:ES:TSJCAT:2021:144A) manifiesta que:

Existe doctrina general de la Sala sobre esa cuestión SSTSJ Cat 31/2019 de 29 de abril, 77/2018 de 27 de septiembre y 26/2015 de 20 de abril, de las cuales puede inferirse que: a) la adquisición de una herencia con posterioridad al establecimiento de la pensión por parte del acreedor de la misma es susceptible de incidir en la mejora de la situación económica del beneficiario y b) que ello dependerá de la entidad de la misma por el valor de los bienes recibidos o su potencial rentabilidad. Esta Sala en las SSTSJ Cat nº 77 de 27 de septiembre 2018 o 26 de 20 abril 2015 ya tuvo en cuenta que donaciones recibidas por la acreedora de la pensión o bien la adquisición de una herencia eran circunstancias adecuadas para apreciar la desaparición o modificación de la situación de desequilibrio para lo cual habría de tenerse en cuenta la entidad y rentabilidad de lo percibido para ponderar si el desequilibrio ha desaparecido o bien justifica una reducción de la pensión.

Señalemos algunos ejemplos en los que los tribunales consideran que la herencia es una alteración suficiente para provocar la extinción de la pensión, y aquellos en los que pese a la herencia, la pensión compensatoria debe subsistir (incluso aunque pueda producirse una reducción de su cuantía):

El ejemplo más paradigmático de extinción de la pensión por este motivo, lo ofrece la reciente STS de 31 de enero de 2022<sup>15</sup> (RJ 2022/622; ECLI:ES:TS:2022:358), en la que la exesposa recibió por herencia de su madre una suma superior a los 135.000 euros, lo que hace al Alto Tribunal considerar que no se mantienen en la actualidad las circunstancias determinantes del desequilibrio (aunque por otro

<sup>15</sup> Véase un detallado análisis de esta Sentencia en: ORTIZ FERNÁNDEZ, *La extinción de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 252 y ss.

lado, y pese al convenio regulador, en que se fijó la pensión con carácter indefinido, el TS tiene en cuenta que había percibido dicha pensión durante más de 29 años, y el matrimonio sólo había durado 9). Trayendo a colación la STS de 17 de octubre de 2018 (RJ 2018/4474, ECLI:ES:TS:2018:3528), manifiesta que es doctrina de la Sala: «que el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción».

En el mismo sentido, podemos citar la SAP Salamanca (Sección 1ª) de 13 octubre de 2020 (ROJ: SAP SA 610/2020, ECLI:ES:APSA:2020:610) en cuyo caso, la esposa en el momento del divorcio contaba con 42 años, carecía de trabajo remunerado y se dedicaba especialmente al cuidado de las hijas. En dicho caso, la percepción de la herencia de su padre no aparece como un hecho no previsible ni sobrevenido, sino que era un hecho conocido por el esposo, por lo que no procede la supresión de la pensión por desequilibrio.

En cambio, en otras ocasiones, no se considera suficiente la percepción de la herencia (bien por el propio monto de los bienes, o por su dificultad de rentabilizarlos, o incluso por haber sido ya conocido y tomado en consideración en el convenio regulador), para que se declare la extinción de la pensión compensatoria. Así, por ejemplo, las SSTS de 3 de octubre de 2011 (RJ 2011/6697; ECLI:ES:TS:2011:6096), de 3 de febrero de 2017 (RJ 2017/399), o la STS de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5833), en la que el tribunal manifiesta que no se estima concurrente «que esta nueva situación patrimonial derivada de una herencia sea idónea o apta para considerar superado este desequilibrio económico».

Por lo tanto y como conclusión, la percepción de herencia o donación no produce automáticamente la reducción ni la extinción de la prestación compensatoria, sino que debe ponderarse, tanto la previsibilidad o imprevisibilidad de esta cuestión para las partes (que podían haberlo previsto, o conocido al pactar la pensión) como la entidad y rentabilidad de los bienes recibidos para enjuiciar si se ha producido una alteración sustancial de los patrimonios de las partes, y se ha restablecido el equilibrio entre los excónyuges o éste persiste, o se ha reducido el desequilibrio. Como señala la STS de 17 de marzo de 2014 (RJ 2014/1501; ECLI:ES:TS:2014:852),

que en la práctica tal alteración (de las circunstancias iniciales) tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial a consecuencia de la herencia aceptada es algo que no puede afirmarse sino tras examinar las circunstancias del caso concreto, y en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente (pues sin esta rentabilización, la mera aceptación de la herencia no se va a traducir en una mejora de la situación económica).

En cuanto a la distribución de la carga probatoria de si la percepción de la herencia ha provocado o no una alteración sobrevenida de las circunstancias económicas que haya podido eliminar el desequilibrio patrimonial entre los excónyuges, el excónyuge deudor de la pensión ha de probar la existencia de la herencia, mientras que será el perceptor de la pensión quien deba probar la escasa relevancia de la herencia (el monto de los bienes y la rentabilidad de los mismos), para demostrar que no hay un cambio sobrevenido esencial de las circunstancias de su patrimonio. La falta de prueba por su parte, podrá provocar la extinción de la pensión, como ha declarado la STS de 17 de marzo de 2014 (RJ 2014/1501; ECLI: ES:TS:2014:852)<sup>16</sup>.

#### 2.1.4. *Incorporación al mercado laboral*

Ejemplo de este supuesto lo tenemos en la STS 4 de abril 2018 (ROJ: STS 1166/2018, ECLI:ES:TS:2018:1166), dado que en el convenio aprobado entre las partes se reconoció a la esposa el derecho a una pensión compensatoria de 180 euros, conviniéndose que dejaría de abonarse en el momento en que encontrase un trabajo a jornada completa, y reduciéndose la misma si lo era a jornada parcial. Como

<sup>16</sup> Explica la mencionada Sentencia que: «la carga de la prueba concerniente a la parte actora para hacer efectivo su derecho era acreditar la existencia de esta herencia adquirida por su esposa, lo que no se niega por esta, mientras que la prueba de los pormenores y detalles de la herencia, obstativos al éxito de la acción entablada, correspondía a la demandada que los alega al tratarse de hechos que impedirían la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción, de tal forma que la falta de prueba (o insuficiencia de prueba) acerca de un hecho necesitado de ella, como son los extremos relativos a esta herencia, no cabe que opere en perjuicio de aquel a quien no incumbía la probanza, según el art. 217 LEC, conforme, además, a la mejor posición probatoria que en este orden ocupa la demandada, en base a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que establece referida norma».

quiera que la sentencia dio por probado que la esposa llevaba tiempo trabajando con carácter estable a jornada completa y por tiempo indefinido, percibiendo un salario de 1400 euros mensuales, se declara la extinción de la pensión con efectos desde la sentencia de apelación.

Debe tratarse no sólo de conseguir un puesto de trabajo, sino como indica la STS 20 junio 2013 (ROJ: STS 3346/2013, ECLI:ES:TS:2013:3346) que se trate de una actividad profesional estable y continuada<sup>17</sup>.

Los trabajos esporádicos y temporales pueden no servir de base para la extinción de la pensión compensatoria. En este sentido, la STS de 30 de noviembre de 2020 (ROJ: STS 4033/2020, ECLI:ES:TS:2020:4033) considera que debe realizarse un juicio prospectivo ponderado sopesando los ingresos de ambos excónyuges: En el caso en cuestión, los ingresos del esposo eran de 100.000 euros anuales sin diferir de los de su nuevo trabajo como autónomo, mientras que la mujer realizaba trabajos esporádicos y temporales, dado que contaba con el título de graduado escolar y tenía escasas posibilidades de promoción. En el mismo sentido podemos citar la SAP Pontevedra (Sección 6ª) de 30 enero 2020 (ROJ: SAP PO 233/2020, ECLI:ES:APPO:2020:233) en la que se afirma que la situación laboral de la exesposa no justifica la extinción de la pensión compensatoria, pues hay que tener en cuenta que su incorporación al mercado laboral continúa sin estar consolidada, porque la continuidad en el empleo ha tenido escasamente una duración de un año con sucesivos contratos temporales que en la actualidad no se han renovado.

Hay que tener en cuenta como factores ponderativos, la edad de la persona<sup>18</sup>, su preparación académica, su cualificación profesional, su experiencia laboral, y los años que ha estado fuera del mercado laboral para dedicarse a la familia y al hogar familiar, los años de vida activa laboral que restan para poder obtener una posible pensión de jubila-

<sup>17</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, cit. p. 36.

<sup>18</sup> Así por ejemplo, en la SAP Albacete (Sección 1ª) de 16 octubre de 2020 (ROJ: SAP AB 677/2020, ECLI:ES:APAB:2020:677), la esposa niega que trabajase de forma continuada o remunerada, y recuerda que se encuentra inscrita como demandante de empleo desde que se dictó la sentencia de divorcio y afirmó que la causa que motivó el reconocimiento de la pensión compensatoria a su favor no sólo no había desaparecido, sino que incluso se había agravado atendida su edad de modo que desde el año 2014 no había recibido ninguna oferta de empleo”, motivo por el cual se desestimó la extinción de la pensión a su favor.

ción, e incluso cuál podría ser su importe, y si este serviría para paliar o eliminar el desequilibrio; etc.

También puede ser causa de pérdida de la pensión la pasividad o el desinterés del perceptor de la pensión en acceder a un puesto de trabajo, pero no en cambio, el hecho de no haber sido seleccionado o contratado, cuando la persona está inscrita en el servicio de empleo o realiza una búsqueda activa del mismo. Veamos ejemplos de estos supuestos:

- En la STS de 23 de enero de 2012 (ROJ: STS 234/2012, ECLI:ES:TS:2012:234) se afirma<sup>19</sup> que:

Constituye doctrina actual que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención (STS de 15 de junio de 2011, ROJ: STS 4825/2011, ECLI:ES:TS:2011:4825).

- En la SAP de Cantabria (Sección 2ª) de 9 de marzo de 2020 (ROJ: SAP S 588/2020, ECLI:ES:APS:2020:588) se limita temporalmente la pensión por falta de búsqueda activa de empleo por parte de la exesposa.

- En cambio, en la STS de 24 de septiembre de 2018 (ROJ: STS 3246/2018, ECLI:ES:TS:2018:3246) e igualmente en el ATS de 2 de junio de 2021 (ROJ: ATS 7416/2021, ECLI:ES:TS:2021:7416A) se mantiene la

<sup>19</sup> A mayor abundamiento, señala la STS de 23 de enero de 2012 (ROJ: STS 234/2012, ECLI:ES:TS:2012:234) se reconoce la «ausencia de impedimento físico en la esposa para reincorporarse a su puesto de trabajo estando en situación de excedencia voluntaria. Sostiene el tribunal que el mantenimiento del mismo nivel de ingresos por el esposo no determina por sí mismo la subsistencia de desequilibrio que justifique el mantenimiento de la pensión compensatoria a favor de la esposa, mientras que la pasividad e interés insuficiente demostrado por un cónyuge en la obtención de un empleo que le permita alcanzar independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, no resultando jurídicamente aceptable repercutir en el pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad del otro en su búsqueda y obtención».



imposibilidad de aplicar la pérdida del derecho al percibo de la pensión compensatoria como una especie de sanción por el hecho de no haber accedido a un empleo, salvo que se acredite que las circunstancias concurrentes en quien resulta ser beneficiario de la pensión demuestren una verdadera desidia y desinterés respecto del acceso al mercado laboral, circunstancias que no pueden afirmarse como acreditadas en el presente caso en que se trata de una esposa que abandonó su ocupación laboral para dedicarse a la familia y en particular al cuidado de uno de los hijos habidos del matrimonio que requería de cuidados especiales; lo que unido al hecho de que tiene actualmente unos cincuenta y cinco años de edad -circunstancia que, evidentemente, resta posibilidades de acceso al trabajo salvo que se cuente con una especialización determinada- lleva a considerar que no procede la extinción de la pensión compensatoria y sí su mantenimiento en las condiciones que en su día fueron convenidas.

Finalmente, se produce la extinción de la pensión por la equiparación de ingresos entre los excónyuges: así por ejemplo, la SAP Málaga (Sección 6ª) de 26 de septiembre 2020 (ROJ: SAP MA 1987/2020, ECLI:ES:APMA:2020:1987) declara la extinción de la pensión por haberse superado el desequilibrio, dado que los ingresos de los excónyuges se han igualado casi plenamente transcurridos 15 años desde el divorcio y 25 desde su separación.

#### 2.1.5. *Establecimiento de pensión de jubilación, contributiva o no, o de pensión por discapacidad*

La fijación de una pensión por discapacidad o por jubilación a favor de la persona beneficiaria de la pensión compensatoria no implica necesariamente la extinción de la pensión compensatoria si no se produce un cambio en las circunstancias económicas que implique la disminución o desaparición del desequilibrio<sup>20</sup>, salvo que al propio tiempo empeore la situación patrimonial del deudor de la pensión, como veremos al hablar de que cambien significativamente las situaciones de

<sup>20</sup> En este sentido puede citarse la STS de 26 de marzo de 2014 (ROJ: STS 1226/2014, ECLI:ES:TS:2014:1226) en la que se desestima la solicitud de extinción de la pensión porque el régimen laboral fijo de la beneficiaria constituía una situación transitoria habida cuenta de su próxima jubilación, que generaría una escasa pensión por su dedicación a la familia durante más de 30 años. La pensión de jubilación de ella era inferior en más de la mitad a la del obligado.

ambos excónyuges, como ocurre por ejemplo en los hechos del ATS de 20 de marzo de 2012 (ROJ: ATS 2739/2012, ECLI:ES:TS:2012:2739A).

## 2.2. *Empeoramiento de la situación económica del deudor*

El cambio en la situación laboral del deudor de la pensión puede influir en la reducción o supresión de la pensión compensatoria, Así, por ejemplo, la pérdida de volumen de ingresos<sup>21</sup>, o la pérdida de empleo por parte del pagador de la pensión, que se haya convertido en autónomo con menores ingresos, o su jubilación pueden implicar una disminución de ingresos<sup>22</sup>, que reduzca el desequilibrio existente entre los excónyuges, pero ello ha de quedar debidamente acreditado<sup>23</sup>. La jubilación del deudor, y su menor nivel de ingresos es causa frecuente de reducción del importe de la prestación, como por ejemplo en la STSJ Cataluña 8 enero 2018 (ROJ: STSJ CAT 10/2018, ECLI:ES:TSJCAT:2018:10) en la que se redujo la pensión de la exes-

<sup>21</sup> Así por ejemplo, la SAP Vizcaya (Sección 4ª) de 6 de febrero de 2020 (ROJ: SAP BI 517/2020, ECLI:ES:APBI:2020:517).

<sup>22</sup> Esa disminución de ingresos no se toma en cuenta si deriva de embargos o penas por el incumplimiento previo del pago de la pensión: así sirve de ejemplo el ATS 21 de abril de 2021 (ROJ: ATS 4762/2021, ECLI:ES:TS:2021:4762A): «La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, y en lo que al presente interesa, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la ahora parte recurrente, confirmando la sentencia de instancia, y manteniendo la reducción de la pensión compensatoria, fijada en la resolución apelada, a 125,00 euros. En esencia destaca que ha quedado acreditado que el ex esposo percibe una pensión de jubilación de 770,18 euros, si bien sufre un embargo de 360,00 euros, por impago de la pensión compensatoria, por lo que fue condenado en vía penal por delito de impago así como a la responsabilidad civil derivado del delito, paga un alquiler de 325,00 euros mes, frente a los 280,00 que pagaba antes, y la exesposa, percibe desde 2014 una pensión no contributiva de 384,68 euros mes. Por ello llega a la conclusión de haberse reducido el desequilibrio pero no desaparecido, dejando claro que el embargo no puede servir a sus fines de extinción de la pensión, pues es consecuencia de su propio incumplimiento, declarado en sentencia penal y tampoco el hecho que la demandada tenga dinero en su cuenta, pues procede de la venta en 2006 de un apartamento que se le adjudicó en la liquidación de la sociedad de gananciales, llevada a cabo en 1994, con anterioridad incluso a la separación de los cónyuges en 2005, por lo que lo único a tener en cuenta es la percepción de la pensión no contributiva de la exesposa».

<sup>23</sup> No queda acreditado para el tribunal la verdadera situación del demandante tras su jubilación como notario (SAP Madrid (Sección 24ª) de 7 de mayo de 2020, ROJ: SAP M 10105/2020, ECLI:ES:APM:2020:10105).

posa a un tercio del importe de la pensión del ex marido), aunque no en todos los casos, será necesaria esa reducción, puesto que dependerá de los ingresos del marido y de su capacidad económica<sup>24</sup>.

Nos muestra un ejemplo de ello, la SAP Madrid (Sección 22ª) de 19 de octubre de 2020 (ROJ: SAP M 11539/2020, ECLI:ES:APM:2020:11539), SAP Cantabria (Sección 2ª) de 20 mayo 2020 ROJ: SAP S 349/2020, ECLI:ES:APS:2020:349)<sup>25</sup>, o la SAP La Rioja (Sección 1ª) de 22 de abril de 2020 (ROJ: SAP LO 194/2020, ECLI:ES:APLO:2020:194) en los que se disminuye la cuantía de la pensión compensatoria porque la situación patrimonial del deudor de la misma ha resultado parcialmente mermada por razón de su jubilación.

### 2.3. *Combinación de los supuestos anteriores*

El cambio en las circunstancias económicas de ambos excónyuges puede determinar una modificación o extinción de la pensión compensatoria. Así se admite en el ATS 20 de marzo 2012 (ROJ: ATS 2739/2012, ECLI:ES:TS:2012:2739A), al afirmar que:

el Tribunal de Apelación tras la valoración de la prueba practicada en las actuaciones ha considerado que concurre causa de extinción de pensión compensatoria, puesto que ya no existe desequilibrio económico entre los litigantes. El Sr. X únicamente percibe prestaciones económicas por su situación de enfermedad, iniciándose por el INSS trámites para la consecución de una situación de incapacidad permanente, ascendiendo el importe económico de aquéllos a 660 euros. La recurrente, está plenamente incorporada al mer-

<sup>24</sup> Véase en este sentido la SAP Barcelona 5 octubre 2016 (ROJ: SAP B 11776/2016, ECLI:ES:APB:2016:11776), en la que el marido, tras jubilarse como notario solicita la extinción de la pensión compensatoria. El tribunal determina que pese al descenso en los ingresos, el montante económico de los mismos, de casi un cuarto de millón de euros anual, no afecta a su capacidad para atender al pago de la pensión.

<sup>25</sup> En el supuesto de hecho de la SAP Cantabria (Sección 2ª) de 20 mayo 2020 (ROJ: SAP S 349/2020, ECLI:ES:APS:2020:349) la esposa, de 59 años, no ha accedido al mercado de trabajo y se encuentra inscrita como demandante de empleo y vive en la misma vivienda que se adjudicó en la liquidación del régimen de gananciales, mientras que el esposo, pese a su constante capacidad de generación de ingresos, sin computar las deudas que ha contraído en el desarrollo de su vida, siempre posteriores a la obligación contractual que ahora se discute, ha resultado parcialmente mermada por razón de su jubilación.

cado laboral y percibe ingresos similares, 635,53 euros netos al mes, No constando en autos que el Sr. X perciba otro tipo de ingresos ni que disponga de patrimonio que pueda transformar en dinero.

#### 2.4. *Causas no admitidas*

1º.- No se suelen tener en cuenta las nuevas cargas familiares (tenencia de nuevos hijos, o segundo matrimonio y subsiguiente divorcio que pueda generar una segunda pensión compensatoria. En este sentido y como señaló la SAP Málaga de 22 abril de 1998 (ROJ: SAP MA 1691/1998, ECLI:ES:APMA:1998:1691) no se extingue la pensión compensatoria porque «esas nuevas cargas familiares se contraen de forma voluntaria y con pleno conocimiento de la existencia de las anteriores obligaciones»<sup>26</sup>. Aun así, habría que analizar cuáles son las cargas concurrentes (no es lo mismo que concorra con la obligación de alimentos a hijos del segundo matrimonio, que con una segunda pensión compensatoria derivada de un segundo divorcio)<sup>27</sup>. La SAP Madrid (Sección 22ª) de 27 de octubre de 2020 (ROJ: SAP M 11927/2020, ECLI:ES:APM:2020:11927) determina la inexistencia de alteración de las circunstancias por el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, dado que ello no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación. E igualmente ocurre en la STS 31 de enero de 2022 (RJ 2022/622; ECLI:ES:TS:2022:358), en la que aunque se produce la extinción de la pensión compensatoria, no se deriva de la existencia de las cargas posteriores por hijos nacidos de un segundo matrimonio.

2º.- No se extingue la pensión por el mero transcurso del tiempo, salvo que haya sido pactada con carácter temporal (STS 27 de octubre 2011, ROJ: STS 7174/2011, ECLI:ES:TS:2011:7174)<sup>28</sup>. Tal como

<sup>26</sup> M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, ob. cit. p. 39.

<sup>27</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ analiza algunas de las posibilidades expuestas: *ivi*, pp. 42-48.

<sup>28</sup> La STS 27 de octubre 2011, (ROJ: STS 7174/2011, ECLI:ES:TS:2011:7174) sostiene que el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal.

El presente recurso se plantea por considerar que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto a la revisión de la pensión compensatoria por el simple transcurso del tiempo. En definitiva, se discute aquí si la interpretación del Art. 101 CC permitiría incluir esta causa, como realiza la sentencia recurrida.

Señala en el FJ 3º que el Art. 101 CC permite la revisión de la pensión “por el cese

afirma la STS de 23 enero de 2012 (ROJ STS 234/2012 –ECLI: ES: TS:2012:234), citando la doctrina consolidada en las SSTs 3 octubre 2008 (ROJ: STS 523672008, ECLI:ES:TS:2008/5236); y 27 junio 2011 (ROJ: STS 4632/2011, ECLI:ES:TS:2011:4632)-, no es posible poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo en su percepción, porque lo relevante no es el dato objetivo del paso del tiempo sino la posibilidad de superar la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho.

Superado el debate doctrinal<sup>29</sup> y jurisprudencial<sup>30</sup> sobre la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal, tras la modificación del art. 97 CC por la Ley 15/2015 de 8 de julio, la pensión puede fijarse con carácter indefinido, temporal o incluso como prestación única<sup>31</sup>. En estos casos: Cumplido el pago único, la prestación se extingue, y llegado el término final, la prestación se extingue.

Los factores ideológicos, morales, culturales y económicos que im-

de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”. Ninguno de los dos últimos supuestos concurre aquí, por lo que se debe determinar si el simple transcurso del tiempo sería un supuesto incluido en la primera de las causas previstas en el Art. 101.1 CC

Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente. El simple paso del tiempo no constituye una causa de extinción de la pensión, salvo que se haya pactado a plazo o bien se haya impuesto judicialmente de forma temporal.

En el presente caso, no puede admitirse la extinción de la pensión compensatoria, porque:

1º. No se había constituido como temporal.

2º. No se ha probado que concurran causas para la modificación de medidas.

En consecuencia, esta Sala dicta la siguiente doctrina: el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal (FJ 3º).

<sup>29</sup> Vid: A.L. CABEZUELA ARENAS, *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el CC*, Aranzadi, Pamplona 2002. Y con mayor actualidad, véase: M. ORDÁS ALONSO, *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*, Bosch - Wolters Kuwer, 2017, pp. 459- 478.

<sup>30</sup> Resulta muy interesante la explicación sobre los argumentos a favor y en contra de la posible temporalización de la pensión compensatoria en la STS de 10 de febrero 2005 (ROJ: STS 773/2005, ECLI:ES:TS:2005:773).

<sup>31</sup> Vid al respecto, BARCELÓ DOMÉNECH, *La compensación por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio*, cit., pp. 296 y ss.

pregnan la sociedad de nuestros días, así como la integración de la mujer en el mercado laboral (que, salvo excepciones, no abandona su puesto de trabajo por contraer matrimonio), la mayor cualificación académica o profesional, junto con la menor duración de los matrimonios con respecto a épocas pasadas, son criterios que llevan a considerar como opción primordial la fijación de una pensión compensatoria de carácter temporal.

Una buena descripción de los parámetros que pueden tomarse en cuenta para fijar una pensión temporal o indefinida se recoge en la STS de 10 de febrero 2005 (ROJ: STS 773/2005, ECLI: ES:TS:2005:773):

Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos, y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de éstos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado – perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral–; posibilidades de reciclaje o volver –reinserción– al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. 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. 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.

Incluso aunque la pensión se haya fijado con carácter indefinido, puede solicitarse su extinción si se produce una alteración sobrevenida del desequilibrio económico, o concurre alguno de los supuestos le-

galmente previstos. En este sentido, se instará el pertinente procedimiento de modificación de medidas, y se podrá modificar la pensión (reducir su importe, o fijar la temporalidad de la misma) o extinguirla, siendo en principio definitiva la solución adoptada por la Audiencia Provincial si la sentencia es apelada. Como señala el TS, (STS 20 de julio 2011, ROJ: STS 5254/2011, ECLI:ES:TS:2011:5254),

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 art. 97 CC: es 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.

Debe advertirse, que la cuestión se complica cuando se trata de pensión “indefinida” pactada en convenio regulador (o negocio jurídico de familia) entre los cónyuges, porque en tal caso, hay que atenerse a las causas que las partes hayan pactado (y que pueden limitar o excluir algunas de las previstas en el art. 101 CC) y si se fijó con carácter vitalicio sólo será posible la extinción por una de las causas pactadas o por un cambio sustancial de las circunstancias económicas de las partes<sup>32</sup>. En este sentido debe citarse la reciente STS de 30 de mayo de 2022 (RJ 2022/2830; ECLI:ES:TS:2022:2176), en la que:

La pensión compensatoria no se fijó con ningún límite temporal, sino con “carácter vitalicio”, y su extinción quedó condicionada a que la demandada “conviva maritalmente con otra persona, contraiga nuevo matrimonio, o bien tenga un trabajo por cuenta propia o ajena, cuya retribución sea superior a

<sup>32</sup> En ese sentido se manifiesta el ATS 17 mayo 2023 (JUR 2023/220884), ECLI:ES:TS:2023:6031A) al afirmar que: «procedería la extinción de la pensión compensatoria que se llevaría abonando desde 2003 por cuanto habría existido un cambio sustancial de las circunstancias debido a la mejor fortuna de la parte recurrida, que percibiría una pensión y residiría de alquiler en una vivienda de protección oficial, con una cuenta bancaria por importe de 5.006 euros, y el empeoramiento del recurrente, que se encontraría en una situación económica precaria, que tendría que hacer frente a una serie de deudas, además de haberse quedado sin inmueble a consecuencia de una ejecución hipotecaria, y no tendría capacidad alguna de ahorro».

1500 euros mensuales brutos, sin incluir pagas extras”, ninguno de cuyos supuestos es declarado probado por la Audiencia.

### 2.5. *Criterios de valoración: alteraciones sustanciales y permanentes*

Ya sabemos que el juego de los arts. 100 y 101 CC permite la variación de la pensión, o la reducción o extinción de la misma. Para que proceda dicha reducción o extinción es doctrina consolidada del TS (SSTS 20 de junio 2013 y 24 de octubre 2013, ambas recogidas y citadas en los AATS de 21 de julio 2021 (ROJ: ATS 10498/2021, ECLI:ES:TS:2021:10498A), 9 de junio 2021 (ROJ: ATS 8034/2021, ECLI:ES:TS:2021:8034A y ROJ: ATS 8046/2021, ECLI:ES:TS:2021:8046A), 2 de junio 2021 (ROJ: ATS 7418/2021, ECLI:ES:TS:2021:7418A) y 14 de abril de 2021 (ROJ: ATS 4425/2021, ECLI:ES:TS:2021:4425A), que el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento permite solicitar su modificación o extinción cuando se produzca una “alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores”<sup>33</sup>.

Si la alteración no es sustancial (por ejemplo, un trabajo a jornada parcial con escasa retribución) o no es permanente y sólo tiene un carácter transitorio (como puede ser la obtención por la beneficiaria de un contrato de trabajo temporal) no darán lugar a la extinción de la pensión compensatoria. Es muy clarificadora al respecto la SAP Pontevedra (Sección 6ª) de 30 de enero 2020 (ROJ: SAP PO 233/2020, ECLI:ES:APPO:2020:233)<sup>34</sup> al desarrollar los criterios que

<sup>33</sup> Los Autos del TS citados, y por todos, el ATS de 21 de julio 2021 (ROJ: ATS 10498/2021, ECLI:ES:TS:2021:10498A) indican al respecto que: “Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los arts. 100 y 101 CC si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas- alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (Art. 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (art. 101 CC). Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente (SSTS 27 de octubre 2011, 20 de junio 2013)”.

<sup>34</sup> Explica la mencionada SAP que: «La fuerza argumentativa debe concentrarse en mostrar la alteración sustancial y significativa de las circunstancias o los eventos no eludibles, siendo ello así porque un mínimo de seguridad jurídica, unido a los términos que emplean los artículos 90 y 91, indica que la regla general es la inalterabilidad de esas



deben manejarse para considerar que se ha producido una alteración sustancial:

1) Que, por alteración “sustancial” debemos considerar aquellas de notoria entidad, con importancia suficiente para producir una modificación de lo convenido o de lo acordado judicialmente;

2) Que, tales cambios o alteraciones sean imprevistos, de modo que surjan por acontecimientos externos al deudor, sin posibilidad de previsión anticipada, en términos de ordinaria diligencia;

3) Que, tales alteraciones tengan estabilidad o permanencia en el tiempo y no sean meramente coyunturales, sino con estructuración suficiente que hagan necesaria la modificación de la medida, excluyéndose toda forma de temporalidad;

4) Que, es indiferente que la situación anterior haya sido convenida anteriormente mediante concierto de voluntades plasmada en convenio regulador de la separación o el divorcio, o bien impuesta judicialmente, porque de lo que se trata es de calibrar si se han producido variaciones o modificaciones sustanciales que hagan necesario un replanteamiento de la medida, sin que deba darse mayor valor a lo convenido entre las partes, por carecer de justificación;

5) Que, si la alteración aunque sea sustancial, ha devenido por dolo o culpa de quien insta la modificación, no puede producirse el cambio so pena de fraude de ley, abuso del derecho o quebrantamiento de los principios de la buena fe;

6) Que esta materia debe ser objeto de interpretación restrictiva, y

7) Por último, que dichas alteraciones sustanciales deben probarse cumplidamente ante los tribunales.

medidas y la excepción la modificación (STC 86/1.986), de forma que sólo podrá tener éxito la pretensión del cambio cuando se produzcan alteraciones permanentes y no meramente transitorias, e igualmente deberán rechazarse de plano las alteraciones por dolo o culpa de aquél, de modo que el término legal “sustancial”, referido a las alteraciones que se pretendan conseguir, es el elemento normativo básico, cuya interpretación debe realizarse de acuerdo con los siguientes parámetros (...)” (Vid. dichos parámetros en el texto del artículo). La doctrina expuesta, en el caso que nos ocupa, dada las cuestiones controvertidas, ha de relacionarse necesariamente, con lo regulado expresamente en el art. 101 CC que contempla, para la extinción del derecho compensatorio regulado en el art. 97 CC, entre otros supuestos que no vienen al caso, el del cese de la causa que lo motivó, es decir, la desaparición del desequilibrio económico que en su día llevó a establecer en favor de la esposa y a cargo del marido la pensión compensatoria».

En definitiva, debemos entender que se trata de un cambio de notable entidad, imprevisto y sobrevenido, permanente o estable en el tiempo, y que resulte probado.

#### 2.6. *Nuevo matrimonio del acreedor de la pensión*

La pensión compensatoria se pierde por contraer nuevo matrimonio la persona acreedora de la misma. El nuevo vínculo matrimonial extingue la pensión, desde la fecha de celebración del nuevo matrimonio.

Si posteriormente este matrimonio se extingue, no revive la pensión compensatoria del primer matrimonio (aunque puede generar un nuevo desequilibrio al concluir el segundo matrimonio por divorcio, como señala la STS de 9 de octubre de 2018, ROJ: STS 3427/2018, ECLI:ES:TS:2018:3427)<sup>35</sup>. Tampoco renace la obligación de la pensión compensatoria si el segundo matrimonio fuese, con posterioridad, declarado nulo.

El deudor de la pensión compensatoria deberá solicitar su extinción con base en este motivo previsto en el art. 101 CC, y la extinción de la pensión se retrotraerá a la fecha de celebración del matrimonio (no a la de su inscripción en el Registro Civil).

#### 2.7. *Convivencia more uxorio del acreedor de la pensión*

Otra de las causas previstas en el art. 101 CC, es la convivencia marital con otra persona. Debe tratarse de una situación de vida análoga a la matrimonial, y es indistinto que dicha relación sea de carácter homosexual o heterosexual. No se exige un período de convivencia mínima, ni tampoco que subsista en el momento de interposición de la demanda, sólo que el acreedor pueda acreditarlo (por ejemplo, tras el seguimiento con un investigador privado<sup>36</sup>). Tampoco se exige que se constituya una pareja de hecho conforme a las distintas leyes autonómicas.

<sup>35</sup> Señala la STS de 9 de octubre de 2018, (ROJ: STS 3427/2018, ECLI:ES:TS:2018:3427), que se produjo una pérdida de expectativas al contraer matrimonio y de los únicos recursos que tenía: duración de menos de 2 años: la mujer se casó con 61 años, no trabajando entonces ni después, percibiendo sólo 200 euros de su anterior marido en concepto de pensión compensatoria, que dejó de percibir cuando contrajo matrimonio con el actor.

<sup>36</sup> Así por ejemplo en la SAP Madrid (Sección 22ª) de 17 de diciembre de 2020 (ROJ: SAP M 15033/2020, ECLI:ES:APM:2020:15033).

Consiste en compartir la vida, formar parte de la vida familiar de cada uno de los convivientes, y tener una relación pública, sin ocultarla a los hijos o familiares<sup>37</sup>.

La finalidad de la norma es evitar que se oculten situaciones de convivencia con carácter de estabilidad no formalizadas como matrimonio<sup>38</sup>.

Señala MARÍN LÓPEZ<sup>39</sup> que la vida marital debe ser interpretada en un doble sentido complementario:

- En sentido subjetivo, que los miembros de la pareja asumen un compromiso serio y duradero basado en la fidelidad.
- Y en sentido objetivo: existencia de una convivencia estable, es decir que los sujetos viven como cónyuges.

Las notas características para entender que estamos en presencia de este supuesto vienen dadas porque se trate de una relación análoga a la conyugal, con convivencia, estabilidad y transcendencia pública de la relación (SAP Barcelona 19 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:11527)).

Si hay relación de pareja o de afectividad, pero no hay convivencia, parece que inicialmente no se da el supuesto de hecho de la norma, salvo que se pueda probar que pese a faltar la convivencia permanente en un mismo domicilio se trata de una relación con estabilidad, con un nivel de compromiso, un grado de intimidad y un proyecto de futuro análogo a la relación conyugal, de tal modo que el término convivencia efectiva no exige que la pareja comparta de forma permanente el mismo domicilio. En este sentido se pronuncia la STSJ Cataluña 9 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TSJCAT:2017:492) o el ATS 29 de septiembre de 2021 (JUR 2021/325541 ECLI: ES:TS:2021:12785A)<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Esta causa de extinción de la pensión es totalmente ajena a que se produzca o no una mejora en la situación económica o patrimonial del perceptor de la pensión, sino que su fundamento radica, como señala BARCELÓ, «en la necesidad de evitar situaciones fraudulentas, pues si el nuevo matrimonio extingue la pensión lo lógico es pensar que no se contraiga matrimonio si se desea mantener la pensión, optando por una convivencia de hecho». Vid.: BARCELÓ DOMÉNECH, *La compensación por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio*, cit., p. 311.

<sup>38</sup> Vid. M.J. MARÍN LÓPEZ, *Comentario al art. 101 CC*, en Aa. Vv., *Comentarios al CC*, cur. R. Bercovitz Rodríguez Cano, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 257.

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 257.

<sup>40</sup> En el ATS de 29 septiembre 2021 (JUR 2021/325541 ECLI: ES:TS:2021:12785<sup>a</sup>) se afirma que: «existen en autos datos objetivos relevantes que permiten deducir la existencia efectiva en la ex esposa de una relación sentimental estable, pública y con voluntad de permanencia con una tercera persona, que determi-

Así, se procede a la extinción de la pensión compensatoria por este motivo, por ejemplo, en la STS de 28 de marzo de 2012, citada por el ATS de 26 de mayo de 2021 (ROJ: ATS 7070/2021, ECLI:ES:TS:2021:7070A). En la STS de 28 marzo de 2012 (ROJ: STS 2534/2012, ECLI:ES:TS:2012:2534) resulta acreditada una relación de convivencia con las características de permanencia y publicidad, admitiendo en el acto del juicio la demandada y su hija que la convivencia había tenido una duración de aproximadamente dos años, con el conocimiento de su entorno familiar, tal y como demostró la declaración de la propia hija. En el ATS de 26 de mayo de 2021 se deniega la existencia de causa para la extinción de la pensión porque la relación no era conocida por sus familiares más directos ni existía convivencia<sup>41</sup>. E igual solución mantiene el ATS de 24 de enero de 2018 (ROJ: ATS 569/2018, ECLI:ES:TS:2018:569A).

En la jurisprudencia de las Audiencias, podemos citar la SAP (Sección 22ª) Madrid 17 diciembre 2020 (ROJ: SAP M 15033/2020, ECLI:ES:APM:2020:15033) en que se reconoció la persistencia en el tiempo del vínculo sentimental, dado que era una relación conocida y

na la extinción de la pensión compensatoria, pues, pese a no existir una convivencia continuada bajo un mismo techo, pues ambos residen en diferentes localidades, si se han producido encuentros de manera pública, en distintos establecimientos de hostelería donde acuden solos a cenar, continuas permanencias y visitas de uno en el domicilio del otro, incluidas pernoctas, además de estancias de la recurrente durante la semana en el mes de agosto en el supermercado de su pareja -a la que ayudaba manejando la caja, atendiendo al público o colocando mercancía-, que solo se explica desde una relación de pareja con exclusividad, siendo conocido el Sr. Juan Francisco por el entorno de la recurrente, concretamente por su hijo desde hace dos años”.

<sup>41</sup> El ATS de 26 de mayo de 2021 (ROJ: ATS 7070/2021, ECLI:ES:TS:2021:7070A) sostiene que «la sala de apelación, tras examinar nuevamente la prueba practicada, concluye: primero, que aunque existió una relación entre doña Silvia y don Onésimo, esta relación no era conocida por su familiares más directos, pues sus dos hijos manifestaron en el acto del juicio que, por la estrecha relación que les une con su madre, si hubiera mantenido esta una relación de convivencia con don Onésimo ellos la hubieran conocido y que, sin embargo, la primera vez que le habían visto fue antes de entrar a declarar en el juzgado; y segundo, que aunque en el acto del juicio declararon tres testigos que refirieron haber visto el vehículo de don Onésimo aparcado en las proximidades del domicilio de doña Silvia a lo largo de varios años, ello no implica que la relación fuera una relación sentimental de permanencia o convivencia, sin que conste acreditado que hubieran vivido en el mismo domicilio, realizado actividades de pareja, vivir acontecimientos familiares o que en su entorno familiar y social existiera la convicción por hechos constatados y veraces de que existiera una relación sentimental con una cierta estabilidad o permanencia».

participada por los hijos de ambos. O igualmente la SAP Madrid (Sección 22ª) de 20 octubre de 2020 (ROJ: SAP M 11543/2020, ECLI:ES:APM:2020:11543) y la SAP Toledo (Sección 1ª) de 7 de octubre de 2020 (ROJ: SAP TO 1457/2020, ECLI:ES:APTO:2020:1457) en las que se reconoció la comunidad de vida entre la esposa y su nueva pareja.

En este supuesto, la extinción se produce con la fecha de la sentencia de modificación de medidas<sup>42</sup>, aunque cabe un cierto efecto retroactivo si puede probarse que la convivencia se remonta a un momento anterior a la interpelación judicial. Así lo ha sostenido la SAP Asturias (Sección 7ª) de 22 de mayo de 2020 (ROJ: SAP O 2408/2020, ECLI:ES:APO:2020:2408) y muy anteriormente la SAP Cádiz de 5 octubre 2001 (ROJ: SAP CA 2591/2001, ECLI:ES:APCA:2001:2591). No obstante, la mayoría de las Sentencias otorgan un carácter constitutivo de la sentencia al momento de la extinción de la pensión, sin efecto retroactivo, ya sea por considerar imposible o muy dificultosa la datación cronológica exacta del inicio de la convivencia *more uxorio*<sup>43</sup>. Aunque sí se trata de pareja de hecho inscrita, podría retrotraerse a la fecha de dicha inscripción en el Registro de parejas<sup>44</sup>.

Para probar la existencia de convivencia *more uxorio* se realizará una valoración conjunta de la declaración testifical y de los indicios que puedan aportarse (SAP Cantabria (Sección 2ª) de 24 de febrero de 2020 (ROJ: SAP S 173/2020, ECLI:ES:APS:2020:173), de la publicidad de la relación, de la existencia de implicación de los miembros de la pareja en la vida familiar y social del otro, y especialmente la existencia o no de convivencia en un mismo domicilio.

Por último, hay que señalar tres cuestiones que pueden influir en este supuesto:

1º Que la convivencia sea previa a la presentación de la demanda de separación o divorcio impide el nacimiento del derecho a la pen-

<sup>42</sup> Véase el pormenorizado análisis que realiza al respecto P. GUTIÉRREZ SANTIAIGO, *La 'vida marital' del perceptor de la pensión compensatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 165 y ss.

<sup>43</sup> En este sentido pueden citarse entre otras las SSAP de Jaén 15 noviembre 2002 (ROJ: SAP J 1537/2002, ECLI:ES:APJ:2002:1537), o la SAP Madrid de 15 de septiembre de 2000 (JUR 2000/303180).

<sup>44</sup> Así lo defiende un sector doctrinal, como por ejemplo J.R. NAVARRO MIRANDA, *Comentario al art. 101 CC*, en AA.VV., *Código Civil Comentado*<sup>1</sup>, dir. A. Cañizares Laso, P. De Pablo, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 548.

sión compensatoria, por concurrir el motivo extintivo previsto en el art. 101.1 CC. En este sentido puede citarse la SAP Barcelona (Sección 18ª) 21 de septiembre de 2020 (ROJ: SAP B 8804/2020, ECLI:ES:APB:2020:8804).

2º Que la convivencia sea conocida y tolerada por el otro cónyuge antes incluso de la sentencia de separación o divorcio. En este supuesto entra en juego la doctrina de los actos propios, si el deudor de la pensión conocía este efecto extintivo y no lo hace valer (por ejemplo, porque se produce antes de la separación, o entre la sentencia de separación y el divorcio –cuando era necesario tramitar ambos procedimientos conforme a la derogada regulación del divorcio previa a la modificación del 2005-), existe conformidad y no podrá exigirse la retroactividad de la extinción. Ello no impide que se solicite en procedimiento de modificación de medidas, su extinción. En este sentido resulta interesante la STS de 23 de noviembre de 2011 (ROJ: STS 7666/2011, ECLI:ES:TS:2011:7666) en la que entre la sentencia de la separación judicial y del divorcio, la esposa empezó una convivencia marital con tercera persona, que era conocida por el marido, y que no hizo valer en el procedimiento de divorcio como causa extintiva de la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación, pretendiendo con posterioridad que se declarase su extinción con efecto retroactivo a la fecha en que concurrió la causa (esto es el inicio de la convivencia).

3º Si las partes en el convenio regulador excluyeron como causa de extinción de la pensión la convivencia *more uxorio*, mencionando exclusivamente que sobreviniera carencia de medios (en relación con el trabajo o los bienes) del deudor de la prestación o que la exesposa contrajera nuevo matrimonio, el tribunal no podrá decretar la extinción de la pensión por la existencia de una relación sentimental (que ni siquiera era de convivencia). En este sentido se manifiesta la STS de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022/1043 ECLI: ES: TS:2022:696)<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Los excónyuges pactaron en ejercicio de su autonomía privada un convenio regulador en el que hicieron constar las causas de extinción de la pensión: la prestación del actor quedaba extinguida; es decir, cuando sobreviniera carencia de medios (trabajo o bienes) para hacer frente a la pensión, e igualmente en el caso de que la exesposa contrajera un nuevo matrimonio. No se ha dado nuevo matrimonio, sino relación sentimental sin convivencia, por lo que no puede apreciarse motivo de extinción de la pensión compensatoria, lo que lleva al TS a estimar el recurso y a casar la Sentencia de la Audiencia y revocar la de primera instancia, manteniendo la pensión.

### 2.8. *Muerte del deudor y sus efectos*<sup>46</sup>

Como regla general, la muerte del deudor de la pensión compensatoria no extingue la misma, sino que se transmite a sus herederos como una deuda de la herencia. El beneficiario de la pensión compensatoria se convierte en acreedor hereditario. Por lo tanto, la regla general es la transmisibilidad de la obligación de pagar la pensión a los herederos del excónyuge. Esta regla general presenta dos limitaciones o excepciones, que si concurren, permiten a los herederos solicitar la reducción o extinción de la pensión compensatoria:

- La insuficiencia de caudal hereditario, para abonar la pensión. Es decir, se limita a los bienes del causante, sin que el heredero deba responder con sus propios bienes para el pago de la pensión compensatoria.

- La afectación de la legítima. Si el pago de la pensión implica una lesión en la legítima de los sucesores, se podrá solicitar la reducción o extinción del derecho a la pensión, lo que no es sino expresión del principio de intangibilidad de las legítimas.

### 3. *Otras causas de extinción, no incluidas en el art. 101 cc*

Aunque no existe jurisprudencia en estos casos, debemos repasar siquiera sumariamente otras posibles causas de extinción de la pensión compensatoria<sup>47</sup>, como el fallecimiento del acreedor de la pensión, el transcurso del plazo en caso de pensión fijada con carácter temporal, renuncia del acreedor, etc.

<sup>46</sup> No se citan sentencias en este apartado, por no haberse encontrado sentencias recientes, aunque existen algunos ejemplos, como los citados en M.D. HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA, *Estudio crítico de la pensión compensatoria*, ed. Reus, Madrid 2017, pp. 132-140. Algunos ejemplos más antiguos de este supuesto son la SAP Sevilla de 5 febrero 1999 (ROJ: SAP SE 218/1999, ECLI:ES:APSE:1999:218) o la SAP Barcelona 26 octubre de 1998 (ROJ: SAP B 9136/1998, ECLI:ES:APB:1998:9136), que fue causa de la STSJ Cataluña de 26 julio 1999 (ROJ: STSJ CAT 7352/1999, ECLI:ES:TSJCAT:1999:7352).

<sup>47</sup> Para un análisis exhaustivo de estas causas, vid.: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, cit., pp. 144 y ss.

### 3.1. *Fallecimiento del acreedor de la pensión*

Aunque el art. 101 CC no lo recoge expresamente, sí lo hace en cambio el apartado c del art. 233-19 del CC Cat. La muerte de la persona beneficiaria de la pensión compensatoria extingue la obligación para el deudor, sin que sea necesaria actuación judicial alguna. Dada la naturaleza personalísima del derecho a la pensión por desequilibrio, éste no se integra en la herencia, sino que se extingue por la muerte del beneficiario. Se trata de un supuesto con efecto extintivo automático, lo que no impide la posibilidad de reclamación de las pensiones devengadas anteriormente (a la muerte del beneficiario) que no hayan sido abonadas.

### 3.2. *Renuncia al derecho a la pensión*

Aunque no se prevea expresamente, al tratarse de un derecho dispositivo, cabe la renuncia anticipada (antes de la fijación de la pensión) o posterior, es decir, una vez establecida esta por convenio regulador o por sentencia judicial<sup>48</sup>. La renuncia del beneficiario a la prestación extingue ésta, siempre que no exista abuso de derecho y no perjudique a terceros (ex. art. 7 CC).

### 3.3. *Acuerdo entre los excónyuges para sustituir la pensión o declararla extinguida*

Como se trata de un derecho dispositivo entre las partes, estas pueden acordar con posterioridad la extinción de la misma, su reducción, o incluso su conmutación por una prestación única y no periódica. En cualquier caso, el acuerdo novatorio tendría efecto modificativo o extintivo sobre la pensión previamente concedida o acordada.

### 3.4. *Relación y coherencia entre sucesivos procedimientos matrimoniales*

Entre la sentencia de separación y el divorcio, o entre el divorcio y

<sup>48</sup> Incluso la doctrina distingue entre la renuncia a la pensión una vez que dicho derecho ya ha nacido, y la renuncia previa a que se den los requisitos, que puede realizarse incluso antes de que exista la crisis de pareja. Vid: M.L. MORENO-TORRES HERRERA, *La pensión compensatoria*, en J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Marcial Pons, 2007, pp. 127 y ss., particularmente p. 213.



la declaración de nulidad canónica debe existir una coherencia en las medidas adoptadas, y solicitar que se mantenga la pensión si sigue dándose el desequilibrio patrimonial entre los excónyuges.

1º.- En relación con el divorcio, se puede producir la extinción de la pensión por no acordarse ésta en el procedimiento de divorcio aunque se hubiese fijado previamente en la sentencia de separación, porque las medidas del divorcio sustituyen íntegramente a las previstas en la sentencia de separación. En este sentido y como señala la STS de 23 de noviembre de 2011 (ROJ: STS 7666/2011, ECLI:ES:TS:2011:7666),

el divorcio es distinto de la separación y por ello pueden replantearse todas las medidas tomadas en la primera, entre ellas, la de la pensión compensatoria”. “El divorcio constituye una nueva y distinta solución que será definitiva desde el momento de la firmeza de la sentencia, que en este aspecto, es constitutiva y por ello, todos sus efectos se van a producir desde la firmeza de la sentencia de divorcio (STS 106/2010, de 17 marzo y las allí citadas, entre otras)”<sup>49</sup>. “La ley ha previsto un procedimiento de modificación de medidas para los casos en que la situación de base que ha solucionado la crisis matrimonial no haya cambiado; por ello, con mayor razón, puede plantearse una modificación en el procedimiento de divorcio, puesto que se trata de una nueva situación que exigirá nuevas soluciones.

2º.- Lo mismo ocurre en la relación entre la previa sentencia de divorcio y la posterior resolución homologando la decisión del Tribunal Eclesiástico sobre nulidad matrimonial<sup>50</sup>: En este caso, y como señala la STS de 28 de abril de 2015 (ROJ: STS 1697/2015, ECLI:ES:TS:2015:1697) la pensión compensatoria fijada en la sentencia de divorcio debe respetarse mientras no se produzca un cambio en las circunstancias. En el mencionado caso, el Auto que reconocía la eficacia civil a la Resolución eclesial, daba por cierto que la no solicitud de medidas obedecía a la existencia y vigencia de las que se acordaron en la Sentencia de divorcio. Dicha resolución devino firme al haber aceptado el actor la vigencia y eficacia de las medidas acordadas en la Sentencia de divorcio por lo que cualquier modificación sólo vendrá justificada por la existencia de un cambio sustancial posterior de las circunstancias.

<sup>49</sup> Vid el FJ 5º de la Sentencia.

<sup>50</sup> Para un estudio jurisprudencial más completo sobre el particular, vid.: HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA, *Estudio crítico de la pensión compensatoria*, cit., pp. 122-130.

Por lo tanto, podemos concluir que: si primero se solicita la separación de los cónyuges y posteriormente el divorcio, es necesario reiterar en la sentencia de divorcio el reconocimiento de la pensión compensatoria. Como desde la reforma del divorcio en 2005 (ley 5/2005 de 8 de julio) no es necesario acudir a la separación como paso previo para el divorcio esta prevención no será operativa si los cónyuges inician directamente una acción de divorcio.

En cambio, si con posterioridad al divorcio los excónyuges tramitan la nulidad canónica, es posible hacer constar allí, sin más, el mantenimiento de la pensión reconocida en el proceso de divorcio. No se extingue la pensión por la convalidación de la sentencia canónica de nulidad matrimonial tras el divorcio. Lo que obviamente no obsta para solicitar su reducción o extinción si se produce una alteración sustantiva de las circunstancias que hagan disminuir o desaparecer el desequilibrio entre los cónyuges.

3º.- Si los cónyuges han pactado en convenio regulador el reconocimiento de la pensión compensatoria, habrá que estar al contenido de dicho acuerdo, y especialmente cuál sea el valor vinculante de dicho acuerdo, y verificar si la sentencia de divorcio es coherente con dicho acuerdo y lo recoge. En este sentido, como señala la SAP Pontevedra (Sección 6ª) de 30 de enero de 2020 (ROJ: SAP PO 233/2020, ECLI:ES:APPO:2020:233):

desde la perspectiva del art. 101 CC puede afirmarse con carácter general que el reconocimiento del derecho a pensión en juicio matrimonial anterior no constituye óbice para declarar su extinción en posterior procedimiento de considerarse acreditado el supuesto de hecho normativo a que se refiere dicho precepto, esto es, el cese de la situación de desequilibrio que fue causa de su reconocimiento (STS de 23 de enero de 2012), pero que, no obstante ello, cuando la pensión por desequilibrio se haya fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador, lo relevante para dilucidar la cuestión de su posible extinción sobrevenida es el valor vinculante de lo acordado pues constituye también jurisprudencia de la Sala del Alto Tribunal que, en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, regido por el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración, queda a facultad de los cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a ese respecto, y todo ello sin perjuicio de que también se admita la posibilidad de que los cónyuges contemplen

derechos económicos a favor de uno de los esposos que resulten independientes de que concurran o no los requisitos para la pensión compensatoria, pues la Sala ha considerado que se trata de pactos válidos que no tienen limitado su objeto y que sirven para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios (SSTS de 20 de abril de 2011 y 31 de marzo de 2011). Afirma el Alto Tribunal que el convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos (STS de 4 noviembre de 2011), por lo que lo relevante para dilucidar la controversia es comprobar si la decisión adoptada por la Sentencia se compadece con el completo acuerdo de las partes en esta materia.

### 3.5. Prescripción de la obligación

Aun pudiendo distinguir como supuestos diferentes la prescripción de las mensualidades vencidas, y del propio derecho a la pensión.

Para las pensiones atrasadas y no abonadas, el plazo de prescripción, de conformidad con el art. 1966.3 CC, sería de cinco años, desde el impago de cada una de las mensualidades no abonadas.

Para la prescripción del propio derecho a la pensión, al tratarse de un derecho personal, el plazo sería igualmente de cinco años, por aplicación del art. 1964.2 CC. La doctrina discute sobre cuál sería el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción, si la fecha de la sentencia firme (conforme al art. 1971 CC)<sup>51</sup>, o bien la fecha de la producción del desequilibrio<sup>52</sup>. En mi opinión, es preferible adoptar como fecha de inicio la del reconocimiento del derecho, sea en sentencia firme (1971 CC) o en convenio entre las partes (sea firmado ante notario, o ante el letrado de la administración de justicia).

<sup>51</sup> En este sentido, J. MONTERO AROCA, *La pensión compensatoria en la separación y el divorcio: la aplicación práctica de los arts. 97, 99, 100 y 101 del CC*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002, pp. 256-257. También E. GONZÁLEZ POVEDA, *Pensión compensatoria temporal*, en AA.VV., *Diez años de abogados de familia*, curr. C. De Andrés Irazazábal, G. Hernández Catalán, Wolters Kluwer, 2003, pp. 21 y ss.

<sup>52</sup> Solución postulada por E. ROCA I TRIAS, *El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad*, en J. VILLADRICH BATALLER, *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, pp. 175 y ss., esp. p. 258.

### 3.6. *Por las causas previstas en el convenio acordado entre las partes*

Los cónyuges pueden haber pactado tanto en un pacto pre-ruptura previo a la celebración del matrimonio o previo al divorcio<sup>53</sup>, como en el convenio regulador, los pactos válidos que consideren de interés para complementar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones o divorcios<sup>54</sup>. Incluso pueden acordar plazos (iniciales o finales) o condiciones aplicables al mismo que podrían determinar otras causas de extinción o reducir la aplicabilidad de algunas de las causas de extinción, simplemente por su omisión en el negocio jurídico, cuando se incluyen otras. Cuando en el convenio regulador se fijan las causas de extinción de la pensión compensatoria, son éstas las que se aplicarán, puesto que la pensión es un derecho disponible y las partes han acordado los términos en que debe mantenerse o extinguirse. En este sentido, véanse las recientes SSTs de 21 de febrero (RJ 2022/1043 ECLI: ES: TS:2022:696) y de 30 de mayo de 2022 (RJ 2022/2830; ECLI:ES:TS:2022:2176). En la primera de ellas, no se incluyó entre las causas de extinción la convivencia marital, y en la segunda la fijación con carácter vitalicio de la pensión, con previsión de que su extinción quedaba condicionada a que la demandada «conviva maritalmente con otra persona, contraiga nuevo matrimonio, o bien tenga un trabajo por cuenta propia o ajena, cuya retribución sea superior a 1500 euros mensuales brutos, sin incluir pagas extras», ninguno de cuyos supuestos había sido declarado probado por la Audiencia.

Dado que se trata de negocios jurídicos de derecho de familia, como ha señalado la ya citada SAP Pontevedra (Sección 6<sup>a</sup>) de 30 enero de 2020 (ROJ: SAP PO 233/2020, ECLI:ES:APPO:2020:233), recogiendo doctrina sentada por el TS, “queda a facultad de los cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a ese respecto, y todo ello sin perjuicio de que también se admita la posibilidad de que los cón-

<sup>53</sup> Estos pactos pueden revestir distintas formas y finalidades, como por ejemplo desde un acuerdo prematrimonial, a pactos amistosos en caso de ruptura de pareja, pactos en previsión de ruptura matrimonial y/o en previsión del cese de la convivencia, acuerdo de mediación, etc. Sobre la distinción de estas figuras, puede verse M. CASTELLS I MARQUÉS, *Pactos amistosos en caso de ruptura de pareja*, Reus, Madrid 2017, pp. 148 y ss.

<sup>54</sup> Resulta muy clarificador el estudio que realiza Hernández Díaz Ambrona sobre la influencia de la autonomía de la voluntad de las partes en la pensión compensatoria. Vid.: HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA, *Estudio crítico de la pensión compensatoria*, cit., pp. 9-70.

yuges contemplan derechos económicos a favor de uno de los esposos que resulten independientes de que concurran o no los requisitos para la pensión compensatoria, pues la Sala ha considerado que se trata de pactos válidos que no tienen limitado su objeto y que sirven para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios (SSTS de 20 de abril de 2011 y 31 de marzo de 2011)”. Así, por ejemplo, en el supuesto estudiado por esta SAP Pontevedra, las partes pactaron una pensión compensatoria a partir de la edad de jubilación de la exesposa, con independencia de cuál fuera entonces su situación patrimonial<sup>55</sup>.

Estos pactos pueden prever otras causas de extinción de la pensión compensatoria, ya sea por un límite temporal, por la concurrencia de otras condiciones pactadas, etc. En cualquier caso, la existencia de un convenio regulador no impedirá su posterior modificación si se diera una alteración sustancial y permanente del desequilibrio, o cualquiera de los supuestos extintivos legales que hemos estudiado (siempre que no hubieran sido excluidos).

<sup>55</sup> Manifiesta la SAP Pontevedra (Sección 6ª) de 30 enero de 2020 (ROJ: SAP PO 233/2020, ECLI:ES:APPO:2020:233) que: «Como quiera que la Sra. Asunción lleva muy poco tiempo cotizando a la Seguridad Social la paga que en un futuro le corresponderá no cubrirá los gastos mínimos necesarios para su manutención teniendo en cuenta además que carece de vivienda propia”, con lo cual, pactaron que, a partir de la jubilación de la misma (lo que acontecería en el año 2010), ante el desequilibrio derivado de la ruptura en perjuicio de la esposa, el Señor Victoriano le abonaría en concepto de pensión compensatoria la suma de 300 euros mensuales; por lo tanto, el hecho de que la misma en la actualidad perciba una pensión en importe de 636,10 euros mensuales, no determina alteración alguna a considerar a los efectos pretendidos, pues los esposos ya tuvieron en cuenta tal circunstancia al suscribir el convenio regulador de la separación y no obstante ello consideraron que se produciría situación de desequilibrio en perjuicio de la esposa, en atención a lo cual, y dado, además, que era el esposo el que, en virtud de lo acordado, quedaba en el uso y disfrute del domicilio conyugal, estipularon que el Señor Victoriano abonaría a la Señora Asunción, a partir de su jubilación, la suma de 300 euros mensuales en concepto de pensión compensatoria, no habiendo alegado el recurrente, ni menos aún probado, cuál fuese la situación laboral y económica del mismo concurrente en aquel entonces, lo que impide llevar a cabo el preceptivo y necesario juicio comparativo para poder determinar si concurre o no una alteración en la fortuna del mismo que permita modificar la medida en el sentido que pretende, esto es, en el de declarar procedente la extinción del derecho compensatorio que en su día, insistimos, libre y voluntariamente, en consideración al desequilibrio que se consideró se produciría en perjuicio de la esposa, se obligó a asumir en favor de esta».

### 3.7. *Por las causas de extinción generales de las obligaciones*

Aunque no se indique expresamente, es obvio que tratándose de una obligación de carácter personal, la prestación de pensión compensatoria puede extinguirse igualmente por las causas generales de extinción de las obligaciones (art. 1156 CC).

## 4. *Cuestiones procesales: procedimiento y momento en que se produce la extinción de la pensión compensatoria*

### 4.1. *Procedimiento*

1º.- Las causas previstas en el art. 101 CC no producen automáticamente la reducción o extinción de la pensión, sino que debe ser solicitada judicialmente por el deudor en un procedimiento de modificación de medidas. Ello responde a los principios dispositivo y de rogación a los que está sujeto el establecimiento, modificación o extinción de la pensión compensatoria.

En cuanto al procedimiento, puede solicitarse en el procedimiento de divorcio (tras la separación) (SSTS de 23 de enero 2012 (ROJ: STS 234/2012 –ECLI: ES: TS:2012:234), o 10 de diciembre 2012 (ROJ: STS 8539/2012, ECLI:ES:TS:2012:8539) o en el procedimiento de modificación de medidas (STS 20 de junio 2013 –ROJ: STS 3346/2013, ECLI:ES:TS:2013:3346-), tal como dispone el art. 775.1 LEC.

2º.- En cuanto a las causas no mencionadas en el art. 101, en principio requieren igualmente la actuación del interesado, en tanto que justicia rogada, salvo en el caso del fallecimiento del acreedor de la pensión, que opera como causa automática al tratarse de un derecho de crédito personalísimo. Así:

- La renuncia requiere un acto de la parte acreedora.
- El acuerdo novatorio entre los excónyuges requiere la participación de ambos.
- En cuanto a la solicitud de mantener o extinguir la pensión en un procedimiento judicial posterior, debe instarlo el deudor (para la reducción o extinción de la misma).
- Para hacer valer la prescripción, ésta debe ser alegada por la parte interesada, esto es el deudor de la prestación.

- Y lo mismo cabe decir de las causas de extinción de las obligaciones en general, salvo la compensación que opera automáticamente y *ope legis*.

#### 4.2. *Momento en que se produce la extinción de la pensión compensatoria*

Salvo en el caso de fallecimiento de la persona acreedora de la pensión, en que se extingue el día de la defunción, en todos los demás supuestos y especialmente en los previstos en el art. 101 CC, la pensión se extingue con la resolución judicial que pone fin a la misma y por lo tanto, en la fecha de dicha sentencia<sup>56</sup>.

Sólo excepcionalmente<sup>57</sup> cabría, como hemos visto en las causas de convivencia marital y de celebración de nuevo matrimonio de la persona acreedora de la pensión, que, atendiendo a las circunstancias, y las pruebas acreditadas (o a la fecha de celebración del matrimonio),

<sup>56</sup> Así por ejemplo, en la STS de 4 de abril 2018 (ROJ: STS 1166/2018, ECLI:ES:TS:2018:1166): En su sustrato fáctico, se reconoció en el convenio aprobado a la esposa el derecho a una pensión compensatoria de 180 euros, conviniéndose que dejaría de abonarse en el momento en que encontrase un trabajo a jornada completa, reduciéndose la misma si lo era a jornada parcial.

Como quiera que la sentencia dio por probado que la esposa lleva trabajando con carácter estable a jornada completa y por tiempo indefinido, percibiendo un salario de 1400 euros mensuales, extingue la pensión con efectos desde la sentencia de apelación.

Ocurre, sin embargo, que la sentencia recurrida ha remitido extinción al momento en que se produce, es decir, a la sentencia de apelación, conforme a la sentencia de esta sala de 16 de noviembre de 2016, y que la parte recurrente nunca solicitó en su escrito de demanda ni en apelación que estos efectos se retrotrajeran a una fecha distinta de la que establece la sentencia, a pesar de insinuar en su demanda que la demandada “lleva años trabajando”, propiciando la necesaria contradicción sobre estos hechos y la aplicación normativa consiguiente, como la que se menciona en el recurso, especialmente referida a la naturaleza e interpretación del convenio regulador, y que en ningún caso se vulnera pues no se ha tenido en cuenta en la sentencia; extremos, por tanto, que quedaron fuera de la razón decisoria de la sentencia de la segunda instancia, sin que puedan en este momento servir para procurar una solución jurídica distinta en una materia, como es la pensión compensatoria, que tanto en su establecimiento como en su modificación o extinción está sujeta a los principios dispositivo y de rogación.

<sup>57</sup> Ejemplo de ello es la SAP Asturias (Sección 7ª) de 22 de mayo 2020 (ROJ: SAP O 2408/2020, ECLI:ES:APO:2020:2408) en el que se reconoció la extinción con efecto retroactivo al momento anterior a la interposición judicial en que se había probado la existencia ya de convivencia.

se pudiese atribuir un cierto carácter retroactivo<sup>58</sup> a la sentencia que declara la extinción de la pensión compensatoria, y ello, siempre que así hubiese sido solicitado por el demandante.

<sup>58</sup> En la ya citada STS 23 de noviembre 2011 (ROJ: STS 7666/2011, ECLI:ES:TS:2011:7666), en la que el marido conocía la convivencia marital de su mujer al tiempo de la interposición de la demanda de separación, pero no insta la modificación de las medidas para que se extinga la pensión, sino que la solicita en el posterior procedimiento de divorcio. Por ello, manifiesta el Alto Tribunal que: «En el presente supuesto, no es posible estimar el recurso de casación en el que se pretende que la extinción de la pensión se produzca con efectos retroactivos al momento en que concurrió la causa, es decir, antes de la sentencia de separación, porque:

1º El recurrente la conocía en el momento de la demanda de separación y a pesar de ello, la consintió y no planteó posteriormente un procedimiento de modificación de medidas, para pedir su extinción durante el periodo durante el que se mantuvo la separación. Por tanto, existió conformidad mientras se mantuvo la separación.

2º La nueva situación creada por el divorcio permite la extinción de la pensión por concurrencia de una causa probada, pero ello no será efectivo desde el momento de la concurrencia de la causa como pretende el recurrente, sino desde la sentencia que acuerda el divorcio» (FJ 6).