



ASOCIACION NACIONAL DE MAGISTRADOS
DEL PODER JUDICIAL DE CHILE

GACETA JURIDICA

AÑO 2009 / FEBRERO / N° 344

Índice Analítico



(Comprende Revistas N°s. 331 a 342 año 2008)

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO COMPARADO

CRISTIÁN LEPIN MOLINA(*)

1. INTRODUCCIÓN

En la mayoría de los países se ha planteado la necesidad de legislar sobre las consecuencias económicas que la ruptura matrimonial genera en los cónyuges. Es decir, se busca reparar los daños que la terminación del matrimonio por divorcio o la disolución del mismo por nulidad puedan generar en uno de los cónyuges, e incluso, en algunas legislaciones como la española, se establece una compensación en los casos de separación judicial, situación algo curiosa, si se considera que se mantiene vigente el matrimonio, y subsisten las obligaciones derivadas de dicha unión.

Por tanto, se parte de una premisa generalmente aceptada que el quiebre de la relación de pareja, y muy especialmente el divorcio genera pobreza, principalmente en la mujer (1), de hecho este fue uno de los principales argumentos de quienes, en su minuto, se opusieron a legislar sobre el divorcio unilateral (2). Es entonces a partir de este

aserto que en las distintas legislaciones se ha optado por regular ciertas consecuencias económicas que se generan conjuntamente con la terminación del vínculo.

Históricamente, podemos decir que su desarrollo es paralelo al divorcio, de manera que sus inicios se encuentran en el divorcio por culpa, que traía aparejada la sanción de pago de una pensión alimenticia a favor del cónyuge inocente. Ya lo señalaba el jurista francés Jean Carbonnier quien "asienta el deber de alimentos posterior a la ruptura de la convivencia, en una suerte de reminiscencia de la indisolubilidad del matrimonio: una indisolubilidad patrimonial del vínculo, que deja en libertad personal, pero no financiera, al cónyuge culpable". (3)

Como se puede apreciar en un primer momento se sanciona al cónyuge culpable, fijando una pensión de alimentos a favor del inocente. Pero el desarrollo del divorcio, que en un comienzo sólo se permitía mediante la acreditación de una causa, es decir, mediante un juicio de reproche, posteriormente evoluciona a criterios objetivos, como la ruptura irremediable del vínculo matrimonial, que nuestro legislador denomina cese efectivo de

(*) Abogado, Magíster en Derecho Privado, Profesor Ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

(1) ROCA TRÍAS, ENCARNA. *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Editorial Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pp. 149 y sgtes.

(2) Así, INSTITUTO LIBERTAD y DESARROLLO, en "Divorcio Unilateral Empeora la Situación de la Mujer" [en línea] <<http://www.lyd.com/>

Continuación nota (2)

programas/legislativo/divorcio> [visitado el 10 de Junio de 2005], Véase Boletín 1759-18 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, "Aspectos Económicos del Divorcio", pp. 1170 y sgtes.

(3) CARBONNIER, JEAN, citado por FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudio de Derecho de Familia*, t.2, v.1, Editorial Bosch, Madrid, 1982, p. 389.

la convivencia. Se trata de acreditar una causa objetiva, y en la actualidad incluso, se permiten divorcios incausados, donde los cónyuges de mutuo acuerdo ponen fin al matrimonio, a través de un proceso judicial, donde no se exige más que la expresión de voluntad de los cónyuges, como ocurre por ejemplo en la legislación francesa y española. (4)

De tal modo que este efecto patrimonial del término del matrimonio, evoluciona desde la sanción subjetiva o culpable a una determinación objetiva.

Así, la Convención de Viena de 1977 sobre derecho de familia, en sus conclusiones, expresó el deseo "...que la legislación nacional consagre el principio según el cual la pensión alimenticia después del divorcio debería ser atribuida según las necesidades económicas del cónyuge acreedor, independientemente de la inocencia o de la culpabilidad del deudor, pero teniendo en cuenta sus posibilidades financieras. En la atribución —de tal pensión— podría tenerse en cuenta, a título excepcional, el comportamiento de los esposos durante el matrimonio". (5)

(4) Art. 233 Código Civil francés "El divorcio podrá ser solicitado por uno u otro de los cónyuges o por ambos cuando acepten el principio de la ruptura del matrimonio sin consideraciones sobre los hechos que la hayan causado. Esta aceptación no es susceptible de retractación, ni siquiera por vía de recurso".

Art. 86 Código Civil español "Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81" y el Art. 81...Una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio...

(5) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2003, p. 26.

El comité de expertos sobre el derecho del divorcio del Consejo de Europa en 1981, elaboró un proyecto de recomendación en esta materia, en el cual expresa que la falta de uno de los esposos no debería tener una importancia determinante en la atribución de la prestación y, entre otras cosas, deberían fijarse indicaciones de carácter muy general dejando, en último término, al juez la responsabilidad de decidir a la vista de cada caso en concreto. (6)

De esta forma asumida la realidad que implica la ruptura matrimonial, y en la búsqueda de soluciones, en el derecho comparado se han intentado a través del establecimiento de las siguientes alternativas: fijando una pensión alimenticia, una indemnización por los perjuicios generados por la ruptura o en algunos casos compatibilizando dichas opciones. Con carácter exclusivamente alimenticio, por ejemplo Suiza y Argentina, con carácter indemnizatorio, Canadá, y combinando ambas posibilidades, denominadas mixtas, Alemania e Inglaterra.

Por último, creemos que existen dos rasgos comunes en las fórmulas expresadas: En primer lugar, es un efecto de la disolución o terminación del matrimonio (salvo el caso señalado de la separación, en el Derecho Español), y en segundo lugar, los criterios para determinar la cuantía son muy similares. (7)

Los elementos que más se repiten son: la duración del matrimonio y de la convivencia, la edad y el estado de salud de los cónyuges, la dedicación a la familia, la contribu-

(6) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, op. cit., pp. 26 y 27.

(7) Así por ejemplo, el art. 271 del Código Civil francés, art. 97 Código Civil español, art. 207 del Código Civil argentino, art. 25 "Matrimonial Causes Act" de Inglaterra de 1973, art. 75 de la "Family Law Act" australiana de 1975, y el art. 62 de la Ley N° 19.947, de Chile del año 2004.

ción a las actividades del otro cónyuge, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso al mercado laboral.

Es preciso consignar que esta enumeración constituye *numerus apertus*, es decir, puede considerar el Juez otros criterios o circunstancias, no mencionados en dichas disposiciones.

Del estudio realizado podemos señalar que cada país ha dado su propio sello, a la que hemos denominado fórmula para tratar de solucionar las consecuencias económicas que genera la ruptura matrimonial. Nos parece que no existen dos instituciones iguales, así, y a modo de ejemplo, el legislador español se basó principalmente en la legislación italiana y francesa, *el assegno per divorzio* (8), y *la prestation compensatoire* (9). Con las cuales tiene importantes diferencias que van desde denominación hasta la forma de pago, la duración, la posibilidad de sustitución y de extinción, entre otras.

Como el objeto de este artículo es dar una visión de esta institución en la legislación comparada, a continuación se hace una descripción de este instituto, en España y Francia, por ser la base de nuestra compensación económica, y someramente, lo que sucede en Alemania y Argentina, por ser sustancialmente diferente a nuestra compensación económica.

2. PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La pensión compensatoria está regulada en los arts. 97 a 101 del Código Civil (10),

(8) Art. 5º de la Ley Italiana de 1 de diciembre de 1970.

(9) Art. 270 y sgtes. del Código Civil francés.

(10) CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, vigésima octava edición, actualizada, Editorial Civitas, Navarra, 2005.

en estas normas, se prescriben los requisitos, casos en que procede, las circunstancias para determinar su importe, la sustitución, modificación y el cese de la misma.

La Ley 30/1981, de fecha 7 de julio, introduce la institución de la pensión compensatoria (también denominada pensión por desequilibrio), dicha ley modifica el régimen del matrimonio en el Código Civil Español y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio.

Es menester considerar que la ley 15/2005 modifica esta institución, principalmente ya no se hace referencia "al derecho a la pensión", sino a la "compensación", se resuelve un tema que en la práctica ya se había solucionado por vía jurisprudencial, si se podía establecer una pensión temporal. Por último, se señala expresamente que la compensación se puede fijar tanto en el convenio regulador, como en la sentencia.

Se entiende que se trata de una prestación que pretende restablecer el desequilibrio que puede causar la ruptura matrimonial, así el art. 97 CC prescribe *"El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia"*.

De esta forma, la ley española busca compensar al cónyuge que se encuentra en una posición de desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación que disfrutaba constante el matrimonio.

2.1. Caracteres.

Dentro de sus características se encuentran que:

a. Es una obligación legal, establecida para los casos de separación y divorcio.

b. Se excluye el criterio de culpa, no se trata pues de una sanción al cónyuge culpable, más bien se atiende a criterios objetivos, derivados del citado desequilibrio económico.

c. Se devenga una vez que la sentencia queda firme, es decir, esta institución nace con la ruptura del matrimonio.

d. Es renunciable, tratándose de un derecho de carácter pecuniario, establecido a favor de uno de los cónyuges, sin duda éste puede renunciar.

Se ha discutido el punto si es posible la renuncia anticipada. Así para Encarna Roca, es perfectamente posible, y para otros como García Cantero, es de derecho necesario, indisponible para las partes, salvo cuando ya ha sido fijada. (11)

e. Debe ser alegada (principio rogatorio), es decir, debe ser solicitada por el cónyuge beneficiario, y no puede decretarse de oficio por el Juez.

Según Beatriz Saura "la pensión, consecuentemente con el principio de justicia rogada que preside nuestros procesos civiles, ha de ser solicitada en el pleito, en tanto no puede acordarse por el juez de oficio". (12)

2.2. Presupuestos

Para determinar cuales son los presupuestos de la pensión, es menester tener a la vista el art. 97.1 del CC que prescribe "*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir...*", de esta disposición se pueden extraer que para obtener esta compensación se requiere: (13)

a. *Existencia de una sentencia firme en juicio de separación o divorcio.*

Aunque en estricto rigor y según el artículo citado, se puede regular tanto en la sentencia como en convenio regulador, es indispensable que se decrete la separación o el divorcio, porque esta institución surge precisamente con el quiebre matrimonial.

En los casos de nulidad de matrimonio procede la indemnización al cónyuge de buena fe, del art. 98 (14) del mismo código.

Resulta obvio que para que se declare por los tribunales competentes, tanto la separación como el divorcio se requiere de un vínculo matrimonial válido.

Por otra parte, la renuncia expresa en juicio de separación, tiene plena eficacia en el posterior juicio de divorcio.

(11) ROCATRÍAS, Encarna. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Revista de Derecho Privado, 2ª Edición, Madrid, 1982, p. 644; GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, artículos 97 a 101, v.1, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pp. 433 y 438.

(12) SAURAALBERDI, Beatriz. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 65.

(13) En esta materia seguiremos principalmente lo planteado por LUIS ZARRALUQUI y por CARLOS LALANA.

(14) Art. 98 Código Civil español "*El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97*".

b. Desequilibrio económico.

Este presupuesto es requisito indispensable para otorgar la pensión compensatoria, viene a ser el objeto de la misma, en el sentido que es el que justifica su existencia, como consecuencia si no hay desequilibrio, no hay compensación.

Ahora bien, una vez que se produce la ruptura de la vida en común por separación o divorcio, cada uno de los esposos tendrá que subvenir a sus necesidades mediante sus propios recursos, y es aquí donde puede surgir el desequilibrio que dé nacimiento al derecho a la pensión.

De acuerdo con el art. 97 CC, dos serían los elementos integrantes del desequilibrio: por una parte, ha de tratarse de desequilibrio relativo, en cuanto ha de afectar a la posición económica de un cónyuge en relación con la mantenida por el otro; de otra, ha de implicar un deterioro respecto de la situación económica anteriormente disfrutada durante el matrimonio. (15)

Surge aquí la duda si las circunstancias enumeradas en el art. 97 CC, forman parte de la noción de desequilibrio. Existen dos posiciones las objetivas, que defienden la mera oportunidad de la comparación de patrimonios, y la concesión de la pensión cuando uno es inferior a otro, ya que las circunstancias del art. 97 CC lo son sólo para la fijación de la cuantía, y las subjetivas, que exigen para la determinación de la existencia del desequilibrio, hay que valorar todas las circunstancias del art. 97 CC, que no sólo son relevantes para la cuantificación de la pensión, sino también para el reconocimiento del derecho. (16)

(15) SÁNCHEZ GÓNZALEZ, MARÍA. *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 25 y 26.

(16) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. *La pensión compensatoria de la separación*

En este orden de ideas, Carlos Lalana señala que "pueden incluirse dentro del desequilibrio las circunstancias enumeradas en el art. 97, puesto que para conocer el empeoramiento del esposo acreedor de la pensión se necesitará acudir a las circunstancias nombradas en el susodicho artículo, que también servirán para cuantificar la pensión". (17)

Según Teresa Marín, "hasta hace unos años, el desequilibrio económico ha venido siendo valorado por los tribunales españoles atendiendo mayoritariamente a un criterio objetivo de acuerdo con el cual las circunstancias del art. 97 debe tenerlas en cuenta el juzgador para fijar el quantum de la pensión, pero no para la concesión de la misma". El papel del juez según se ha destacado, queda reducido "a la mera comparación del patrimonio de uno y otro cónyuge, de forma que cuando el de uno de ellos fuera inferior al del otro e inferior también a aquel del que podía disponer durante la vida matrimonial el juez entendía que existía derecho a pensión a favor del perjudicado, sin tener en cuenta ninguna otra circunstancia". (18)

En cualquier caso, se interpreten los referidos requisitos del art. 97 CC, siguiendo los criterios de cualquiera de las dos teorías señaladas, subjetiva u objetiva, resulta necesario acreditar la existencia de desequilibrio en el procedimiento en que se reclame

Continuación nota (16)

ción conyugal y el divorcio, op. cit., p. 177. cita sentencia Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de marzo de 1999.

(17) LALANA DEL CASTILLO, CARLOS. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1993, p. 38.

(18) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. "Soluciones Económicas en las Situaciones de Crisis Matrimonial: La Temporalidad de La Pensión Compensatoria en España", *El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 98.

la prestación compensatoria. En tal sentido, la Audiencia Provincial de Madrid estima que "conocida y aceptada es la argumentación de que el equilibrio económico no se presume sino que se ha de probar cumplidamente, sin que sea de referencia única y válida la del reconocimiento anterior de este derecho, y la carga de la prueba incumbe a quien insta el beneficio conforme al art. 1124 CC" (19). Se entiende que la referencia es al desequilibrio, ya que es lo que se debe acreditar.

c. Empeoramiento de la situación del cónyuge beneficiario.

Respecto del requisito del empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio, el referente no es a la posición del otro cónyuge, sino a la situación anterior *en el matrimonio*, que no es lo mismo que la situación anterior al matrimonio.

La jurisprudencia ha considerado este empeoramiento como el descenso en el nivel de vida precedente en la forma de vida, que tenga cierta relevancia. No basta con que uno se encuentre en situación de pobreza, sino que es preciso que esas mismas condiciones no le afectaran ya durante la etapa de normal convivencia matrimonial y que no las padezca también el otro. (20)

La jurisprudencia determina que el desequilibrio debe tener su origen o causa en la separación o el divorcio, como se afirma en sentencias de Audiencia Territorial de Bilbao, de 11 de noviembre de 1982 y 31 de marzo de 1983. Es claro que el empeoramiento debe realizarse respecto de la situación anterior en el matrimonio, pero el momento para apreciar el tenor de vida conyu-

gal debe referirse, según la opinión dominante en los tribunales, al último período de convivencia conyugal. (21)

d. Relación causal.

Otro requisito que ha de reunir el desequilibrio económico entre los cónyuges para determinar el derecho a una pensión a favor del más desfavorecido, es que la separación o el divorcio sea la causa directa del desequilibrio. Es decir, se exige una relación de causa a efecto entre la separación o el divorcio y el desequilibrio, como requisito indispensable derivado del art. 97 CC. (22)

2.3. Naturaleza jurídica.

Como en la mayoría de los países el tema más controvertido es el de la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria, discutiendo sobre la base si se trata de una prestación alimenticia o asistencial, reparadora de un enriquecimiento sin causa, indemnizatoria e incluso algunas teorías en las que se mezclan dichas alternativas, denominadas mixtas o compuestas.

a. Alimenticia.

Así como lo señalamos anteriormente, existen autores que estiman que la naturaleza de este instituto es alimenticia, de manera que estaría destinada a cubrir las necesidades del cónyuge beneficiario, quien se encontraría en precariedad económica.

Según Eusebio Aparicio Auñón, la pensión compensatoria tiene naturaleza jurídica fundamentalmente análoga a la pensión ali-

(19) SAURAALBERDI, Beatriz. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, op. cit., p. 138.

(20) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, op. cit., p. 183.

(21) LALANA DEL CASTILLO, Carlos. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, op. cit., p. 42.

(22) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, op. cit., p. 18.

menticia. Basamos esta afirmación en dos tipos de argumentos: en el antecedente histórico de la pensión compensatoria, que es la pensión alimenticia entre divorciados que arbitro la ley de divorcio republicana, y en nuestras reservas sobre la idea de que con el divorcio desaparezcan todas las obligaciones asistenciales que la ley impone al marido y a la mujer. Añade que, "si nos fijamos en las circunstancias que el artículo menciona (ad exemplum o entre otras) para graduar la pensión, algunas parecen conferir carácter de pensión de alimenticia (así la 8 recuerda el módulo alimenticio del art. 146 CC) (23). En el mismo sentido, Lasarte y Valpuesta.

Como puede deducirse esta concepción es paralela a su fundamento asistencial. No obstante, creo que debiera distinguirse a efectos conceptuales entre la naturaleza alimenticia de la pensión, que hace referencia a cubrir unas necesidades en base a una relación matrimonial, que en el caso de divorcio ya no existe, y la solidaridad posconyugal, que funcionaría como fundamento asistencial de la pensión, no obstante no tener naturaleza alimenticia. (24)

Al respecto Encarna Roca señala "...lo que hay que poner de relieve es que la naturaleza de la pensión no tiene nada que ver con el mantenimiento: el fundamento es siempre y sólo el desequilibrio..." (25)

A excepción de los autores mencionados la mayoría de la doctrina española entiende que la pensión compensatoria (actual com-

pensación) no tiene naturaleza jurídica alimenticia. (26)

b. Enriquecimiento sin causa.

Se ha mencionado el enriquecimiento sin causa como naturaleza jurídica, Zarraluqui citando a Bonnecasse señala "Se habla del hermanamiento de este principio con el abuso del derecho y que ambos son consagración de la moderna tendencia espiritualista, que aspira a atemperar y corregir situaciones, en apariencia normales y conforme a la legalidad objetiva y formal, pero cuyos resultados no se justifican, a los ojos de la noción del derecho, tal y como se revela y actúa a través del medio social". (27)

Para la existencia de esta figura exige la doctrina que exista un incremento económico por parte de uno, un empobrecimiento por parte del otro, y una relación causal entre ambos, además de la calificación de injustificada que lleva en su enunciado y del que, por equidad, surge la obligación de compensar. Por otra parte, son también requisitos de este principio que el desplazamiento patrimonial no se produzca en colisión con alguna norma legal, ni esté legitimado en ninguna otra. (28)

Es cierto que existen casos de ruptura conyugal en que podría aplicarse esta doctrina por concurrir los requisitos antes mencionados, pero la realidad es que en otras muchas, en que la separación o el divorcio causan un desequilibrio en uno de los esposos, no existe tal enriquecimiento por parte

(23) Citado por ROCA TRÍAS, Encarna. *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, op. cit., p. 116.

(24) LALANA DEL CASTILLO, Carlos. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, op. cit., nota al pie de página, p. 27.

(25) ROCA TRÍAS, Encarna. *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, op. cit., p. 145.

(26) Existen varias diferencias entre la obligación alimenticia y la compensación, al respecto se pueden revisar las obras de LALANA DEL CASTILLO, Carlos pp. 28 y sgtes.; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, pp. 118 y sgtes., y SAURA ALBERDI, Beatriz, pp. 124 y sgtes.

(27)(28) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, op. cit., p. 78.

del deudor, ni empobrecimiento del acreedor, ni relación de causa a efecto requerida por la jurisprudencia para su aplicación. (29)

Esta postura sólo podría defenderse según Encarna Roca, si concurrieran las características que la jurisprudencia atribuye a este principio para que se pueda reclamar en base al mismo y, salvo en aquellos claramente identificados en el art. 41 CF(30), difícilmente se puede argumentar diciendo que los papeles sociales que se atribuyen a cada cónyuge en el matrimonio y que son asumidos voluntariamente en sus relaciones internas y externas, producen un enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges a costa del otro. Esto es posible argumentarlo en las relaciones de hecho. (31)

c. Reparación de un daño.

En este extremo se consideran los planteamientos indemnizatorios, compensatorios y reparatorios, aunque se estiman como sinónimos.

Para Encarna Roca "la afirmación de que se trata de un resarcimiento por concurrencia de un daño objetivo producida por la ruptura no debe llevar a entender que mi opinión es que la pensión tiene la naturaleza de responsabilidad civil; en definitiva, no se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo que constituye su supuesto de hecho viene caracterizado por consistir en la pérdida de expectativas de todo tipo que pertenecían al

propio estatuto del matrimonio y que desaparecen como consecuencia del divorcio. No se trata pues de prevenir necesidades futuras: el art. 100 CC lo impide, sino que se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio". (32)

Concluye que "constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio; mientras era eficaz, el matrimonio enmascara esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, las pérdidas se manifiestan con toda su crudeza y por ello debe existir compensación". (33)

Luis Zarraluqui señala que "la pensión del art. 97 es indemnizatoria, que por la extensión de la reparación, no igualatoria, tiene un carácter compensatorio". Confirma este aspecto vagamente reparador, pero aritméticamente neutralizador del daño –desequilibrio– el que la cuantificación se realice mediante la utilización de circunstancias y parámetros, no incluidos en el desequilibrio. Sin embargo, la aleatoriedad de la cuantificación de la indemnización en la pensión indefinida; la posibilidad de extinguirse cuando el deudor venga a peor fortuna; la transmisión condicionada de la deuda mortis causa; la cesación del derecho por matrimonio o convivencia, son, todos ellos, elementos que contradicen la naturaleza indemnizatoria, compensatoria o reparadora de la pensión. La conclusión es un puro desconcierto. Me inclino por defender que es predominantemente indemnizatoria por

(29) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, op. cit., p. 79.

(30) Se refiere al Código de Familia de Cataluña.

(31) ROCA TRÍAS, ENCARNAS. *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, op. cit., p. 186.

(32) ROCA TRÍAS, ENCARNAS. *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, op. cit., p. 147.

(33) ROCA TRÍAS, ENCARNAS. *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, op. cit., p. 187.

compensación, aproximada y aleatoria, del daño, pero falta de todo rigor normativo. (34)

Según Luis Díez- Picazo y Antonio Gullón, "en definitiva, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas traducibles económicamente". (35)

La nueva regulación (ley 15/2005) de la compensación acentúa el carácter de indemnizatorio de la vieja pensión compensatoria, aunque no se habla propiamente de indemnización y aunque ello se haga para evitar que la misma se refiera a la idea de culpa. Concebidos la separación el divorcio sin referencia alguna a la culpa de uno de los cónyuges, la indemnización-compensación tampoco podría referirse a esa culpa y por ello se elude el primer término y se usa el segundo (36)

Para Teresa Marín, "la proyección indemnizatoria destacada por un sector de la doctrina (Vásquez Iruzubieta, Fosar Benlloch, Díez-Picazo y Roca Trías), cada vez viene siendo acogida en mayor medida por los tribunales". Cita, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 18 de noviembre de 1995, que indica "como se puede apreciar, la proyección indemnizatoria es compatible con la no vinculación con la responsabilidad por culpa, funcionando como resarcimiento o indem-

nización a favor del más perjudicado económicamente por las crisis matrimoniales". (37)

En la jurisprudencia se puede citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de marzo de 1999, que señala "en consecuencia la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes o antagónicos sino complementarios, pues para la viabilidad de la pensión que estudiamos será preciso en primer lugar una descompensación entre los cónyuges a causa de la separación o divorcio y en segundo lugar que el cónyuge en peor situación tenga derecho a un resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el precepto en cuestión".

La sentencia de la audiencia provincial de Barcelona, de fecha 1 de octubre de 1998, señala que "la pensión compensatoria, recogida en el art. 97 CC, es una medida no de índole o carácter alimenticio, sino de naturaleza reparadora tendente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan causar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con la que conserve el otro..."

La sentencia Provincial de Toledo de 8 de julio de 1997, que señala "la pensión que regula el art. 97 y siguientes CC tiene un carácter estrictamente compensatorio o reparador del desequilibrio patrimonial ocasionado por la separación o el divorcio".

d. Mixtas o compuestas.

Según Carlos Lalana "la naturaleza de la pensión por desequilibrio es compuesta. Su componente predominante, aunque no exclusivo, es el compensatorio al ser elemento esencial en la concesión de la pensión la situación posterior a la separación o divorcio,

(34) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, op. cit., p. 129.

(35) DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia*, 10ª edición, v. 4, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p.125.

(36) MONTERO AROCA, JUAN. *Separación y Divorcio, tras la Ley 15/2005*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 204.

(37) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. "Soluciones Económicas en las Situaciones de Crisis Matrimonial: La Temporalidad de La Pensión Compensatoria en España", op. cit., p. 97.

en comparación con la existente constante matrimonio... Pero también el componente asistencial es claro cuando se trata de pensión por desequilibrio económico concedida en proceso de separación, ya que pervive el deber de socorro mutuo entre los cónyuges y, en este caso, debe entenderse que la pensión por desequilibrio económico engloba los alimentos del cónyuge. Además si queremos lograr adecuada comprensión de la institución, tampoco podemos olvidar que la pensión se encuadra dentro del Derecho de familia". (38)

La Audiencia Territorial de Barcelona en sentencia de 10 de abril de 1987, señala "...la pensión no tiene una naturaleza ni alimentaria ni indemnizatoria, aunque se valoren circunstancias que tengan ese carácter... sino un carácter mixto o híbrido asistencial, resarcitorio y compensatorio, primando una u otra faceta en atención a las peculiares circunstancias concurrentes en cada caso concreto..."

2.4. Determinación de la cuantía.

Según el art. 97 CC, a falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2ª La edad y estado de salud.

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

4ª La dedicación pasada y futura a la familia.

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

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

7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.

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

9ª Cualquier otra circunstancia relevante.

La doctrina española (39) ha señalado varias circunstancias no consideradas en la disposición citada, sólo mencionaremos las que nos parecen más interesantes:

La ayuda prestada por un cónyuge al otro, durante el matrimonio, para su formación académica o consolidación laboral.

La limitación que supone, para el desarrollo de una profesión u oficio remunerado, la realización de las tareas domésticas.

La pérdida del puesto de trabajo que abandonado para dedicarse a los hijos, así como los derechos laborales extinguidos por esta causa.

La atribución de la vivienda familiar.

El resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial.

Por último, la resolución que fije el monto de la pensión determinará las bases de actualización de la misma, siendo el principal criterio utilizado, el incremento anual que experimente el índice de precios al consumi-

(38) LALANA DEL CASTILLO, CARLOS. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, op. cit., pp. 32 a 34.

(39) SAURA ALBERDI, BEATRIZ. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, op. cit., pp. 161 y 162. y LALANA DEL CASTILLO, CARLOS. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, op. cit., pp. 86 y 87.

dor (IPC) que determine el Instituto Nacional de Estadísticas. (40)

2.5. La Sustitución (41)

La sustitución de la forma de pago de la compensación fijada judicialmente, se puede realizar en cualquier momento, desde que la regula el Juez.

La principal duda que plantea este precepto es si sólo se puede sustituir por alguna de las formas señaladas en el art. 99 CC (*numerus clausus*), o si es posible recurrir a otras alternativas para la sustitución, apelando por cierto a la autonomía de la voluntad.

Pero sólo se ha aceptado que se puede sustituir por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de bienes determinados o por la entrega de un capital en bienes o dinero.

La posibilidad de sustitución surge necesariamente de la concepción de pensión, con el consiguiente resultado de un pago periódico, distinta de la fórmula utilizada por el legislador francés, que establece un sistema de cumplimiento mediante el pago de un capital único y definitivo.

2.6. Modificación (42)

Debe nuevamente de tratarse de una regulación judicial de la pensión, como ya se ha señalado, en la respectiva sentencia de separación o de divorcio.

(40) SAURA ALABERDI, BEATRIZ. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, op. cit., p. 179.

(41) Art. 99 Código Civil español "En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero".

(42) Art. 100 Código Civil español "fijada la pensión y las bases de su actualización en la sen-

La modificación sólo es admisible cuando se producen *alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge*. Se ha entendido que para que haya una modificación debe existir una:

1º Alteración sustancial. La que se producirá cuando cualquiera de los cónyuges vea alterada su forma de vida de manera esencial. El caso más obvio será cuando cualquiera de los esposos no pueda afrontar sus propias necesidades vitales.

2º Que dicha alteración, sea de carácter permanente.

3º En la fortuna de uno u otro cónyuge.

El término fortuna, no se refiere sólo a los medios económicos o materiales, sino también a las circunstancias personales, que tengan consecuencias económicas.

Según Juan Montero Aroca, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre los siguientes puntos:

A. Ha considerando que la pensión puede disminuirse, cuando el deudor ha sufrido una alteración perjudicial y sustancial en su fortuna, pero que no puede incrementarse si la alteración ha sido favorable.

B. Por lo demás se siguen sucediendo los casos en que entra en debate el sentido de "alteración sustancial en la fortuna", sentido que es muy difícil de separar de los casos concretos. Un ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial Toledo, de fecha 23 de febrero de 2005, se concluye que el significado del término fortuna, involucra tanto patrimonio, hacienda y capital, incluido también el rendimiento del trabajo, por cuanto ambos conjuntamente forman y componen el caudal,

Continuación nota (42)

tencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge".

patrimonio y medios de subsistencia que una persona tiene y puede disponer. (43)

2.7. Extinción (44)

Al respecto es menester destacar que las causas de extinción contempladas en el art. 101 CC, a saber: cese de la causa que lo motivó, por contraer nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. No son las únicas que se deben considerar, de forma tal que existen según los autores causas contempladas en la norma citada y otras que no.

Para María Paz Sánchez, "el cuadro de causas extintivas de la pensión compensatoria debería completarse con las que para las obligaciones en general establece el art. 1156 CC. Ello, obviamente, en la medida en que resulten compatibles con la especial naturaleza de la pensión por desequilibrio económico (45). Entre otras causas la citada autora analiza las siguientes: la muerte del acreedor, la renuncia, la prescripción, el cumplimiento de la condición resolutoria y el término extintivo.

El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

3. LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA EN FRANCIA (46)

La Ley de 11 de julio de 1975, introduce en Francia la compleja institución de la prestación compensatoria, que sustituye a la pensión alimenticia del antiguo art. 301.1 del Code, en que el beneficiario era el cónyuge inocente (en los juicios de divorcio por culpa) y que se encontraba en situación de necesidad.

Según el art. 270 del Code (47), uno de los esposos podrá estar obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las con-

(43) MONTERO AROCA, Juan. *Separación y divorcio, tras la Ley 15/2005*, op. cit., pp. 224 y 225.

(44) Art. 101 Código Civil español "El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar al Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima"

(45) SÁNCHEZ GÓNZALEZ, María. *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, op. cit., p. 22.

(46) Art. 270 a 285 del Código Civil francés, disponible en www.legifrance.fr

(47) Art.270 Código Civil francés "El divorcio pondrá fin al deber de socorro entre cónyuges.

Uno de los esposos podrá estar obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida respectivas. La prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado Tendrá la forma de un capital cuyo importe será determinado por el juez.

Sin embargo, el juez podrá denegar la concesión de dicha prestación si la equidad lo exigiera, considerando los criterios previstos en el artículo 271, o bien cuando el divorcio, a la vista de las circunstancias particulares de la ruptura, fuera pronunciado atribuyendo todas las causas de culpabilidad a la parte que solicita el beneficio de dicha prestación".

diciones de vida respectivas. Para Huet-Weiller compensar significa reequilibrar y resarcir, por lo que la prestación compensatoria tiene fundamento indemnizatorio, aunque la idea de compensación sobre la que descansa, no elimina a su aspecto alimenticio. (48)

En el mismo sentido, Weil y Terre destacan que aun teniendo la pensión un cierto carácter alimenticio, al tenerse en cuenta en su fijación los recursos y necesidades de las partes se observa que persigue reequilibrar la situación de los cónyuges constatándose también un fundamento indemnizatorio o compensatorio por las consecuencias pecuniarias del divorcio (49). Por tanto, en la prestación compensatoria se da una idea de reparación de un perjuicio creado por la ruptura matrimonial, pero también una voluntad de restablecer en lo posible las condiciones económicas de los cónyuges.

En todo caso, es conveniente recordar, que no siempre el divorcio produce derecho a percibir la prestación compensatoria en el ordenamiento francés. De hecho, sólo está prevista tal posibilidad en caso de mutuo acuerdo o de divorcio por causa (hechos) y en este supuesto sólo a favor del cónyuge inocente o cuando ambos han incurrido en causa de divorcio. En caso que se produzca el divorcio por ruptura de la vida en común, no procederá establecimiento de pensión compensatoria y sin embargo podrá solicitarse pensión de alimentos a favor del demandado. (50)

(48) HUET-WEILLER, D. "Les effets du divorce dans le nouveau droit français" en "Le nouveau droit du divorce Allemagne et en France", Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et de L'Institut de Recherches Juridiques, Politiques et Sociales de Strasbourg, Tome XXIX, p. 57.

(49) WEIL, A. y TERRE, F., *Droit Civil, Les Personnes*, Dalloz, Paris, 1983, p. 103.

(50) SAURAALBERDI, Beatriz. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, op. cit., p. 35.

3.1. Presupuestos

El derecho a la prestación compensatoria no es una consecuencia automática del divorcio. Son presupuestos para su concesión un estudio comparativo de las necesidades y los recursos de los cónyuges, teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y la evolución de ésta en un porvenir previsible. (51)

En la fijación de una prestación compensatoria, por el Juez o por las partes o con ocasión de una demanda de revisión, las partes presentarán al Juez una declaración certificando por su honor la exactitud de sus recursos, rentas, patrimonio y condiciones de vida. (52)

3.2. Determinación de la cuantía (53)

Para fijar el monto de la prestación compensatoria el juez tendrá que considerar las necesidades del cónyuge a quien se pague y los recursos del otro. Esta situación que exige considerar las necesidades del cónyuge beneficiario, es lo que induce a creer en

(51) LALANA DEL CASTILLO, Carlos. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, op. cit., p. 105.

(52) Art. 272 inciso 1 del Código Civil francés.

(53) Art. 271 Código Civil francés "La prestación compensatoria se fijará según las necesidades del cónyuge a quien se pague y los recursos del otro, teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y la evolución de ésta en un futuro previsible."

En este caso, el Juez tomará en consideración particularmente:

- la duración del matrimonio;
- la edad y el estado de salud de los esposos;
- su cualificación y su situación profesionales;

la naturaleza alimenticia de la prestación, aunque esta exigencia surge para determinar la cuantía, ya que para la procedencia de este derecho es imperativo que exista una disparidad económica en la pareja creada por la ruptura.

Además de las necesidades y recursos de los cónyuges, el Juez tomará en consideración *particularmente*:

- La duración del matrimonio;
- La edad y el estado de salud de los esposos;
- Su cualificación y su situación profesionales;
- Las consecuencias de las opciones profesionales tomadas por uno de los cónyuges durante su vida en común para la educación de los hijos y el tiempo que sea necesario aún consagrarles o para favorecer la carrera del cónyuge en detrimento de la suya propia.
- El patrimonio estimado o previsible de los cónyuges, tanto en capital como en rentas, después de la liquidación del régimen económico matrimonial.
- Sus derechos existentes y previsibles;

Continuación nota (53)

– las consecuencias de las opciones profesionales tomadas por uno de los cónyuges durante su vida en común para la educación de los hijos y el tiempo que sea necesario aún consagrarles o para favorecer la carrera del cónyuge en detrimento de la suya propia.

– el patrimonio estimado o previsible de los cónyuges, tanto en capital como en rentas, después de la liquidación del régimen económico matrimonial.

– sus derechos existentes y previsibles;

– su situación respectiva en materia de pensiones de jubilación".

– Su situación respectiva en materia de pensiones de jubilación.

Al respecto, dos consideraciones: en primer lugar, la enumeración no es taxativa, se señala que se considerará particularmente, o principalmente, lo que no excluye la posibilidad de que el Juez pondere otros elementos. En segundo lugar, existe una similitud como se ha mencionado con el art. 97 del Código Civil español, y con otras legislaciones como nuestro art. 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

La pensión compensatoria y su importe, pueden ser acordados por los cónyuges que, en todo caso, habrán de someter su pacto a la homologación judicial. En cuanto a su extensión temporal, podrá acordarse que la prestación cese al concurrir una determinada circunstancia o establecerse con duración limitada temporalmente desde su origen. (54)

3.3. Modalidades de pago y actualización

La prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado, es decir se obliga al pago de una cantidad fija y de una vez. Tendrá la forma de un capital cuyo importe será determinado por el juez. Según el art. 274 del Code, el Juez decidirá las modalidades según las cuales se ejecutará la prestación compensatoria entre las formas siguientes:

1º Pago de una cantidad de dinero, pudiendo quedar subordinado el pronunciamiento del divorcio a la constitución de las garantías previstas en el art. 277 CC.

2º Atribución de bienes en propiedad, o de un derecho temporal o vitalicio de uso, de vivienda o de usufructo, actuando la sentencia como una cesión forzosa a favor del acreedor. Sin embargo se exigirá el acuerdo

(54) SAURAAALBERDI, Beatriz. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, op. cit., p. 40.

del cónyuge deudor para la atribución en propiedad de bienes que él haya recibido por herencia o donación.

Se prevé la actualización de la renta, dicha actualización es obligatoria y el Juez podrá prescribirla de oficio, aunque no haya sido pedida por las partes. (55)

3.4. Modificación

La legislación francesa trata de fijar la prestación compensatoria de una sola vez. De ahí su carácter "Forfaitaire", a tanto alzado o prestación única (arts. 270 y 273 del Code). Por eso, su revisión se presenta como algo excepcional (56), es decir, cuando se fija como pensión periódica o renta vitalicia.

Cuando no sea posible fijar la pensión en la forma señalada, el juez podrá establecer su pago periódico, reajutable en la misma forma que las pensiones alimenticias, es decir, conforme a la variación del coste de la vida. En todo caso el período no puede ser superior a ocho años. (57)

Durante la discusión de la ley 596/2000, de 20 de junio de ese año, se consignaba que sólo el 20 % de las pensiones compensatorias se establecían en forma de entrega de capital. (58)

(55) Art. 276-1 del Código Civil francés "La renta se indizará; el índice se determinará como en materia de pensión alimenticia..."

(56) LALANA DEL CASTILLO, Carlos. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, op. cit., p. 112.

(57) Art. 275 Código Civil francés "Cuando el deudor no tuviera capacidad de pagar el capital en las condiciones previstas en el artículo 274, el Juez fijará las modalidades de pago del capital, con el límite de ocho años, bajo forma de pagos periódicos indizados conforme a las reglas aplicables a las pensiones alimenticias.

El deudor podrá solicitar la revisión de estas modalidades de pago en caso de cambio im-

Excepcionalmente, se permite que el Juez, y mediante resolución fundada, fijar el pago de la prestación mediante una renta vitalicia, considerando la edad y el estado de salud del cónyuge acreedor, en el sentido que no le permita satisfacer sus necesidades (59). La pensión así regulada puede ser revisada, suspendida o suprimida, mediando un cambio significativo en las necesidades y recursos de los cónyuges. (60)

Continuación nota (57)

portante en su situación. A título excepcional, el Juez podrá entonces, mediante resolución especial y fundamentada, autorizar el pago del capital con una duración total superior a ocho años.

El deudor podrá liberarse en cualquier momento del saldo del capital indizado.

Después de la liquidación del régimen matrimonial, el acreedor de la prestación compensatoria podrá someter al Juez una demanda de pago del saldo del capital indizado".

(58) SAURA ALBERDI, BEATRIZ. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, op. cit., p. 35.

(59) Art. 276 Código Civil francés "A título excepcional, el Juez podrá, mediante resolución especialmente fundamentada, considerando que la edad o el estado de salud del acreedor no le permiten atender sus necesidades, fijar la prestación compensatoria bajo forma de renta vitalicia. Tomará en consideración los elementos de apreciación previstos en el artículo 271.

El importe de la renta podrá ser disminuido, cuando las circunstancias lo impongan, por la atribución de una fracción en capital entre las formas previstas en el artículo 274

(60) Art. 276-3 Código Civil francés "La prestación compensatoria fijada en forma de renta vitalicia podrá ser revisada, suspendida o suprimida en caso de cambio importante en los recursos o en las necesidades de una u otra de las partes.

La revisión no podrá tener como efecto situar la renta en un importe superior al fijado inicialmente por el Juez".

3.5. Extinción

El derecho a percibir la pensión compensatoria se extingue por las siguientes razones: (61)

a. Por contraer nuevo matrimonio el cónyuge acreedor, de pleno derecho.

b. Por concubinato notorio del cónyuge acreedor con un tercero.

Podríamos agregar la prescripción del derecho cuando se ha regulado a tanto alzado, y la renuncia o el cumplimiento del plazo en los casos de rentas periódicas.

Continuación nota (60)

Art. 276-4 Código Civil francés *"El deudor de una prestación compensatoria en forma de renta podrá en cualquier momento encargar el Juez para que resuelva sobre la sustitución de la totalidad o una parte de la renta por un capital. La sustitución se efectuará según determinadas modalidades fijadas por decreto adoptado en Conseil d'Etat."*

El acreedor de la prestación compensatoria podrá presentar la misma petición si demostrara que la modificación de la situación del deudor permite esta sustitución, particularmente en el momento de la liquidación del régimen matrimonial.

Serán aplicables las modalidades de ejecución previstas en los artículos 274, 275 y 275-1. La denegación del juez en cuanto a la sustitución de todo o parte de la renta por un capital deberá estar especialmente fundamentada".

(61) Art. 283 Código Civil francés *"Dejará de ser obligatoria de pleno derecho la pensión de alimentos si el cónyuge acreedor contrajera nuevas nupcias."*

Se pondrá fin a la misma si el acreedor viese en concubinato notorio"

3.6. Trasmisibilidad (62)

Tras la muerte del cónyuge deudor el pago de la pensión pasa a sus herederos, teniendo como límite el activo de la herencia. Si la prestación se ha fijado en un tanto alzado, será inmediatamente exigible, de igual manera se procederá cuando se ha fijado como renta periódica. Excepcionalmente, y mediante acuerdo notarial, los herederos pueden acordar mantener la forma y modalidades de pago de la prestación compensatoria, si el acreedor no intervino en el acta notarial, se le debe notificar dicho acuerdo, y desde la notificación será oponible a terceros.

4. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS Y COMPENSACIÓN EN ALEMANIA

El principio general en la legislación alemana es que cada cónyuge sea responsable de su propio mantenimiento, por excepción procede una vez decretado el divorcio, ya sea, una pensión alimenticia, si es necesario para la subsistencia de uno de los ex

(62) Art. 280 Código Civil francés *"Tras la muerte del cónyuge deudor, se descontará de la herencia el pago de la prestación compensatoria, sea cual fuere su forma. El pago será por cuenta de todos los herederos, que no estén personalmente obligados a ello, hasta el límite del activo de la herencia y, en caso de insuficiencia, por todos los legatarios particulares proporcionalmente a su parte en la herencia, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 927."*

Cuando se haya determinado que la prestación compensatoria sea un capital pagadero en las condiciones del artículo 275 será inmediatamente exigible el saldo de dicho capital indizado.

Cuando se haya determinado en forma de renta, ésta será sustituida por un capital inmediatamente exigible. La sustitución se efectuará según determinadas modalidades fijadas por decreto adoptado en Conseil d'Etat".

Art. 280-1 del Código Civil francés *"Por excepción a lo dispuesto en el artículo 280, los he-*

cónyuges (63) (art. 1569 y sgtes. BGB), o una compensación económica, con especial consideración a los derechos de pensiones por vejez o invalidez (64) (art. 1587 y sgtes. BGB). De tal forma que en el derecho alemán se puede recurrir a estas dos posibilidades.

En cuanto a la pensión alimenticia, esta tiene un carácter extraordinario, ya que los ex cónyuges deben proveer a su mantenimiento, pero si uno de ellos se encuentra en una situación que no le permita subvenir a sus propias necesidades, tiene derecho a que

Continuación nota (62)

herederos podrán decidir juntos mantener las formas y modalidades de pago de la prestación compensatoria que le correspondieran al cónyuge deudor, obligándose personalmente al pago de dicha prestación. So pena de nulidad, el acuerdo deberá ser recogido en un acta notarial.

Será oponible frente a terceros a partir del momento de su notificación al cónyuge acreedor cuando éste no haya intervenido en el acta.

Cuando las modalidades de pago de la prestación compensatoria hayan sido mantenidas, los herederos del deudor podrán ejercer las acciones previstas en el apartado segundo del artículo 275 y en los artículos 276-3 y 276-4, según que la prestación compensatoria tome la forma de un capital o de una renta temporal o vitalicia. Los mismos también podrán liberarse en cualquier momento del saldo del capital indizado cuando la prestación compensatoria tome la forma prevista en el apartado primero del artículo 275".

(63) Art. 1569 Código Civil alemán *"En caso de que el cónyuge divorciado no pudiera procurarse sustento tras el divorcio, tendrá una acción de prestación de alimentos contra el otro cónyuge según las disposiciones siguientes".*

(64) Art. 1587 Código Civil alemán *"Habrà una pensión compensatoria entre los cónyuges divorciados en caso de que durante el matrimonio se hubiere constituido o mantenido para ambos o para uno de ellos esperanzas de derecho o expectativas de un futuro pago de una pensión por causa de edad o de incapacidad laboral o profesional de las mencionadas en el artículo 1587, apartado 2".*

el tribunal de familia correspondiente fije a su favor una pensión alimenticia, sin consideración a la culpa o inocencia de los cónyuges en las causas que dan origen a la ruptura conyugal, en general, cuando por razones de equidad se estime necesario regularla.

Para regular este derecho se considerará especialmente, si el ex cónyuge no puede realizar una actividad laboral o comercial por dedicarse al cuidado o educación de los hijos comunes (1570 BGB), cuando por la edad o estado de salud, no puede pretenderse que ejerza una actividad remunerada (1571 y 1572 BGB), cuando el beneficiario no puede encontrar una actividad laboral adecuada o que no se encuentre suficientemente remunerada (1573 y 1574 BGB) y, por último, cuando el cónyuge acreedor retome sus estudios o formación profesional interrumpida por el matrimonio (1575 BGB).

Cubre lo necesario para satisfacer las necesidades básicas o vitales del beneficiario, atendida las condiciones de vida conyugal, y puede terminar por muerte o nuevo matrimonio del acreedor, en caso de muerte del deudor, dicha obligación pasa a los herederos, la que en ningún caso afecta el derecho a la legítima.

La compensación económica se genera a partir de los casos en que durante el matrimonio, se hubiera constituido o mantenido para ambos o para uno de ellos esperanzas de derecho a expectativas de futuro pago de una pensión por causa de edad o incapacidad laboral o profesional (1587 BGB). El cónyuge obligado a compensar será aquel con las esperanzas de derecho o expectativas de pago más elevadas en cuanto a su valor, relativas a una pensión a compensar, y al cónyuge beneficiario le corresponderá la mitad de valor como compensación (1587^a.1 BGB).

Como es fácil advertir la compensación regulada por la legislación alemana difiere de la española, en que se atiende al desequilibrio económico, o la francesa, en que se

fija según a la disparidad generada por la ruptura. Aquí, es restringida a los derechos que deriven de una pensión, ya sea por vejez o incapacidad.

En este orden de ideas, el jurista español Luis Zarraluqui señala que "cada vez tiene mayor consideración en el derecho de los países occidentales, a la hora de contemplar la ruptura de la pareja conyugal, los derechos de las partes de las *pensiones de invalidez, retiro y vejez*. La anticipación de la edad de jubilación, voluntaria o forzosa, la prolongación de las expectativas de vida y la ausencia de medios propios que aseguren las atenciones vitales cuando ya no se obtengan ingresos derivados del trabajo personal, han ido modificando la estructura básica de las economías familiares. A través de los seguros, en una u otra forma, se han creado expectativas diferentes de cobertura de las necesidades, mediante las aportaciones realizadas durante la vida activa. Naturalmente, estas aportaciones se han realizado comúnmente con el esfuerzo de ambos esposos y de ellas son beneficiarios ambos. Cuando antes de llegado el momento de percepción de los premios, se quiebra la unidad familiar es necesario —es esencial— establecer qué ocurre con estas pensiones futuras o quizá presentes. (65)

La prestación compensatoria puede ser modificada o excluida cuando suponga para el obligado una dureza injusta que descompense aún más el equilibrio a favor del cónyuge beneficiario, en aplicación del art. 1587 letras c y n del BGB. También puede ser modificada o excluida por voluntad de las partes expresada en capitulaciones matrimoniales o en acuerdo ante notario con autorización del Juzgado de Familia, que podrá negarla si no tiene suficientemente en cuenta

los intereses del cónyuge beneficiario de la prestación. (66)

5. PENSIÓN DE ALIMENTOS POS DIVORCIO EN ARGENTINA

En el vecino país se establece un derecho de alimentos a favor de uno de los cónyuges, en los arts. 207 y siguientes del Código Civil, considerando principalmente la culpa de uno de los cónyuges en la causa de la ruptura, ya sea, por separación (art. 207 CC) o por divorcio (art. 217 CC). Aunque también se permite la procedencia de este derecho, independiente de la declaración de culpabilidad, cuando el beneficiario no tuviera recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, y si el otro tuviera medios, para que le provea lo necesario para su subsistencia (art. 209 CC).

Como antecedente histórico se señalan los arts. 79 y 80 de la Ley N° 2.393 sobre Matrimonio Civil, actualmente derogada, y que consideraba básicamente un divorcio sanción o por culpa, y como consecuencia necesaria el culpable debía pagar una pensión alimenticia a favor del inocente.

Se ha discutido la asimilación de las citadas disposiciones de la Ley N° 2.393, con las actuales normas, de los arts. 207 y 209 CC, que ha realizado la mayoría de la doctrina argentina. Consideran este derecho a la pensión alimenticia como sanción al culpable y por excepción, a aquel de los cónyuges que no cuente con los recursos indispensables para su subsistencia.

Sin embargo, esta pretendida identificación es difícil de sostener bajo un sistema como el vigente, en el cual el "culpable" ya no constituye más un emergente normal y habitual de la sentencia de divorcio. La figu-

(65) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, op. cit., p. 42.

(66) LALANA DEL CASTILLO, CARLOS. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, op. cit., p. 145.

ra del culpable –podríamos decir sin exagerar– pasó a ser de un efecto *necesario* durante el régimen anterior, a un efecto *excepcional* en el derecho positivo actual. Y desde luego que este trastrocamiento no podía dejar inalterado el esquema normativo de los alimentos entre cónyuges divorciados. (67)

El art. 209 CC, por un lado, ya no reglamenta –como sí lo hacía el art. 80 de la Ley N° 2.393– un derecho de alimentos *residual*, estricto y de excepción, a favor del culpable del divorcio. Con sentido mucho más amplio, la norma se aplica de una manera general a todos los cónyuges, "*haya o no declaración de culpabilidad*" (68). Agrega este autor, que la amplitud también alcanza al deber en sí, al reemplazar la expresión "*de toda necesidad*", del citado art. 80, por "*lo necesario para su subsistencia*", del art. 209, que es más amplio y no se reduce a lo mínimo para no perecer.

Planteada la discusión y a modo de resumen, podemos señalar que el origen de este derecho se encuentra, como en los demás casos analizados, en el divorcio sanción y como una consecuencia de éste, no obstante, con el devenir del derecho del divorcio, se estima que la norma general, es el art. 209, y la excepción el art. 207, es decir, se atiende a criterios objetivos, como regla general, y en forma residual, al juicio de reproche. (69)

(67) MIZRAHI, MAURICIO. *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Editorial Astrea, 2ª Edición, Buenos Aires, 2006. p. 421.

(68) MIZRAHI, MAURICIO. *Familia, Matrimonio y Divorcio*, op. cit., p. 421.

(69) Art. 207 Código Civil argentino "*El cónyuge que hubiere dado causa a la separación en los casos del art. 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia...*"

En cuanto a los criterios para determinar el importe el art. 207 CC, establece "*Para la fijación de los alimentos se tendrá en cuenta:*

1° La edad y estado de salud de los cónyuges;

2° La dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guardia de ellos;

3° La capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado;

4° La eventual pérdida de un derecho de pensión;

5° El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal..."

El art. 209 CC, dispone que "*...Para determinar la necesidad y el monto de los alimentos se tendrá en cuenta las pautas de los incisos 1°, 2° y 3° del art. 207*"

En cuanto al alcance podemos hacer notar la diferencia existente, entre el art. 207 CC, que prescribe que el cónyuge deudor debe contribuir a que el otro mantenga el nivel económico que gozaron constante el matrimonio, en cambio, el art. 209 CC, sólo se refiere a proveer lo necesario para la subsistencia del beneficiario.

"He aquí, en suma, la conformación novedosa de la Ley N° 23.515 en esta materia. En el centro ubicamos un *régimen alimentario general* para cónyuges divorcia-

Continuación nota (69)

Art. 209 Código Civil argentino "*Cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad en la sentencia de separación personal, si no tuviera recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, tendrá derecho a que el otro, si tuviera medios, le provea lo necesario para su subsistencia...*"

dos –art. 209 Cód. Civil– y al que puede acudir, de una manera global, todo esposo necesitado (no únicamente el culpable); vale decir, con independencia de que haya existido o no una calificación de conductas. Se reclamaría la intervención del tribunal para hacer efectiva la regla de la solidaridad, de aplicación insoslayable en las relaciones familiares". (70)

Con carácter de excepción, y de un modo paralelo, la ley sanciona un *régimen especial*; esto es, el que está previsto en el art. 207 CC. Se trata de una paga que excede lo estrictamente alimentario porque trasciende al campo resarcitorio, en tanto ya no resultará suficiente *contribuir a la subsistencia*, sino que se extiende al *nivel económico* del que gozó durante la convivencia. Y es un alimento excepcional no sólo por la envergadura de su amplitud, sino también porque, con carácter estricto, únicamente lo deben soportar aquellos sobre los cuales ha recaído una sentencia de culpabilidad exclusiva. (71)

En contra del carácter resarcitorio o indemnizatorio, se plantea que las prestaciones alimentarias son asistenciales y no reparadoras, lo condenado a pagar por concepto de alimentos contribuye al sostenimiento del inocente pero no repara el daño causado ni contribuye a su superación. (72)

Por último, este derecho cesará en caso de separación, cuando el cónyuge que lo percibe vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge (art. 210 CC), y en caso de divorcio, además de los casos señalados, si el beneficiario contrae nuevas nupcias (art. 218 CC).

(70) MIZRAHI, MAURICIO. *Familia, Matrimonio y Divorcio*, op. cit., p. 423.

(71) MIZRAHI, MAURICIO. *Familia, Matrimonio y Divorcio*, op. cit., pp. 423 y 424.

(72) MEDINA, GRACIELA. *Daños en el Derecho de Familia*, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 57.

CONCLUSIONES

Este tipo de prestaciones suponen el quiebre de la convivencia conyugal del matrimonio, es decir, nacen conjuntamente con la ruptura matrimonial, por sentencia de divorcio o nulidad, e incluso en España y Argentina, en los casos de separación.

El objeto de la compensación es: en España restablecer el desequilibrio económico que genera la ruptura matrimonial, en Francia compensar la disparidad en las condiciones de vida, y en Alemania subvenir en las necesidades económicas del ex cónyuge o compensar los derechos previsionales y en Argentina, el mantenimiento de las necesidades del ex cónyuge.

El fundamento de esta institución, a pesar de las diferencias existentes en las distintas legislaciones, es la equidad, de manera que se busca ir en auxilio del cónyuge más perjudicado por el quiebre matrimonial, restableciendo las relaciones entre los ex cónyuges.

Entre sus principales características encontramos la exclusión del criterio de culpabilidad, eliminándose el juicio de reproche, tanto en el juicio de divorcio como para la determinación de su procedencia, salvo en la legislación argentina.

Se ha estimado tanto en Francia como en España que la naturaleza jurídica es indemnizatoria, en cambio, en Alemania, puede ser resarcitoria o alimenticia, y en Argentina, la naturaleza exclusivamente alimenticia.

Se observa gran similitud en los criterios para determinar su existencia y cuantía, así como la posibilidad de considerara otras circunstancias, no señaladas expresamente.

Por último, no obstante las similitudes, en cada legislación la compensación adquiere su propio sello, existen importantes diferencias, entre la legislaciones estudiadas.