

**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Revista del Poder Judicial nº 69. Primer trimestre 2003**

**Cabezuelo Arenas, Ana Laura**

Doctora en Derecho. Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

**LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y EL TRATAMIENTO DEL FRAUDE EN EL ÁMBITO DE LA  
PENSIÓN COMPENSATORIA**

Estudios

Serie: *Derecho Privado*

**VOCES:** PENSION COMPENSATORIA. PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL. FRAUDE.  
JURISPRUDENCIA.

**ÍNDICE**

- I. Introducción
- II. Conductas desarrolladas por parte del obligado al pago
  - 1. La ocultación de ingresos
  - 2. La homologación de sentencias canónicas de nulidad como posible vía para eximirse del pago de pensiones establecidas en sentencias de separación y divorcio
- III. Conductas fraudulentas protagonizadas por el beneficiario de la pensión
  - 1. Trabajo en economía sumergida y ocultación de ingresos en general
  - 2. El recurso a la pensión alimentaria de los hijos
  - 3. La ocultación de la convivencia marital con tercero por parte del beneficiario de la pensión
- IV. La complicidad en el fraude de ambos cónyuges
  - 1. Las daciones en pago al amparo del artículo 99 CC
  - 2. La pensión alimentaria satisfecha a los hijos al servicio del fraude común
- IV. Bibliografía

**TEXTO**

**I. INTRODUCCIÓN**

Regulada en el artículo 97 CC, la denominada pensión compensatoria se configura como la prestación que ha de satisfacer uno de los cónyuges al otro, tras la separación o el divorcio, para compensarle por el

desequilibrio económico que haya experimentado tras la crisis conyugal.

Suele ser éste uno de los terrenos en los que el fraude se desenvuelve con mayor frecuencia. Las situaciones de crisis conyugal constituyen un excelente campo de cultivo para la materialización de conductas en las que los implicados no tendrán reparo alguno en falsear su verdadera situación patrimonial, a fin de vedar el reconocimiento de ventajas económicas que puedan asistir a la otra parte, o perpetuar indebidamente la obligación que pesa sobre uno de ellos, según los casos.

El fraude, como veremos, puede desenvolverse en diversos planos y momentos, gozando, pues, de trascendencia en el ámbito de los artículos 97, 100 y 101 CC, según provenga esta actitud del deudor de la pensión o de su beneficiario, respectivamente. Ora ocultando ingresos al Juzgador para negar la existencia misma del desequilibrio por parte de quien se perfila como el deudor de la prestación, ora incurriendo en esta misma conducta quien ha visto reconocido a su favor este derecho tiempo atrás, con vista a prolongar indebidamente su percepción e impedir que pueda operarse cualquier modificación sobre la misma (reducción de la cuantía o incluso extinción cuando las circunstancias sobrevenidas, que se encubren maliciosamente, así lo demanden. Artículos 100 y 101 CC).

Desde luego, aunque este proceder pueda parecer censurable, no deja de ser comprensible que, estallada la ruptura de la convivencia, asistamos a comportamientos como los que acaban de ser descritos. Cada cual pasará a defender sus intereses en el plano patrimonial más allá incluso de lo que pudiera reputarse recto, desde un punto de vista moral y jurídico, marcándose como meta la obtención del máximo provecho de esta nueva situación que se presenta ante ellos, aún a costa de engañar a quien fue su compañero.

Y decimos que resulta comprensible, porque la pensión del artículo 97 CC presenta entre sus características definitorias hallarse desconectada del elemento de la culpa, de tal modo que su reconocimiento podría operar perfectamente en favor del cónyuge al que fueran imputables las causas por las que se concede la separación.

Es bien sabido que en la actualidad, los Tribunales españoles suelen decantarse por la concesión de esta última medida aplicando la doctrina del «cese de la  *affectio maritalis*», (1) lo que supone una actitud moderna por parte de nuestros Jueces ante un Derecho de Familia que comienza a acusar el paso del tiempo y que demanda, sin demora, la práctica de una reforma (2). Tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre el particular en otro estudio, en el que nos hacíamos eco de cómo la labor interpretativa desempeñada por los Jueces en este sentido ha representado una inyección de vitalidad para evitar que la norma haya de quedar obsoleta (3). En resumen, lo que suele resaltar la Jurisprudencia es que, siendo patente el grave distanciamiento experimentado entre los cónyuges, y la erosión de las relaciones matrimoniales, se impone remediar la situación creada entre ellos concediendo la separación, y no entrando en valoraciones acerca de quien es el responsable último de aquéllas. Como decíamos entonces, «Se trata de una actitud más propia de épocas ya superadas, que de un enfoque actual de la relación matrimonial, desde el que se impone aceptar el fracaso y reemprender el camino una vez asumido aquél» (4).

Buena prueba de que esta labor judicial ha calado hondo en la mentalidad del legislador, es que se aboga por la incorporación, ya de forma clara, de la tesis de la  *affectio*, que no hallaría cabida como hasta ahora en una lectura más o menos forzada del artículo 82.1 CC, ligada al incumplimiento de los deberes conyugales, sino que tendría una consagración literal en nuestro Código Civil. La Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto prevé así una nueva redacción para el artículo 81 CC considerando que procedería decretar judicialmente la separación, a petición de uno de los cónyuges «cuando haya desaparición del afecto conyugal. En todo caso, -expresa esta nueva redacción- se entenderá acreditada la desaparición del afecto conyugal por la mera interposición de la demanda en la que se alegue ésta como causa de solicitud». Igualmente, se prevé que haya de funcionar como causa de divorcio en el nuevo texto que se propone del artículo 86 CC (5).

Queremos decir con ello, que la labor de la Jurisprudencia Menor se orienta hacia una superación de la noción de la «culpa» en las situaciones de crisis matrimonial, de manera que la separación haya de concederse cuando sea más que evidente que marido y mujer han llegado a un estado irreversible de desafección y falta de respeto mutuos en el que la prolongación de la convivencia no resulta viable. Se renuncia, con ello, a entrar en una ardua investigación acerca de quién es el «culpable» de la escisión que se crea entre dos personas que han convivido durante un tiempo, de la quiebra profunda de un modelo de vida. Pero lo cierto es que, hoy por hoy, a pesar de los loables esfuerzos de las Audiencias, no podemos ignorar que en la letra de la ley, aún perviven ciertos vestigios del sistema culpabilista y su desconocimiento, como denunciarnos en su día, acarrea al Juzgador no serios problemas de índole tanto procesal como sustantiva. La SAP de Baleares de 26 de octubre de 1998 (AC 1998,9060) resume la postura desfavorable de esta Audiencia, cifrada en que la concesión de la separación por quiebra de affectio altera la causa de pedir y entraña incongruencia pues, solicitada la separación por una causa (infidelidad en este caso), no procede su concesión por otra distinta (quiebra de affectio). Se subrayaría al respecto que en algunos terrenos, la imputación de ciertas conductas a uno de los cónyuges constitutivas de la causa de separación puede desplegar consecuencias negativas para éste, con lo que debe mantenerse la letra de la Ley y resolver conforme a lo que ha sido pedido. La causa que se alega para obtener la separación, en efecto, puede no resultar intrascendente a efectos sustantivos: el cónyuge «culpable» tiene un tratamiento peculiar en materia de revocación propter nuptias (art. 1.343 CC) y también en lo que concierne a los derechos sucesorios (art. 834 CC).

Más todos estos matices, insistimos, resultan intrascendentes en lo que concierne al reconocimiento de la pensión, que se hace depender exclusivamente del factor objetivo del desequilibrio. Beneficiario y deudor conocen que nos hallamos ante una suma que depende de un factor objetivo: la producción de un desequilibrio económico. Y que experimentado éste por uno de los consortes, y hallando su razón de ser en el matrimonio, las conductas censurables que hubieran protagonizado y que ahora motivan el distanciamiento no podrán vedarle su reconocimiento. No obstante, el odio o la venganza pueden inspirar, sin duda, ciertas actitudes o reacciones hacia quien ha dejado de ser nuestro esposo, o hacia quien nos hizo sufrir en el plano personal y no nos merece ahora tantas consideraciones.

El reconocimiento de la pensión en favor del cónyuge «culpable» de la crisis, sería objeto inicialmente de ciertas críticas por parte de la doctrina (6), por generar situaciones de endeudamiento difíciles de asimilar: pensemos en la mujer que habría de mantener, acaso indefinidamente, con la pensión al marido que le martirizó durante años sin piedad, por afectarle a éste el desnivel económico tras la separación. Desde el punto de vista técnico jurídico, si hay desequilibrio, hay derecho a la percepción. Desde una perspectiva moral, es duro aceptar que la víctima haya de sustentar a su verdugo.

Todas estas reflexiones nos sirven para comprender el escenario en el que tendrán lugar muchos comportamientos fraudulentos que describiremos. Aclarado, pues, que el cónyuge al que le sean imputables las causas de la separación puede resultar acreedor de una pensión sustanciosa y, acaso indefinida (7), en el caso de que el desequilibrio sea perpetuo, es obvio que una esposa maltratada y vejada hasta la saciedad, no sentirá excesivos remordimientos al ocultar activos de su patrimonio para reducir las pretensiones económicas de su cónyuge. Como, a la inversa, de resultar aquélla la beneficiaria de la pensión, tampoco tendría reparo alguno en ocultar una relación cuasi matrimonial para mantener la pensión, acaso miserable que le satisface su ofensor. Ilegal, sí, pero comprensible desde un punto de vista humano.

Naturalmente, no siempre son estos los móviles que informan la conducta de los implicados. En otros casos, sin duda los más numerosos, lo que subyace es el deseo de mantener cómodas situaciones de dependencia, que sólo personas de honradez depurada estarían dispuestas a abandonar cuando, transcurrido un tiempo, se les ofrece la oportunidad de contar con sus propios recursos y poner fin a un estado que la Jurisprudencia ha calificado duramente como parasitismo. En justicia, no se debe depender de otra

persona, mermando su economía y limitando las posibilidades de rehacer su vida, cuando somos capaces de desenvolvernos por nosotros mismos.

No obstante, nos sorprenderá comprobar a lo largo de este estudio, que no siempre las posiciones entre marido y mujer se hallarán encontradas. En ocasiones, la pensión consagrada en el artículo 97 CC puede funcionar perfectamente a modo de vehículo para el fraude, al servicio de fines comunes a ambos esposos. Ambos, marido y mujer, serán cómplices -y no víctimas enfrentadas el uno al otro- que aunarán esfuerzos para burlar los legítimos derechos de terceras personas: la dación en pago que se perfila en el artículo 99 CC constituye, como veremos, un valioso instrumento que se puede orientar a tal fin.

## II. CONDUCTAS DESARROLLADAS POR PARTE DEL OBLIGADO AL PAGO

### 1. La ocultación de ingresos

El fraude por excelencia se encuentra representado por la ocultación de ingresos, la cual puede discurrir en el momento inicial o manifestarse con posterioridad, esto es, cuando ya se ha reconocido el derecho a la pensión.

Como bien observa CAMPUZANO TOMÉ (8) la conducta fraudulenta pueden observarla ambos implicados, «tanto por parte del deudor de la pensión que, al objeto de extinguir su obligación, puede simular una obligación patrimonial que aparentemente haga desaparecer el desequilibrio entre su posición y la del acreedor, como por parte de éste, que con su actitud pasiva puede contribuir a mantener deliberadamente a mantener la situación de desequilibrio».

Lógicamente, la finalidad que se persigue al ocultar fuentes de ingresos en el momento en el que se produce la separación o el divorcio no es otra que la de propiciar un acercamiento entre las posiciones de ambos cónyuges, falseando la situación económica en la que quedan ambos. De manera que quien se perfila como potencial deudor de la pensión se hallará interesado en mostrar un status económico que, comparado con el demandante de aquélla, no haya de arrojar una diferencia abismal, con vistas a restar importancia a la cantidad que finalmente se reconozca en favor de este último por este concepto o, en el mejor de los casos, con el propósito de reducir a la nada su pretensión.

Tengamos presente que la concesión de la pensión no opera de modo automático. Lejos de presumirse, el desequilibrio habrá de ser alegado y probado por quien desee acceder a la prestación regulada en el artículo 97 CC. De donde recae sobre aquél la carga de demostrar que la situación en que queda tras la ruptura de la convivencia es peor que la disfrutada en el matrimonio y que, además, su posición es inferior respecto a la del otro cónyuge. Prueba que, evidentemente, se verá obstaculizada cuando el obligado oculte elementos de su activo, o incremente artificialmente el pasivo y propicie, de este modo, un acercamiento entre ambas posiciones, restando credibilidad a las alegaciones del actor.

Como es obvio, los Tribunales potencian el valor de los signos externos de riqueza frente al que puedan presentar las declaraciones tributarias del deudor. La documentación que éste adjunta sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, decae cuando existen evidencias de que los ingresos percibidos son muy superiores a los declarados, ya que ciertos gastos no podrían ser afrontados a costa de lo que se refleja en los documentos que se aportan al proceso. A este respecto, ha declarado la SAP de Vitoria de 7 de julio de 1992 que «No constituye prueba la declaración de IRPF, si no guarda relación con pruebas de otros hechos, como el costo de las vacaciones familiares, alto nivel del colegio de los hijos, pagos por educación y ocio, pudiendo el juzgador en base a estos signos externos realizar un juicio de valor asentado sobre las presunciones». Se abre el camino, así, a la prueba indiciaria, único recurso para combatir, como denuncia la SAP de Navarra de 6 de Noviembre de 1998 (AC, 1998,2538), la «falta de claridad» deliberadamente provocada por esposos que no cuentan con ingresos regulares (9). En resumen, a la hora de

proceder a la determinación del montante de la pensión, no sólo se debe partir de los ingresos declarados por aquél sobre el que debe pesar la obligación de pago, sino también de los ingresos presumidos. La SAP de Alicante de 6 de marzo de 1996 (AC 1996, 469) mantiene la pensión a favor de la esposa, y declara que no sólo no puede cuestionarse su procedencia, sino tampoco su cuantía, toda vez «la condición de empresario del obligado a satisfacerla, (...) no hace creíble, dado su carácter de administrador único, que los únicos ingresos con que cuenta procedan del salario que él mismo se consigna y habida cuenta del criterio de las Audiencias Provinciales (por todas, Sentencia de la de Madrid de 15 septiembre 1991) de que la cuantía de las pensiones debe fijarse no sólo en atención a los ingresos acreditados sino a los ingresos presumidos por el patrimonio existente y los gastos fijos probados.» (FD Segundo).

Tengamos presente, además, que las cantidades a satisfacer no siempre son insignificantes: en la SAP de Cáceres de 18 de septiembre de 2000 (AC 2000, 300458) la pensión ascendía a 400.000 pesetas, mas los esfuerzos por disfrazar la opulencia resultarían vanos pues, como se especifica respecto al deudor «El patrimonio de su persona y su capacidad económica también puede determinarse por los signos externos de riqueza».Y así, alguien capaz de mantener dos viviendas, una de ellas en el lugar más cotizado del núcleo urbano y la segunda un chalet de recreo, y que posee un automóvil de lujo e inscribe a sus hijos en el colegio más caro de la ciudad, difícilmente puede mantener este status con unos ingresos mensuales de 185.000 pesetas.

Podemos consultar, entre otras, la SAP de León de 18 de junio de 2002 (JUR 2002, 212020), en la que se estimaría el recurso interpuesto por la beneficiaria de la pensión en orden a obtener un aumento de la misma, dada la ocultación de ingresos que cabía apreciar por parte del marido-obligado, que tan sólo declaraba percibir una nómina de 195.000 pesetas a pesar de haber adquirido dos automóviles de gama alta y ser socio administrador de una empresa con actividad profesional de consideración.

De igual modo, la SAP de Pontevedra de 20 de mayo de 2002 (JUR 199455) hace patente que el volumen de ingresos que se declara no guarda correspondencia con el nivel de gastos que se sostiene. El deudor defendía que las tres cuentas corrientes cuya titularidad ostentaba respondían a préstamos que habían de ser amortizados por él. Extremo que niega el Tribunal sobre la base de que es imposible proceder a la amortización de cantidades como las que resultan de dichas cuentas con los ingresos que declara el demandado, y afrontar además el pago de otros conceptos, como el alquiler -probado- de un inmueble, su propia manutención y la pensión alimentaria que ofrecía para su hijo.

Existen igualmente gastos que son ya no sólo desproporcionados, sino absurdos, en un determinado contexto, como la inversión en costosas vacaciones estivales cuando se va a sufrir una ejecución hipotecaria, lo que evidencia que se poseen recursos para hacer frente a una obligación de pago de la pensión de la que su deudor pretende sustraerse (SAP de Córdoba de 26 de diciembre de 2000).

En casos extremos, las conductas en que incurre el deudor que se niega a satisfacer la pensión pueden adquirir relevancia desde el punto de vista penal. Destacamos así la SAP de Madrid de 8 de julio de 2002 (RJ 2002, 7646) en que se nos descubre un caso de insolvencia punible, al solicitar el ex esposo voluntariamente la baja en la empresa en la que prestaba sus servicios, con vistas a colocarse en una situación que le impidiera cumplir el deber que sobre él pesaba, tras la sentencia de divorcio, de satisfacer tanto la pensión compensatoria que se había asignado a su mujer, como las pensiones alimenticias de sus hijos. Como se expresa en la sentencia, la solicitud de baja voluntaria cercena cualquier intento por parte de los acreedores de reclamar el pago de las pensiones atrasadas, desde el momento en que no se percibe sueldo alguno sobre el que pueda recaer el embargo, y tampoco se tiene derecho a una percepción por desempleo, puesto que tácitamente ello implicó una renuncia a esta última.

La Jurisprudencia ha declarado además, frente a las alegaciones de los deudores incumplidores, que cuando se tipifica penalmente el impago de las pensiones establecidas en sentencias de separación y divorcio, no se está instaurando una solución que haya de recordar a la antigua «prisión por deudas» y que

para acudir a la vía penal no es necesario haber agotado las reclamaciones en la civil. Deben ser destacadas las declaraciones contenidas al respecto en la SAP de Córdoba de 26 de diciembre de 2000 (AC 2001, 80962) en cuyo Quinto Fundamento de Derecho se aclara al respecto que «con este delito no se persigue que el perceptor de la pensión familiar la cobre, para lo que es factible y más propia la jurisdicción civil, sino castigar el disvalor que supone dejar de pagar, «pudiendo hacerlo», pensiones con una finalidad de tanta protección social, cual es, el bienestar y atención primaria de la familia».

2. La homologación de sentencias canónicas de nulidad como posible vía para eximirse del pago de pensiones establecidas en sentencias de separación y divorcio

La obligación que pesa sobre uno de los esposos de satisfacer la pensión tras la separación o el divorcio se constituye en una pesada carga de la que puede intentar liberarse acudiendo a recursos procesales.

De nada servirá que el pago de la misma se haya afrontado como consecuencia del consenso, pactándose la suma en el convenio regulador. Cuando estamos ante pensiones indefinidas, son muchos los que solicitan tras el divorcio la nulidad matrimonial con la esperanza de que el reconocimiento de que jamás existió entre ellos vínculo alguno despoje de fundamento a cualquier pretensión de continuar exigiendo una prestación que se prolonga sine die.

El problema consiste en determinar si el reconocimiento, voluntario o no, del derecho a la pensión, debe considerarse un «efecto ya producido» respecto al cónyuge de buena fe, y por tanto mantenerse. O si, estando ligado a una situación de separación o divorcio, resulta improcedente su conservación, como quiera que la declaración de nulidad presupondría que el matrimonio jamás existió y, por ello, que no se cuenta con un fundamento indispensable para seguir exigiendo esa suma: hallarnos en presencia de un matrimonio válido. De optar por esto último, obviamente, la finalidad perseguida por el que demanda la nulidad ante los Tribunales eclesiásticos se vería plenamente satisfecha, pues en numerosas ocasiones los verdaderos motivos que inspiran esta decisión son estrictamente económicos.

La duda se la plantea TORRES LANA, (10) cuando expone que en el caso de nulidad sobrevinida con posterioridad a la separación o al divorcio, «pueden concurrir (...) dos derechos en una misma persona, derivados uno del artículo 97 y el otro del artículo 98. Entiendo -prosigue este autor- que la concurrencia de la titularidad de ambos derechos no lo es de ejercicio. Por tanto, el titular deberá optar por uno u otro. Sólo si opta por el concedido por el artículo 98 se producirá la extinción del nacido -y normalmente ejercitado- ex artículo 97.»

Sin embargo, esta hipótesis que nos dibuja TORRES LANA no suele coincidir con la que en la práctica se suele materializar. Encontramos, pese a todo, casos curiosos, como aquél al que se enfrenta la STS de 5 de marzo de 2001. La sentencia objeto del recurso de casación, dictada por la Audiencia de Málaga, había apreciado abuso de derecho y mala fe en el comportamiento del marido, por haber procedido simultáneamente a ejercitar las acciones de nulidad matrimonial ante los Tribunales eclesiásticos y de divorcio ante la Jurisdicción civil, con vistas a hacer valer los efectos de aquélla que más le conviniese (11). El Tribunal Supremo casaría la Sentencia estimando que la eficacia en el orden civil de las sentencias canónicas de nulidad sólo puede hacerse depender de la autenticidad de la sentencia firme y de su adecuación al Derecho del Estado. «Al margen de estas verificaciones -se aseveraría- el juicio de homologación no debe extenderse a hacer nuevos pronunciamientos que desvirtuarían su naturaleza y excederían del cometido que tiene atribuido por ley. Consecuentemente, ninguna declaración complementaria tenía que realizar la resolución que otorga eficacia civil a la sentencia canónica distintas de las que hizo reconociendo que la sentencia canónica se ajustaba al Derecho del Estado» (12).

Recordemos que para que el derecho a la indemnización llegue a ser consagrado a favor de uno de los cónyuges, se requiere que nos hallemos en presencia de un matrimonio nulo, pero además que éste tenga

la consideración de matrimonio putativo y, afinando más, que sólo uno de los consortes posea buena fe. Puesto que siendo perfectamente posible que la buena fe sea compartida por ambos -el Código Civil en el art. 79 CC reputa putativo a aquel en el que «al menos uno» la posee, luego cabe que los dos la tengan- la indemnización no tiene sentido cuando ambos ignoraron la invalidez del vínculo.

La indemnización del artículo 98 CC sólo puede tener por beneficiario a uno de los cónyuges. Sus presupuestos son existencia de un matrimonio en el que se haya instaurado una convivencia, y la buena fe de quien demanda su percepción.

Se observa, pues, una diferencia esencial entre el régimen de la pensión y el de la indemnización, pues así como la buena fe resulta, junto al requisito de la convivencia, de obligada concurrencia para exigir la medida del artículo 98 CC, a los efectos de exigir la pensión compensatoria, la buena fe se torna absolutamente irrelevante, según quedó expuesto inicialmente, pudiendo el cónyuge culpable reclamar el pago de la misma si se produce el desequilibrio en el orden económico.

LASARTE y VALPUESTA se pronunciaron acerca de las problemáticas relaciones instauradas entre los artículos 98 y 97 CC. Mantuvieron que a pesar de que ambos cónyuges tuvieran buena fe en el momento de contraer matrimonio, y por lo tanto no estuvieran disociados los papeles entre ellos, se podría estimar que el 98 CC desempeñaría una función compensatoria. Dos fueron entonces las razones aducidas.

En primer lugar, porque ello serviría para evitar lo que estos autores denominaron «divorcios subrepticios». Esto es, el recurso a ser declarado cónyuge de buena fe en un proceso de nulidad, tener derecho a indemnización en el mismo y librarse, de paso, de satisfacer una pensión compensatoria al otro cónyuge. Se puede abusar con ello, del «error en las cualidades del otro cónyuge», para provocar dicho resultado, sabedores de que, como exponen LASARTE y VALPUESTA, en el divorcio la culpa no es lo que prevalece, y ello no supone más que una utilización astuta del recurso de la nulidad para servir a un fin puramente económico, como denuncian textualmente (13).

Desde luego. Más, como podrá apreciar el lector, aquí la vía se elige desde un primer momento. Los autores aluden a la hipótesis en que se opta inicialmente por ejercitar la acción de nulidad, y se descarta con ello para siempre el divorcio. El problema real y más frecuente se plantea sin embargo, cuando, recaída sentencia de divorcio, se pretende suprimir uno de sus efectos -el reconocimiento de una pensión compensatoria- aduciendo que la sentencia de una nulidad matrimonial, posteriormente solicitada, ha sido homologada.

En cuanto a la segunda razón esgrimida para justificar que incluso un cónyuge de buena fe pueda quedar obligado al pago de la indemnización del artículo 98 CC en favor de otro, que también actuase de buena fe, defendían estos autores que la referencia que efectúa aquel precepto al artículo 97 CC hay que entenderla predicada respecto al desequilibrio económico. Estimando, en consecuencia que «si éste se ha producido resultaría sumamente injusto exonerar al cónyuge que se ha beneficiado de aquél del pago de la indemnización, aunque contrajera el matrimonio de buena fe (el posible acreedor también lo hizo y no tiene por qué pechar con el desequilibrio económico, caso de producirse) (14).

En esto disentimos, pues otros autores interpretan esta alusión como un simple ofrecimiento por parte del legislador de unos parámetros cuantificadores al servicio del Juez, sin más (15). En otras palabras, no es necesario que se haya producido desequilibrio entre quienes ahora acceden a la nulidad. Y de hecho así se ha defendido finalmente por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2014), de obligada referencia en esta materia, donde se puntualiza literalmente que «La aludida remisión de normas ha de entenderse rectamente en el sentido de que dándose la situación prevista en dicho artículo 98, el 97 sólo incide a efectos de cuantificar la indemnización postmatrimonial de procedencia.»

Igualmente, la mencionada sentencia del Alto Tribunal, defiende que el deudor por excelencia de la indemnización del artículo 98 CC ha de ser el cónyuge de mala fe, procediéndose a una compensación en el caso de que ambos hayan actuado de buena fe. Es decir, ninguna cantidad habrá de mediar en el caso

de que la buena fe sea predicable respecto a ambos, al contrario de lo que habían defendido estos autores. La STS de 10 de marzo de 1992 (RJ 92, 2014) en su FD Tercero, afirmarí­a que: «En estos casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el alegado artículo 98. Ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al artículo 1.195 del Código Civil, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada. En los casos de mala fe de ambos, tampoco ha de aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia.». Remitiéndose a ésta hallamos igualmente la SAP de Sevilla de 10 de febrero de 1993 (AC 93, 167) en la que se explicita que la indemnización requiere «la existencia de buena fe por parte del cónyuge que se estime con derecho a ella y, por último, y aunque no lo diga el precepto, que la buena fe no concorra también en el otro cónyuge».

Aclarado lo anterior, podemos entender que el recurso a la nulidad sólo resultaría «rentable», tras el divorcio, si se nos permite utilizar estos términos, a aquél que tiene la certeza de que los papeles entre ambos cónyuges no se encuentran disociados en la medida en que acabamos de exponer. Bien porque el matrimonio no es putativo (ambos lo contrajeron de mala fe, esto es, medió simulación), bien porque la buena fe es predicable respecto a ambos, con lo que no procede imponer el pago de una cantidad a ninguno de ellos. En ninguno de estos casos se consagraría el derecho de indemnización a favor de un consorte.

El problema es que ésta es una cuestión controvertida en los Tribunales, pues no todos dispensan la misma solución ante el problema que se plantea a la hora de decidir si, recaída sentencia de nulidad ante los Tribunales eclesiásticos y habiendo procedido a su homologación, puede mantenerse la obligación de pago de la pensión compensatoria que se consagró tras el divorcio.

La SAP de Murcia de 13 de marzo de 2000 (AC 2000, 1621) reconoce esta diversidad, aludiendo a las posturas encontradas que se barajan en los Tribunales españoles. Se llegará a la conclusión de que «la declaración de nulidad del matrimonio dictada por los Tribunales Eclesiásticos podrá dar lugar al pronunciamiento de la jurisdicción civil sobre extinción de pensión compensatoria constituida anteriormente cuando así sea solicitado y resulte procedente, pero no implica el automatismo extintivo que la parte recurrente propugna». (FD Quinto).

Es decir, se concluye que automáticamente, la declaración de nulidad no determina que se extinga la obligación de pago de la pensión, lo que acaso se pudiera solicitar cuando el cónyuge que la percibe tenga mala fe, pero como vemos, ha de ser una medida solicitada y estimada procedente por el Tribunal, aunque no derivada sin más del dictado de la sentencia de nulidad.

De hecho, la STS de 5 de marzo de 2001, se había remitido en su FD Tercero a las consideraciones contenidas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 2 de noviembre de 1993 (AC 1993, 2233), donde había precedido una sentencia de divorcio a la de nulidad, estimando que, «con acertado criterio» se sostuvo en aquélla que «el conflicto jurisdiccional entre la sentencia firme de divorcio con sus consiguientes efectos económicos, y una sentencia firme de nulidad canónica, cuyos efectos civiles también fueron reconocidos y fijados ha de resolverse manteniendo los efectos acordados en la sentencia de divorcio ya que la existencia de una sentencia firme de «nulidad canónica» y el subsiguiente reconocimiento de sus efectos civiles, no puede estimarse como «cambio sustancial» de circunstancias, para dejar sin efecto lo acordado en la sentencia firme de divorcio; llegar por este solo hecho a la solución contraria sería tanto como otorgar a la Jurisdicción canónica efectos de prevalencia civil sobre los jueces y Tribunales del Estado, hecho que impide en absoluto el principio de exclusividad jurisdiccional» (16).

Las divisiones surgen ante la falta de pronunciamiento del legislador sobre los efectos que en el orden patrimonial deben derivarse del dictado de una sentencia de estas características. Algunos autores abogan por la sustitución de la pensión compensatoria por la indemnización prevista en el artículo 98 CC, a pesar del silencio de la norma. Sostienen que «una sentencia canónica de nulidad de matrimonio canónico

dictada por Tribunal eclesiástico, una vez homologada, tiene iguales efectos que una sentencia de juez o Tribunal ordinario». Y que, en consecuencia, solicitada la extinción de la pensión compensatoria tras recaer sentencia de nulidad, habrá de accederse a ello «dado que no pueden coexistir efectos civiles de sentencia de divorcio y nulidad» (17).

La SAP de Murcia de 13 de marzo de 2000 (AC 2000, 1621) rechazaría que la perceptora de la pensión actuara de mala fe. La separación se había solicitado de mutuo acuerdo tras 12 años de convivencia, y en el momento de solicitar el divorcio, el marido propuso una modificación de esa medida que el Tribunal aceptó, lo que le impediría ahora solicitar la supresión de la pensión alegando mala fe de la beneficiaria. Ambos creían, pues, en la existencia de un matrimonio que después se declaró nulo. Lo que se reforzaría por el dato de que la buena fe se presume siempre conforme al 79.2 CC. La Sentencia, como vemos, calibra la buena o mala fe del beneficiario de la medida a efectos de estimar la pretensión de mantenimiento o supresión, respectivamente, de la pensión. También la SAP de Murcia de 28 de febrero de 2000 había mantenido idéntica postura. (AC 2000, 863).

La cuestión, insistimos, suscita polémica ante los Tribunales. La SAP de Málaga 21 de abril de 1992 (18) admite que «el tema es ciertamente espinoso», pero reconoce que ante la falta de regulación expresa por parte del Código Civil, se impone aceptar que desde la perspectiva del artículo 97 CC, tan sólo es posible afirmar y mantener el reconocimiento de dicha pensión en casos de separación y divorcio.

Para el Tribunal, la remisión que efectúa el artículo 98 CC al artículo 97 CC resulta clave, pues «para la indemnización y la pensión se toman en consideración las mismas circunstancias, lo que las convierte en incompatibles». A lo que hay que sumar, por supuesto, que el divorcio implica la disolución de un vínculo matrimonial, mientras que la nulidad, «presupone que nunca ha existido válidamente, por lo cual deben dejarse sin efecto las medidas que supongan la existencia ex ante de la institución conyugal, cual es la pensión por desequilibrio». El caso contemplado en esta sentencia es peculiar, pues en la reconvencción, la parte demandada admitiría la posibilidad de renunciar a la pensión si se fijaba una indemnización al amparo del artículo 98 CC que se cuantificaba en cuatro millones de pesetas. La parte actora admitiría, al contestar a la reconvencción, dicha sustitución, pero pretendió que el resarcimiento se restringiera a lo que ya se había percibido desde que recayó el divorcio en concepto de pensión. El Tribunal con razón puntualiza que la vigencia temporal de ambas medidas es diversa, pues la indemnización ha de hacerse efectiva desde que se homologa la sentencia de nulidad, y hasta ese momento ha mantenido su vigencia la pensión compensatoria. Esto es, ahora tiene que materializarse el relevo o la sustitución que ambos consienten, pero no otorgar a la una la función que debe desempeñar la otra, a partir del instante en que una deja de tener vigencia y otra pasa a tenerla. La cantidad que se fijó finalmente se cifró en 3 millones de pesetas, atendiendo al estado de salud de la beneficiaria, sus escasas probabilidades de acceder a un empleo, la duración de la convivencia conyugal, su precaria situación económica y por supuesto, su buena fe.

También en la SAP de Palma de Mallorca de 21 de mayo de 1992 (19) se accede a la sustitución de la pensión compensatoria por una indemnización a favor del cónyuge de buena fe. Se insiste por parte del actor en que, es necesario que los papeles estén dissociados en lo que se refiere a la buena fe para que prospere el derecho a obtener una indemnización por la vía del artículo 98 CC. Así se recalca que la parte actora había entendido que «ante una situación dual y equivalente de los cónyuges de buena fe ni uno ni otro puede tener derecho a reclamarse recíprocamente, manteniendo la tesis de que para prosperabilidad del derecho indemnizatorio se necesita no sólo una convivencia sino también la previa declaración de mala fe de uno de los contrayentes».

Sin embargo, esta SAP de Palma de Mallorca de 21 de mayo de 1992 niega sorprendentemente que procedan distinciones sobre el particular, a la hora de consagrar el derecho indemnizatorio sólo a favor de quien tiene buena fe, frente a quien carece de la misma. Textualmente señala: «abundamos en la tesis de que la sentencia de nulidad nada refiere sobre la buena fe de aquéllos y que por tanto debe sobreenten-

derse, en tanto no ha sido combatida empero rechazamos de plano que el derecho indemnizatorio a que se refiere el artículo 98 del Código Civil contempla sólo tal derecho así para el supuesto de que uno de los contrayentes haya sido de buena fe y otro de mala fe. Es un distingo que hace el actor y no autoriza el artículo mencionado, pues no dice otra cosa que el cónyuge de buena fe tendrá derecho a una indemnización que se cuadrará en atención a las circunstancias que enumera el artículo 97 para la pensión compensatoria. La conclusión es que la mens logis es que cualquiera de los cónyuges de buena fe puede pedir el otro (sic) una indemnización siempre y cuando se den circunstancias que acondicionen tal declaración, por resultar de la declaración de inexistencia del vínculo matrimonial, una situación de empeoramiento para la parte que lo solicita». La Sentencia parte, pues, de un presupuesto equivocado, puesto que en el caso de que la buena fe sea concurrente, no procede indemnización alguna, como según quedó expuesto, reconociera la paradigmática STS de 10 de marzo de 1992. La sentencia fijaría una indemnización a favor de la demandada reconviniendo, a pesar de que al concederse la nulidad no se hizo expresa mención a la buena fe, sobrentendiéndose, pues la de ambos. Se mantiene que como lo que se toma en consideración es la convivencia, se debe atender hasta el momento en que se produce la separación, pero se habrá de traer a colación, para fijar el montante de la indemnización, lo que ya se hubiera percibido en concepto de pensión compensatoria, «de la que no se puede hacer caso omiso».

En esta SAP de Palma de Mallorca de 21 de mayo de 1992 se sustenta que «una sentencia de nulidad de matrimonio canónica dictada por un Tribunal Eclesiástico, una vez homologada tiene iguales efectos civiles que una sentencia del Tribunal Ordinario y (...) por consiguiente, si a la sentencia de nulidad ha precedido una de divorcio, aquélla por ser de mayor amplitud tiene que imperar sobre la más restringida, en cuanto la nulidad absoluta es ineficacia total ab initio y el divorcio es disolución o resolución con ineficacia ex nunc, se habrá de convenir que solicitada la extinción de la pensión compensatoria nacida del divorcio habrá de accederse a ella toda vez que no pueden coexistir efectos civiles de sentencia de divorcio y nulidad, sin perjuicio de que alguno de los efectos contemplados por la sentencia de divorcio sean reinstaurados por la ejecución de la sentencia de nulidad, como sería caso de descendencia. Es pues definitivo para la Sala que hay que dar por extinguida y como así se postula la pensión compensatoria por la que venía obligado el actor a entregar determinada suma mensual a la demandada» (FD Quinto).

Frente a esas resoluciones, encontramos otras en las que de forma terminante se postula la no eficacia retroactiva de la declaración de nulidad posterior a la sentencia de divorcio en la que se establecía la pensión compensatoria. Así, con total contundencia lo sostiene la SAP de Huelva de 8 de octubre de 1997 (AC 1997, 2337) donde se defiende la prevalencia del Ordenamiento Jurídico español en el conflicto jurisdiccional que plantea la resolución eclesiástica, invocando la invariabilidad de las circunstancias que determinaron la adopción de la pensión compensatoria y el artículo 79 del Código Civil. En este sentido la sentencia señala: «Por otra parte hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 79 del CC, los efectos para el cónyuge de buena fe subsisten a pesar de la declaración de nulidad. La buena fe de la apelada no ha sido discutida. Si bien el artículo mencionado está pensado para los efectos que se producen constante el matrimonio, tales como aportaciones patrimoniales realizadas por aquellos durante su convivencia, de su espíritu se deriva ya un dato fundamental: que la nulidad matrimonial produce efectos «ex nunc» y no «ex tunc», proyectando su eficacia hacia el futuro. Podríamos pensar en principio que decretada la nulidad si bien la demandada y hoy apelada no ha de restituir lo ya percibido no tendrá derecho a seguir recibiendo una pensión en concepto de compensatoria; dicha pensión tiene su origen en un matrimonio luego declarado nulo en el cual ha existido una convivencia y se concede en aras a la misma si ha producido la ruptura un desequilibrio para alguno de los cónyuges. La pensión compensatoria es un efecto del divorcio y confiere un derecho al beneficiario en tanto no se modifiquen las circunstancias que motivaron su concesión; se trata de un derecho adquirido con anterioridad a la nulidad, si bien al ser de tracto sucesivo seguirá proyectándose en el tiempo hasta que no varíen las circunstancias».

### III. CONDUCTAS FRAUDULENTAS PROTAGONIZADAS POR EL BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN

#### 1. Trabajo en economía sumergida y ocultación de ingresos en general

Mas, si lo que se hallaba en juego en la hipótesis que acabamos de analizar, es el nacimiento del derecho mismo a la pensión, desde la otra perspectiva, esto es, desde la posición del acreedor, habremos de aceptar que la ocultación de ingresos se orientará al mantenimiento de aquélla, una vez reconocida, más allá, por tanto, de los límites de la licitud.

Ante todo, debemos puntualizar que la desaparición del desequilibrio no se produce cuando se logra una igualdad entre la posición de los cónyuges, pues no es esa la pretensión a alcanzar a través del mecanismo consagrado en el artículo 97 CC, sino cuando el beneficiario se halla en condiciones de enfrentarse a la vida por sí mismo y hacerlo, además, dignamente.

Así se explica que la SAP de Cantabria de 9 de julio de 2002 (JUR 2002, 213925), condenando toda pretensión igualitarista sobre el particular, suprime la pensión que percibía la esposa, que había logrado establecerse como comerciante fundando un negocio «modesto», pero «que le permitía vivir con dignidad». Aclara esta sentencia que «(...) Por otro lado sería incompatible con la condición igualitaria de los sexos, proclamada en el artículo 14 de la CE el que extinguida, la convivencia marital, se pretendiese la completa igualdad en los medios de vida y patrimonio de los cónyuges, cuando se revela que tanto el uno como el otro deben ser capaces de hacer frente a sus necesidades».

Las soluciones dispensadas por los Tribunales pueden ser al respecto, diversas. En algunos casos, como quiera que las cantidades obtenidas por el perceptor con el transcurso del tiempo, no suelen ser significativas, se opta por una simple reducción del montante de la pensión, al asistirse a una «alteración de la fortuna del deudor». Más, en otras hipótesis, si las sumas presentan cierta entidad y denotan la efectiva superación del desequilibrio, no procederá la aplicación del artículo 100 CC, sino obviamente, la del artículo 101 CC, procediéndose a declarar la supresión de dicha prestación.

Paradigmática es la solución dispensada por la SAP de Madrid de 10 de julio de 2001 (AC 1501, 2001). En ella, merced a una estricta interpretación del artículo 100 CC, que no prosperaría, la esposa pese a haber sido beneficiada por una indemnización millonaria en reconocimiento a los daños que sufriera por la ingestión de aceite de colza, pretendería conservar una pensión exigua que satisfacía un esposo que pensaba jubilarse en breve. Se defendía que el término «fortuna» empleado en dicho precepto, sólo era apto para acoger incrementos que se generaban como consecuencia del azar o la suerte, mas no para hacer lo propio con aquellos que se hallaban ligados al pago de indemnizaciones por daños experimentados con anterioridad. En consecuencia, y de mantener una interpretación como la que sustentaba la perceptora, procedería modificar la pensión -reduciéndola o extinguiéndola- cuando la beneficiaria hubiese sido agraciada con un premio, pero no cuando su patrimonio se incrementara como consecuencia de un resarcimiento económico que se hiciera efectivo con posterioridad, por elevada que fuera la suma concedida. El Tribunal mantuvo, con razón, que dicho precepto no efectúa discriminación alguna a la hora de aludir a las modificaciones que es susceptible de experimentar la fortuna del beneficiario, las cuales pueden provenir de diversas fuentes, y que debe juzgarse por ello que «ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus». Combatiría con ello un abuso pretendido por una mujer acaudalada que, aferrándose a una interpretación estricta de la Ley, en modo alguno justificada, pretendía perpetuar una situación de dependencia respecto a un jubilado, cuando, según subrayaría el Tribunal, ni siquiera había logrado demostrar que las cantidades percibidas como indemnización habían sido empleadas en aliviar sus padecimientos, afrontando la enfermedad contraída.

En otros casos, obviamente, el trabajo en economía sumergida conlleva la extinción de la pensión

compensatoria que se venía disfrutando: la SAP de Asturias de 9 de abril de 2002 (JUR 2002, 18354) suprime con motivo del divorcio la pensión compensatoria que venía disfrutando desde la separación la esposa por existir pruebas de que había experimentado una mejora económica que la misma se negaba a reconocer, al contar con ingresos no declarados. La solicitud de un crédito hipotecario para la adquisición de ciertos inmuebles demostraría la existencia de aquéllos, toda vez que resultaba imposible amortizar las cantidades que se devengaban del mismo y atender, a un tiempo, a las necesidades vitales de la interesada, sin contar con ingresos suplementarios.

Debe tratarse, empero, de un trabajo cuyo desempeño revele efectiva superación del desequilibrio, y cuya trascendencia quede perfectamente probada por quien demanda la supresión de la pensión. De este modo, la SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2002 (JUR 2002, 151090) niega que los trabajos de limpieza desarrollados por la perceptora de la pensión puedan motivar la supresión de aquélla, por no implicar verdadera superación del desequilibrio, a los efectos del artículo 101 CC, sino tan sólo una pequeña ayuda para completar la exigua cantidad que se recibe, que coincide con el salario mínimo interprofesional, y mantener un nivel de vida digno. En este caso, ni se probaron cumplidamente los ingresos de la beneficiaria, ni tampoco quedaron fijados los parámetros que permitieran medir, con justeza, su posición respecto al deudor de la pensión, para precisar como se adelantó, si el desequilibrio quedaba finalmente superado.

En otras ocasiones, el demandante de la pensión luchará por evitar el sometimiento de la misma a un límite temporal, alegando la imposibilidad de reinsertarse en el mercado laboral o de obtener recursos por sí mismo, o fingiendo que el matrimonio le ha reportado un sacrificio en su proyección profesional que no puede ser superado mediante la percepción de una cantidad que se restrinja tan sólo a un período. La SAP de Cádiz de 1 de diciembre de 2000 (JUR 2001,87431) manifiesta, con razón, que situaciones en las que a una mujer se le «prohíba» trabajar mientras estuvo casada, pertenecen más bien al terreno de la patología social, y que cuando se alega que las altas en la Seguridad Social no se correspondieron con trabajos efectivos para negar que durante el matrimonio se hubiera desempeñado actividad laboral, esto es, para alegar, años después, una total inexperiencia que dificulta ahora la reincorporación, se está reconociendo, con ello, que en el pasado se actuó como cómplice en un fraude. Ciertamente no parece que la participación en una maniobra fraudulenta, meticulosamente trazada antes de la crisis, pueda servir al cabo de los años de sólido argumento para solicitar después una pensión con carácter indefinido, como precisó el propio Tribunal.

Las declaraciones que se contienen en esta sentencia para avalar la limitación temporal de la pensión compensatoria, presentan tanta justicia como crudeza: «El matrimonio, -se aduce- no constituye un seguro de vida ni genera el derecho de un cónyuge a ser mantenido por el otro hasta la muerte.» Y se añade: «La evolución social, y la legal que va detrás de ella, promueven la igualdad entre los sexos, equiparando a los esposos en derechos y obligaciones. Por ello, la autonomía económica de la mujer no es sólo una aspiración legítima, sino una carga y una responsabilidad, conque ha de procurársela.» (FD Segundo)

## 2. El recurso a la pensión alimentaria de los hijos

Negada la procedencia de la pensión compensatoria, lo que no se puede pretender es tener acceso a una fuente de ingresos regular a través de la pensión alimentaria concedida a los hijos. Vía indirecta que se utiliza tras la separación o el divorcio para lograr ser mantenido a costa del que fuera nuestro cónyuge, inventando necesidades suplementarias de los hijos que quedan a cargo de unos de ellos, u ocultando que estos ya cuentan con una fuente de ingresos susceptible de liberar al padre deudor de la obligación alimentaria. Ambas pensiones -alimentaria y compensatoria- están llamadas a cumplir finalidades diversas,

pero es evidente que el cónyuge conviviente con los hijos hará lo posible por conservar esta última cuando le fue negada la primera. La SAP de Cáceres de 20 de marzo de 2000 (JUR 2001, 34931) previene contra este tipo de maniobras en los siguientes términos:

«(...) en el caso que nos ocupa el hijo perceptor de alimentos en virtud de la sentencia de separación dictada el día tres de noviembre de 1992 es ya mayor de edad y tiene trabajo remunerado, temporal aunque en la práctica de manera continua como celador en un hospital, según pone de manifiesto de forma pormenorizada la sentencia apelada en su fundamento cuarto; luego es evidente que nos encontramos ante el caso previsto en el artículo 152.3.º del Código Civil de manera que parece lógico, como ya explicitaba la sentencia de separación, el cese de la prestación alimenticia pues lo que no se puede pretender, en fraude de ley, es que esta pensión sustituya y supla una pensión por desequilibrio económico que no se concedió a la esposa en el momento en que se produjo la crisis familiar y la consiguiente sentencia firme de separación tal y como se razona en el fundamento quinto de la decisión recurrida que no necesita, por su corrección, de mayores aditamentos redundantes en esta alzada.» (FD Tercero).

### 3. La ocultación de la convivencia marital con tercero por parte del beneficiario de la pensión

Dispone el artículo 101 CC que la pensión se extingue por vivir el acreedor maritalmente con otra persona. Reflexiona la SAP de Cádiz de 27 de mayo de 2002 acerca del origen de la redacción actual del artículo 101 CC en este punto, aclarándonos cómo fueron rechazadas otras propuestas que apostaban por alusiones a la «vida deshonesta» del perceptor de la pensión, toda vez que el objetivo que persigue el legislador no se centra en castigar una conducta contraria a la moral -lo que atentaría contra el libre desarrollo de la personalidad, al cohibir el derecho que a todos asiste de rehacer nuestra vida, se aclara- sino el deseo de combatir el fraude, evitando que se recurra a una convivencia paramatrimonial para no sufrir la definitiva pérdida de la pensión.

Sin embargo, esta sentencia efectúa una reflexión que debe ser objeto de crítica. Se asevera sobre el particular que «la actual redacción, lejos de cualquier planteamiento de carácter moral acerca de la conducta de los cónyuges o ex cónyuges tras su ruptura matrimonial, lo único que pretende es evitar el fraude por un lado, y por otro que se mantenga el derecho a la pensión cuando desaparece el desequilibrio, lo que ocurre con carácter general cuando se alcanza una nueva situación de convivencia estable con otra persona» (20). Veamos. Es cierto que no incumbe al legislador establecer juicios morales acerca del comportamiento de uno de los esposos en el orden sexual. Entre otras cosas, ello nos obligaría también a determinar conforme a qué parámetros habrían de ser enjuiciadas estas conductas y se atentaría contra el pluralismo que debe imperar en una sociedad democrática tachando de «deshonestos» a quienes no comparten códigos éticos que son defendidos sólo por ciertos sectores de la sociedad. A lo que habría que añadir, como expusimos en otro trabajo, que se atentaría contra el artículo 16 CE si se pretendiera juzgar la honradez u honorabilidad de las personas recurriendo a los cánones impuestos por una determinada Confesión religiosa, por mayoritaria que fuera su práctica (21).

Pero, la segunda parte del discurso contiene una afirmación que merece una pequeña matización. Se expresa que se desea evitar el mantenimiento de la pensión en situaciones en las que el desequilibrio ha desaparecido. Esto no es cierto. Para ser más exactos, lo que se desea es evitar el mantenimiento de aquélla en los supuestos en los que nace un nuevo deber de socorro como consecuencia del matrimonio aunque económicamente la situación que se crea entre los nuevos cónyuges sea más precaria que la que existía con anterioridad, y, por asimilación también a lo que ocurre entre quienes no se hallan unidos por vínculo matrimonial. Se estima que las necesidades surgidas en la convivencia instaurada entre ellos habrán de ser colmadas por los convivientes, y no, evidentemente, a costa del patrimonio del ex esposo de uno de ellos. Es una especie de deber de socorro, si se nos permite la licencia, que nace entre ellos, lo que

justifica la medida, pero no una recuperación económica. Porque, como ha precisado la doctrina, aunque la convivencia instaurada bien mediante un nuevo matrimonio, bien al margen de éste, tuviera lugar desde el punto de vista económico en un ambiente incomparablemente más precario que aquél que caracterizó al que devengó el derecho a la pensión, ésta se habrá extinguido para siempre. Dicho en otros términos: la extinción de la pensión no queda subordinada a que con la nueva convivencia, matrimonial o no, se experimente una mejoría económica (22).

Este cauce que analizamos del 101 CC, esto es, de la convivencia marital, servirá, como hace notar la doctrina, para explicar el efecto extintivo que se produce cuando se contrae matrimonio de acuerdo con una forma que no se halla reconocida por nuestro Ordenamiento, esto es, con arreglo al ritual de una confesión no inscrita. Habiéndose generado aquí una convivencia marital, esta última sí se afirmaría apta para poner fin a la percepción de dicha pensión (23). Pues no es el matrimonio, inexistente, sino la convivencia que se instaura a raíz de aquél, lo que demanda la derivación de ese efecto.

Unánimemente la doctrina subraya, como no puede ser menos, la idoneidad de las relaciones cuasi maritales instauradas entre personas del mismo sexo para poner fin a la percepción de la pensión (24). Desde el momento que defender lo contrario, evidentemente, supondría una conculcación del artículo 14 de nuestra Carta Magna, al dispensar arbitrariamente un trato de favor a quienes así convivieran, pues los que mantuvieran una convivencia con persona de distinto sexo se verían privados de dicho ingreso, en tanto que los convivientes homosexuales continuarían percibiendo la pensión que el ex cónyuge de uno de ellos venía satisfaciendo. En nuestros días, la regulación de la pareja de hecho en los diversos textos vigentes en España demuestra que la opción sexual no veda el acceso al reconocimiento de una serie de ventajas en el orden económico, extinta la convivencia, y los derechos de los homosexuales son regulados junto a la pareja heterosexual. Más aún, reparemos en la importancia que revistieron en su momento las declaraciones acerca de la conveniencia de proceder a la aplicación por analogía de la pensión compensatoria en favor de las parejas de hecho, lo que habría de extenderse, en general, a todas ellas, y no sólo a las heterosexuales, en ausencia de regulación específica. La afirmación de que, a la vista de la actual regulación de la pareja de hecho, no se puede desconocer la realidad de la pareja homosexual, que hoy constituye todo un hecho, ya sería advertida en 1982 por TORRES LANA (25). Matizaría este autor que, pese a las aparentes connotaciones heterosexuales que cabe apreciar a simple vista en la expresión «convivencia marital» que se contiene en la Ley, es lo cierto que ello no debe llevarnos a la errónea conclusión de apartar de la producción del efecto extintivo a la convivencia homosexual, pues ello supondría dispensar a ésta un trato de favor que carece de sentido. Si la homosexualidad no debe ser origen, aclaraba, de discriminación, tampoco ha de ser el fundamento de un trato de favor o privilegio. Las palabras de este autor han resultado, ciertamente proféticas, pues a la luz de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, que abogan por la aplicación analógica de ciertas medidas diseñadas, en principio, para quienes se hallan unidos por el matrimonio, no cabe dudar que habrán de afectarles igualmente, los inconvenientes de ser reputados a efectos legales, parejas de hecho. Contamos con la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 15 de noviembre de 2002 (AC 2003, 32) en la que se suprime la pensión de la beneficiaria por mantener una relación cuasi marital con persona de su mismo sexo, recordándosele a tal efecto que «el artículo 101.1 del Código Civil es aplicable tanto a parejas heterosexuales como homosexuales pues no se puede pretender que las leyes reconozcan solamente derechos, y no deberes a las parejas del mismo sexo». Se rechaza así que la imposibilidad de contraer matrimonio entre dos mujeres haya de alegarse a modo de argumento para conservar la pensión que una de ellas percibe de su ex marido, máxime cuando, como se recuerda, una convivencia de esta índole es apta para conferir derechos en otros planos (legislación arrendaticia), por lo que, en justicia, también ha de conferir deberes o llevar aparejadas consecuencias que no resulten atractivas para los convivientes.

¿Qué requisitos son exigidos por la Jurisprudencia Menor para que una relación instaurada entre el

acreedor de la pensión y una tercera persona haya de poner fin a esta percepción? Con frecuencia se insiste en que la relación ha de ser permanente y estable, y no simplemente «episódica» o «circunstantial» como enseña la SAP de Valencia de 12 de junio de 2002 (JUR 2002, 251375).

Ello explicará que la SAP de Cádiz de 27 de mayo de 2002 (JUR 2002, 223241) negase que la supresión de la pensión pudiera acordarse con fundamento en una relación sentimental en la que, si bien había convivencia durante períodos prolongados (pasaban temporadas juntos), no existía la «comunicación de intereses» y la estabilidad que se requiere en una relación análoga a la matrimonial. Se insiste en ésta, como en otras sentencias, en que la «estabilidad» no ha de ser entendida como «mantenimiento de una relación definitiva en el tiempo», puesto que el matrimonio, evidentemente, al ser disoluble por el divorcio, carece también de dicha nota y, sin embargo, produciría también el efecto extintivo a la luz del artículo 101 CC. Únicamente ha de ser entendida como una convivencia que presenta una vocación de permanencia y que implica el deseo de dos personas de compartir sus intereses con el proyecto de que ello perdure, se mantenga y consolide, sin perjuicio de que, lógicamente, la relación haya de tocar a su fin, como puede ocurrir con el divorcio en el caso del matrimonio, en el caso de que la convivencia deteriore la relación conyugal.

Esta exigencia de estabilidad explica que las Audiencias rechacen que un simple embarazo pueda resultar, por sí solo, demostrativo de que existe una relación de estas características, toda vez que el mismo puede haberse producido como fruto de un contacto esporádico, cuya falta de idoneidad para provocar la extinción de la pensión es manifiesta (26).

Lo que no se exige, obviamente, es el requisito de la notoriedad. Resulta comprensible, pues lo esencial habrá de ser la efectiva instauración de una «comunidad de vida e intereses» y no que ésta se manifieste constantemente a terceros. De ordinario, aquélla permanecerá en la oscuridad, deseando el receptor conservar la pensión y no manifestar públicamente que concurre una causa extintiva de aquélla (27). La comunidad de vida e intereses podrá existir a pesar de que uno de los convivientes siga conservando su propio domicilio, lo que puede mantenerse a efectos puramente formales, de cara a terceras personas, quedando probado que la vida transcurre en el del otro. Igualmente no obsta a su existencia el hecho de que entre los convivientes no existan situaciones de comunidad en el orden patrimonial. Ello, no implicará negación de convivencia *more uxorio*, por la misma razón que el matrimonio mismo puede registrarse, en el plano económico, por un régimen de separación absoluta de bienes. Ambas consideraciones se recogen en la SAP de Toledo de 10 de diciembre de 2000 (AC 2000, 2799). En ella, la conservación del domicilio de uno de ellos sirvió sólo al propósito de ocultar la relación de convivencia instaurada entre ambos, de forma que externamente los terceros pudiesen apreciar un signo de independencia que les hiciera dudar del grado de compromiso alcanzado entre ellos. El conviviente titular de aquél pernoctaba en la vivienda del otro, a la que había trasladado sus ropas. Se tomaría, por tanto, la decisión de suprimir la pensión que la esposa percibía tras el divorcio, pues el mantenimiento del domicilio de su pareja respondía sólo a la finalidad antedicha.

Mas en otros casos, el mantenimiento de un domicilio independiente sí responde a la realidad de que la relación que ambas personas mantienen no es susceptible de ser elevada a la categoría de «convivencia», pues no existe entre ellos un verdadero grado de implicación en los asuntos y problemas respectivos. La SAP de Valladolid de 30 de junio de 2001 (JUR 2001, 250400) permite afirmar lo anterior, desestimando la pretensión del marido de suprimir la pensión que satisfacía a su esposa, pues, aunque se estimó probado que ésta mantenía con un tercero algo que iba «más allá de la relación esporádica y ocasional, que se viene manteniendo en el tiempo», se valoraría la «independencia personal y domiciliaria» del compañero de la demandada que, pese a permanecer largas temporadas con la misma, conservaba aún su domicilio y no llegaba a implicarse en modo alguno en asuntos personales de ella, como las responsabilidades que la beneficiaria tenía para con su hijo. Pasar largas temporadas juntos, subraya el Tribunal, o tener cierto trato

con los familiares de la otra persona, no implica instaurar esa comunidad de vida que extingue el derecho de que se disfruta. Sin perjuicio de que ese trato asiduo pueda desembocar en este otro tipo de relación, más intenso, y, entonces proceda la adopción de dicha medida de supresión.

En ocasiones, es imposible negar la evidencia, pues públicamente se confiere al conviviente un status que es incompatible con la negación de que existe verdadera integración en el grupo familiar, esto es, algo más que una simple relación sentimental o de amistad. La SAP de Asturias de 23 de septiembre de 1992 (AC 1992, 1236) declara la extinción de la pensión por vivir maritalmente la beneficiaria con un tercero que aparecería en la esquila del padre de aquélla con el tratamiento de «hijo político» del causante, enunciado entre los demás familiares de éste, lo que corroboraba definitivamente los testimonios de quienes habían declarado acerca de su convivencia con la apelante, y negado que pernoctara en su domicilio como simple huésped, extremo éste que nunca llegó a probarse.

Otras veces, se valoran ciertos signos externos, como salir del domicilio de la perceptora cambiado de ropa, o tener con ella «gestos de ternura» que no son habituales en personas que ya han alcanzado cierta edad (28).

#### IV. LA COMPLICIDAD EN EL FRAUDE DE AMBOS CÓNYUGES

##### 1. Las daciones en pago al amparo del artículo 99 CC

Como hemos adelantado, aunque de ordinario serán los esposos quienes se encuentren enfrentados y conviertan al otro en la víctima de sus actuaciones fraudulentas, también cabe imaginar otras hipótesis en las que, marido y mujer se alíen para defraudar las legítimas expectativas o derechos de terceros, utilizando para este fin el mecanismo de la pensión compensatoria.

Varias son las vías que se pueden utilizar para burlar el derecho de los acreedores de cualquiera de ellos. Básicamente se concretan, como veremos, en la utilización del recurso que se consagra en el artículo 99 CC, aunque desde la práctica judicial se ha llegado a denunciar incluso la virtualidad del artículo 87 CC para encubrir lo que se nos antoja como una situación en la que no existe en puridad verdadero cese efectivo de la convivencia matrimonial y en la que, en consecuencia, la demanda de separación y obtención de una pensión tan sólo responde a un plan preconcebido, meticulosamente trazado por los cónyuges (29).

El artículo 99 CC consagra la posibilidad de proceder a una dación en pago, en cuya virtud se sustituya lo que de ordinario constituye la forma de satisfacer la pensión, esto es, cantidades periódicas que han de ser entregadas por el esposo deudor, por cualquiera de las fórmulas que se proponen en ese precepto (constitución de usufructo, renta vitalicia o entrega de un capital) y aún por otras alternativas, pues como aclara la doctrina, no estamos ante un listado que tenga la consideración de un *numerus clausus* (30).

Se insiste además, en que pese a que la redacción del artículo pudiera arrojar en principio conclusiones diversas, hemos de abogar por una interpretación amplia del precepto, susceptible de acoger, ya no sólo la sustitución de la pensión fijada por el Juez en sentencia, sino la que acordaron los cónyuges en convenio regulador (habida cuenta de que éste se halla sometido a la preceptiva homologación). Pero, desarrollando esta última idea, cabría que los esposos optaran por instaurar esta fórmula desde un primer momento, esto es, idearan la solución consistente en la entrega de una cantidad sustanciosa o el recurso de una dación, entre otros, *ex novo*, sin que previamente hubiera mediado la instauración de una obligación periódica de pago -implantada por el Juez o convenida por ellos en convenio, a la que aquélla hubiera de sustituir-.

El peligro que encierra esta interpretación que, sin duda, es rigurosamente correcta desde el punto de vista técnico, es innegable. Sobre todo si conjugamos el artículo 99 CC con el juego del artículo 87 CC y con el artículo 81 CC, según se adelantó (31) y comprobamos cómo la separación puede haber obedecido, realmente, a un acuerdo fraudulento entre las partes. Ciertamente, no resulta descabellado imaginar que

un esposo que haya contraído deudas de cierta consideración, no sólo podría estar interesado, en situaciones de verdadera crisis conyugal, como veremos a continuación, en contar con la colaboración de quien fue su cónyuge para sustraer sus bienes de los acreedores a través del mecanismo de la dación en pago. Llegado el caso, podría incluso solicitar de mutuo acuerdo una separación con aquél, cuando en realidad la crisis no se ha presentado en modo alguno, y acordar la entrega de bienes al otro cónyuge, aunque ambos piensen «reconciliarse» con posterioridad, cuando haya transcurrido un tiempo prudencial desde que se produjera el efecto de disminuir la solvencia del deudor (32). Dos serían los fraudes que se cometerían en este caso. Aunque, como decimos, cabe perfectamente que en situaciones de crisis, esto es, deseando ambos la separación o el divorcio, exista consilium fraudis entre los cónyuges.

La STS de 20 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4452) nos sitúa ante una dación en pago fraudulenta. El marido entregaría una serie de bienes a la mujer para dar por extinguida la obligación de pago de la pensión que pesaba sobre él, con la única finalidad de que sus acreedores no pudieran realizar sus créditos. Mas se aclara que en el convenio regulador de separación de mutuo acuerdo, se pactó que el esposo pagaría a su mujer una cantidad global de veintinueve millones de pesetas en concepto de pensión compensatoria y que «para llevar a efecto el mismo, se daba en pago, los bienes inmuebles pertenecientes al marido, unos tenidos en propiedad exclusiva, como el piso de Zaragoza y la plaza de garaje, y otros, en los que tenía la propiedad compartida con su esposa por mitad e iguales partes, y para este supuesto le transmitía a su esposa, la mitad indivisa de que era titular, reservándose para él las acciones de la sociedad «Colber Industrial, SA», lo que supuso en la práctica, que el señor D. R., quedara en la más absoluta insolvencia» considerando «el valor de los bienes dados en adjudicación para el pago de la pensión compensatoria».

Las estipulaciones contenidas en dicho convenio merecen algunas consideraciones. Ante todo, hemos de subrayar que la modalidad de pago escogida en él difiere de la que de ordinario se suele adoptar, pues ambos cónyuges se apartan del modelo legal y, en lugar de obligarse al pago de una cantidad periódica, fijan de antemano la satisfacción de una suma alzada. Solución que, si bien ha tenido acogida en el ordenamiento francés, contrasta con la plasmada en el artículo 97 CC. En principio, nada se opone a que en virtud de la autonomía de la voluntad puedan los cónyuges optar por esta solución. La razón por la que el legislador español se apartó de la imposición de una suma global y optó por el reconocimiento de sumas periódicas no fue otra que el reconocimiento de que esta modalidad resultaría de más fácil acatamiento por los obligados al pago, pues no todas las economías familiares se hallan en posición de afrontar un sacrificio económico que puede alcanzar, como se confirma a la luz de la sentencia que comentamos, cifras millonarias. La adopción de la solución contraria en otros ordenamientos se explica, sin duda, por la bonanza económica que allí impera.

A mayor abundamiento, el pago de una cantidad global puede dar paso a situaciones abusivas por parte del perceptor, toda vez que en un período de tiempo relativamente corto puede materializar conductas que, a la luz del artículo 101 CC hubieran provocado la extinción de la cantidad periódica si se hubiera aplicado este sistema y conservar, en consecuencia, en su integridad, la suma que percibió. Queremos decir con ello que la esposa que tras el divorcio percibe una cantidad millonaria, puede convivir maritalmente a los quince días con un tercero y conservar esa suma, mientras que hubiera visto paralizado de inmediato su derecho a seguir percibiendo la pensión, si ésta se hubiera concretado en sumas que le habrían de ser entregadas periódicamente. El tema ha sido tratado por ROCA TRIAS, quien denuncia la injusticia de que casi de forma inminente al reconocimiento de estas pensiones globales puedan materializarse efectos extintivos a la luz del 101 CC (33). En nuestro ejemplo, la esposa convive maritalmente con tercero, mas de igual modo cabría imaginar que contrajera ulterior matrimonio. ¿Resulta ético, nos preguntamos, que aplique esa suma a una convivencia, matrimonial, o no, mantenida con tercero? A fin de cuentas, el efecto paralizador del artículo 101 CC se sustancia en la instauración de un nuevo deber de

socorro entre las partes, caso de que llegue a contraer matrimonio. Estimamos con ROCA que para evitar resultados indeseables ha de procederse en el momento del convenio a una capitalización, de modo que se efectúe una correspondencia entre un cierto número de años, que previamente se delimite, y la suma a satisfacer para que, materializado el efecto extintivo ex artículo 101 CC, pudieran reclamarse las cantidades pertinentes. Es el único modo de evitar situaciones claramente fraudulentas (llegar a un acuerdo con nuestro ex cónyuge para poner fin a la pensión periódica, cobrando una cantidad elevada que la sustituya, y contraer matrimonio poco después, como se había planeado desde un principio, evitando cualquier reclamación relacionada sobre esa suma, que constituyó un tanto alzado, del que se aprovecharán los nuevos cónyuges). Pues, de no establecerse dicha capitalización en el convenio, como aduce ROCA (34), la producción de un evento localizable en el artículo 101 CC pudiera entenderse irrelevante a los efectos de solicitar devoluciones posteriores, ya que con aquella operación habríamos asistido a una verdadera extinción de la relación que unía a ambas partes -se nos explica- concurriendo «un elemento de aleatoriedad que se asume por ambos al pactar la entrega de un capital».

Por ejemplo, responde a este modelo de pensión, la que se contiene en la SAP de 28 febrero 2001 (JUR 2001, 160613). Ésta se define por la propia sentencia como «una pensión compensatoria fijada capitalizadamente, aunque con fraccionamiento de plazos de abono facultativos en su cuantía y número para el deudor pero bajo unas condiciones mínimas de 80.000 ptas. mensuales y término máximo de tres años; por tanto, ni siquiera ante una pensión compensatoria por plazo de tiempo determinado o temporal, de suerte que siempre pudo cumplirse abonando el resto de lo adeudado de una sola vez». Los cónyuges pactaron en el convenio regulador el pago de una cantidad global, amén de la entrega de unos bienes, esto último a cambio de que la beneficiaria renunciara a su participación en una sociedad. Pero la cantidad se fraccionaría de antemano en mensualidades que ligarían a las partes durante tres años. No se trata, como podemos ver, de una pensión limitada en el tiempo, sino de una pensión compensatoria fijada capitalizadamente, aunque su satisfacción se fraccione, pues el montante aparece prefijado en el convenio y tan sólo se otorgan facilidades de pago al obligado, que podrá liberarse de inmediato abonando el resto de la cantidad.

El segundo comentario que nos merece la STS de 20 de mayo de 2002, se refiere a que la opción por el pago de una suma, esto es, por uno de los mecanismos consagrados en el artículo 99 CC, no se produce tras el dictado de una sentencia en la que se reconozca el derecho a la pensión en favor de uno de los cónyuges, sino que es fruto de la iniciativa de estos últimos. Se trata de una situación peculiar, aunque plenamente admitida por doctrina y jurisprudencia. Esto es, los mecanismos del artículo 99 CC, en principio, se hallaban ideados para que los esposos pudieran desligarse de la periodicidad que se imponía en una pensión previamente reconocida en una sentencia. Planteado el interrogante acerca de si cabe que los cónyuges pacten desde un primer momento esta configuración, proponiéndosela al Juez, quien ya consagrará esta forma de pago en la resolución que se dicte, se concluye que cabe igualmente esta vía. Con lo cual, el artículo 99 CC pasa a tener una eficacia configuradora y no plenamente sustitutiva de una pensión preexistente. Lo que no deja de ser coherente con el hecho de que, como ya se adelantó, las modalidades que allí se contemplan no constituyen un *numerus clausus*.

Con ello, estamos en posición de comprender que se deposita en manos de los cónyuges un valioso instrumento a la hora de defraudar los derechos de terceros, por cuanto pueden ser cómplices en un acuerdo que se proponga lesionar las expectativas de cobro de los acreedores de uno de ellos. Pensemos que en este caso, rechazando otras modalidades posibles, esto es, la constitución de un usufructo, o de una renta vitalicia, se acuerda una dación en pago. Y que una de las características de esta última radica en la irrelevancia del valor económico del aliud a efectos de extinguir la obligación. En efecto, esta peculiaridad contrasta con lo que acaece en la cesión de bienes, donde el efecto extintivo queda subordinado a los resultados de la liquidación de los bienes que se ha de practicar, de donde el valor de los mismos puede

ser insuficiente para saldar la deuda, y el deudor podrá seguir siéndolo por la diferencia que se aprecia entre ésta y lo obtenido tras la liquidación. Mas, en el caso de la dación, el efecto extintivo es inmediato, y no es preciso entrar a valorar la importancia económica de aquello que se entrega en sustitución de lo inicialmente debido. En el caso que nos ocupa, se hubiera extinguido la obligación de satisfacer la pensión, tanto si los inmuebles cuya titularidad se transfiere hubieran sobrepasado esa cantidad que el esposo se obligó a afrontar -29 millones de pesetas- como en el caso inverso, de que presentaran menor trascendencia desde el punto de vista económico. Más, sabedores de que no era necesario efectuar estas previas valoraciones para ligar a ellas dicho resultado, procedieron a la entrega de un conjunto de bienes a la que asignaron esta finalidad, colocándose el esposo en situación de insolvencia. El ánimo defraudador es, pues, evidente.

Se debe puntualizar, empero, que estas daciones en pago del artículo 99 CC a veces se presentan encubiertas en los convenios. Esto es, aunque los cónyuges no hagan referencia alguna al reconocimiento de una cantidad en concepto de pensión en favor de quien manifiestamente se encuentra en una situación de desventaja, se procede a la entrega a uno de ellos, con motivo de la liquidación del régimen económico del matrimonio, de bienes que superan notoriamente en valor a los que habrá de percibir el otro. Los Tribunales suelen estimar que se llega así, por una vía indirecta, al mismo resultado que se alcanzaría a través del artículo 99 CC. Es decir, no se reconoce la existencia de desequilibrio ni se consagra pensión alguna, pero en la práctica se entregan bienes que vienen a colmar ese desnivel estando uno de los cónyuges dispuestos a recibir menos con motivo de la liquidación. Los problemas se plantean cuando el que salió favorecido tras ésta pretende, poco después del dictado de la sentencia de separación, reclamar de su todavía cónyuge una pensión de alimentos. Sabiamente, la SAP de Ciudad Real de 15 de marzo de 2002 (JUR 2002, 129006) estima que, si a efectos prácticos habíamos asistido a una compensación, aunque utilizando otro recurso diferente al previsto en el artículo 99 CC, se impone reconocer que nos hallábamos ante un fraude de las estipulaciones del convenio así estructurado. Para ello partiría de la consideración de que, estando las necesidades alimentarias previstas en la pensión compensatoria, no cabe, recién concedida ésta, solicitar una pensión por alimentos permaneciendo las circunstancias inalterables (35). Del mismo modo, pactándose un reparto no proporcional de los bienes gananciales tras la separación que compense un desequilibrio al que no se alude, y persistiendo las circunstancias, no habrán de atenderse las exigencias de quien fue beneficiado con bienes de mayor valor.

## 2. La pensión alimentaria satisfecha a los hijos al servicio del fraude común

Más, curiosamente, la pensión alimentaria satisfecha a los hijos puede constituir también el vehículo para el fraude convenido por ambos cónyuges, encubriendo disposiciones a título gratuito efectuadas por uno en beneficio del otro, con la finalidad de frustrar las expectativas de cobro de los acreedores del disponente. Destacaremos así el caso que se contempla en la SAP de Asturias de 25 de enero de 1997 (AC 1997,147), en la que el marido pacta con la esposa un aumento de la pensión compensatoria que se fijó en el convenio, a fin de que ésta pudiera hacer frente a las necesidades que habían surgido respecto a la educación de su hija. Habida cuenta de que esta última no era hija común de ambos, sino fruto de una relación de la perceptora con otra persona, ninguna obligación era exigible al pagador de la pensión respecto a la misma. Nos hallábamos, pues, en presencia de una donación, encubierta bajo la forma de modificación de convenio regulador, aunque ambos cónyuges eran conscientes de que la finalidad pretendida era sustraer bienes al cobro de los acreedores de quien, en realidad, se comportaba como donante. La sentencia declara que «el fraude, sin embargo se presume en las enajenaciones a título gratuito (art. 1.297 del Código Civil) y ya se ha señalado que el negocio disimulado tiene este carácter por lo que, no habiéndose reservado el disponente bienes suficientes para responder de sus deudas, la transmisión debe

ser calificada de fraudulenta (art. 643-2 del Código Civil).»

La sentencia contiene interesantes reflexiones sobre la trascendencia del acto realizado: no nos hallamos ante una simulación absoluta, pues la donación que subyace fue deseada por las partes; sino ante una simulación relativa. Pero el negocio disimulado, se explica, es en este caso por motivos obvios fraudulentos, por lo que cabe alegar la aplicación del artículo 6.4 CC. Se explica, así, que cuando la simulación relativa esté presidida por una finalidad fraudulenta, se habrá de aplicar al acto válido la consecuencia o sanción que señala la norma que se ha pretendido eludir. Ha profundizado en el tema CLAVERÍA GOSÁLBEZ, para quien fraudulento, o no, el negocio simulado ha de ser tratado mediante «la observación de la causa realmente querida» que será la existente, aquella «integrada por el negocio realmente querido y el acuerdo por el que se pacta la alteración formal».

Para CLAVERÍA, la función de la causa es fundamental, pues ésta es «lo único decisivo y definitorio a la hora de atribuir efectos y calificar (...) el fin pretendido, la función sobre la que se consiente, la operación en su conjunto que fue proyectada». Y es por ello, nos aclara, que a los negocios se les debe aplicar las normas que se corresponden con la función económico-social que realmente se pretendió, siendo irrelevante que los autores no desearan este efecto, o que lo pretendieran esquivar. (36)

## V. BIBLIOGRAFÍA

APARICIO AUÑÓN, Eusebio: «La pensión compensatoria». Revista de Derecho de Familia. Núm. 5. Octubre 1999.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan: «La eficacia civil del auto de homologación de la sentencia de nulidad eclesiástica del artículo 778 CC». Revista Española «La Ley». Diario núm.5420.16 de Noviembre de 2001.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura:

- La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2002.

- Derecho a la intimidad. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 1998.

- «La cesación de la «affectio maritalis» como causa de separación en la práctica judicial: un exponente de la interpretación sociológica de la norma». Aranzadi Civil 2001-III. Pág. 2.285.

- «La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil: ¿Carácter indefinido o limitación en el tiempo?» Aranzadi Civil 2002-1. Pág. 2.307.

- «Limitación temporal en sentencia de divorcio de pensión compensatoria concedida en la sentencia de pensión con carácter indefinido». Comentario a la SAP de Castellón de 9 de febrero de 2001 (AC 2001, 498). Revista de Derecho Patrimonial Aranzadi núm. 9. 2002.

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Barcelona 1994.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: La causa del contrato. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. Zaragoza 1998.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Comentario al artículo 97 CC» en Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales Dirigidos por Manuel ALBALADEJO Tomo II. Edersa. Madrid 1982

DE LA HAZA DÍAZ, Pilar: La pensión de separación y divorcio. Ed. La Ley. Madrid 1989.

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

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: «Comentario al artículo 97 CC» en Matrimonio y divorcio. Comentarios al Nuevo Título IV del Libro I del Código Civil. Coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO. Civitas. Madrid 1982.

LETE DEL RÍO, José Manuel: «Comentario del artículo 87 CC» en Matrimonio y Divorcio. Comentario al título IV del Libro I del Código Civil. Madrid 1994. Segunda Edición.

MONTERO AROCA, Juan: La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (la aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101). Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2002.

PENA GARCÍA, Carmen: «La existencia de una sentencia firme de divorcio ¿impide el reconocimiento de eficacia civil a las sentencias canónicas de nulidad?» Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de 5 de marzo de 2001 (AC. 644/2001) Actualidad Civil 25 de junio al 1 de julio de 2001. Págs. 951 a 960

ROCA TRÍAS, Encarna: «El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad» en Convenios reguladores de las Crisis Matrimoniales. Ed. Universidad de Navarra. Pamplona 1984.

TORRES LANA, José Ángel: «Comentario al artículo 101 CC» en Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil. Coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO. Ed. Civitas. Segunda Edición. Madrid 1994.

#### NOTAS

(1) La affectio, recordemos, se concibe como el «conjunto de deberes y sentimientos, totalmente entrelazados, sin los cuales difícilmente puede subsistir la convivencia» (SAP de Tarragona de 25 de marzo de 1996. AC 1996, 668), constituyendo la affectio lo que «anima y da razón de ser a la unión matrimonial» (SAP de Granada de 3 de junio de 1994. AC 1994, 1121). Por lo cual, la falta de affectio maritalis se conceptúa en numerosas sentencias, desde la famosa STS de 11 de febrero de 1985 (RJ 1985,542) como un «estado de tirantez, desafección y profunda discordia entre los esposos, con flagrante y persistente vulneración de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro (...) y aun de los morales que impone la unidad corporal y espiritual de la pareja».

(2) CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «La cesación de la «affectio maritalis» como causa de separación en la práctica judicial: un exponente de la interpretación sociológica de la norma». Aranzadi Civil 2001-III. Pág. 2.285.

(3) En este sentido, hemos de subrayar, como hicimos entonces, las declaraciones que se contienen en la SAP de Córdoba de 10 de julio de 1998 (AC 1998, 1585) que declara abiertamente que «La base del matrimonio radica en el amor y en el respeto mutuos, y que cuando esto se pierde, se llega a esa actitud y a esas hondas desavenencias, producto quizá de la falta de entendimiento, al haber desaparecido aquel afecto y respeto consustancial al matrimonio “la affectio maritalis”» ello se desencadena, sostendrá la sentencia en su FD Tercero «(...) con independencia de cuál de los esposos originó o contribuyó en mayor medida a que se llegase a ese extremo, lo que viene a provocar la quiebra de la institución, que sólo artificialmente puede mantenerse, generalmente con graves y perniciosas consecuencias para el cónyuge y los hijos».

(4) CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «La cesación de la “affectio maritalis” como causa de separación en la práctica judicial: un exponente de la interpretación sociológica de la norma». Aranzadi Civil 2001-III. Cit. Pág. 2.289.

(5) BOCG 21 de marzo de 2003.

(6) LASARTE ÁLVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: «Comentario al artículo 97 CC» en Matrimonio y divorcio. Comentarios al Nuevo Título IV del Libro I del Código Civil. Coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO. Civitas. Madrid 1982. Pág. 753. GARCÍA CANTERO, G: «Comentario al artículo 97 CC» en Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales dirigidos por Manuel ALBALADEJO.

Tomo II. Edersa. Madrid 1982. Pág. 1982.

(7) Aunque los Tribunales suelen decantarse en nuestros días a favor de la concesión de pensiones limitadas en el tiempo, estableciendo ex ante un periodo de vida para la duración de las pensiones, es lo cierto que podríamos hallarnos en presencia de lo que se ha dado en denominar «desequilibrio perpetuo», esto es, de un supuesto en el que no resultara viable la adopción de esta solución de limitar ab initio la pensión aun cuando el Tribunal defendiera de ordinario una postura favorable a esta tesis. Como es sabido, se hallan en esta hipótesis aquellos perceptores que previsiblemente no lograrán superar el desequilibrio que padecen aunque transcurra un período de años generoso, que pueda fijarse a modo de duración máxima de la pensión. Se estima que son personas a las que el matrimonio ha sumido en una situación de la que no lograrán remontarse, y donde no tiene sentido hablar de «pensiones de reciclaje», ideadas para propiciar una puesta al día del perceptor, que podrá reincorporarse en breve al mercado de trabajo, dada su juventud y preparación. (CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2002. Págs. 59 a 69). De este modo, podremos comprender, que cuando el cónyuge beneficiario es joven y se encuentra cualificado, la pensión se concederá ab initio por unos años, y se extinguirá al cabo de los mismos (salvo que con anterioridad concurren las causas previstas en el artículo 101 CC). Pero, cuando nos hallamos ante personas de edad avanzada, que jamás han trabajado, la concesión será por tiempo indefinido. Y lo que es aún peor, cabe que estemos ante personas jóvenes y sanas, y que la pensión no se limite ab initio sencillamente porque el parecer de la Audiencia sea contrario a la aplicación de esta técnica o articulación de la pensión, al no estar expresamente consagrada en el Código Civil, al contrario de lo que ocurre en el Código de Familia Catalán, donde sí se prevé. Con ello vemos que, pese a estar en presencia de un desequilibrio perfectamente superable por parte del perceptor, es la postura desfavorable del Tribunal, y no la imposibilidad de adaptar al supuesto de hecho la solución técnica, lo que provoca el resultado. En resumen: el cónyuge al que no le es imputable la causa de la separación, ante el estado de inseguridad jurídica que atravesamos en la actualidad en esta materia, podría verse obligado a satisfacer una pensión nada desdeñable a quien le torturó, y además de forma indefinida. Pese a ser su perceptor una persona que teóricamente podría reinsertarse en breve en el mercado de trabajo, por no existir circunstancias que se lo impidieran. Todo ello dependería, de lege data, del talante del Juzgador.

(8) CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Barcelona 1994. Pág. 199.

(9) En este caso, el Tribunal valoraría la posibilidad de hacer frente a una costosa licencia de taxista por parte del esposo que, además, sería adquirida con cargo al régimen de conquistas, así como la ubicación de la vivienda del demandado y la normalidad en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguros. Extremos que se referían a la cuantificación de la pensión, toda vez que su procedencia era indiscutida, al haberse comprobado que la gestación del patrimonio familiar y, con ello, la adquisición de dicha licencia, era fruto, igualmente, del sacrificio de la esposa durante años prolongados. Como vemos, el Tribunal, acreditada la procedencia de la pensión, ha de conjugar diversos factores para llegar a una conclusión acerca de la verdadera posición económica del obligado, dado que éste carece de ingresos que se sucedan con regularidad, al contrario de lo que ocurriría en el caso de quienes cuentan con una nómina, en su calidad de trabajadores por cuenta ajena.

(10) TORRES LANA, José Ángel: «Comentario al artículo 101 CC» en Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil. Coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO. Ed. Cívitas. Segunda Edición. Madrid 1994. Pág. 1210.

(11) Concretamente, se expresaba en la Sentencia objeto de casación que «cualesquiera que sean, pues, los motivos originales de dicha dualidad, lo que sí resulta cierto es que al intentarse la ejecución en vía civil de los efectos civiles de la sentencia canónica de nulidad se produce una colisión real entre los

efectos pedidos y los que se encuentran vigentes, actualmente, como consecuencia de la sentencia firme de divorcio con relación, en concreto, al derecho a pensión compensatoria, y es el pretender el marido hacer valer lo que estima que más le conviene, frente a otros, que son consecuencia de un procedimiento instado por él mismo, es decir, también conseguidos a petición suya, cuando se pone de manifiesto su postura contraria a la buena fe, y contradictoria consigo mismo» (FD Tercero).

(12) FD Tercero.

(13) LASARTE ÁLVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario. «Comentario al artículo 97 CC» en Matrimonio y divorcio. Comentarios al Nuevo Título IV del Libro I del Código Civil. Coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO. Civitas. Madrid 1982. Pág. 777.

(14) LASARTE ÁLVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. Rosario: Ob. Cit. Pág. 777.

(15) En este sentido, CAMPUZANO TOMÉ, Herminia (La pensión...cit pga 20), para quien, a pesar de que, nos hallamos ante un «punto oscuro», de esa referencia no debe extraerse la conclusión de que el cónyuge de buena fe haya de experimentar un desequilibrio como consecuencia de la nulidad. «De haber sido así -recalca CAMPUZANO- se hubiese hecho constar expresamente».

(16) El dictado de la Sentencia de 5 de marzo de 2001 por parte del Tribunal Supremo ha sido resaltado por la doctrina. PEÑA GARCÍA reconoce que, si bien no constituye propiamente doctrina legal, por representar un único pronunciamiento sobre la materia, el valor de esta resolución es incuestionable, y que «a partir de este pronunciamiento, y sin perjuicio de las valoraciones doctrinales que del mismo se hagan, resulta indubitado que no cabrá en la práctica oponer como excepción al reconocimiento civil de las sentencias de nulidad canónica la existencia de una anterior sentencia civil de divorcio, quedando en su caso para el momento de la ejecución de la sentencia canónica homologada la resolución de los conflictos que puedan surgir entre los efectos propios de cada una de las sentencias, con especial referencia al problema del mantenimiento o extinción de la pensión compensatoria una vez reconocida la eficacia civil de la sentencia canónica de nulidad». PENA GARCÍA, CARMEN: «La existencia de una sentencia firme de divorcio ¿impide el reconocimiento de eficacia civil a las sentencias canónicas de nulidad? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de 5 de marzo de 2001» (AC. 644/2001) Actualidad Civil 25 de junio al 1 de julio de 2001. Pág. 960.

(17) BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan: «La eficacia civil del auto de homologación de la sentencia de nulidad eclesiástica del artículo 778 CC». Revista Española «La Ley». Diario núm.5420.16 noviembre de 2001. Pág. 3.

(18) RGD 1993. Pág. 5.437.

(19) RGD 1993. Pág. 935.

(20) FD Primero de la SAP de Cádiz de 27 de mayo de 2002 (JUR 2002, 223241).

(21) CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: Derecho a la intimidad. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 1998. Págs. 60 y 61.

(22) Expresa CAMPUZANO que la extinción por contraer nuevo matrimonio se deriva de este dato objetivo, sin que hayan de sumarse al mismo otras consideraciones accesorias, tales como la mejor posición económica asumida en virtud del nuevo vínculo conyugal. Se admite unánimemente, pues, y así lo pone de manifiesto esta autora, que es el nuevo deber de socorro surgido en virtud del nuevo vínculo conyugal lo que extingue, como no podía ser menos, la pensión que deriva del desequilibrio generado a raíz de la crisis experimentada en un matrimonio anterior. Lo mismo ha de predicarse respecto a situaciones de convivencia paramatrimonial. (CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: La pensión... cit. Págs. 201 y 202.)

(23) TORRES LANA, José Ángel: «Comentario al artículo 101 CC» en Matrimonio y divorcio. Comentarios al Nuevo Título IV del Libro I del Código Civil. Coordinados por José Luis Lacruz Berdejo. Civitas. Madrid 1982. Pág. 793.

(24) LALANA DEL CASTILLO, Carlos: La pensión por desequilibrio en caso de separación o de divorcio.

Barcelona 1993. Pág. 248. CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: (Ob.cit. Pág. 250).

(25) Expresa TORRES que «la homosexualidad no debe ser fuente de discriminación jurídica, pero tampoco de privilegio; y esto último ocurriría si sólo extinguiese el derecho a la pensión la convivencia heterosexual y no la homosexual. Por tanto, la norma ha de comprender y aplicarse a ambos casos. En definitiva, a los efectos que ahora se examinan, hay que entender por convivencia marital la comunidad de vida, reflejo de su equivalente matrimonial, es decir, montada sobre lazos afectivos y sexuales, pero independiente del carácter homosexual o heterosexual de la unión». (TORRES LANA, José Ángel: «Comentario al artículo 101 Cc» en Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil. Madrid 1982. Pág. 792).

(26) Respecto al embarazo, declara en su FD Segundo la SAP de Asturias de 23 de septiembre de 1992 (AC 1992, 1236) con relación al 101 CC: «(...)Esta norma viene siendo interpretada en reiteradas resoluciones de las Audiencias Provinciales, en el sentido de que, para que proceda la extinción de la pensión compensatoria no es suficiente acreditar la existencia de relaciones amorosas aisladas más o menos frecuentes incluso aunque de ellas se derivara el nacimiento de algún hijo, sino que es preciso justificar una convivencia, «more uxoris», es decir, una convivencia de pareja estable o de cierta permanencia semejante a la convivencia matrimonial (Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo de 16-10-1990).»

(27) Lo explica a la perfección TORRES LANA, cuando expone que el efecto extintivo se produce aunque la notoriedad no concurra. El CC español, al contrario que el francés, hace notar, no ha añadido esta exigencia. (TORRES LANA, José Ángel en «Comentario al artículo 101 CC» en Matrimonio y divorcio. Cit. Edición de 1994. Pág. 1.205). Dice: «Lo que el Código exige es la convivencia more uxorio; dicho de otro modo, la creación de una apariencia que genere, a su vez, posesión de estado familiar y conyugal. Y esto, aunque parezca paradójico, es independiente y distinto de la notoriedad, puesto que la clave radica en el establecimiento de nuevos lazos afectivos, comunidad de vida y de intereses, aunque sean de hecho».

Desde luego, matizamos nosotros, el legislador español obvió esa referencia, pues es una medida inteligente del legislador que facilita extraordinariamente la adopción de una solución injusta: la extinción de la pensión, cuando se produce un hecho, instauración de comunidad de vida, independientemente de la publicidad de que se le dote externamente. Requerir notoriedad hubiera facilitado, a nuestro juicio, que se mantuviera la pensión cuando de hecho mediaban convivencias more uxorio que resultaban difíciles de probar.

(28) Como la SAP de Cádiz de 4 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 280093) en la que la beneficiaria paseaba en compañía de un tercero, ambas personas de edad avanzada, dejando que éste le tomara de la mano y le pasara la mano por encima del hombro, actitudes que el Tribunal valoró junto a otros indicios (entrar por la noche en el domicilio de ella y salir por las mañanas con ropa distinta) –como demostrativas de que existía una relación afectiva entre ellos susceptible de extinguir la pensión–.

(29) Así lo ha afirmado el Magistrado Eusebio APARICIO AUÑÓN, quien alerta del problema en los siguientes términos: «(...) El Juzgador debiera vigilar escrupulosamente los convenios reguladores con pensiones compensatorias desmesuradas. Para una persona agobiada por sus acreedores privativos, siempre es tentador fingir una separación convencional y estipular en el convenio regulador una fuerte pensión compensatoria a favor del cónyuge. Pensión que, en el mismo convenio o a renglón seguido, se conviene en pagarla mediante una transferencia de bienes al amparo del artículo 99. Y sin embargo, los cónyuges tienen siempre en la mano deshacer lo hecho cuando lo estimen conveniente, sin más que comunicar al Juzgado que se han reconciliado. Para colmo, ni siquiera el haber continuado el deudor viviendo en el mismo domicilio puede tomarse como un indicio seguro de simulación, en vista de lo dispuesto en el artículo 87». APARICIO AUÑÓN, Eusebio: «La pensión compensatoria». Revista de Derecho de Familia. núm.5. Octubre 1999. Pág. 56. Nota a pie 59.

(30) DE LA HAZA DÍAZ, Pilar. La pensión de separación y divorcio. Ed. La Ley. Madrid 1989. Pág. 84.

(31) APARICIO AUÑON, Eusebio. Ob. cit., Pág. 56.

(32) Se debe tener presente que el artículo 87 CC cuando habla de la posibilidad de que ambos cónyuges continúen viviendo bajo el mismo techo, y admite que el tiempo se compute a efectos de solicitar la separación o el divorcio en los casos en lo que ésta no sea de mutuo acuerdo, no sólo tiene presente razones económicas, esto es, la imposibilidad de mantener dos hogares, que dramáticamente obligaría a muchos matrimonios a soportarse mutuamente en espera del divorcio, sino que también alude al intento de reconciliación o al interés de los hijos. El precepto no deja de ser oscuro en muchos aspectos.

En primer lugar, se observa, el tenor literal del mismo se refiere no a la penuria económica, lo que sin duda le dotaría de un carácter más restrictivo, sino a la «necesidad» la cual según LETE DEL RÍO, ha de ser interpretada desde los más diversos puntos de vista, abarcando no sólo lo económico, sino cualquier otro tipo de exigencia (por ejemplo, expone, problemas de salud que impidan a uno de los cónyuges abandonar el hogar como sería su deseo). LETE DEL RÍO, José Manuel: «Comentario del artículo 87 CC» en Matrimonio y Divorcio. Comentario al título IV del Libro I del Código Civil. Madrid 1994. Segunda Edición. Pág. 924.

Pero más peligrosas son aún las referencias al mantenimiento de la convivencia en el mismo domicilio cuando ello obedezca «al interés de los hijos» y sobre todo al «intento de reconciliación», que puede confundirse con la reconciliación misma.

De donde podemos imaginar que cabría que, solicitada de mutuo acuerdo una separación, y pactada la entrega de bienes de cierta consideración, aún continuasen ambos cónyuges morando bajo el mismo techo en espera, teóricamente, de solicitar el divorcio, por ejemplo aduciendo el interés de los hijos, cuando en realidad lo que pretenderían sería continuar conviviendo y sustraer los bienes de la actuación de los acreedores de uno de ellos.

(33) ROCA TRÍAS, Encarna: «El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad» en Convenios reguladores de las Crisis Matrimoniales. Ed. Universidad de Navarra. Pamplona 1984. Págs. 259 y 260.

(34) ROCA TRÍAS, Encarna: Ob. Cit. Pág. 260.

(35) Como sabemos, son diversas las teorías que se barajan respecto de la naturaleza de la pensión compensatoria. Obviamente, la coexistencia de aquélla y de una pensión por alimentos es perfectamente posible, siempre y cuando se trate de cónyuges separados, esto es, persista el vínculo, decayendo toda posibilidad tras el divorcio de solicitar la pensión que se regula en los artículos 142 y ss. CC de quien ya ha dejado de ser nuestro cónyuge. Lo que deseamos aclarar es que la percepción de una pensión compensatoria no ha de obstaculizar el reconocimiento de una pensión alimentaria cuando las circunstancias así lo demanden. Téngase en cuenta que la cuantía de la primera puede ser insignificante y que el beneficiario puede ver mermadas sus facultades para obtener ingresos con los que atender a su subsistencia. Pero, en ello sí tiene razón la sentencia, cuando la realidad que se contempla en el convenio y en consideración a la cual se han adoptado ciertas medidas que causan extrañeza no se altera (privilegiar en un reparto en el que ha de regir la igualdad a un cónyuge sobre otro), no hay razón para plantear exigencias suplementarias que entrañan, en si mismas, un fraude a la letra de lo convenido, por no responder a una necesidad real.

(36) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: La causa del contrato. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. Zaragoza 1998. Págs. 226 a 228.