

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA

Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 5.bis (extraordinario), noviembre de 2016



Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico:

info@idibe.com

Dirección web:

www.idibe.com

Director General:

José Ramón de Verda y Beamonte

j.ramon.de-verda@uv.es

ISSN 2386-4567

© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

D. Pedro Chaparro Matamoros
Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia,
España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática Acreditada de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Javier Barceló Domenech
Catedrático Acreditado de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Rafael Bellido Penadés
Catedrático Acreditado de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

D. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

D. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires,
Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Orlando Parada Vaca
Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Nápoles II, Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática Acreditada de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

D. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular Acreditada de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco,
España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia,
España

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

CONSEJO DE REDACCIÓN

Doña Belén Andrés Segovia
Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de
Valencia, España

D. Rubén Barberá Beamonte
Abogado

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Perugia, Italia

D. Francesc Cholvi Roig
Abogado

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Diego Eloy García García
Abogado

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Asociado de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

Dra. Anna Malomo
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Contratado de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Becario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Assistente na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Doña Joana Vendrell Alfonso
Asesora comercial Oficina Comercial Helsinki
IVACE

LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN LAS CRISIS FAMILIARES EN EL DERECHO COMPARADO

J.R. DE VERDA Y BEAMONTE (COORDINADOR).

Proyecto de investigación Mineco “DER2013-47577-R. Impacto social de las crisis familiares”

SUMARIO

I. ESTUDIOS

[Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España.](#) (Pp. 9 ~ 69)

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT.

[Assegno di separazione ed assegno divorzile nel sistema italiano delle crisi familiari.](#) (Pp. 70 ~ 100)

GIOVANNI BERTI DE MARINIS.

[La prestation compensatoire en France.](#) (Pp. 101 ~ 122)

ISABELLE SAYN.

[La pensión compensatoria en el Derecho belga.](#) (Pp. 123 ~ 136)

FRÉDÉRIC MERTENS DE WILMARS

[Las compensaciones económicas en el nuevo divorcio argentino. Autonomía personal, orden público y facultad de renuncia.](#) (Pp. 137 ~ 165)

MARIEL F. MOLINA DE JUAN.

[La pensión compensatoria en el derecho venezolano: escasa aproximación legislativa.](#) (Pp. 166 ~ 188)

MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN y EDISON LUCIO VARELA CÁCERES.

[Análisis crítico de la compensación económica en la legislación chilena.](#) (Pp. 189 ~ 224)

ANDREA VARGAS CARRASCO y CRISTIÁN LEPIN MOLINA.

II. CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

[La pensión compensatoria como requisito de acceso a la pensión de viudedad.](#)

(Pp. 225 ~ 247)

EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI.

[El bien jurídico protegido en delito de impago de pensiones como instrumento de tutela frente a la desigualdad de género.](#) (Pp. 248 ~ 258)

M^a ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO.

[La tributación de la pensión compensatoria como consecuencia de la separación o divorcio en España.](#) (Pp. 259 ~ 268)

FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO.

[Derecho internacional privado español y pensión compensatoria entre cónyuges.](#)

(Pp. 269 ~ 280)

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ.

TENDENCIAS ACTUALES EN TORNO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO EN ESPAÑA

CURRENT TRENDS CONCERNING THE COMPENSATORY PENSION OR PENSION FOR
IMBALANCE IN SPAIN

DRA. ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid
aiberrocalanzarot@der.ucm.es

RESUMEN: La pensión por desequilibrio que ha sido modificado su contenido por la Ley 15/2005, de 8 de julio, además de fijar la posibilidad de la temporalidad de la pensión, establece como naturaleza jurídica de la misma la compensación del desequilibrio que la separación o el divorcio producen en uno de los cónyuges; una función reequilibradora que no significa que haya de equipararse económicamente los patrimonios de ambos cónyuges. Por otra parte, los presupuestos para su establecimiento, los criterios a tener en cuenta para su adopción, la forma de determinar su importe, su modificación y extinción y su relación con otras medidas como la atribución del uso de la vivienda, la pensión de alimentos, la compensación económica por el trabajo en casa y la pensión de viudedad plantean una serie de cuestiones controvertidas que, han generado una abundante jurisprudencia. Sobre el alcance de tales extremos y sus implicaciones prácticas vamos a centrar el presente estudio.

PALABRAS CLAVE: Pensión por desequilibrio, crisis matrimonial, compensación económica.

ABSTRACT: The pension for imbalance that has been modified by the Law 15/2005 of July 8, beside fixing the temporality of the pension, it establishes as juridical nature of the same compensation for imbalance that separation or the divorce produces in one of the spouses; a function equilibrated that does not mean that there have to be compared economically the heritages of both spouses. On the other hand the requirements for his establishment, the way of determining his amount, the types for his adoption, his modification and extinction, and his relation with other measures, raise a series of controversial questions that have generated an abundant jurisprudence. On the scope of such ends and his practical implications we are going to centre the present study.

KEYWORDS: Pension for imbalance, matrimonial crisis and economic compensation.

FECHA DE ENTREGA: 13/08/2016/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 02/09/2016.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y FINALIDAD.- III. PRESUPUESTOS DE LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO.- 1. Desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro.- 2. El empeoramiento en la situación anterior al matrimonio. - 3. La existencia de una resolución firme de separación y divorcio. - 4. Relación de causalidad entre el desequilibrio económico y la separación o el divorcio.- IV. MODALIDADES.- V. TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.- VI. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA. SU CUANTÍA.- VII. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO.- VIII. PENSIÓN DE ALIMENTOS, PACTO DE ALIMENTOS, LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO DOMÉSTICO Y LA PENSIÓN DE VIUDEDAD.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Una de las medidas a adoptar en los procesos de nulidad, separación o divorcio lo constituye la pensión por desequilibrio. Con la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio se introduce una importante modificación en el alcance, modalidad, y naturaleza de la pensión compensatoria, con respecto al esquema trazado por el legislador estatal con la primera Ley de divorcio -Ley 30/1981, de 7 de julio-. Así se sustituye el derecho a la pensión por el “derecho a una compensación”, pues, se pretende corregir el empeoramiento económico que puede sufrir uno de los cónyuges en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, se abandona con ello la finalidad asistencial de la misma y su configuración con el carácter indefinido, se acentúa la incidencia de los acuerdos de los esposos, recalándose así el carácter dispositivo de la compensación; se reconocen las pensiones temporales y la compensación mediante prestación única. La aceptación de la posible temporalidad de la pensión responde a una línea jurisprudencial insistente en las Audiencia Provinciales, y asumida también a partir de la década de los 90 –unas veces, en circunstancias excepcionales y, otras con mayor flexibilidad, y sobre la base de la tesis subjetiva del desequilibrio- por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de la Sala 1^a, de 10 de febrero de 2005¹; y, de 28 de abril de 2005².

¹ RJ 2005/1133.

² RJ 2005/4209.

La nueva configuración de la “pensión compensatoria” descansa en el cambio producido en la propia estructura familiar y social, en la que se facilita la disolución del vínculo conyugal (divorcio *expres* –en un plazo de tres meses (artículo 81 del Código Civil)-), el papel de los cónyuges se concibe en términos de igualdad y, se mejora la posición económica de la mujer con su inserción de la mujer en el mundo laboral –frente a la concepción tradicional de representar un sector social esencialmente dependiente y necesitado de especial protección al no estar preparado para hacer frente de modo autónomo a su supervivencia ante una situación de crisis matrimonial-. De ahí que, su fundamento se sustente sobre la base de un desequilibrio económico que, en relación con la posición del otro, pueda producir a un cónyuge la separación o el divorcio, implicando a su vez un empeoramiento en la situación anterior al matrimonio, y, no un mecanismo igualatorio de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas, que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura. En todo lo demás, su regulación no ha variado con respecto a la que se estableció con la Ley de 7 de julio de 1981, pues, se enuncian, de forma casuística en el párrafo 2º del artículo 97 del Código Civil los criterios o módulos que, se ha de tener en cuenta el Juez para la determinación de la cuantía de la compensación debida en la situación de crisis matrimonial sometida a su control, si los cónyuges no han llegado a un acuerdo sobre el particular en el correspondiente convenio regulador. De forma que, apreciada la situación de desequilibrio, para valorar la cuantía de la pensión se tendrán presente tales criterios. Igualmente, se fijará en la correspondiente resolución judicial las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

Son muchas las teorías que se han sustanciado en torno a su naturaleza: alimenticia³, asistencial, reparadora⁴, indemnizatoria⁵, compensatoria, o la combinación de

³ APARICIO AUÑON, E.: “La pensión compensatoria”, *Revista de Derecho de Familia*, número 5, octubre 1999, p. 46, basa la afirmación en dos tipos de argumentos: 1. En el antecedente histórico de la pensión compensatoria, que es la pensión alimenticia entre divorciados que arbitró la ley de divorcio republicana, y, 2. 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”. En contra, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid 2003, p. 117.

Igualmente, LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 3ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2008, p. 105, quien señala que la prestación impuesta en el artículo 97 no es ni indemnizatoria por la ruptura, ni alimentaria. No supone indemnización del culpable al inocente por la ruptura del consorcio, pues el legislador no toma en cuenta en ningún caso quién dio motivo para la separación y prescinde aquí de la referencia potencial de la culpabilidad. Tampoco se trata de alimentos en caso de necesidad: el esposo demandante de la pensión sólo tiene que demostrar el desequilibrio económico que le es desfavorable, determinándose entonces la pensión en su favor, mientras el desequilibrio dure.

⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7ª, de 16 de diciembre de 2004 (JUR 2008/158525).

⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1997, p. 90 manifiesta que “lo que hará la pensión, en su caso, es tratar de resarcir el perjuicio causado, idea que no es asimilable a igualar los patrimonios. Con ello lo que se pone de

algunas, así alimenticia e indemnizatoria, indemnizatoria y asistencial y compensatoria e indemnizatoria⁶. Lo cierto es que tras la reforma del artículo 97 del Código Civil por Ley 15/2005, se califica a la pensión compensatoria de derecho a una compensación, y se consolida su naturaleza esencialmente reequilibradora de la situación de desequilibrio económico que sufren los cónyuges consecuencia de la ruptura o compensatoria del perjuicio que, un cónyuge sufre como consecuencia de la ruptura matrimonial⁷. Señala, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo,

relieve más claramente es la faceta indemnizatoria de la pensión por desequilibrio”; ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid 1999, p. 190; de la misma autora, “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Comentarios del Código Civil*, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luís Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, y Pablo Salvador Coderch, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 403, si bien, matiza que no se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo consiste en la pérdida de las expectativas de todo tipo que derivan del matrimonio. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 3ª, de 11 de octubre de 1999 (AC 1999/2129); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 6ª, de 15 de septiembre de 2000 (JUR 2001/75659); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 1ª, de 21 de mayo de 2002 (JUR 2002/208250); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2ª, de 7 de octubre de 2002 (JUR 2003/9807); y, de la misma Audiencia, sección 5ª, de 4 de noviembre de 2002 (JUR 2003/71223).

⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2ª, de 30 de junio de 2015 (JUR 2015/194631) la naturaleza será, pues, de carácter indemnizatorio para compensar al cónyuge al que la separación o divorcio produzca un perjuicio que afecte a su jerarquización del nivel de vida en relación con la del otro. En consecuencia, la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes o antagónicos, sino complementarios, pues, la viabilidad (en relación con la del otro) entendemos que, será preciso en primer lugar una descompensación entre los cónyuges a causa de la separación o el divorcio y, en segundo lugar, que el cónyuge en peor situación tenga derecho a un resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumere el precepto en cuestión.

⁷ DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2006, p. 125; GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario a los artículos 97 a 101 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T, II, Edersa, Madrid 1982, p. 436. Igualmente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C.: “Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio”, *Curso de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia*, 2ª ed., Colex, Madrid, pp. 187-188, después de negar que la compensación tenga carácter alimentario, pues, no procede de una eventual subsistencia de la obligación de alimentos tras el divorcio, ni tampoco se identifica con la obligación de alimentos subsistente entre los cónyuges separados; ni tampoco es una indemnización basada en la eventual culpabilidad de uno de los cónyuges en relación con la separación o el divorcio, no se concede al cónyuge inocente a costa del culpable, entre otras razones por la irrelevancia de los criterios culpabilísticos en nuestro sistema de separación y divorcio, se inclina por su naturaleza compensatoria ligada al dato puramente objetivo de la existencia de un desequilibrio económico determinante del empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges; SOSPEDRA NAVAS, F. J.: “Los procesos matrimoniales y de menores”, *Los procesos de familia, director Francisco José Sospedra Navas*, 1ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 101; ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, directores Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, vol. I, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2011, p. 529. Asimismo, señala VEGA SALA, F.: “La reforma de la separación y el divorcio”, *Revista Jurídica de Cataluña*, número 1, 2006, p. 58 que con la reforma operada por Ley 15/2005, la pensión compensatoria ha recuperado la forma originaria del Código Civil francés, donde no era una pensión, sino una prestación compensatoria. *Vid.*, también, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 10 de octubre de 2008 (RJ 2008/5688).

Sala Primera, de lo Civil, de 17 de julio de 2009 en su *Fundamento de Derecho* 2º que: “El artículo 97 del Código Civil concibe legalmente este derecho como reequilibrador para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio y sólo se acreditará cuando se pruebe la existencia de dicho desequilibrio patrimonial. No supone un mecanismo igualatorio de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura”⁸. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 22 de junio de 2011⁹ precisa en su Fundamento de Derecho 3º que: “El artículo 97 del Código Civil que regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia, pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria, responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre ellos. (...) Tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge”. Se añade “En sintonía con lo anterior, siendo uno de los razonamientos que apoyan su fijación con carácter temporal aquel que destaca, como legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que

⁸ LA LEY 125216/2009. Con anterioridad en este sentido, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de febrero de 2005 (LA LEY, año XXVI, número 6236, de 21 de abril de 2005, Sentencia del Día/ RJ 2005/1133); la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/1637) señala que “su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil) no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación; y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge preceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria”; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 10 de junio de 2009 (JUR 2009/408694).

⁹ RJ 2011/5666.

debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación y cuidado de la familia. (...) A la luz de esta doctrina, la existencia de un desequilibrio económico entre los esposos en el momento de la ruptura de la convivencia, con respecto a la situación que tenía hasta entonces, constituye un presupuesto de hecho requerido por la norma jurídica, sin el cual no es posible el reconocimiento de la pensión compensatoria. Los dos puntos de referencia obligada son en el momento de la ruptura –que ha de servir para comparar las situaciones económicas vigentes hasta ese instante con las posteriores-, y el elemento personal –pues lo que se han de comparar son las situaciones personales de ambos cónyuges referidas a ese momento-”¹⁰. Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2012¹¹ con cita de la anterior y la de 19 de octubre de 2011 dispone que, el desequilibrio ha de entenderse como un empeoramiento en relación con la situación existente constante matrimonio que, debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, al constituir finalidad legítima de la norma legal colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, por lo que es razonable entender, de una parte que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, y de otro, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión ha de existir en el momento de la separación o del divorcio y no basarse en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurrió la crisis matrimonial. Asimismo, en esta línea, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2014¹² señala, al respecto que, si ambos esposos trabajan, lo que la norma impone es la disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante. La pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir al cónyuge en la situación potencial de igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que

¹⁰ LA LEY 159722/2011. Sobre tales bases, resulta que, a pesar que los ingresos probados del marido por su trabajo son casi el doble de los que percibe su esposa, si se ponen en relación con las diferentes cargas que han de hacer frente a partir de la ruptura, no cabe concluir que exista una disparidad que sea fuente misma del desequilibrio; ni siquiera es lógico afirmar que la esposa es quien ha salido más perjudicada económicamente respecto de la situación inmediatamente anterior a producirse aquella. Así, es determinante que el mantenimiento de su salario se une el hecho que, ha obtenido el uso del domicilio familiar y que la mayor parte de los gastos de alimentación de los hijos que con ella conviven, se sufragan con la pensión alimenticia a cargo del padre que es, por el contrario, sobre quien han incidido en mayor medida las consecuencias negativas derivadas de la ruptura conyugal, al tener que hacer frente a un alquiler de 530 euros mensuales, y al pago de las referidas pensiones alimenticias de sus dos hijos. Por tanto, incluso sin computar el importe de la pensión compensatoria, la capacidad económica del marido sería inferior a la de la esposa, lo cual, más allá de diferencias salariales, impide hablar de un auténtico desequilibrio en perjuicio de ésta.

¹¹ RJ 2012/3643.

¹² RJ 2014/1385.

habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. Aunque los ingresos del marido son el doble de lo que obtiene su mujer, esto no comporta automáticamente una absoluta disparidad desequilibrante. En todo caso, la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues, a pesar de que cada cónyuge obtiene ingresos, puede existir desequilibrio “cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares”. De forma que, si se valora esta afirmación en sentido contrario, habría que decir que, la independencia económica impedirá que nazca el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, compatible con diferencias salariales, si no son notorias. Si ambos esposos trabajan y sus ingresos, valorando la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que va a tener que soportar a resultas de éste, no son absolutamente dispares, la mera desigualdad económica no se va a traducir en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido susceptible de ser compensado mediante una pensión a cargo del que lo fue en menos medida, pues, lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante. Y fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial¹³.

¹³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5666); de 19 de febrero de 2014 (RJ 201471131); y, de 3 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100602) que, dispone al respecto que, de ello se deduce que no es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientes económicamente no hay pensión en ningún caso, porque a pesar de ello, puede haber desequilibrio. Solo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares. A la vista de esta doctrina declara que en el caso de autos los dos reciben ingresos absolutamente dispares junto con gastos soportables para ella e inasumibles para él, de manera que de no mediar pensión compensatoria, D. Luís Carlos no podría asumir sus obligaciones legales en relación con las cargas del matrimonio, y la pensión de alimentos, pues solo restaría para su manutención la cantidad de 270 euros. Por lo expuesto, debemos declarar que concurren los requisitos establecidos en el artículo 97 del Código Civil pues pese a la percepción de ingresos por los dos litigantes, la disparidad entre los mismos y las cargas legales existentes producen un desequilibrio notorio lo que nos lleva a estimar el recurso de casación, confirmado lo acordado en sentencia de 6 de marzo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia y ratificando como doctrina jurisprudencial en orden a la concesión de la pensión compensatoria que “no basta la mera consideración de desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial”. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1ª, de 10 de abril de 2015 (JUR 2015/157611) son desiguales los ingresos periódicos de las partes, siendo superiores lo de la Sra. Diana, que tiene empleo fijo por el que percibe 1400 euros netos, limitándose los del demandado a una pensión de 400 euros mensuales. Consta en autos que, el demandado ha mantenido de manera sistemática su renuencia a obtener y conservar empleos y no se ha dedicado tampoco a la atención

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 19 de octubre de 2011 pone de manifiesto que, el desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y los sucesos posteriores –cómo la hipotética pérdida de trabajo en la empresa del marido- no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión, que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis conyugal y aun en el caso de ocurrir después “no podría considerarse causa de desequilibrio”¹⁴.

En esta línea, el artículo 83 del Código Foral aragonés cuando al referirse a la asignación compensatoria señala en su apartado primero que, corresponde la misma “al progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio en relación con la posición del otro, que impliquen un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia”. No así el artículo 233-14.1 del Código Civil catalán que parece más cercana a una prestación de alimentos y se aleja de la naturaleza reequilibradora del artículo 97 del Código Civil, cuando dispone que: “El cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tendrá derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio, ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. En caso de nulidad del matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe, en las mismas circunstancias”. Sin duda estamos ante una prestación alimentaria en el caso de pareja estable cuando el artículo 234-10 señala que: “1. Si la pareja estable se extingue en vida de los convivientes, cualquiera de los convivientes puede reclamar al otro una prestación alimentaria, si la necesita para atender adecuadamente a su sustentación, en uno de los siguientes casos: a) Si la convivencia ha reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos, b) Si la guarda de los hijos comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida”. Respecto del pago establece el artículo 234-11 que: “1. La prestación alimentaria puede atribuirse en forma de capital o en forma de pensión. 2. Si no existe acuerdo, la autoridad judicial resuelve sobre la modalidad de pago de conformidad con las reglas del artículo 233-17”.

de la familia, según manifiesta la hija común de los litigantes, mayor de edad. Las diferencias económicas que pueden advertirse entre los ex cónyuges no derivan desde luego de su divorcio, sino única y exclusivamente de la propia actitud del Sr. Guillermo o de sus propias cualidades, lo que permite afirmar que no es tributario del derecho que reclama; de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1ª, de 16 de marzo de 2016 (JUR 2016/88936) la independencia económica impedirá que nazca el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada compatible con diferencias salariales, si no son notorias. No basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustenta ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultantes tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura patrimonial.

¹⁴ LA LEY 205980/2011.

Relacionado con la pensión compensatoria o la indemnización contenida en el artículo 98 del Código Civil, está la prestación de alimentos, la atribución del uso de la vivienda y la pensión de viudedad que, tras la reforma operada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, resulta necesario para percibir la pensión de viudedad que el cónyuge superviviente tenga reconocida una pensión compensatoria o una indemnización en caso de matrimonio nulo en vida del causante, a diferencia de la situación anterior a la reforma en que bastaba con la simple prueba de la existencia de una relación matrimonial actual o pasada, ya que la dependencia económica se presumía siempre. El legislador laboral asocia los términos dependencia económica/necesidad –propias de la pensión de viudedad– con el de desequilibrio económico, presupuesto básico de la pensión compensatoria.

A las distintas cuestiones que plantean la pensión compensatoria y su relación con otras medidas a adoptar en los procesos de nulidad, separación y divorcio y al debate que generan, vamos a dedicar el presente estudio.

II. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y FINALIDAD.

CAMPUZANO TOMÉ define la pensión compensatoria como “aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial– en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”¹⁵.

¹⁵ CAMPUZANO TOMÉ H.: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3ª edición, Bosch, Barcelona 1994, pp. 25-26.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/1637) conceptúa la pensión compensatoria como “una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges, o ex cónyuges, –que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma–, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio”. Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2013 (RJ 2013/4366) señala que la pensión compensatoria es “una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges –que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer casusa de la misma– y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio”.

En tal definición se entremezclan los conceptos de “desequilibrio económico”, la causa del mismo –la separación y el divorcio- y la doble exigencia necesaria para constatar y medir la situación de desequilibrio: la personal –entre los cónyuges-; y la temporal –relativa a la situación anterior al matrimonio-.

A tal situación de desequilibrio económico se refiere el artículo 97 del Código Civil, identificándolo con un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

En este marco, APARICIO AUÑÓN se pregunta ¿es la pensión un intento de perpetuar el *status quo* económico que se tenía durante el matrimonio? ¿Una forma de equilibrar los ingresos de ambos esposos? ¿De igualar las pensiones? ¿De igualar las oportunidades de ambas partes para conseguir la independencia económica? ¿Es una ayuda al cónyuge necesitado, *sub conditione* de que no vuelva a casarse o convivir maritalmente, cuya contrapartida *mortis causa* sería el legado de pensión regulado en el artículo 793.3º, por el tiempo que el legatario permanezca soltero o viudo?¹⁶

La doctrina responde a estas cuestiones, señalando como finalidad de la pensión, por una parte, la sustitución de los deberes de asistencia y de socorro mutuo, en una suerte de solidaridad *post* conyugal¹⁷; o, partiendo de una finalidad asistencial o alimentaria¹⁸ o de elementales principios de justicia que impiden desconocer la realidad de una anterior situación matrimonial¹⁹; y, por otra, en una finalidad compensatoria que trata de corregir el desequilibrio económico, que el divorcio puede crear entre los cónyuges, derivado de la pérdida de toda clase de ventajas vinculantes al matrimonio, que es a lo que responde la actual regulación de la pensión compensatoria; lo que posibilita el mantenimiento por el beneficiario de la pensión, del nivel o tenor de vida que tenía antes de la ruptura²⁰. En este sentido,

APARICIO AUÑÓN, E.: “La pensión compensatoria”, cit., pp. 41-42, “es una obligación impuesta directamente por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa producida de forma fortuita, entre personas unidas por vínculos consorciales contraídos en forma voluntaria o incidentalmente”.

¹⁶ APARICIO AUÑÓN, E.: “La pensión compensatoria”, cit., p. 25.

¹⁷ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: *La temporalidad de la pensión compensatoria*, cit., p. 16; ROCA TRIAS, E.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, T. I, cit., p. 402.

¹⁸ BONET CORREA J.: “Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Convenio Regulador de Separación Matrimonial y Divorcio”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVI, Fasc. III, octubre-diciembre 1983, p. 1188.

¹⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, de 11 de enero de 2000 (JUR 200/186712).

²⁰ GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. II, dirigidos por Manuel Albaladejo, 2ª edición, Edersa, Madrid 1982, p. 436. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010/8023); la sentencia de este mismo Tribunal, y Sala de 14 de febrero de 2011 (RJ 2011/2351); la sentencia de este mismo Tribunal, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de junio de 2011 (LA LEY 159722/2011) en la que se precisa que, la pensión compensatoria tiene por finalidad enmendar la disminución del nivel de vida que conlleva toda ruptura de la convivencia, entendiéndose que su función ha de ser permitir al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que llevaba durante la etapa de normalidad conyugal”; y, las sentencias de la

HAZA DÍAZ señala que “de acuerdo con las circunstancias en que ha de ser aplicada, su finalidad es evitar que el acreedor de la misma sufra un descenso brusco en su forma de vida por razón de la ruptura matrimonial y prevenir que, al menos en el aspecto económico y dentro de las posibilidades del deudor, el esposo en situación más débil, se vea repentinamente empobrecido al dejar de recibir toda ayuda de otro”. Sin embargo, añade “es la función que tiene asignada la pensión en el momento en que se establece, que es precisamente cuando se produce la separación o el divorcio, pero no es posible pensar que pretenda durante toda la existencia mantener equilibrada la situación de los *ex* cónyuges, por la razón básica de que ya ha desaparecido entre ellos el derecho a participar de una forma plena en los recursos económicos del otro”. Precizando, finalmente, como función de la pensión que “ésta se propone la equiparación de la situación económica de los cónyuges en el momento en que se propone la ruptura matrimonial, evitando así un descenso brusco en el nivel de vida del esposo con recursos propios”²¹. Asimismo, hay que destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 -dictada en interés de ley- donde se indica que con la pensión del artículo 97 del Código Civil “se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges puede continuar con el nivel económico que tenían en el matrimonio”²². En esencia, lo decisivo para tener derecho a la pensión es que, con independencia de cuáles hayan sido los recursos económicos previos constante matrimonio, se constate tras la ruptura conyugal, un empeoramiento respecto de la situación que, tenía en la etapa de convivencia matrimonial y respecto de la posición en que va a quedar su consorte. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de junio de 2015 dispone en este sentido que “la sentencia de 22 de junio de 2011, que cita la de 19 de octubre del mismo año y la de 18 de marzo de 2014 resume la doctrina de esta Sala relativa sobre el concepto y finalidad del desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así “(...) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que si ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge”²³. De forma que, aquél derecho corresponderá al cónyuge que tras la

Audiencia Provincial de Palencia, de 22 de octubre de 1999 (AC 1999/7103); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2ª, de 31 de enero de 2001 (JUR 2001/122787); y de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 31 de marzo de 2011 (JUR 2011/187973).

²¹ DE LA HAZA DÍAZ, P.: *La pensión de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 1989, pp. 44-45.

En esta línea, MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 222, para quien “su finalidad no es otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades – singularmente laborales y económicas- a la que habría tenido de no haber mediado tal matrimonio”.

²² RJ 1987/9174. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133).

²³ RJ 2015/2546. Aplicada la doctrina al caso de autos, es forzoso reconocer que no se ha producido desequilibrio alguno, pues se declara en la sentencia recurrida. 1. Dª Eulalia tiene “una

ruptura, carece de recursos para conservar el nivel de vida anterior, siempre que el otro sí pueda asumirlo, con independencia de que esta situación esté o no provocada por la convivencia matrimonial.

Ahora bien, una cosa es la finalidad de la pensión y otra su fundamento o razón de ser. Para ROCA TRÍAS “existe una pregunta clave en todo el tema ¿por qué debe existir una compensación de un cónyuge a favor del otro como consecuencia del divorcio? Porque en este tema se produce una tensión evidente: la de la autonomía de los divorciados y la de la injusticia de quien ha dedicado su vida a un matrimonio que deja de existir. Porque el matrimonio se disuelve, a diferencia de la familia, que se mantiene y muy posiblemente esta última afirmación sea una de las razones de esta pretendida solidaridad postconyugal, que no es tal, sino un modo de evitar que el *ex* cónyuge pase a depender de sistemas públicos de mantenimiento”. En consecuencia, añade ¿es el fundamento de la pensión evitar que el *ex* cónyuge pase a depender de tales sistemas públicos de mantenimiento?. A ello contesta que “para ello es útil considerar que el derecho a la pensión se adquiere a través de lo que se denomina inversiones matrimoniales y es una herramienta para eliminar incentivos financieros distorsionante y no para librar a uno de los cónyuges de la necesidad”, porque “una idea dura pero muy clara, es que el divorcio no es un sistema creado para aliviar la necesidad, como tampoco lo es el matrimonio”²⁴. Por su parte, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO plantea como fundamento de la pensión la alternativa de “una cierta solidaridad post conyugal o a la idea de compensar la pérdida del deber de socorro”²⁵. Otros mencionan el enriquecimiento injusto o sin causa²⁶; o la

importante capacidad económica para poder llevar una vida independiente, acorde con la situación económica de la que ha disfrutado el matrimonio”; 2. El matrimonio no impidió a D^a Eulalia terminar sus estudios universitarios, ni realizar una importante actividad laboral y profesional. Los ingresos de D^a Eulalia “le permiten mantener un muy buen nivel de vida”. Por tanto, no cabe hablar de desequilibrio si la esposa mantiene su capacidad económica acorde con la que mantenía durante el matrimonio, como se declara probado en la sentencia recurrida. Con anterioridad, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2012 (RJ 2012/3643) afirma, asimismo, por desequilibrio “ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Al constituir finalidad legítima de la norma legal al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender, de una parte, que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, y, de otra, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurrió la crisis matrimonial”. Igualmente, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 3 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100604).

²⁴ ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid 1999, pp. 187, 190-191.

²⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: *La temporalidad de la pensión compensatoria*, cit., p. 16.

²⁶ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, director Vicente Guilarte Gutiérrez, Lex Nova,

responsabilidad por daños, entendiendo como daños las disminuciones o pérdida que aun cónyuge le produce la separación o el divorcio²⁷. En fin, no falta quien, como MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ señalan que es “habitual afirmar que su fundamento es la existencia de un desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, de forma que la situación de uno de ellos resulta peor que la que tenía constante matrimonio. Evidentemente, si se atiende a la letra del precepto, esto es así”. Sin embargo, precisa que “es una respuesta solo aparente, ya que no sirve para aclarar por qué tal desequilibrio debe dar lugar a una reacción jurídica consistente en el establecimiento de la compensación, y menos aún si ésta adopta la forma de pensión. Por otro lado, su sentido puede ser distinto si la referimos a la separación o al divorcio. En este último caso, podemos encontrarnos ante una suerte de contradicción con el propio planteamiento del divorcio, sobre todo si la compensación asume la forma de pensión. La pensión, más aún si es por tiempo indefinido (pero también la temporal) supone en alguna medida la continuidad de los efectos del matrimonio, más allá del momento en que ha quedado disuelto por el matrimonio; dicho con otras palabras, los cónyuges pueden divorciarse, pero no siempre pueden evitar continuar ligados por la pensión”²⁸.

III. PRESUPUESTOS DE LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO.

Para la concesión de la pensión compensatoria se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos²⁹:

1. Desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro.

De conformidad con el artículo 97 del Código Civil el primer supuesto para la existencia del derecho a pensión es el desequilibrio económico, que sufre uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o el divorcio, que implica un

Valladolid, 2005, pp. 194-199. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2007/6177).

²⁷ DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 303.

²⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio”, *cit.*, p. 187.

²⁹ En esto coincide la doctrina, *vid.*, GARCÍA VARELA, R.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Comentarios del Código Civil*, coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, T. II, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 125-126; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, *cit.*, pp. 167-188; ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *cit.*, p. 403; MORENO-TORRES HERRERA, Mª. L.: “La pensión compensatoria”, *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, coordinador Julio V. Gavidia Sánchez, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 170 a 179. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 3ª, de 25 de mayo de 2002 (JUR 2002/175057).

empeoramiento en su situación económica en relación con la que tenía constante matrimonio³⁰. Este empeoramiento sólo puede afectar a uno de los cónyuges, puesto que, si se produce idéntico perjuicio en los dos, no hay desequilibrio, y, por tanto, no habrá pensión. Tampoco habrá derecho a la pensión cuando ambos dispongan de bienes propios o ingresos suficientes para continuar con un nivel de vida similar al que venía disfrutando en el matrimonio, aunque exista una notable diferencia entre patrimonios³¹; o cuando tienen una capacidad económica

³⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6060); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 27 de octubre de 1998 (AC 1998/8955); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 12 de noviembre de 1998 (AC 1998/8712); de la Audiencia Provincial de Zamora, sección única, de 3 y 13 de diciembre de 1999 (AC 1999/8231; y, AC 1999/8234); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª, de 28 de febrero de 2001 (JUR 2001/142689); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 5ª, de 28 de mayo de 2001 (JUR 2001/226502), que en la determinación del desequilibrio impone la regla de la proporcionalidad que fija el artículo 97.8 del Código Civil; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2ª, de 20 de septiembre de 2001 (JUR 2002/132872); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 1ª, de 30 de octubre de 2001 (AC 2001/12340); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 2 de octubre de 2002 (JUR 2003/28383); de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección única, de 25 de febrero de 2003 (JUR 2003/94246); de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1ª, de 18 de junio de 2003 (JUR 2003/240882); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4ª, de 10 de julio de 2003 (JUR 2003/234802); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6ª, de 26 de febrero de 2004 (JUR 2004/106079) un desequilibrio económico que se ha producido a la esposa, teniendo en cuanto que ya no podía seguir trabajando en el negocio del esposo y que los trabajos del campo suelen ser temporales; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 29 de abril de 2004 (JUR 2004/172389); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4ª, de 19 de julio de 2004 (JUR 2004/256367); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 9 de septiembre de 2004 (JUR 2005/1169); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 27 de abril de 2005 (JUR 2005/126706) ante la eventualidad del trabajo desempeñado por la esposa; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 22 de junio de 2005 (AC 2005/1450); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 4 de mayo de 2006 (JUR 2006/272099); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 18 de julio de 2007 (JUR 2007/326541); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, de 24 de julio de 2007 (JUR 2008/16506); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 7 de septiembre de 2007 (JUR 2008/42660); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2ª, de 22 de noviembre de 2007 (JUR 2008/119118) que habla de la concurrencia de un doble desequilibrio económico y patrimonial.

³¹ Vid., las sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2ª, de 19 de febrero de 1998 (AC 1998/3550); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 11 de diciembre de 1998 (LA LEY 1999/4698); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, 27 abril de 1999 (JUR 1999/144146); de la Audiencia Provincial de Zamora, sección única, de 7 de febrero de 2002 (JUR 2002/113468); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 8 de marzo de 2002 (JUR 2002/150615); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3ª, de 30 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286409); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 5ª, de 22 de enero de 2007 (JUR 2007/143002). La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 8 de febrero de 2001 (AC 2001/339) desestima, igualmente, la pensión por desequilibrio, pues, la posición económica de la esposa solicitante no trae causa de la ruptura matrimonial, sino de sus propias circunstancias personales. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª, de 13 de junio de 2005 (JUR 2005/225140) considera que existe una falta de acreditación de la situación de desequilibrio, pues, ha transcurrido casi ocho años desde el cese de la convivencia matrimonial. Y, en fin, a sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 21 de junio

equivalente; o cada cónyuge tiene una cualificación profesional determinada y ejerce su profesión³²; o, en fin, si el solicitante de la pensión ha alcanzado un nivel de vida superior al que tuvo durante el matrimonio.

En todo caso, existen dos posiciones en torno a la conformación del concepto de desequilibrio: en primer lugar, una *objetivista*, que defiende la oportunidad de la mera comparación de patrimonios, y la concesión de la pensión cuando uno es inferior a otro, ya que las circunstancias relacionadas en el artículo 97 del Código Civil son simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada³³; y otro *subjetivista*, en el que para la determinación de la existencia de desequilibrio, hay que valorar todas las circunstancias del artículo 97 del Código Civil, que no sólo son relevantes para la cuantificación de la pensión, sino también para el reconocimiento del derecho³⁴. Estas circunstancias han de considerarse globalmente para determinar si existe o no el desequilibrio económico compensable por medio de la pensión, y, en este orden, hay resoluciones que ponderan y toman en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la edad, la duración del matrimonio, dedicación al hogar y a los hijos, cuántos de éstos precisan de atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del preceptor; facilidad para acceder a un trabajo remunerado –perspectivas reales y efectivas de la incorporación al mercado laboral–; el que el/la reclamante perciba ingresos derivados de su trabajo, por cuenta propia o ajena; posibilidades de reciclaje o de volver –reinserción– al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad; y otras semejantes para el reconocimiento del derecho³⁵.

de 2005 (JUR 2005/221377) entiende, igualmente, que no hay desequilibrio, pues, la esposa tiene suficiente capacidad económica para afrontar de modo autónomo sus necesidades pecuniarias.

³² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5666).

³³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2ª, de 23 de septiembre de 1998, y de 10 de noviembre de 1998.

³⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 16 de mayo de 1997; y, de la misma Audiencia, sección 22ª, de 25 de febrero de 1997. A ambos criterios se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 17 de febrero de 2015 (JUR 2015/226087).

³⁵ Aceptando un criterio subjetivista, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133) cuando señala en su *Fundamento de Derecho* 2º que “la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad –el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo–, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y

Como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, (Pleno) de 19 de enero de 2010 -que sigue una interpretación subjetiva del concepto subjetivista de “desequilibrio” conforme al cual ha de valorarse todas las circunstancias del artículo 97 del Código Civil para determinar la existencia o no de desequilibrio entre los cónyuges compensables- en sus *Fundamentos de Derecho 5º y 6º* “La pensión compensatoria es, pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges –que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma-, y el empeoramiento del que quedan con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio le aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendrían si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge preceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria. (...) De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil tienen una doble función: a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias; b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el Juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b)Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia; y c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal”³⁶.

La existencia de un desequilibrio económico, -se opte por uno u otro sistema a la hora de su ponderación-, ha de referirse al momento de producirse la ruptura de la convivencia³⁷ y ha de tener su origen o causa precisamente en la separación o en el

respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente patrimonio, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios”.

³⁶ RJ 2010/417. A la doble función de las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil se refiere, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2013 (RJ 2013/4379); de 16 de julio de 2013 (RJ 2013/4639); de 21 de febrero de 2014 (RJ 2014/1140); de 2 de junio de 2015 (LA LEY 79949/2015); y, de 3 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100604).

³⁷ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 9 de febrero de 2010 (JUR 2010/58931) en su *Fundamento de Derecho 3º*, confirma la doctrina de esta Sala según la cual “el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura, y no deben tenerse en cuenta, a los efectos de reconocimiento de este derecho, los hechos que hayan tenido lugar entre la separación y el divorcio”. Precisamente en el caso ahora objeto de discusión, se había pactado una pensión de alimentos para uno de ellos, pensión que desaparece con el divorcio, a no ser que se hubiese acordado en un contrato de

divorcio, sin que las circunstancias sobrevenidas o las alteraciones posteriores den derecho a pensión, si no la hubo en aquel momento, o determinen un aumento o disminución de la misma, ya que el artículo 100 del Código Civil utiliza criterios objetivos y no se basa en las necesidades personales de los interesados³⁸. De ahí que, la comparación de la actual posición de desequilibrio del sujeto perjudicado ha de efectuarse respecto de un momento concreto: la situación económica que tenía en

alimentos. Al respecto señala esta Sala que, lo que ocurre es que tal pacto sobre alimentos puede ocultar el desequilibrio ya existente. Por tanto, no se trata de que el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos. La pensión compensatoria no es un sustituto del derecho de alimentos que se va a poder por la extinción del matrimonio por divorcio, de modo que aplicando las anteriores reglas, si no existió desequilibrio en el momento de la ruptura matrimonial, no va a poder reclamarse pensión compensatoria en el divorcio. Igualmente, dispone la sentencia de este Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (RJ 2011/5666) los dos puntos de referencia obligada son el momento de la ruptura –que ha de servir para comparar las situaciones económicas vigentes hasta ese instante con las posteriores–, y el elemento personal –pues lo que se ha de comparar son las situaciones personales de ambos cónyuges referidos a ese momento–. Por su parte, las sentencias de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 18 marzo de 2014 (RJ 2014/2122) dispone que, el desequilibrio debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial; y, la de 27 de noviembre de 2014 (RJ 2014/6034) señala que, no cabe la concesión a la esposa de una forma preventiva o condicionada de una pensión compensatoria de futuro en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa para la que trabaja. El desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1ª, de 13 de febrero de 1999 (AC 1999/4235); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 24 de mayo de 1999 (AC 1999/6707); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 14 de abril de 2000 (AC 2001/2048); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 16 de febrero de 2001 (JUR 2001/156313); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 24 de enero de 2002 (JUR 2002/111313); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2ª, de 4 de febrero de 2002 (JUR 2002/124303); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 16 de abril de 2002 (JUR 2002/221365); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5ª, de 12 de julio de 2002 (JUR 2003/14282); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8ª, de 16 de octubre de 2002 (JUR 2003/29301); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 30 de mayo de 2003 (JUR 2003/233863).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 2ª, de 12 de diciembre de 2000 (JUR 2001/65249) precisa que, hay inexistencia de la situación de desequilibrio entre la situación económica durante y después del matrimonio, solicitándose la pensión transcurridos cuatro años desde la separación. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001/150236) señala que, para apreciar la situación de desequilibrio económico en un cónyuge respecto al otro ha de hacerse únicamente al momento de la ruptura o cese de la convivencia y no en un momento posterior: no es un derecho del cónyuge a acceder a participar en futuras ganancias del cónyuge deudor. Y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 15 de junio de 2006 (JUR 2006/270461) dispone la valoración del desequilibrio en el momento de la ruptura comparándolo con el inmediatamente anterior de normalidad matrimonial.

³⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al. Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 3ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2008, p. 105; ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 100 del Código Civil”, *cit.*, p. 409.

su situación anterior en el matrimonio³⁹. No hay que probar, en consecuencia, la existencia de necesidad, pero sí que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge⁴⁰. Ahora bien, para la fijación de la pensión compensatoria, se ha considerado por nuestro Tribunal Supremo que, puede computarse para el cálculo de la pensión por desequilibrio, el tiempo previo al matrimonio en el que convivieron como pareja *more uxorio*⁴¹.

³⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 23 de enero de 2002 (JUR 2002/111199).

⁴⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008/7123). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 25 de octubre de 2002 (JUR 2003/105399) señala que estamos ante “un desequilibrio económico entre cónyuges en relación con la posición de otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, que se determina sobre el doble elemento comparativo, por un lado, de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (estatus económico inferior al del cónyuge contra el que se dirige la pretensión, exigiéndose así la combinación de ambas condiciones comparativas para que pueda surgir en el ámbito legal y consiguiente reconocimiento judicial. una vez constatado dicho desequilibrio, la concurrencia de uno o más de las circunstancias enumeradas en dichos preceptos (artículo 97.1 del Código Civil; y, 84 del CF catalán) será determinada para la cuantificación de la pensión”. En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, de 4 de mayo de 2004 (JUR 2004/290431).

⁴¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 2015 (LA LEY 206326/2015). Comienza destacando desde el principio que el objeto de este recurso radica “en establecer el criterio a seguir cuando en el seno de una unión de hechos sus integrantes deciden en un primer momento articular su relación sentimental sobre la base de una convivencia *more uxorio*, excluyendo voluntariamente y de facto la celebración del matrimonio, y pasado cierto número de años deciden finalmente contraer matrimonio”. Es decir, si para fijar la pensión compensatoria, en el caso de que esta sea procedente, deben tenerse en cuenta “sólo las circunstancias y el tiempo en que efectivamente subsistió la relación matrimonial, o, por el contrario, si los mismos pueden extenderse también al tiempo de convivencia *mor uxorio*”, haciendo para ello una aplicación analógica de las normas que regulan los efectos establecidos para la ruptura matrimonial. para resolver la cuestión, el Tribunal Supremo señala que el argumento de la sentencia recurrida (“el artículo 97 del Código Civil es exclusivamente aplicable al matrimonio y no, por razón de analogía, a la convivencia *more uxorio*”), no contradice la anterior jurisprudencia de la Sala que excluye la aplicación por analogía de dicho precepto a estos casos, pues como se ha establecido “apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”. Por tanto, continúa la Sala, la cuestión “se contrae a decidir si a la hora de indagar sobre la existencia de desequilibrio, y, en su caso, cuantificación y temporalidad de la pensión, será circunstancia digna de valoración y de ser tenida en cuenta la etapa prenupcial de convivencia *more uxorio*, que sin solución de continuidad enlaza con el posterior matrimonio”. Para resolver este interrogante se fija en la interpretación jurisprudencial del número 2 del citado artículo 97 del Código Civil, según la cual, entre las circunstancias a tener en cuenta para apreciar la existencia o no del desequilibrio que justifica el establecimiento de una pensión compensatoria, se encuentra “(...) incluso su situación anterior en el matrimonio...”. Por ello, concluye el Tribunal que esta situación anterior es de sumo interés, pues “no resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que éste tenga su origen en sus diferentes condiciones personal y familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios

En general, el análisis del desequilibrio obliga a ponderar los siguientes parámetros: “1. La situación del matrimonio durante la convivencia; 2. La situación alimentaria y social del solicitante de pensión tras la separación o el divorcio. 3. El estatus económico y social de ambos. 4. Los niveles de vida, económicos y adquisitivos. 5. La pérdida real del bienestar que se disfrutaba antes de la ruptura”⁴².

De todas formas, como precisa acertadamente MARÍN GARCÍA DE LEONARDO el momento de referencia del desequilibrio habrá que coordinarlo con el momento de efectividad del derecho de pensión, pues, puede suceder que trascurra un período de tiempo en el que no se solicite la pensión. En estos casos, en los que efectivamente ha transcurrido un período de tiempo amplio, porque, por ejemplo, ha habido una separación de hecho anterior, los Tribunales no suelen conceder la pensión compensatoria solicitada⁴³. Asimismo, hay que destacar la necesaria coordinación entre el momento en que comienza el desequilibrio que, es el momento de la ruptura conyugal y el momento de efectividad del derecho de pensión, en los supuestos en que el que presumiblemente resulta ser deudor de la misma, sufre un considerable empeoramiento en su situación económica. De ahí que, en el caso de que exista un divorcio posterior a una separación en la que no se hubiera pactado pensión, existiendo un desequilibrio económico cuando aquél se solicite, debe tomarse en consideración tal desequilibrio. El divorcio constituye una nueva y distinta solución que será definitiva desde el momento de la firmeza de la sentencia que, en este aspecto, es constitutiva y por ello, todos sus efectos se van a producir desde la firmeza de la sentencia de divorcio. Resulta distinto del proceso de separación; lo que no impide que se puedan replantearse todas las medidas tomadas en aquél⁴⁴.

2. El empeoramiento en la situación anterior al matrimonio.

Debe tomarse como referencia no la posición del otro cónyuge, sino la situación

notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste, como sería el supuesto aquí contemplado de una convivencia *more uxorio* desde el año 2003 durante la cual la convivencia dedicó a esa convivencia sus esfuerzos y colaboración, merced a la relación sentimental que mantenía con el que luego llegó a ser su esposo, viendo quebradas sus expectativas y oportunidades laborales, según se recoge como hechos probados. Tal dedicación al hogar y a la colaboración profesional con el recurrente tuvo lugar, según se ha expuesto, sin solución de continuidad, durante la unión de hecho y durante la convivencia conyugal, hasta que se produjo la ruptura de esta; por lo que debe computarse aquel tiempo de convivencia, sobre todo si se tiene en cuenta que la jurisprudencia admite fórmulas resarcitorias en caso de ruptura de parejas de hecho (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005)”.

⁴² ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, cit., pp. 181-182.

⁴³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: *La temporalidad de la pensión compensatoria*, cit., pp. 61-62.

⁴⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de noviembre de 2011 (RJ 2012/566).

anterior en el matrimonio. De forma que, habrá de tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio para determinar si por separación o divorcio, alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en su tenor de vida; un descenso o deterioro en el nivel de vida, que ha de tener cierta relevancia o entidad⁴⁵. Por ello, contando los cónyuges con bienes propios o ingresos suficientes para continuar manteniendo un nivel de vida igual o similar al que venían disfrutando constante matrimonio, no procede tal derecho a una pensión, aunque existan notables diferencias entre el patrimonio de los cónyuges separados o divorciados⁴⁶.

3. La existencia de una resolución firme de separación y divorcio.

Para la fijación de la pensión compensatoria constituye otro presupuesto básico, el que se haya producido la separación o el divorcio, y se haya establecido la misma en la correspondiente sentencia de separación o de divorcio, así como las bases de actualización y las garantías, sin que sea posible una pensión compensatoria en

⁴⁵ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008/7123) señala en su *Fundamento de Derecho* 3º: “Que presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges provocando la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio, (y no una situación de necesidad, por lo que compatible su percepción incluso en el caso de contar con medios económicos para subsistir), siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal”.

⁴⁶ La Audiencia Provincial de Cáceres de 21 de noviembre de 1988 dispone que “... es requisito necesario para que surja el derecho de pensión que el desequilibrio económico produzca un empeoramiento en la situación anterior, debiendo por tanto tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio para determinar si por la separación o el divorcio alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en su forma de vida, pues, sólo en el caso de que se produzca tal desequilibrio, que ha de tener cierta relevancia, procede la pensión (...) así como es también de apreciar una adecuada relación de causa a efecto entre el desequilibrio producido y la separación...”. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 20 de mayo de 1992 (AC Aud., número 1 de 1 al 15 de enero de 1993) señala que: “... no basta con que uno de los cónyuges 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 no las padezca también el otro cónyuge...”. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5ª, de 22 de abril de 1998 (AC 1998/4380); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4ª, de 7 de febrero de 2001 (JUR 2001/134839); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 23 de febrero de 2001 (JUR 2001/138441); y, de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1ª, de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005/155071).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 26 de mayo de 2005 estima la ausencia de empeoramiento en el nivel de vida de la esposa tras la ruptura matrimonial, continuando con el ejercicio de su actividad laboral y con una asistenta para las labores del hogar.

medidas provisionales previas a la demanda, ni en la coetáneas a ésta⁴⁷.

Si bien, la separación y el divorcio como procesos independientes, determinan que sea posible que, en este último, se fije *ex novo* la pensión compensatoria⁴⁸. Efectivamente, como hemos señalado en líneas precedentes, el divorcio constituye una situación nueva que puede dar lugar a unos efectos distintos a la separación derivados de su propia naturaleza extintiva del matrimonio tal como establece el artículo 86 del Código Civil. El divorcio resulta distinto de la separación y por ello, como igualmente, se ha indicado, pueden replantearse todas las medidas tomadas en la primera sentencia de separación, entre ellas, la pensión compensatoria. El divorcio constituye, pues, una nueva y distinta solución que, será definitiva desde el momento de la firmeza de la sentencia que, en este aspecto es constitutiva y por ello, todos sus efectos se van a producir desde la firmeza de la sentencia de divorcio⁴⁹. En todo caso, no se puede instrumentalizar el proceso de divorcio para solicitar una prestación económica que no se ha solicitado previamente tras la ruptura de la convivencia, pues, se demuestra innecesaria para su sostenimiento⁵⁰. No existe, pues, desequilibrio económico en las situaciones prolongadas de ruptura en la que no se solicita pensión, pues, se entiende que cada uno de los cónyuges ha dispuesto de medios propios de subsistencia y no puede argumentarse por quien se solicita que, la separación o divorcio es determinante del empobrecimiento en su situación anterior al matrimonio; situación que en el peor de los casos sería la misma, pero no agravada por la ruptura. No es, por tanto, un problema del tiempo de separación de

⁴⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 2016 (RJ 2016/1135) donación del actor a su esposa de su mitad indivisa en vivienda, garaje y trastero de forma pura, sin causa remuneratoria, ni elemento o condición que la afectase, divorciándose el matrimonio un tiempo después sin que la esposa solicitara la pensión compensatoria. Revocación de la citada donación por sobrevivencia o supervivencia de hijo al actor de otra relación convivencial posterior que resulta de la aplicación objetiva del artículo 644 del Código Civil relativa a “toda donación entre vivos” al cumplirse las premisas legales requeridas. Por lo que, la donación realizada puede ser revocada atendiendo a las circunstancias previstas en el artículo 644, con independencia de su carácter remuneratorio o de su configuración modal, conclusión que la propia norma resulta de un modo categórico “toda donación entre vivos”. Esta decisión no prejuzga el posible derecho de la recurrente, por el cauce judicial pertinente, de solicitar la modificación de las medidas del divorcio tras la revocación de la donación, ahora confirmada.

⁴⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 14 de junio de 1996 (AC Aud., número 23, de 1-15 de diciembre de 1996, p. 2603).

⁴⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de noviembre de 2011 (RJ 2012/566).

⁵⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2013 (RJ 2013/4366) se trata de un matrimonio que lleva separado 7 años, sin que durante ese periodo mediara reclamación alguna entre los cónyuges y sin que se haya podido constatar ninguna vinculación económica, ni de otro tipo; y, de 1 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5494) se niega la pensión a partir de una presunción de la no existencia de desequilibrio económico y de la autonomía patrimonial incompatible que, se destruye cuando, pese a una separación prolongada, los esposos han intercambiado ayudas económicas por parte de uno o de ambos, o cuando, como aquí sucede, no consta como declara probado la sentencia que “ambas partes haya asumido vidas económicas independientes, por lo que el transcurso del tiempo no ha sido suficiente para entender inexistente el citado desequilibrio”.

hecho, sino de las circunstancias que se deben valorar en cada caso para ver si a la vista de un largo período de separación sin petición económica alguna, cabe o no presumir la existencia de desequilibrio económico entre los cónyuges en el momento de la ruptura⁵¹. En todo caso, el reconocimiento de la pensión en juicio anterior de separación no es óbice para declarar su extinción en el proceso posterior de divorcio de considerarse acreditada el cese de la situación de desequilibrio que determinó su reconocimiento⁵².

Por otra parte, la pensión compensatoria no se puede reclamar en un proceso de modificación de medidas⁵³ ni en un proceso de medidas paterno filiales⁵⁴. Asimismo, no es necesario formular reconvencción expresa para solicitar la fijación de la pensión compensatoria a favor de la demandada cuando previamente la parte actora, en su demanda, plantea expresamente la cuestión controvertida, exponiendo de forma razonada los motivos por los que considera que es o no procedente establecer la pensión compensatoria a favor o no de uno de los cónyuges⁵⁵.

Ahora bien, la norma contenida en el artículo 97 del Código Civil es de naturaleza dispositiva, sometida a la autonomía privada, de tal forma que para que el juez pueda conceder la pensión compensatoria a uno de los cónyuges se necesita que la solicite en cualquiera de los escritos iniciales, es decir, en la demanda o en la reconvencción –rige el principio de justicia rogada-. Así lo dice expresamente la

⁵¹ Los tribunales suelen ser contrarios a la concesión de la pensión por desequilibrio en el procedimiento de separación o divorcio que con posterioridad se insta, sobre la base de una separación de hecho efectiva, prolongada en el tiempo y sin prestación económica alguna, lo que implica que cada uno ha hecho su vida de forma independiente y no concurren los presupuestos para el reconocimiento de tal pensión. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1ª, de 24 de abril de 2015 (JUR 2015/16605); y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4ª, de 4 de septiembre de 2015 (JUR 2015/233247).

⁵² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2012 (RJ 2013/202); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 4ª, de 4 de junio de 2015 (JUR 2015/291083).

⁵³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2016 (LA LEY 59409/2016) recuerda que, la pensión compensatoria es una medida definitiva del juicio de separación o divorcio matrimonial. Siendo ello así concluye que, la tesis mantenida en la sentencia recurrida resulta insostenible. No es un problema de renuncia, sino de presupuesto sustantivo, no procesal, en cuanto al momento en que debe ejercitarse el derecho para valorar el desequilibrio económico, incorporándolo en su caso a la sentencia como medida definitiva, lo que deja sin aplicación el artículo 400 de la LEC. Por su parte, la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de este mismo Alto Tribunal, de 10 de septiembre de 2012 (LA LEY 162415/2012) sienta como doctrina que, no puede ser considerada incongruente la resolución sobre la cuestión de la pensión compensatoria, siempre que la pretensión se haya introducido en el proceso, a través de la contestación a la demanda.

⁵⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, sección 1ª, de 19 de febrero de 2015 (LA LEY 22366/2015).

⁵⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de noviembre de 2013 (RJ 201377570); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 6 de abril de 2016 (JUR 2016/118132).

sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1987⁵⁶ cuando señala que “no nos encontramos ante un norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva”. La pensión compensatoria señala la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 20 de abril de 2012⁵⁷ “es un derecho disponible por la parte a quien puede afectar. Rige el principio de autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración”. Es, por tanto, una medida que surge tras la separación o el divorcio, previa petición del cónyuge que considera alterada su situación económica y se determina en la sentencia, según disponen los artículos 97 y 100 del Código Civil. No cabe determinarla de oficio. Y, atendiendo disponibilidad atribuible a este derecho, es posible su renuncia que ha de ser inequívoca y sin condicionante alguno⁵⁸. Puede contenerse en convenio regulador⁵⁹, o plasmarse en un pacto extrajudicial o en capitulaciones matrimoniales, o en fin, tener lugar después de sobrevenida la crisis matrimonial⁶⁰. Resulta discutible en la doctrina la posibilidad de renuncia anticipada, así frente a quienes admiten la misma tanto en pactos extrajudiciales como en capitulaciones matrimoniales⁶¹; y sobre la base de constituir un supuesto de exclusión voluntaria de la ley aplicable por las partes admisible sobre la base del artículo 6.2 del Código Civil⁶². No faltan quienes niegan su validez o eficacia sobre la base de que no es posible renunciar a un derecho que aún no ha nacido, o adoptan una línea intermedia como DÍAZ MARTÍNEZ vinculando la eficacia de la renuncia a la prestación de un consentimiento perfecto señala al respecto que “si se renuncia a la pensión compensatoria desconociendo la circunstancia que concurrirán al tiempo de la ruptura de la convivencia conyugal, siendo el cambio relevante y de imposible previsión en el momento del acuerdo, se debe entender que el consentimiento se prestó sobre bases erróneas y, en consecuencia, se podrá analizar el desequilibrio libremente, sin vinculación judicial por el pacto previo de renuncia”. Por lo que entiende que “con esta misma orientación, se considera que la renuncia no será vinculante si tenía conocimiento equivocado de las circunstancias económicas de la

⁵⁶ RJ 1987/9174.

⁵⁷ RJ 2012/5911.

⁵⁸ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de abril de 1992 (RJ 1992/2935).

⁵⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3ª, de 4 de septiembre de 2001 (AC 2002/341). Por su parte, el artículo 233-16.2 del Código Civil catalán dispone que: “2. Los pactos de renuncia no incorporados a una propuesta de convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor”.

⁶⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2002 (RJ 2002/4452).

⁶¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 27 de noviembre de 2002 (JUR 2003&92086).

⁶² MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, cit., p. 223; ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil”, cit., p. 411.

otra parte, es decir, del cónyuge o futuro cónyuge”⁶³.

Si bien, el derecho a la pensión nace desde la fecha de la sentencia que, tiene naturaleza constitutiva y se abona desde entonces.

En todo caso, la pensión puede existir tras la separación, o el divorcio, pero en ningún caso tras la nulidad del matrimonio⁶⁴. Y, si en el procedimiento de separación se ha excluido la pensión compensatoria, no puede decretarse en el posterior procedimiento de divorcio, pues, el desequilibrio económico ha de referirse al momento de la ruptura de la convivencia y ésta tuvo lugar con la separación⁶⁵.

4. Relación de causalidad entre el desequilibrio económico y la separación o el divorcio.

La separación y el divorcio debe ser causa directa del desequilibrio, esto es, debe existir una relación de causa a efecto entre tales situaciones de crisis matrimonial y el desequilibrio. Éste ha de ser una consecuencia o derivarse de la separación o el divorcio⁶⁶.

IV. MODALIDADES.

La compensación del desequilibrio que la separación o el divorcio produce en uno

⁶³ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1029.

⁶⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 2015 (RJ 2015/1362) pensión compensatoria fijada en sentencia de divorcio y posterior resolución homologando la decisión del tribunal eclesiástico sobre nulidad matrimonial. Auto reconociendo eficacia civil a la resolución eclesiástica que daba por cierto que la no solicitud de medidas obedecía a la existencia y vigencia de las que se acordaron en la sentencia de divorcio. Resolución que devino firme al haber aceptado el actor la vigencia y eficacia de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio. De forma que, cualquier modificación solo vendría justificada por la existencia de un cambio sustancial posterior de las circunstancias.

⁶⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 13 de octubre de 2009 (JUR 2009/459451).

⁶⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de León, sección 21ª, de 15 de enero de 1997 (AC Aud., número 23, de 11-15 de diciembre de 1997); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 3ª, de 4 de mayo de 2001 (JUR 2001/224140).

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, de 29 de marzo de 2000 (JUR 2001/90851) se fija como presupuestos, además de la existencia de un claro desequilibrio patrimonial entre los esposos, que, tal desequilibrio sea consecuencia directa y esté vinculado causalmente con la separación o divorcio y no con otras circunstancias ajenas a la crisis matrimonial.

de los cónyuges en relación con el otro, que supone un empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio, puede realizarse de distintas formas. Así, mediante la determinación de una cantidad única (suma a tanto alzado o mediante la entrega de determinados bienes –muebles: un paquete de acciones; inmueble: la vivienda familiar–), cuyo pago pueda ser realizado de una vez o fraccionado en distintos plazos⁶⁷; o mediante el pago de unas cantidades periódicas, por un plazo predeterminado (prestación temporal), posición ya admitida por la jurisprudencia⁶⁸ y ahora reconocida en el artículo 97; o indeterminado (prestación indefinida), lo que no significa necesariamente vitalicia, pues, se puede extinguir en los supuestos previstos en los artículos 99 y 101 del Código Civil⁶⁹; pudiéndose, asimismo, fijar aquélla, como hemos señalado, a tanto alzado, lo que se corresponde más claramente con un propósito indemnizatorio, que se deduce del contenido literal del

⁶⁷ En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998/1122) se conviene un sistema mixto de indemnización (abono de cantidad a tanto alzado más pensión vitalicia) que, además, de realizar función compensatoria del daño sufrido por el demandante, con inclusión en ella tanto del daño moral puro como del indirectamente económico, sirve, al propio tiempo, para hacer frente a los costes que en el futuro se van a derivar de aquella permanente asistencia y cuidado que por tercera persona y de por vida va a precisar”. Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 17 de marzo de 2001 (JUR 2001/185612) se establece un sistema mixto en el que se integran dos conceptos –uno, el pago de una cantidad alzada concretada en la mitad del precio que se obtenga de la venta del chalé integrante de la vivienda familiar, que aparece como bien privativo del esposo; y, el otro, la entrega de una cantidad mensual de 300.000 pesetas sin límite de tiempo.

⁶⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 2005 (RJ 2005/4209); y, de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6060); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1ª, de 18 de enero de 1999 (AC 1999/2965); de la misma Audiencia Provincial, sección 2ª, de 5 de febrero de 1999 (AC 1999/6646) que establece un límite temporal de cinco años; de la Audiencia Provincial de Ourense, sección única, de 20 de marzo de 1999 (AC 1999/737); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 16 de septiembre de 2003 (JUR 2003/269626) que establece una limitación temporal de cinco años, en atención a la juventud de la esposa, la cualificación profesional que tiene y las posibilidades reales de acceso al mundo laboral; de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1ª de 6 de febrero de 2004 (JUR 2004/107172) que fija una limitación temporal de dos años; de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, de 17 de marzo de 2004 (AC 2004/382) que dispone, al respecto, que “esta pensión no es una pensión vitalicia dada su naturaleza indemnizatoria o resarcitoria de una situación de desequilibrio ligada al momento de la cesación de la vida en común de los cónyuges, y que sólo debe durar mientras se mantenga el desequilibrio, sin que deba constituir un acicate desincentivador del inicio de una actividad laboral; no obstante, la limitación temporal de la pensión debe adoptarse con cautela, cuando las circunstancias concurrentes evidencian, que el desequilibrio económico causa de la pensión sea susceptible de desaparecer en un plazo prudencial por estar al alcance de las posibilidades del acreedor, la eliminación de tal desequilibrio”; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2ª, de 6 de septiembre de 2007 (JUR 2007/340321) que, establece una limitación temporal a 15 años estableciendo una reducción de la cuantía de la pensión, cuando el obligado al pago se jubile.

⁶⁹ Se fija la pensión con carácter indefinido, sin límite temporal, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 27 de septiembre de 2005 (JUR 2006/7252); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 7 de septiembre de 2007 (JUR 2008/70415) no cabe limitación temporal, pues, el matrimonio ha durado veintiocho años, y, además, la edad, circunstancias personales y cualificación profesional limitada de la esposa lo exigen; y, de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 4ª, de 13 de febrero de 2008 (JUR 2008/130693).

precepto⁷⁰. Lo cierto es que, la pensión periódica por tiempo indefinido tiene como característica esencial la indeterminación. Cuando lo es por tiempo determinado, en realidad se convierte en “una compensación de una cantidad fija, pero con pago fraccionado por el plazo establecido, con un ligero corrector, equivalente a los intereses del aplazamiento, que consistirá en la actualización de su valor, que, lo que en realidad hace es mantener la deuda en su característica de valor”⁷¹.

Por otra parte, la regla general ya no es el carácter vitalicio de la pensión, -abandonado de raíz como norma imperativa por la Ley 15/2005-, sino que se ha consolidado la temporalidad de la misma en una interpretación legal acorde a la realidad social de nuestro tiempo –previsto como elemento interpretativo de las normas en el artículo 3.1 del Código Civil-. Esto no impide que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, se pueda determinar que la duración de la pensión sea indefinida⁷². Es claro que, la pensión temporal sólo debería admitirse cuando en el momento de fijarse existe la suficiente certeza en torno al alcance del empeoramiento que, se pretende compensar, y sea posible realizar anticipadamente una acotación temporal de la pensión⁷³; asimismo, es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, que propicie una temporalidad en la pensión; en definitiva, siempre que con ello se cumpla la función reequilibradora de la pensión por concurrir los presupuestos conocidos que, vengan a acreditar una base real para realizar una limitación temporal⁷⁴.

⁷⁰ Señala LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, T. V, *Derecho de Familia*, 6ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 160 que, en la práctica, ha ganado posiciones claramente la fijación de un tanto alzado, que parece comparecerse mejor con la presunta objetivización u objetivación de la pensión perseguida por la Ley 11/1981).

⁷¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, cit., p. 165.

⁷² Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7147); de 14 de marzo de 2011 (RJ 2011/2772); y, de 20 de julio de 2011 (JUR 2011/285735).

⁷³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 2005 (RJ 2005/4209)

⁷⁴ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008/7123) considera que, pariendo de la concurrencia de desequilibrio, en la medida que la ley no establece de modo imperativo el carácter indefinido o temporal de la pensión, su fijación en uno y otro sentido dependerá de las específicas circunstancias del caso, particularmente, las que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, siendo única condición para su establecimiento temporal que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que constituye su razón de ser; de 17 de octubre de 2008 (RJ 2008/5702); de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6060); de 28 de abril de 2010 (LA LEY 49079/2010); de 29 de septiembre de 2010 (LA LEY 161979/2010); de 4 de noviembre de 2010 (LA LEY 231765/2010); de 14 de febrero de 2011 (LA LEY 2161/2011); de 15 de junio de 2011 (LA LEY 111555/2011); de 27 de junio de 2011 (LA LEY 111552/2011); de 20 de julio de 2011 (LA LEY 120061/2011) señala que fijar un límite de 15 años a la pensión compensatoria, lejos de asentarse en criterios distintos de los afirmados o de resultar una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable constituido con criterios de prudencia y ponderación, sobre la posibilidad real que tenía entonces la actora de superar en tal espacio de tiempo la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido a aquella que le generó la ruptura, y sustentado en los factores concurrentes previstos en el artículo 97

La pensión puede estar sujeta a plazo fijo (a término), o sometida a una condición suspensiva o resolutoria, por aplicación precisamente del principio de autonomía de la voluntad, e incluso puede ser acordada por el Juez cuando lo crea conveniente⁷⁵. Y, su concreción en prestación única, como opción legítima, impensable en la mayoría de las economías modestas, puede pactarse en convenio regulador⁷⁶, o establecerse por el juez en la sentencia, y, una vez fijada judicialmente (bien sea mediante aprobación de sentencia –proceso contencioso- o en convenio regulador homologado judicialmente), por la vía del artículo 99, puede sustituirse por la constitución de una renta vitalicia⁷⁷, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero⁷⁸. Son tres las posibles prestaciones

del Código Civil, que previamente le sirvieron para justificar su procedencia; y, de 3 de octubre de 2011 (LA LEY 186207/2011) precisa, asimismo, que el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas en factores que enumera el artículo 97 del Código Civil; y añade en el *Fundamento de Derecho 5º* que, la temporalidad de la pensión se contempla, por la doctrina y por el legislador como una opción y no como una obligación. De lo que se sigue que, tanto antes como, a la luz del vigente texto, nada impide su fijación con carácter indefinido, si esta solución resulta la más adecuada para asegurar la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, pues, únicamente cuando esta función no se resiente, puede concederse por un tiempo concreto, plazo que precisamente dependerá de un juicio prospectivo sobre la idoneidad o aptitud del precepto para superar el desequilibrio que constituye su razón de ser, en un mayor o menor espacio de tiempo.

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 9 y 17 de octubre de 2008 (LA LEY 148008/2008 y LA LEY 158323/2008); de 28 de abril de 2010 (LA LEY 49079/2010); y de 4 de noviembre de 2010 (LA LEY 231765/2010) afirman que, las conclusiones alcanzada por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación, siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 del Código Civil, y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio pronóstico sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrente se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asientan en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

⁷⁵ ROCA TRÍAS E.: “Comentario al artículo 100 del Código Civil”, cit., pp. 409-410.

⁷⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 3ª, de 14 de enero de 1998 (AC 1998/2893); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 3 de mayo de 2007 (JUR 2007/280032); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, de 7 de mayo de 2007 (JUR 2007/269852).

⁷⁷ ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 99 del Código Civil”, cit., p. 408, señala que “se trata, pues, de un contrato a favor de tercero, en el que el beneficiario es el acreedor de la pensión y en que el tercero debe satisfacer la renta pactada al beneficiario. Esta posibilidad surge por el hecho de que el pago de la pensión no es personalísimo”.

⁷⁸ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2002 (RJ 2002/4452) consideró procedente la acción rescisoria en fraude de acreedores ante la dación en pago de la pensión compensatoria, con la finalidad de que los acreedores del marido no pudieran realizar sus créditos. A la esposa, además de 29.000.000 de ptas., se le adjudica un piso, valorado en más de ochenta millones de pesetas y la mitad indivisa de otras tres fincas urbanas y otras tres rústicas, lo que suma un valor muy superior a la cantidad pactada en concepto de pensión compensatoria, lo que implicó ni más ni menos que pretende evitar de la ejecución, esos bienes que salen del patrimonio del deudor. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de

sustitutorias. Se trata de una simple enumeración, *ad exemplum* y no *numerus clausus*, pues, no existen razones que impidan a los cónyuges acordar la realización de otra prestación distinta⁷⁹.

Ahora bien, pese a la literalidad del precepto, resulta acertada la precisión que lleva a cabo ZARRALUQUI pues “si la voluntad de los cónyuges puede sustituir la pensión periódica, también puede fijar desde el inicio la compensación en forma distinta de un pago regular desde el primer momento. Carece de lógica pensar que, primero, tienen que convenir algo que no quieren y, luego, sustituir este pacto por el que realmente desean. El juez no puede fijar una cantidad alzada, porque así lo establece la ley, pero sí puede aprobar la determinación hecha por los interesados a quienes la ley deja esta facultad. Ello, por otra parte, está en consonancia con la disponibilidad plena que la pensión tiene para los cónyuges”⁸⁰.

En la línea del citado artículo 99 del Código Civil, el artículo 233-17 del Código Civil catalán señala que: “1. La prestación compensatoria puede atribuirse en forma de capital, ya sea en bienes o en dinero, o en forma de pensión. En caso de desacuerdo, la autoridad judicial debe emitir una resolución sobre la modalidad de pago atendiendo a las circunstancias del caso y, especialmente, a la composición del patrimonio y a los recursos económicos del cónyuge deudor; 2. En caso de atribución en forma de capital, la autoridad judicial, a petición del cónyuge deudor, puede aplazar el pago u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y con devengo del interés legal a contar del reconocimiento. 3. En caso de atribución en forma de pensión, esta debe pagarse en dinero y por mensualidades avanzadas. A petición de parte, pueden establecer garantías y fijar criterios objetivos y automáticos de actualización de la cuantía”.

septiembre de 1993 (AC 1993/1972) se convino por acuerdo de las partes la sustitución de la pensión por la adjudicación de bienes del caudal ganancial.

⁷⁹ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, cit., p. 226; ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 99 del Código Civil”, cit., p. 408.

⁸⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, cit., p. 271.

En similares términos, MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, cit., p. 226 para quien “aunque siguiendo la literalidad del artículo 99, parece que el acuerdo de dación en pago solo va a ser posible cuando la pensión haya sido fijada judicialmente, por existir controversia entre cónyuges. Tal interpretación le parece excesivamente restrictiva, pues, no existe inconveniente alguno en poder pactar una dación en pago en la hipótesis de pensión compensatoria acordada por las partes en convenio regulador judicialmente homologado”. En todo caso añade que “no es necesario que exista una identidad en la cuantía económica entre la prestación original y la pactada, aunque sí es usual que haya una cierta equivalencia entre las prestaciones, pues, de lo contrario difícilmente puede entenderse que la parte que sufre el minusvalor de la nueva prestación acepte el acuerdo de dación en pago. Si la dación en pago consiste en la realización de una única prestación (por ejemplo, la entrega en propiedad de dinero o bienes), una vez ejecutada ésta, la obligación se extingue. En este caso, concluye “si después el cónyuge que fue acreedor incurre en alguna de las causas de pérdida del derecho del artículo 101, ello será intrascendente, pues, la obligación se extingue mucho antes, con la ejecución de una nueva prestación, salvo que en el acuerdo de dación en pago se hubiera pactado cualquier otra solución para esta hipótesis”.

En todo caso, el derecho a la pensión por desequilibrio constituye un derecho de crédito personalísimo –pues, solo se puede hacer valer por el cónyuge que lo solicita-; de tracto sucesivo ante la posibilidad de pagos periódicos, aunque, como hemos visto, se puede sustituir por una renta vitalicia, usufructo o la entrega de determinados bienes, o abonarse en una prestación única; es un derecho lucrativo, pues, no existe contraprestación alguna; excepcional al no existir un derecho a la pensión por desequilibrio como regla general, ni ser su concesión automática; es un derecho condicional al estar sujeta su concesión a la concurrencia de determinadas circunstancias, tales como edad, situación familiar, laboral, económica y social del beneficiario, su calificación profesional y su posibilidad de acceso a un empleo; y, en fin, es un derecho ajeno a toda culpabilidad.

V. TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero y 28 de abril de 2005⁸¹, como por haberse manifestado también posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley 15/2005, de 18 de julio que, dando una nueva redacción al artículo 97 del Código Civil, establece que la compensación puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única. Por lo que el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tener en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, de aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el citado artículo 97, que como señalamos en líneas precedentes, cumplen una doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias y una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitan fijar la cuantía de la pensión que, permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario o beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá de su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación y con criterios de certidumbre. De todas formas, las conclusiones alcanzadas en apelación, ya sean en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el

⁸¹ RJ 2005/1133 y RJ 2005/4209.

artículo 97 del Código Civil y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes, se muestra como ilógico o irracional o cuando se sustente en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia⁸².

⁸² Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2008; de 29 de septiembre de 2009 (JUR 2009/428068); de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417); de 14 de febrero de 2011 (RJ 2011/2351); de 15 de junio de 2011 (RJ 2011/4634) plazo de tres años sumado al anterior de cinco que, habían transcurrido la dictarse la sentencia en primera instancia. concesión de un plazo suficiente para que la esposa supere la situación de desequilibrio que la motivó; de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5666); de 20 de julio de 2011 (RJ 2011/7377); de 10 de enero de 2012 (RJ 2012/3643); de 27 de junio de 2012 (RJ 2012/8013); de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012/10114) la limitación temporal no es contraria a la función reequilibradora, básica e incuestionable de la pensión compensatoria. Idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico creado por la ruptura matrimonial en el plazo de cinco años. Conocimiento del mercado laboral por haber estado en él durante algún tiempo vigente la relación matrimonial sin que resulte anómalo no ilógico sostener que puede reintegrarse en el mismo en razón del trabajo que conoce y puede desarrollar sin excesivas dificultades; de 21 de junio de 2013 (RJ 2013/4379); de 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015/3978); de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016/249) una limitación temporal a 3 años; y, de 5 de abril de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100202). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2ª, de 18 de febrero de 2015 (JUR 2015/128929) limitación temporal a 12 años. Edad superior a los 55 años. Falta de cualificación profesional. Dedicación en exclusiva al hogar y a la familia durante la larga duración de la convivencia. Bien estado de salud que le posibilita realizar alguna actividad laboral u ocupacional; de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1ª, de 29 de abril de 2015 (AC 2015/927) se fija un límite temporal de 2 años; de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 15 de mayo de 2015 (JUR 2015/169367) limitación temporal a cinco años, ya que sin limitación temporal hasta que la esposa se incorpore de manera efectiva, estable y duradera al mercado laboral, sería tanto como establecer una perpetuidad en dicha pensión; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 3 de junio de 2015 (JUR 2015/291082) la ley no establece de modo imperativo el carácter de indefinido o temporal de la pensión. Su fijación en uno y otro sentido, dependerá de las específicas circunstancias del caso, valorándose sobre todo la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico. Se establece un límite temporal a favor de la esposa de tres años en atención a la duración del matrimonio, edad de las partes y cualificación profesional de la esposa; de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, de 15 de febrero de 2016 (JUR 2016/64425) limitación temporal hasta que la actora alcance los 65 años de edad, momento en que se encuentra en condiciones de que se le reconozca una pensión pública no contributiva que, sustituirá a la pensión compensatoria; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 19 de enero de 2016 (JUR 2016/39504) limitación temporal hasta la liquidación de la sociedad de gananciales; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 23 de marzo de 2016 (JUR 2016/97980) limitación temporal a seis años; de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2ª, de 29 de marzo de 2016 (JUR 2016/87802) necesidad de establecer la pensión compensatoria por un periodo de dos años para compensar el desequilibrio creado; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 31 de marzo de 2016 (JUR 2016/98091) limitación temporal a cuatro años.

Por su parte, se atribuye el carácter indefinido en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2011 (RJ 2011/2772) fijación con carácter vitalicio o indefinido. Circunstancias como la edad de la esposa, la duración del matrimonio, la exclusiva dedicación a la familia, el tiempo apartada del mundo laboral permiten concluir con criterios de prudencia y ponderación que, son razonablemente escasas las posibilidades reales de aquella de obtener en un

En todo caso, los tribunales y la doctrina suelen coincidir en valorar como circunstancias que aconsejan la temporalidad de la pensión por desequilibrio la escasa duración del matrimonio, la juventud del cónyuge acreedor, su formación y posibilidad de acceso al mundo laboral⁸³, y, por el contrario, optar por el carácter vitalicio de la pensión cuando se trata de matrimonio de larga duración, la edad madura del cónyuge acreedor, el que se haya dedicado toda su vida al cuidado del hogar y de la familia, la falta de cualificación profesional, la dificultad de acceso a un empleo, y que no tiene actividad remunerada⁸⁴.

plazo concreto un empleo que, le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente; de 3 de julio de 2014 (RJ 2014/4254) no procede la limitación temporal. La esposa tiene 48 años sin profesión, oficio o titulación, ni experiencia laboral, y está dedicada a la atención de la familia y con hijo en fase de estudios a su cargo. Escasas posibilidades de reinserción laboral; de 28 de octubre de 2014 (RJ 2014/5187) no procede la limitación temporal, pues, se fijó en convenio con carácter indefinido. Por lo que no puede establecerse en este caso un plazo para su extinción, sino concurren alteración de las circunstancias; de 11 de mayo de 2016 (RJ 2016/212) no procede la atribución temporal, pues, el plazo habrá de estar en consonancia con la superación del desequilibrio; y, de 24 de mayo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100336). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1ª, de 9 de febrero de 2016 (JUR 2016/82319) la situación de la esposa no se ha modificado. Tiene una incapacidad permanente y escasas posibilidades de incorporarse al mercado laboral. Carencia de bienes. Constante atención al cuidado del hogar y del hijo menor durante los 16 años de duración del matrimonio. Se desestima la limitación temporal; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 24 de junio de 2015 (JUR 2015/217412) improcedencia de la limitación temporal. Larga duración del matrimonio -37 años-. Dedicación al cuidado del esposo y sus tres hijos. Carencia de cualificación profesional y de cualquier experiencia laboral; de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª, de 29 de junio de 2015 (JUR 2015/222820) fijación con carácter vitalicio, pues, carece de cualificación profesional. Edad difícil para acceder al mercado laboral, máxime en la situación de crisis económica actual; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, 25 de enero de 2016 (JUR 2016/71978); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, de 4 de marzo de 2016 (JUR 2016/75387); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, de 13 de abril de 2016 (JUR 2016/106257) de una edad de 52 años y casada durante 21 años y dedicada al cuidado de su familia.

⁸³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2013 (RJ 2013/4366); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, de 12 de marzo de 2015 (JUR 20157112778) matrimonio breve unido a la ausencia de hijos comunes; de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1ª, de 21 de marzo de 2016 (JUR 2016/88826) duración escasa de la convivencia y ausencia de descendencia; y, de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1ª, de 30 de marzo de 2016 (JUR 2016/98466).

⁸⁴ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 2014 (RJ 2014/4254) esposa de 48 años sin profesión, oficio o titulación ni experiencia laboral. Ha estado dedicada a la atención de la familia y con hijos en fase de estudio a su cargo; y, de 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015/3978) esposa de 53 años de edad sin cualificación profesional debido al cuidado del hogar e hijos durante 25 años sin otra prestación. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1ª, de 9 de febrero de 2016 (JUR 2016/82319) la esposa tiene una incapacidad permanente total y escasas posibilidades de incorporarse al mundo laboral. Carece de bienes, atendiendo al cuidado del hogar y del hijo menor durante 16 años de duración del matrimonio. Asimismo, BELIO PASCUAL A.C.: *La pensión compensatoria (Ocho años de aplicación práctica de la Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 190 a 197 que atiende como criterios para el otorgamiento de la pensión temporal a la edad, estado de salud, la cualificación profesional

Ahora bien, se puede temporalizar en el proceso de divorcio la pensión por desequilibrio que se había fijado como indefinida en el proceso de separación.

Una vez tomada la decisión de proceder a la temporalización de la pensión por desequilibrio, la determinación de uno y otro plazo exige por parte de la autoridad judicial una prudente y adecuada ponderación de las circunstancias del caso, y de las razonables previsiones de superación del desequilibrio por parte del acreedor de la pensión. Se suelen fijar como límites temporales dos, tres, cinco años, e incluso más atendiendo a las circunstancias de edad en qué se encuentre el precepto de la pensión: situación laboral, cualificación profesional, posibilidad de acceso al mercado laboral y, la existencia de hijos menores o mayores de edad discapacitados entre otras⁸⁵.

Por su parte, el artículo 233-17.4 del Código Civil catalán opta también por el carácter temporal de la prestación compensatoria, salvo que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen fijarla con carácter indefinido. Igualmente, el artículo 234-11.3 del citado cuerpo legal cuando se refiere a la extinción de la pareja estable señala que: “3. La prestación alimentaria en forma de pensión tiene carácter temporal, con un máximo de tres anualidades, salvo que la prestación se fundamente en la disminución de la capacidad del acreedor de obtener ingresos derivada de la guarda de hijos comunes. En este caso, puede atribuirse mientras dure la guarda”.

VI. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DE LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO.

Se establecen en el artículo 97.2 una serie de criterios para cuantificar la pensión como son los siguientes:

1º) Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges⁸⁶.

y las posibilidades de acceso al empleo, la dedicación pasada y futura a la familia y la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

⁸⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016/249) fijación temporal de tres años; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2ª, de 18 de febrero de 2015 (JUR 2015/81128929) límite temporal a doce años por la edad superior de la esposa de 55 años, sin cualificación profesional. Dedicada en exclusiva a la familia y al hogar durante la larga duración de la convivencia; de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1ª, de 29 de abril de 2015 (Ac 2015/927) fijación en dos años; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 15 de mayo de 2015 (JUR 2015/169367) límite temporal a cinco años.

⁸⁶ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de marzo de 2014 (RJ 2014/2489) convenio entre las partes de una pensión “vitalicia”, salvo nuevo matrimonio o convivencia marital; de 28 de octubre de 2014 (RJ 2014/5187) fijación en convenio con carácter indefinido; y, de 24 de junio de 2015 (RJ 2015/2657) pacto prematrimonial en previsión de crisis conyugal acordando una renta mensual vitalicia para la esposa. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 10 de noviembre de 2015 (JUR 2015/1079339)

2º) La edad y estado de salud⁸⁷.

3º) La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo⁸⁸.

4º) La dedicación pasada y futura a la familia⁸⁹.

aplicación de la doctrina de los actos propios. Cantidad que el actor consideraba proporcionada para compensar la situación de desequilibrio económico que la ruptura matrimonial se deriva en perjuicio de la esposa.

⁸⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 1ª, de 6 de marzo de 1998 (AC 1998/3846) no procede la pensión por desequilibrio por la juventud, estado de salud, y cualificación profesional que le permite trabajar; de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3ª, de 23 de noviembre de 2002 (JUR 2003/78105) esposa de 28 años, acabando sus estudios superiores y con evidente capacidad laboral; y, de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1ª, de 29 de abril de 2005 (JUR 2005/113445) igualmente, considera que no procede la pensión por desequilibrio por la edad de la esposa y la realización de trabajo remunerado.

⁸⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de León, sección 1ª, de 17 de marzo de 1999 (AC 1999/4192) toma como criterio la edad de la beneficiaria, la falta de cualificación profesional, la dificultad para acceder al mercado de trabajo, duración del matrimonio y medios del obligado; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 28 de junio de 2002 (JUR 2002/260373) ausencia de cualificación profesional y de desarrollo de trabajo alguno; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 30 de octubre de 2002 (JUR 2003/30109) conocimiento por parte de la esposa del mundo laboral: trabajo realizado por cuenta ajena antes del matrimonio y en la actualidad realiza un trabajo por cuenta propia; de la Audiencia provincial de Valladolid, sección 3ª, de 29 de enero de 2004 (JUR 2004/81119) irrelevancia de la existencia de trabajos eventuales al ser discontinuos y de duración breve; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, de 12 de abril de 2005 (JUR 2005/266591) escasa formación profesional y escasas expectativas laborales; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 28 de abril de 2005 (JUR 2005/128970) en atención a la edad de la esposa y la ausencia de cualificación profesional se concede la pensión compensatoria; de la Audiencia Provincial de León, sección 3ª, de 27 de febrero de 2006 (AC 2006/606) hace referencia al acceso al mercado laboral prácticamente inviable; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3ª, de 14 de mayo de 2007 (JUR 2007/288605) ingresos de la esposa como consecuencia de haber estado trabajando constante matrimonio y hacerlo en la actualidad; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 5 de noviembre de 2007 (JUR 2008/40468) fácil incorporación de la esposa al mundo laboral con sus propios ingresos conforme a su cualificación profesional y propias aptitudes; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3ª, de 12 de junio de 2008 (JUR 2008/302137) la percepción de una pensión por desempleo, presume en cierto modo su posibilidad para trabajar y poder alcanzar remuneración para sí misma; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5ª, de 10 de junio de 2009 (JUR 2009/311341) no procede la pensión por desequilibrio, pues, ambos esposos tienen fácil acceso al mercado laboral.

⁸⁹ Vid., las sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 8 de febrero de 2000 (AC 2000/3876) matrimonio mantenido casi 30 años con dedicación completa a la familia que impidió su acceso al campo laboral; de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1ª, de 27 de abril de 2000 (AC 2000/2200) matrimonio mantenido durante más de veinticinco años con dedicación a las atenciones y cuidado de si esposo y de sus cuatro hijos, carencia de cualificación profesional; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, de 19 de julio de 2001 (JUR 2001/270417) dedicación al cuidado y atención a la familia durante los años que duró el matrimonio con periodos cortos de actividad laboral; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 12 de febrero de 2002 (JUR 2002/114403) dedicación a su esposo y a sus cuatro hijos desde el año 1960 en que se casó; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 27 de septiembre de 2002 (JUR 2003/28210); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 18 de septiembre de 2002 (JUR 2003/7816)

5º) La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge⁹⁰.

6º) La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal⁹¹.

7º) La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8º) El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge⁹².

Se trata de una enumeración no tasada, sino ejemplificativa de criterios, y, sin que deba seguirse el orden que marca el citado precepto, lo que permite al juez operar con una amplia discrecionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión⁹³. Constituyen, por tanto, criterios orientativos (estamos ante una lista abierta, como así lo determina el artículo 97.9ª “cualquier otra circunstancia relevante”), y no

duración de 27 años del matrimonio durante el cual la esposa dejó de trabajar para atender a la familia, y altos ingresos del esposo como médico especialista; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 17 de diciembre de 2002 (JUR 2003/82591); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 11 de noviembre de 2003 (JUR 2004/36186) dedicación exclusiva a la familia durante 30 años; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, de 25 de enero de 2008 (JUR 2008/208456) esposa que durante 45 años estuvo dedicada a las tareas domésticas y cuidado de sus hijas, sin que en todo ese tiempo prestara trabajo alguno por cuenta ajena, sin que por su edad, setenta años, quepa considerar la probabilidad de acceso a un empleo.

⁹⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, 14 de marzo de 2002 (JUR 2002/128887).

⁹¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 4 de mayo de 2000 (JUR 2000/304635) matrimonio durante doce años, carencia de ingresos y de cualificación profesional, dedicación a los cuidados de la casa y de la familia; de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2ª, de 30 de mayo de 2001 (JUR 2001/265532) duración de 29 años del matrimonio; de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 2ª, de 19 de junio de 2002 (JUR 2003/5249) atiende a la edad de la esposa, la duración del matrimonio y su entrega al mismo; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 4ª, de 15 de julio de 2002 (JUR 2003/6124) convivencia conyugal durante 20 años dedicándose a atender el hogar, y carencia de específica cualificación profesional; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 20 de noviembre de 2003 (JUR 2004/5877) duración de la convivencia durante 22 años; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 23 de mayo de 2007 (JUR 2007/312997) matrimonio con una duración de 26 años teniendo la esposa 51 años y habiéndose dedicado a las labores domésticas.

⁹² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009/3) no procede la pensión compensatoria por encontrarse el marido en el momento de la separación en situación de paro; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4ª, de 5 de abril de 2001 (JUR 2001/1767031); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4ª, de 12 de junio de 2001 (JUR 2001/259725); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 4ª, de 21 de febrero de 2002 (JUR 2002/116425); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2008/35632) se determina la cuantía de la pensión en función de las circunstancias concurrentes: duración del matrimonio, edad de los cónyuges, dedicación a la familia y caudal de los cónyuges; y, la falta de cualificación profesional.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 24 de abril de 2007 (JUR 2007/211262) se utilizan como criterios la dificultad de la demandante para desempeñar una vida laboral normal, pues, está cuidando a su madre, que padece una grave enfermedad degenerativa.

⁹³ En este coincide mayoritariamente la doctrina, vid., ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, cit., p. 405; GARCÍA VARELA R., “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, cit., p. 127.

determinativos para el Juez, que no se excluyen entre sí y deben ponderarse en su conjunto⁹⁴. De todas formas, hay que tener en cuenta que, aparte de estas

⁹⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2012 (RJ 2012710435) procede la pensión. 21 años de matrimonio. Escasa cualificación profesional y mínima experiencia dados los años de edad laboral dedicados exclusivamente al cuidado de la familia. Empleo a tiempo parcial del que obtiene un pequeño salario; de 17 de mayo de 2013 (RJ 2013/3703) ausencia de desequilibrio económico, pues, el matrimonio no ha supuesto ningún perjuicio a la esposa, que sigue trabajando, como antes de casarse y durante el matrimonio, con el plus de la adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales, y la situación de cada uno al término de su relación, más tiene que ver con su trabajo que con la pérdida de su capacidad laboral o el sacrificio que hubiera tenido que asumir en beneficio del otro. La sentencia no respeta la doctrina de esta Sala, antes al contrario, convierte la pensión compensatoria en un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges, desatendiendo los parámetros básicos establecidos en dicha doctrina. Es por esta razón que resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos no determina un automático derecho de compensación por la vía del artículo 97 del Código Civil y que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 de la CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el artículo 97 del Código Civil; de 17 de mayo de 2013 (RJ 2013/3703) ausencia de desequilibrio económico. Suficiente cualificación y aptitud profesional de la esposa para llevar una vida independiente desde el punto de vista económico. Trabajos antes y durante el matrimonio con el plus de adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales; de 20 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7823) acreditación de que la esposa ha atendido en exclusiva a la familia, durante muchos años, durante los que también estudió la carrera de Derecho. Las atenciones a la numerosa prole le han impedido aspirar a un trabajo estable. El alto poder adquisitivo del esposo permitió un elevado nivel de vida durante el matrimonio pero no consta que vaya a beneficiar a la esposa tras el divorcio, al no haberse incrementado el patrimonio de la misma; de 21 de febrero de 2014 (RJ 2014/1140) procede la pensión por la dedicación de la esposa en exclusiva a la familia durante 21 años. Trabajos intermitentes de influencia negativa en su desarrollo profesional y en su cotización a la Seguridad Social que exige la oportuna compensación; de 12 de julio de 2014 (RJ 2014/4583) se estima la pensión por desequilibrio atendiendo a la edad de la esposa, al tiempo dedicado a la familia, a la extensa duración del matrimonio; a la ausencia de cotización a la Seguridad Social, nula experiencia profesional pese al título de psicóloga y dificultad del mercado laboral actual; de 30 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4865) ausencia de desequilibrio. Esposa con depresión que percibe ayuda municipal para la vivienda que reclama la pensión al marido que percibe una pensión de incapacidad por importe de 1661 euros al mes y a cuyo cargo se encuentran los dos hijos comunes. Separación de hecho durante cinco años previas a la demanda de separación sin que la esposa hubiera solicitado prestación económica al marido; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 5 de febrero de 2003 (JUR 2003/186269); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 27 de diciembre de 2004 (JUR 2005/33645); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, de 30 de marzo de 2015 (JUR 2015/127303) ausencia de desequilibrio económico. Trabajo de forma temporal antes de contraer matrimonio y cese voluntario al casarse. Cobro de una pensión por incapacidad; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 11 de junio de 2015 (JUR 2015/186440) se estima la pensión compensatoria. la esposa se ha dedicado prácticamente en exclusiva al cuidado y atención de la familia. Por su edad es difícil su incorporación al mercado laboral, mientras que el esposo trabaja. Existencia de un desequilibrio económico de la misma producido por el cese de la convivencia conyugal; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, 23 de julio de 2015 (JUR 2016/108097) improcedencia de la pensión. No se prueba que el matrimonio haya supuesto para el esposo merma de su capacidad y expectativas laborales. No aparece probado que con motivo del matrimonio, el hoy apelante, abandonase una vida totalmente

circunstancias, aquél podrá tomar también como datos de valoración otros distintos. Efectivamente, el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación de bienes no constituye un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener una pensión compensatoria, pero sí se puede tener en cuenta como un parámetro más para fijar

asentada en su país y un trabajo bien remunerado; de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, 5 de noviembre de 2015 (JUR 2016/34833) procede la pensión por la existencia de una larga duración del matrimonio, escasa formación de la actora, dedicación al cuidado de la casa y colaboración en las actividades del matrimonio. Tienen una discapacidad del 65% y falta de prueba sobre recursos económicos propios; de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª, de 9 de noviembre de 2015 (JUR 2016/30125) procede la pensión de 700 euros con carácter indefinida. 29 años de matrimonio. Pensión de incapacidad total concedida a la mujer. Falta de cualificación que hace improbable su incorporación al mundo laboral; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 10 de noviembre de 2015 (JUR 2016/9836) el esposo viene percibiendo un sueldo doble al de la actora. La duración del matrimonio ha sido de 25 años durante las cuales se ha dedicado en mayor medida que su consorte al cuidado y atención de los dos hijos del matrimonio; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 12 de noviembre de 2015 (JUR 20157301893) no procede la pensión, pues, tiene estudios universitarios y durante el matrimonio ha desempeñado ininterrumpidamente actividad laboral como funcionaria interina. Ingresos ligeramente inferiores a los del marido; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, de 4 de diciembre de 2015 (JUR 2016/33099) procede la pensión compensatoria. Su edad y cualificación profesional solo le permite atender a empleos que no le permite obtener ingresos suficientes para paliar el desequilibrio; de la Audiencia Provincial de León, sección 2ª, de 15 de diciembre de 2015 (JUR 2016/35765) procede la pensión compensatoria a favor de la esposa en atención a la duración de la convivencia de 30 años, la edad de la esposa y la falta de cualificación profesional; de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, de 15 de febrero de 2016 (JUR 2016/65218) ausencia de perjuicio económico por haber contraído matrimonio. El divorcio no ha provocado ninguna pérdida de oportunidad laboral. Diferencia de ingresos que no trae causa directa del sacrificio asumido por la esposa durante el matrimonio por su mayor dedicación a la familia; de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1ª, de 19 de febrero de 2016 (JUR 2016/75623) estimación de desequilibrio económico debido a la situación de la esposa que ha realizado ocasionalmente trabajos en domicilios y en contra, incluso de los deseos de su marido, así como la dedicación plena a la familia durante el matrimonio; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, 11 de marzo de 2016 (JUR 2016/98869) acreditación de que la esposa con 47 años nunca ha trabajado. Ha estado dedicada a la familia y a los hijos y aun convive un hijo con aquella; de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1ª, de 18 de marzo de 2016 (JUR 2016/99535) existencia de desequilibrio económico. Matrimonio que duró 43 años. La esposa se dedicó al cuidado de los hijos y de la casa. Carece de ingresos y de posibilidad de obtenerlos dada su edad superior a los 70 años; de la Audiencia Provincial Albacete, sección 1ª, de 21 de marzo de 2016 (JUR 2016/88826) no procede la pensión. Duración de la convivencia escasa y ausencia de descendencia. La dedicación al hogar y a la familia no impedía a la esposa desarrollar una actividad laboral o continuar su formación profesional o académica; de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1ª, de 30 de marzo de 2016 (JUR 2016/98466) ausencia de desequilibrio económico atendiendo a la limitadísima duración del matrimonio y la falta de relación causal de su situación con la dedicación a la familia y edad laboral de la recurrente que constaba a la fecha de la demanda con 35 años, no habiendo desmentido su trabajo como agente de seguros; y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª, de 18 de abril de 2016 (JUR 2016/11932) procedencia a favor de la esposa de 250 euros en atención a la dedicación a la familia, duración del matrimonio y escasa cualificación profesional. Carácter indefinido de la prestación marital.

la concurrencia de desequilibrio⁹⁵.

Ahora bien, tales criterios tienen una doble función, así, por una parte actúan como elementos integrantes del desequilibrio en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias; y, por otro, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de operar como elementos que permitan fijar la cuantía de la pensión (responde a la tesis subjetiva del desequilibrio que, se va imponiendo a la concepción objetiva)⁹⁶. Asimismo, como dispone la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 19 de enero de 2010⁹⁷ “los criterios que esta Sala ha ido consolidando en la interpretación del artículo 97 del Código Civil son los siguientes: a) La pensión no es un mecanismo indemnizatorio; y b) La pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges.

Por su parte, la cuantía de la pensión será el que acuerden los cónyuges o, en su defecto, el que establezca el juez en la sentencia. Se concreta en la entrega de una cantidad periódica de dinero, fija, normalmente mensual, abonable durante los doce meses al año; aunque, se han dictado resoluciones en las que se han tenido en cuenta períodos de tiempo dispares, atendiendo a la pluralidad de ingresos de quienes trabajan por cuenta ajena, haciéndose eco de las pagas extraordinarias, por corresponder éstas también a ingresos del deudor, y, asimismo, teniendo en cuenta las mayores necesidades de los períodos a que las mismas corresponde (pagos por Navidad o vacaciones). La determinación del montante de la pensión puede hacerse por relación a una cantidad cierta o mediante la fijación de un porcentaje sobre los

⁹⁵ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, (Pleno) de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417) que entre otros criterios a tomar en consideración para otorgar la pensión por desequilibrio es el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios; de 9 de febrero de 2010 (RJ 2010/526) que señala que, el pacto del régimen de separación de bienes no constituye una renuncia a la pensión compensatoria; y, de 8 de mayo de 2012 (RJ 2012/6115).

⁹⁶ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 19 de enero de 2010 (LA LEY 1539/2010), que, asimismo, precisa en su *Fundamento de Derecho sexto* que, para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio; de 4 de noviembre de 2010 (LA LEY 231765); de 14 de febrero de 2011 (LA LEY 216172011); y, de 17 de diciembre de 2012 (RJ 2013/377). En la línea por la concepción subjetiva del desequilibrio CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Familia. Casos, reglas y argumentos*, Dilex, Madrid, 2006, p. 129. En contra, MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L.: “La pensión compensatoria”, cit., p. 155, quien estima que “la reforma llevada a cabo en 2005 es indicativa de que nuestro legislador está rechazando de plano la tesis que propugna integrar el concepto de desequilibrio del párrafo 1º del artículo 97 con los hechos enumerados en el párrafo segundo. El derecho a la pensión corresponde al cónyuge que, tras la ruptura, carece de recursos para conservar el nivel de vida anterior, siempre que el otro sí pueda hacerlo, con independencia de que esa situación esté o no provocada por la convivencia matrimonial”.

⁹⁷ RJ 2010/417.

ingresos del obligado al pago de la misma⁹⁸. En cuanto al momento del pago, habrá de estarse a lo dispuesto en el propio convenio regulador o a la resolución judicial; y, en su defecto, se realizarán por meses anticipados (aplicación analógica del artículo 148.2)⁹⁹.

Una vez se concrete el montante de la pensión, como prestación de carácter patrimonial, su concesión supone, a salvo siempre de la posibilidad de su sustitución acordada por las partes, la condena al pago de una cantidad líquida, cuya exigencia puede hacerse valer por la vía del procedimiento ejecutivo, por contener la concesión de la pensión un título hábil para ello¹⁰⁰. La fijación de la cuantía incumbe al tribunal de instancia, y no puede ser objeto de revisión en casación, salvo que sea arbitraria, ilógica o irracional¹⁰¹.

⁹⁸ En la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 7 de marzo de 2016 (LA LEY 34693/2016) se computa el dinero obtenido por el rescate de un plan de pensiones para determinar la situación económica del esposo obligado al pago de una pensión compensatoria. En la sentencia de instancia se argumentaba que el actor no sólo percibía la pensión de jubilación, sino que también había rescatado un plan de pensiones. Sin embargo, la Audiencia señala que una parte de esa cantidad procede de los ahorros del actor y no se puede penalizar el ahorro. Por tanto, aunque han de tenerse en cuenta las cantidades que puede percibir del plan de pensiones, deben distinguirse aquellos planes de pensiones que se han constituido con los ahorros del demandante, de aquellos que son fruto de las aportaciones realizadas al plan de pensiones por la empresa para la que ha trabajado, ya que en este segundo caso se trata de la percepción de unos ingresos de los que no disponía antes. Sin embargo, el caso de los ahorros invertidos en planes de pensiones es diferente porque se trata de un dinero que ya tenía el demandante en su poder y que ha decidido invertir durante años en esos planes, pero no puede computarse como si de un ingreso adicional a la pensión se tratase porque, a través del rescate, no ingresa en su patrimonio algo que no tuviera ya. No puede justificarse el mantenimiento de la capacidad económica del demandante, argumentando que puede completar la pensión de jubilación que va a percibir con los ahorros que ya tenía. Partiendo de lo anterior, la Audiencia considera correcta, a efectos de determinar la capacidad económica del actor, la opción del juzgador de instancia de distribuir el capital obtenido a lo largo de un periodo de tiempo para hacer un cálculo estimado de sus ingresos anuales. Sin embargo, discrepa del criterio del juzgador de realizar ese cálculo tomando como referencia los próximos ocho años, ya que no se explica a qué obedece este factor temporal. En este sentido, teniendo en cuenta que el demandante se jubiló a los 65 años y que la esperanza de vida del hombre en España, según los últimos datos del INE, está en los 80 años, entiendo que el periodo que ha de tomarse en cuenta para hacer el cálculo para la distribución de ese capital es de 15 años. en base a ello, si se suman los ingresos procedentes de la pensión de jubilación, la parte proporcional anual del capital rescatado, y la pensión procedente del plan de pensiones que aún mantiene, resulta que los ingresos brutos anuales del demandante a raíz de la jubilación se aproxima a la mitad de los que percibía cuando se fijó la pensión compensatoria, motivo por el cual la Audiencia estima que ha de reducirse la pensión compensatoria a la mitad de lo abonado actualmente.

⁹⁹ En este sentido, ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 99 del Código Civil”, cit., p. 407; GARCÍA VARELA, R.: “Comentario al artículo 99 del Código Civil”, cit., p. 141.

¹⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, T. IV *Familia*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2016 (JUR 2016/75652); y, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 14 de octubre de 2009 (RJ 2010/74) y cita las sentencia del mismo Tribunal de 24 de febrero de 2005, de 8 de mayo de 2008; y de 3 de julio de 2008.

En esta línea, el artículo 233-15 del Código Civil catalán señala que, la autoridad judicial para fijar la cuantía y duración de la prestación compensatoria debe valorar especialmente: “a) La posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón del trabajo o las previsiones atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial; b) La realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha reducido la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos; c) Las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud, y la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes; d) La duración de la convivencia; y, e) Los nuevos gastos familiares del deudor, si procede”. Y añade, el artículo 233-16 que: “1. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la modalidad, cuantía, duración y extinción de la prestación compensatoria de acuerdo con el artículo 231-20”. Igualmente, el artículo 83.2 del Código Foral aragonés dispone que, la cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación serán determinadas por el juez mediante la ponderación equitativa de los siguientes criterios: “a) Los recursos económicos de los padres; b) La edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo; c) la edad de los hijos; d) La atribución del uso de la vivienda familiar; e) Las funciones familiares desempeñadas por los padres; f) La duración de la convivencia”.

Por otra parte, el derecho al percibo de la pensión por desequilibrio no nace ni surge en las uniones o parejas de hecho, sin perjuicio de que el miembro de la pareja que se vea perjudicado patrimonialmente por las circunstancias de dicho unión o pareja, pueda reclamar del otro la correspondiente indemnización¹⁰². Supone la aplicación de un mecanismo resarcitorio para los casos en que se constate un desequilibrio en la posición de uno de los miembros de la pareja en relación con el otro, o un empeoramiento respecto de la situación económica anterior a la ruptura, precisamente, en los supuestos de disolución de una unión de hecho¹⁰³. Recordemos que el artículo 234-10 del Código Civil catalán señala que, cualquiera de los convivientes puede reclamar al otro la prestación alimentaria, si la necesita para atender adecuadamente su sustentación.

VII. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO.

¹⁰² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, sección 1ª, de 19 de febrero de 2015 (LA LEY 22366/2015).

¹⁰³ Por su parte, PARDILLO HERNÁNDEZ, A.: “La pensión compensatoria en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”, *LA LEY*, año XXXIV, número 8010, 28 de enero de 2013, p. 12 señala al respecto que en este caso “lleva ineludiblemente a la aplicación, para resolver el problema fundamentado en la disolución de una unión de hecho, al principio general del derecho –artículo 1.1 del Código Civil- y a la figura del enriquecimiento injusto recogida en el artículo 10.9 y en el artículo 1887, ambos de dicho Código, que siempre servirá como “cláusula de cierre” para resolver la cuestión”.

La pensión admite su modificación, pues, hay que tener en cuenta que tanto su cuantía como su duración se establecen en función del tiempo, que se estima necesario para hacer desaparecer el desequilibrio económico y que, en consecuencia, si éste aumenta o se reduce podría justificarse un eventual aumento o reducción de la pensión, del mismo modo que, si desaparece totalmente, la pensión se extingue (artículo 101). CAMPUZANO TOMÉ señala al respecto que “las modificaciones o alteraciones de la situación patrimonial que puedan dar lugar a una revisión de la pensión periódica atribuida al cónyuge divorciado, son aquellas que, por el transcurso del tiempo o por acontecimientos verificados con posterioridad a la disolución del matrimonio, llevan a una mejora o a un empeoramiento de las condiciones económicas del obligado”¹⁰⁴. Asimismo, ROCA TRÍAS precisa que “parece coherente entender que estas alteraciones tendrán la virtualidad de modificar la pensión, ya que si se hubiese desplegado toda su eficacia en el momento de la disolución del matrimonio (o la separación), no hubiera existido el derecho a pensión o la cantidad acreditada hubiera sido menor. Cuando las alteraciones se producen con independencia de la situación existente ya en el matrimonio cuya disolución causa el desequilibrio (adquisición de una herencia, premio de lotería, etc.), no existe derecho a pedir la modificación de la pensión”; y, añade “por estas mismas razones, no es posible pedir pensión cuando con posterioridad y no existiendo desequilibrio económico en el momento del divorcio o la separación, el deudor aumenta posteriormente su fortuna: la pensión tienen un carácter indemnizatorio fijado en un momento concreto por ello no nace un derecho posterior si el supuesto no se produjo en el momento previsto por la Ley”¹⁰⁵.

Sobre tales bases, sólo podrá modificarse la pensión cuando se alteren sustancialmente la fortuna de uno de los cónyuges, esto es, cuando tenga lugar una variación de las circunstancias, que se tomaron en consideración a la hora de fijar la pensión, o ante la imposibilidad constatada del cónyuge deudor de hacer frente a la pensión inicialmente pactada¹⁰⁶. No basta, un simple cambio cuantitativo¹⁰⁷, sino

¹⁰⁴ CAMPUZANO TOMÉ, H.: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, cit., p. 171.

¹⁰⁵ ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 100 del Código Civil”, cit., p. 409. En similares términos, Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, cit., p. 126.

¹⁰⁶ El artículo 233-18 del Código Civil catalán señala que: “1. La prestación compensatoria fijada en forma de pensión solo puede modificarse para disminuir su importe si mejora la situación económica de quien la percibe o empeora la de quien la paga. 2. Para determinar la capacidad económica del deudor, debe tenerse en cuenta sus nuevos gastos familiares y debe darse prioridad al derecho de alimentos de todos sus hijos”. Igualmente, el artículo 83.4 del Código Foral aragonés dispone que: “La asignación compensatoria se revisará en los casos de variación sustancial de la situación económica del receptor o del pagador”. Por su parte, el artículo 234-11.4 del Código Civil catalán en relación con la extinción de la pareja estable establece que: “5. La prestación alimentaria en forma de pensión puede modificarse en los términos del artículo 233-18”.

¹⁰⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de marzo de 2014 (LA LEY 56104/2014) fija como doctrina jurisprudencial, a los efectos de la modificación de la pensión compensatoria que, no es alteración sustancial que el cónyuge acreedor obtenga un trabajo

que ha de ser lo suficientemente importante, sustancial o relevante, para justificar un cambio en la cuantía de la pensión (por ejemplo, la situación de desempleo, o un aumento en la situación patrimonial del cónyuge acreedor)¹⁰⁸. Tal modificación ha

remunerado, si en el convenio regulador se ha previsto expresamente que esta circunstancia no justifica la modificación de la pensión; de 1 de marzo de 2016 (RJ 2016/925) la liquidación de gananciales y los rendimientos obtenidos de la gestión de los bienes adjudicados no constituye alteración sustancial que la justifique; y, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, de 28 de abril de 1999 (AC 1999/4879); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª de 7 de abril de 2003 (JUR 2003/210333); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 1ª, de 13 de mayo de 2003 (JUR 2003/237187); de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, de 16 de mayo de 2005 (JUR 2005/121587); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 6 de junio de 2005, señala que “los cambios de fortuna surgidos con posterioridad a la ruptura de la convivencia marital no pueden provocar el nacimiento de un derecho”; de la Audiencia Provincial de León, sección 3ª, de 13 de septiembre de 2005 (JUR 2005/233124); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 2 de mayo de 2012 (LA LEY 101458/2012) no se acredita la desaparición del desequilibrio económico que funda la pensión compensatoria cuya extinción se pretende, sino tan solo una serie de variaciones que llevan a reconsiderar la cuantía de la misma. Así únicamente se varía la cantidad a reintegrar por indebida, apreciando una percepción indebida de 100 euros al mes, que suponen una devolución de 2800 euros al llevar la demandada aproximadamente dos años trabajando, sin aplicación del IPC por no responder este concepto a una alteración sustancial; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 2ª, de 24 de septiembre de 2015 (JUR 2015/284223) la mala situación que atraviesa el sector fresero por una caída de precios en el año 2013 en modo alguno puede ser tenido en cuenta para reducir la pensión compensatoria.

¹⁰⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008/7123); de 27 de octubre de 2011 (LA LEY 218016/2011); de 24 de noviembre de 2011 (JUR 2011/437381) tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal de bienes entre la separación y el divorcio del matrimonio. La adjudicación de gananciales a la demandante por valor de cuatro millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna; de 2 de junio de 2015 (RJ 2015/4281) fijación de la pensión en dos tramos sucesivos, reducción del segundo a partir de los cinco años en consideración a la posible venta futura del bien inmueble propiedad de la preceptora y la mejora de su liquidez. No procede la reducción por falta de un estudio de mercado del inmueble que justifique la operación de 5 años que se aventura y el hipotético enriquecimiento de la propietaria; y, de 17 de junio de 2015 (RJ 2015/2761) reducción de su importe en tanto se mantenga el deudor en situación de incapacidad laboral transitoria. Modificación con efectos desde la interposición de la demanda. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1ª, de 30 de enero de 1995 (AC Aud., número 12, de 16 al 30 de junio de 1995) señala que “la modificación ha de incidir de manera esencial y básica en las condiciones de hecho que tuvieron los esposos y el juez en la sentencia”; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6ª, de 14 de octubre de 1998 (LA LEY 1999/1615), precisa que “es menester demostrar que esa alteración que se quiere hacer valer es sustancia o relevante, o lo que es lo mismo, que tiene su origen en unos hechos que implican un notable cambio en la situación contemplada al tiempo de pactarse el convenio precedente o dictarse la resolución anterior”. En el mismo sentido, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, de 17 de noviembre de 1992 (AC 199271571); de la Audiencia Provincial de Palencia, de 5 de febrero de 1999 (AC 1999/3738); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª, de 17 de enero de 2001 (JUR 2001/256374); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 29 de enero de 2002 (JUR 2002/124065); de la Audiencia Provincial de León, sección 1ª, de 16 de enero de 2009 (JUR 2009/239448); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 23 de julio de 2010 (JUR 2010/355414); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 22 de enero de 2015 (JUR 2015/194103) procede la disminución de la cuantía por jubilación y disminución de ingresos del marido e incremento de ingresos de la mujer al percibir una pensión no contributiva de jubilación; de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 3 de febrero de 2015 (JUR 2015/81349)

de solicitarse en el procedimiento de modificación de medidas (artículo 775 de la LEC)¹⁰⁹.

En todo caso, constituye doctrina jurisprudencial que, el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los

disminución de la cuantía por alteración de las circunstancias. Hay una reducción de los ingresos del esposo derivados de su situación de pensionista y liquidación del negocio empresarial y aumento de los ingresos de la esposa en situación de pensionista también. Reducción de la cuantía a 300 euros mensuales durante seis meses y transcurrido dicho plazo, la pensión queda extinguida; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 8 de julio de 2015 (JUR 2015/211690) variación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su momento respecto de la situación laboral de la esposa, al tener medios de vida propios y suficientes para atender a sus necesidades por haber estado de alta como autónomo y regentando un establecimiento de hostelería con continuidad y no de forma transitoria; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4ª, de 14 de julio de 2015 (JUR 2015/21055) disminución de la cuantía de la pensión por pérdida de la capacidad económica del esposo. Jubilación del esposo e incremento patrimonial de la esposa con la venta de la casa de sus padres. Fijación de 1000 euros sin limitación de tiempo; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 22 de julio de 2015 (JUR 2015/234611) procede la disminución de la cuantía, pues, la beneficiaria cuenta con un plan de pensiones y jubilación, además de haber obtenido una compensación económica por razón del trabajo y expectativa de la mejora económica tras el cese del estado de indivisión de los bienes comunes. Reducción de la cuantía de la pensión de 1000 euros a 500 euros; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 29 de septiembre de 2015 (JUR 2015/256593) disminución de la cuantía al modificarse las circunstancias. Jubilación del esposo que tenía 62 años a la fecha de la separación. Hecho nuevo previsible a largo plazo; de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4ª, de 21 de octubre de 2015 (JUR 2016/131749) incremento de la pensión y su fijación en 2000 euros mensuales con una duración máxima de tres años. dificultades que tiene la interesada para acceder al mercado laboral, máximo cuando sufre un deterioro progresivo de su estado de salud, padeciendo un cúmulo de enfermedades crónicas e incapacitantes; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de 16 de noviembre de 2015 (AC 2015/1796) reducción a una cantidad un poco inferior al 50% de los ingresos del esposo; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 28 de enero de 2016 (JUR 2016/75689) la prueba practicada ha llevado a la conclusión de que el único sustancial cambio de las circunstancias que se ha producido, es el desempeño por la demandada de una actividad laboral. Esta posibilidad fue prevista expresamente en el convenio para excluir que pudiera afectar al devengo de la pensión compensatoria pactada por una duración de diez años. las partes en uso de la autonomía de la voluntad dispusieron la irrelevancia de ese cambio para el devengo de la pensión acordada.

DE LA HAZA DÍAZ P.: *La pensión de separación y divorcio*, cit., p. 105, manifiesta al respecto que merece el calificativo de sustancial: “la alteración que provoque en uno de los sujetos de la relación la imposibilidad de subvenir sus necesidades vitales”; y, precisa en otro lugar que “sólo las alteraciones de fortuna que tengan lugar como consecuencia que una de las partes de la relación no puede cubrir sus necesidades vitales pueden ser consideradas como “sustanciales”, de forma que actúen como causa para modificar una obligación que tiene su fundamento en un vínculo matrimonial inexistente o falta de alguno de sus elementos” (p. 102).

¹⁰⁹ La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1997 señala que “no se revisa una decisión judicial desde una perspectiva histórica, sino que se pretende su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se dictó, si se produjera una alteración sustancial en la fortuna de uno o del otro cónyuge (artículos 91 y 100 del Código Civil). Es ostensible, por tanto, que el replanteamiento de la cuestión con el mismo fundamento resultaría inviable. No puede pretenderse la modificación de las pensiones una y otra vez sin un cambio de situación, y, por tanto, ha de considerarse agotada en sí misma”.

artículos 100 y 101 del Código Civil. No así, cuando el pago de la pensión consiste en una prestación única mediante transmisión de bienes o el pago de un capital, pues, ya se ha abonado la pensión, sin que el deudor deba nada al respecto. Ahora bien, no ha lugar a modificar la pensión de no haberse alterado sustancialmente la fortuna de las partes, ni a extinguirla, por imposible subsunción en el artículo 101 del Código Civil, por el mero trascurso del tiempo¹¹⁰ o por las resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales¹¹¹. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de octubre de 2008, dado que “las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo más allá de un plazo determinado, que condujeron al reconocimiento de una pensión compensatoria vitalicia, no pueden verse alteradas por el mero trascurso del tiempo en la medida que lo relevante no es el dato objetivo del paso del mismo, sino la superación de la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho, lo que no ha ocurrido, debiéndose descartar también que el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales implique un incremento de su fortuna con relación a la que fue tomada en consideración, reveladora de la posibilidad de superar el desequilibrio que justificó la pensión, pues, la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial, es decir, que la esposa viera concretado en bienes y derechos determinados el haber ganancial que, ya le correspondía vigente el matrimonio, siendo así que su fortuna no ha variado ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio, cuando esta tiene que ver con circunstancias como la dedicación a la familia, y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a que la esposa se encuentre con bienes o medios suficientes para subsistir a raíz de dicha liquidación”.¹¹² En consecuencia, debe atenderse exclusivamente al dato objetivo de si se superó o no el desequilibrio¹¹³.

En este contexto, hay que señalar que, aunque el artículo 100 del Código Civil no contempla como posible forma de modificación de la pensión por desequilibrio que está pase de indefinida a temporal; sin embargo es una pretensión que está siendo admitida en el seno de la jurisprudencia, atendiendo a la superación del desequilibrio por los cónyuges, y adaptada a la naturaleza reequilibradora que tiene aquélla¹¹⁴.

En cuanto a su extinción, se contiene las causas en el artículo 101 del Código

¹¹⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2011 (RJ 2011/76697); y, de 27 de octubre de 2011 (RJ 2012/1131).

¹¹¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2011 (RJ 2011/4890); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1ª, de 1 de marzo de 2016 (JUR 2016/64064).

¹¹² LA LEY 148029/2008.

¹¹³ Vid., en esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de octubre de 2011 (LA LEY 186207/2011); y, de 24 de octubre de 2013 (RJ 2013/7014).

¹¹⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2016 (Id Cendoj. 28079110012016100336) se fija como indefinida la pensión que se había fijado como temporal; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1ª, de 13 de octubre de 2015 (JUR 2015/248458) reducción de la duración de la pensión de siete a tres años.

Civil¹¹⁵. Estas causas sólo operan cuando la modalidad fijada de la pensión es mediante una pensión periódica indefinida o temporal, pero no cuando consiste en una única prestación. Se extingue, en primer lugar, por el cese de la causa que motivó la pensión (artículo 101.1), y esta causa es tanto la separación y el divorcio como el desequilibrio económico¹¹⁶. Al ser el desequilibrio económico producido por la ruptura de la convivencia conyugal el hecho determinante del reconocimiento de la pensión compensatoria, como hemos analizado en líneas precedentes, la superación o desaparición de tal desequilibrio es causa de extinción de la pensión. Lógicamente no se trata de realizar una simple operación aritmética de comparación de ingresos actuales del cónyuge beneficiario con los que en aquel momento perciba el cónyuge deudo, sino probar que el cónyuge beneficiario de la pensión está en condiciones de atender a sus necesidades básicas con los ingresos que percibe en la actualidad¹¹⁷. En este contexto, el cese del desequilibrio tiene generalmente su origen en: a) Una mejora en la situación económica del acreedor de la prestación que, pasa a obtener ingresos de forma regular, provenientes de su incorporación al mercado laboral con cierta estabilidad¹¹⁸, aunque la mejora puede obedecer a otras

¹¹⁵ Asimismo, vid., el artículo 83.5 del Código Foral aragonés que establece que: “La asignación compensatoria se extinguirá en los supuestos de nueva convivencia marital del preceptor, alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, la muerte del preceptor, cumplimiento del plazo de duración, así como por el incumplimiento de su finalidad”. Y, el artículo 233-19 del Código Civil catalán que dispone que: “1. El derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión se extingue por las siguientes causas: a) Por mejora de la situación económica del acreedor, si dicha mejora deja de justificar la prestación o por empeoramiento de la situación económica del obligado al pago, si dicho empeoramiento justifica la extinción del derecho, b) Por matrimonio del acreedor o por convivencia marital con otra persona; c) Por el fallecimiento del acreedor; d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció”. En relación con la extinción de la pareja estable el artículo 234-12 de este mismo cuerpo legal dispone que: “La prestación alimentaria en forma de pensión se extingue de acuerdo con las reglas del artículo 233-19”. Añade, el artículo 234-14 que: “En caso de extinción de la pareja estable por muerte de uno de los convivientes, el superviviente tiene, además de la compensación por razón del trabajo que eventualmente le corresponda de acuerdo con el artículo 232-5.5, los derechos viduales familiares reconocidos por los artículos 231-30 y 231-31”. Por su parte, el artículo 234-13 de tal Código señala que: “Los derechos a la compensación por razón de trabajo y a la prestación alimentaria prescribe en el plazo de un año a contar de la extinción de la pareja estable y deben reclamarse, si procede, en el mismo procedimiento en que se determinan los demás efectos de la extinción de la pareja estable”.

¹¹⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, cit., p. 192; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, T. VI, *Derecho de Familia*, cit., p. 162. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 4 de febrero de 2010 (JUR 2010/157676).

¹¹⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de enero de 2012 (RJ 2012/1900) desequilibrio económico inexistente ante la ausencia de impedimento físico en la esposa para reincorporarse a su puesto de trabajo, estando en situación de excedencia voluntaria. El mantenimiento del mismo nivel de ingresos por el esposo no determina por sí mismo la subsistencia de desequilibrio que justifique el mantenimiento de la pensión compensatoria a favor de la esposa; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 20 de abril de 2002 (JUR 2001/264690).

¹¹⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 9 de octubre de 2015 (JUR 2016/12057).

causas como la percepción de alguna indemnización, pensión, herencia, donación, el haber obtenido una cualificación provisional de la que carecía en el momento de la ruptura, el cambio de la custodia de los hijos que, conlleva la no dedicación futura a la familia, o puede deberse a una reducción de los gastos¹¹⁹. Ahora bien, como sostiene mayoritariamente la jurisprudencia, el mero hecho que el preceptor de la pensión desempeñe un trabajo, no conlleva automáticamente la extinción del derecho a la pensión. Habrá que atender tanto a la cuantía de ésta, como a lo que percibe por ese trabajo¹²⁰. En el supuesto de pensiones exiguas, o cuando la fuente de ingresos (laboral o de otra índole) sean de mínima cuantía, no permite extinguir la pensión, si se trata de un complemento necesario e indispensable para que el beneficiario de la pensión pueda atender a sus necesidades más vitales y perentorias¹²¹. Se entiende que los ingresos obtenidos en una actividad laboral remunerada no han de ser esporádicos u ocasionales, sino estables y regulares¹²²; lo que no tiene que asociarse necesariamente a un trabajo fijo, siendo compatible con las situaciones de altas y bajas laborales. Lo relevante es que los ingresos sean suficientes para considerar que el preceptor de la pensión ha alcanzado independencia económica y, por tanto, ha superado el desequilibrio económico de partidas y la dependencia del cónyuge deudor de la pensión¹²³; b) El cónyuge deudor ha empeorado la suya¹²⁴. Puede estar causado por la pérdida de empleo¹²⁵, por la quiebra de la actividad empresarial que desempeñaba¹²⁶, el descenso drástico de los

¹¹⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de noviembre de 2011 (JUR 2011/415008).

¹²⁰ Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de 17 de febrero de 2016 (JUR 2016/58472) que, se admite con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación del pago de la pensión ante la más mínima presunción de ingresos cualquier que sea su origen y circunstancias del otro progenitor.

¹²¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, de 13 de enero de 2009 (JUR 2009/193497); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 6 de octubre de 2010 (JUR 2010/384653); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 10 de febrero de 2011 (JUR 2011/343048); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 14 de abril de 2011 (JUR 2011/249706).

¹²² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 12 de mayo de 2009 (JUR 2009/339453); y, de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 5 de febrero de 2016 (JUR 2016/113542).

¹²³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de diciembre de 2012 (RJ 2013/380); de 20 de junio de 2013 (RJ 2013/4377) la situación laboral de la demandada pasa de interina a fija; y, de 26 de marzo de 2014 (RJ 2014/1935); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 29 de febrero de 2012 (JUR 2012/150360); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2ª, de 13 de abril de 2012 (JUR 2012/154543); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 2 de junio de 2015 (JUR 2015/186147); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 26 de marzo de 2016 (JUR 2016/37605).

¹²⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 18 de octubre de 2010 (JUR 2010/412061); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2ª, de 16 de febrero de 2011 (JUR 2011/218120).

¹²⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 18 de octubre de 2010 (JUR 2010/412061).

¹²⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2ª, de 10 de febrero de 2015 (AC 2015/497).

ingresos o de los beneficios no meramente coyunturales¹²⁷, por jubilación¹²⁸, por enfermedad¹²⁹, o por un aumento de las cargas familiares a consecuencia del nacimiento de nuevos hijos¹³⁰; y, c) Empobrecimiento del deudor y simultáneo enriquecimiento del acreedor. El restablecimiento del equilibrio entre ambos ex cónyuges puede tener lugar por la concurrencia de ambas circunstancias, produciéndose una aproximación entre los medios de subsistencia de los dos sujetos. Y una igualación patrimonial que da lugar a la extinción de la pensión¹³¹.

Igualmente, es causa extintiva de la pensión el matrimonio del cónyuge acreedor (artículo 101.1)¹³². Puede tratarse de matrimonio civil o religioso, si bien, este último, ha de ser reconocido como válido y eficaz en el orden civil. La nueva unión viene a proporcionar al cónyuge acreedor un nuevo *modus vivendi*, ligado al nacimiento de un nuevo deber de socorro como consecuencia del nuevo vínculo, que viene a reequilibrar la posición económica del *ex* cónyuge acreedor; además, de no resultar razonable que el nuevo cónyuge del acreedor se beneficie de la pensión que éste obtiene de su *ex* cónyuge. Al ser causa automática, los efectos se producen desde la misma fecha en que se contrae matrimonio con independencia de la fecha en que se inscribe en el Registro Civil. Es, asimismo, causa de extinción, la convivencia marital del acreedor con un tercero (artículo 101.1). Ha de tratarse de una situación de vida análoga a la conyugal, esto es, estable y duradera de la que pueda presumirse una situación económica similar a la del matrimonio, y no de una relación esporádica u ocasional, y, puede ser de carácter homosexual como heterosexual. No parece que sea necesaria la convivencia en el mismo domicilio¹³³.

En cuanto al percibo de bienes o derechos susceptibles de generar rentas, en ocasiones, un premio de lotería, o una herencia recibida por el cónyuge preceptor de la pensión, han sido en ocasiones suficientes para apreciar la concurrencia de la

¹²⁷ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1ª, de 27 de mayo de 2005 (JUR 2005/155239).

¹²⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 26 de marzo de 2009 (JUR 2009/232973).

¹²⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª, de 15 de marzo de 2004 (JUR 2004/120631).

¹³⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, 11 de enero de 2000 (AC 2000/3022); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3ª, de 20 de noviembre de 2003 (JUR 2004/50615).

¹³¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, de 8 de julio de 2011 (JUR 2011/309447); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, de 23 de diciembre de 2015 (JUR 2016/36462).

¹³² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de abril de 2010 (JUR 2011/411648).

¹³³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de febrero de 2012 (RJ 2012/2040); y, de 28 de marzo de 2012 (RJ 2012/5591). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1ª, de 2 de febrero de 2010 (JUR 2010/358970); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 27 de septiembre de 2011 (JUR 2011/362702); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 13 de julio de 2015 (JUR 2015/2308); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 1ª, de 17 de noviembre de 2015 (JUR 2015/298528).

alteración sustancial a que se refiere el artículo 100 del Código Civil, o la desaparición del desequilibrio determinante del reconocimiento del derecho a pensión, a que se refiere como causa de extinción de la misma el artículo 101 del Código Civil. Sobre su relevancia a la hora de apreciar la concurrencia de una alteración sustancial en la fortuna del preceptor, la doctrina de las Audiencias se ha mostrado dividida entre las que consideran que sí ha de considerarse como un cambio sustancial determinante de la modificación¹³⁴; y las que mantienen un criterio contrario¹³⁵. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de octubre de 2011, tras constatar que, esta Sala “no ha tenido hasta la fecha ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, señala que ‘en teoría, es razonable valorar el hecho de recibir una herencia como una circunstancia no previsible y, por ende, que no procedía tomar en cuenta cuando se fijó la pensión compensatoria. Entendida, pues, como una circunstancia sobrevenida, de imposible o difícil valoración a priori, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, la percepción de la herencia tendría cabida en el concepto de alteración sustancial de aquellas iniciales circunstancias, que es el presupuesto contemplado en el artículo 100 del Código Civil para que pueda estimarse la pretensión de modificar la cuantía de la pensión reconocida. Sin embargo, que en la práctica tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial a consecuencia de la herencia aceptada es algo que no puede afirmarse sino tras examinar las circunstancias del caso concreto, y, en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente (pues, sin esta rentabilización, la mera aceptación de la herencia no se va a traducir en una mejora de la situación económica)”¹³⁶. Pues, bien, frente a esta negativa a dar lugar a la extinción de la pensión al no existir la posibilidad de rentabilizar los bienes de la herencia económicamente, se pronuncia este mismo Tribunal en sentido contrario admitiendo la extinción de la pensión como consecuencia de la herencia recibida. Así la sentencia de la Sala Primera, de 17 de marzo de 2014¹³⁷ señala que: ‘La herencia si puede tenerse en cuenta en este caso a la hora de juzgar sobre la existencia o inexistencia de desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la

¹³⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, de 26 de octubre de 2010 (LA LEY 192368/2010); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 13 de abril de 2011 (LA LEY 65938/2011).

¹³⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, de 15 de septiembre de 2010 (LA LEY 159100/2010); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 15 de octubre de 2010 (LA LEY 229506/2010).

¹³⁶ RJ 2011/6697. En el mismo sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3ª, de 31 de octubre de 2003 (JUR 2004/76074); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 12 de diciembre de 2011 (JUR 2011/21886).

¹³⁷ LA LEY 21266/2014. En el mismo sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, sección 1ª, de 1 de junio de 2010 (JUR 2010/250991); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, de 28 de febrero de 2012 (JUR 2012/113631); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1ª, de 17 de junio de 2015 (JUR 2015/249065).

igualación entre cónyuges. Este desequilibrio ha desaparecido a tenor de los datos de prueba y, por tanto, desaparece también la razón de ser de la pensión'. De forma que, se sienta como doctrina jurisprudencial en la interpretación de los artículos 100 y 101 del Código Civil que “el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y, como tal determinante de su modificación o extinción”.

Por otra parte, se considera que la pasividad, el interés insuficiente en orden a la obtención de un empleo que permita alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o estar en disponibilidad de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el pagador de la pensión las consecuencias negativas en su búsqueda y obtención¹³⁸. Asimismo, el incumplimiento por parte del acreedor de algunos de los pactos contenidos en convenio regulador como la obligación de la esposa de mantenerse inscrita como demandante de empleo, determinan la extinción de la pensión¹³⁹.

En otro orden de cosas, el cese de la causa que motivó la pensión y, en consecuencia, puede, asimismo, derivar del incremento del patrimonio del beneficiario por percibir una pensión o alguna indemnización¹⁴⁰ o por la venta de un inmueble¹⁴¹.

Fuera de la enumeración del citado precepto, existen otras posibles causas de extinción de la pensión como: la muerte o declaración de fallecimiento del cónyuge acreedor, la renuncia del derecho, el acuerdo entre cónyuges de dar por extinguida la pensión, o su sustitución en la forma prevista en el artículo 99, y la prescripción de la acción para reclamar las pensiones devengadas y no percibidas en el plazo de cinco años, en virtud de la aplicación del artículo 1966.3ª del Código Civil. El plazo debe empezar a contarse desde el momento en que se produzca el desequilibrio, es decir, la separación o el divorcio. En consecuencia, se extingue la pensión cuando cesa la separación, por reconciliación de los cónyuges, siempre que quede

¹³⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008/7123); y, de 23 de enero de 2012 (RJ 2012/1900). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 13 de abril de 2016 (JUR 2016/118180).

¹³⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 18 de enero de 2011 (JUR 2011/119128).

¹⁴⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 2 de diciembre de 2010 (JUR 2010/54528) al pasar a percibir la ex esposa una pensión de jubilación, bastante superior a la que percibía anteriormente, mientras que el ex esposo percibe una pensión por jubilación mensual de 672,16 euros, teniendo que pagarse una vivienda en alquiler.

¹⁴¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, de 23 de noviembre de 2015 (JUR 2016/58192).

acreditada¹⁴², o cuando los *ex* cónyuges divorciados vuelven a contraer matrimonio entre sí. En todo caso, dado que el funcionamiento del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la compensación por desequilibrio puede operar tanto en su nacimiento como en su extinción, determina que las partes pueden pactar nuevas causas, además de las que se prevén en el citado artículo 101 del Código Civil, o excluir alguna de las que se contienen en este precepto. De todas formas, para que proceda la extinción de la pensión, el deudor ha de probar la concurrencia de tales causas.

No es, en cambio, causa de extinción, como hemos señalado, el simple paso del tiempo, salvo que se haya pactado plazo, o bien haya impuesto judicialmente de forma temporal¹⁴³; ni tampoco la muerte del cónyuge deudor —a diferencia del derecho a recibir alimentos que se extinguen con la muerte del alimentante (artículo 150 Código Civil)—, pues, como dispone el apartado segundo del artículo 101, se transmite a sus herederos, quienes deberán seguir pagándola en los términos establecidos¹⁴⁴. El pago de la pensión se configura, por tanto, no como una carga de la herencia, sino como una deuda que habrá de adaptarse a las necesidades de la herencia y no podrá nunca provocar una lesión de los derechos de los legitimarios. De ahí que, el citado precepto posibilite a los herederos que puedan solicitar la reducción o supresión de la pensión cuando concurra algunas de las dos circunstancias que señala: 1. La insuficiencia de bienes del caudal hereditario para pagar la pensión. Con lo que se evita que, los herederos tengan que responder de tal deuda con su patrimonio. 2. El perjuicio a las legítimas, esto es, a la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima (artículos 813 y 815); privilegiando con ello, los intereses de los herederos del deudor de la pensión sobre los del acreedor de la

¹⁴² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3ª, de 23 de septiembre de 2011 (JUR 2011/380618); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 5 de octubre de 2015 (JUR 2016711043).

¹⁴³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 2 de febrero de 2010 (JUR 2010/59064); y, de 27 de octubre de 2011 (LA LEY 218016/2011).

¹⁴⁴ En esta línea, el artículo 233-19.2 del Código Civil catalán dispone que: “2. El derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión no se extingue por el fallecimiento del obligado al pago, aunque el acreedor o los herederos del deudor pueden solicitar su sustitución por el pago de un capital, teniendo en cuenta el importe y si procede, la duración de la pensión, así como el activo hereditario líquido en el momento del fallecimiento del deudor”. Por su parte, el artículo 233-14.2 de este mismo cuerpo legal establece que: “2. Si uno de los cónyuge muere antes de que pase un año desde la separación de hecho, el otro, en los tres meses siguientes al fallecimiento, puede reclamar a los herederos su derecho a la prestación compensatoria. la misma regla debe aplicarse si el procedimiento matrimonial se extingue por el fallecimiento del cónyuge que debería pagarla”. Asimismo, en relación con la extinción de la pareja estable el artículo 234-10-3 de este Código señala que: “3. Si uno de los convivientes muere antes de que pase un año desde la extinción de la pareja estable, el otro, en los tres meses siguientes al fallecimiento, puede reclamar a los herederos su derechos a la prestación alimentaria. La misma regla debe aplicarse si el procedimiento dirigido a reclamar la prestación alimentaria se extingue por el fallecimiento del conviviente que debería pagarla”.

misma¹⁴⁵. El legislador considera preferentes los derechos de los legitimarios y de los acreedores de la herencia frente a los intereses económicos del *ex* cónyuge o del cónyuge separado. Y, asimismo, entiende que, la expresión “necesidades de la deuda” ha de referirse a las posibilidades del caudal hereditario para hacer frente al pago de las demás deudas hereditarias, sin que tal caudal, en consecuencia, pueda permanecer indemne frente al titular del derecho a la pensión. De ahí que, cuando deba procederse a la reducción, en ésta se deberá tener en cuenta las posibilidades del caudal hereditario y las necesidades del titular de la pensión. La correlación de ambos elementos proporciona el baremo económico que determinará la cuantía de la pensión a partir del momento de apertura de la sucesión¹⁴⁶. De todas formas, la reducción o supresión de la pensión no opera de forma automática, sino que ha de establecerla el juez, previa solicitud de los herederos, sustanciándose la demanda por el procedimiento previsto en el artículo 770 de la LEC.

Los obligados al pago son los herederos del causante-deudor, y responden de acuerdo con la forma en que hayan aceptado la herencia. Si con posterioridad al fallecimiento del deudor se produjera la extinción de la pensión por alguna de las causas previstas en el artículo 101.1 del Código Civil, ésta se extingue frente a los herederos.

Por otra parte, de haberse concedido la pensión compensatoria en la sentencia de separación, y partiendo de la base que el divorcio representa una situación nueva que puede dar lugar a unos efectos distintos de la separación, derivados de su propia naturaleza extintiva del matrimonio, tal como establece el artículo 86 del Código Civil, puede plantearse una modificación de la pensión en el procedimiento de divorcio, que será definitiva en el momento de la firmeza de la sentencia de divorcio que, en este aspecto es constitutiva, y, por ello, todos sus efectos se van a producir desde tal firmeza¹⁴⁷. Con mayor razón, ante la nueva situación creada por el divorcio, se puede plantear la extinción de la pensión compensatoria por concurrencia de una causa probada, pero sólo será efectiva desde la sentencia de divorcio, careciendo de eficacia retroactiva al momento de la demanda o de concurrencia de la causa¹⁴⁸.

¹⁴⁵ MARÍN LÓPEZ, M.J: “Comentario al artículo 101 del Código Civil”, cit., p. 228. Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 10 de febrero de 2010 (JUR 2010/185647); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, de 17 de noviembre de 2015 (JUR 2015/304358) se estima la supresión ante el fallecimiento del ex esposo y la acción es ejercitada por la heredera y segunda mujer del causante al acreditarse que, a partir del fallecimiento del obligado a prestarla, la demandada venía percibiendo una pensión de viudedad, lo que supone una duplicidad en el cobro por parte de la demandada, a la vez que supone un enriquecimiento injusto y, por tanto, un abuso del derecho.

¹⁴⁶ ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil”, cit., p. 412.

¹⁴⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 17 de marzo de 2010 (LA LEY 8717/2010).

¹⁴⁸ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de noviembre de 2011 (LA LEY 228517/2011); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de

VIII. PENSIÓN DE ALIMENTOS, PACTO DE ALIMENTOS, COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR EL TRABAJO DOMÉSTICO Y LA PENSIÓN DE VIUDEDAD.

El desequilibrio implica un empeoramiento en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación, puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que tenía el otro cónyuge¹⁴⁹. Ahora bien, la pensión compensatoria puede coexistir con una pensión de alimentos en caso de separación, al no ser incompatible¹⁵⁰, no así de divorcio, al extinguirse el derecho de alimentos como consecuencia de éste¹⁵¹. Y no es sustitutiva del derecho de alimentos, si se hubiera acordado, aunque puede influir en su determinación cuantitativa a la hora de apreciar la existencia de desequilibrio o empeoramiento de la situación económica.

Por otra parte, los cónyuges, en virtud de su autonomía de voluntad, pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador que, tendrá las características del artículo 153 del Código Civil, es decir, se tratará de alimentos voluntarios, que pueden tener carácter oneroso, en cuyo caso, se registrarán por lo dispuesto en el artículo 1791 del Código Civil, o, un carácter gratuito. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría ya que los contratantes no tienen un derecho legal al reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges. A menos que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio, por lo que alimentista deberá seguir prestándolos, a menos que en el propio convenio se haya determinado otra cosa en relación con la forma o causa de cesación del derecho

16 de febrero de 2007 (LA LEY 54192/2007); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 11 de diciembre de 2001 (LA LEY 223665/2001); y, de la misma Audiencia y sección, de 12 de marzo de 2008 (LA LEY 30136/2008). Sin embargo, sostienen la posibilidad de retrotraer los efectos de la extinción de la pensión al tiempo de la concurrencia de la causa, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora de 15 de enero de 1999 (LA LEY 15769/1999); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2ª, de 12 de abril de 2000 (LA LEY 80047/2000); y, de la misma Audiencia, y sección, de 25 de abril de 2002 (LA LEY 80421/2002).

¹⁴⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5666). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 24 de febrero de 2015 (RJ 2015/94200) la cuantía de la prestación de alimentos ha de ser proporcionada a la capacidad económica de cada obligado y las necesidades del alimentista.

¹⁵⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9194); y, de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/1637).

¹⁵¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 1995 (RJ 1995/2151); y, de 10 de octubre de 2008 (RJ 2008/5688).

voluntariamente establecido¹⁵².

Respecto al derecho a la compensación por trabajo doméstico que prevé el artículo 1438 del Código Civil en sede de régimen de separación de bienes, hay que señalar que, si bien, es cierto ha dado lugar a una respuesta contradictoria en la doctrina y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, lo que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de julio de 2011 reiterada en la de 31 de enero de 2014 es poner fin a esta controversia¹⁵³. Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico; y, de otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente (“solo con el trabajo realizado para la casa”), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no es solo una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de finalización del régimen. Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente de conciliar la vida laboral y familiar. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en caso cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario el de sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial pero en el que es posible pactar igualdad en el reparto de las funciones en el matrimonio y fijar los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos. Lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de

¹⁵² A favor de tales pactos, se pronuncia las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de febrero de 2010 (RJ 2010/5261) pacto de alimentos con renuncia a la pensión compensatoria, con la reserva del derecho a reclamarla en un proceso de divorcio; y, de 4 de noviembre de 2011 (LA LEY 208022/2011); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 13 de julio de 2004 (LA LEY 166161/2004). En contra, se pronuncian las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 27 de marzo de 2000 (LA LEY 6797272000); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 4ª, de 31 de enero de 2007 (LA LEY 48084/2007).

¹⁵³ RJ 2011/5122 y RJ 2014/813.

separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 del Código Civil, como es el caso del artículo 232.5.1 del Código Civil catalán en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el casa (“sustancialmente más que otro” señala), así como el incremento patrimonial superior al disponer “siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio o nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior del acuerdo con lo establecido en la presente sección”; o establecía el artículo 12 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo de régimen económico matrimonial valenciano en el que también se compensaba el trabajo para la casa considerando como tal, no solo este trabajo específico, sino “la colaboración no retributiva o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional” –esta norma ha sido declarada inconstitucional y nula al estimar el Pleno del Tribunal Constitucional el recurso planteado por el Gobierno contra la misma por sentencia de 28 de abril de 2016 al considerar que se ha extralimitado de la competencia legislativa que en materia de derecho civil tiene la comunidad valenciana (artículo 149.1.8ª CE)¹⁵⁴. En esta línea, de reconocimiento y determinación del alcance de la compensación por el trabajo para la casa previsto en el citado artículo 1438, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2015¹⁵⁵ fija como doctrina jurisprudencial lo siguiente: “el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge”. Por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 25 de noviembre de 2015 recuerda que la forma de determinar la cuantía de la compensación ofrece algunos problemas: “En la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011 se dijo que el artículo 1438 del Código Civil se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar este régimen, puedan establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Ahora bien, esta opción no se utiliza, como sería deseable, ni se ha utilizado en este caso por lo que entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código Civil no contiene ningún tipo de orientación que no sea la que resulta de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes y no de participación de bienes de los artículos 1441 y siguientes del Código Civil. Una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo

¹⁵⁴ Vid., BERROCAL LANZAROT, A.Iª: “La contribución a las cargas del matrimonio y la compensación por el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 753, enero-febrero 2016, pp. 449 a 483.

¹⁵⁵ RJ 2015/1170.

que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Sin duda es un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado. Pero nada obsta a que el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro”¹⁵⁶. Asimismo, señalan las sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015¹⁵⁷ y de 5 de mayo de 2016¹⁵⁸ que se trata de una norma de liquidación del régimen matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque puede tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación.

En cuanto a la pensión de viudedad, con la reforma de la Ley General de la Seguridad Social –en adelante, LGSS- de 2007 y ahora de 2015, si un cónyuge separado o divorciado tiene reconocida una pensión compensatoria o una indemnización en caso de matrimonio nulo que, percibe en vida del causante, se presume *iuris et de iure* que existe una relación de dependencia económica entre ellos; por lo que a la muerte del deudor de la pensión compensatoria –siempre que se haya extinguido y los herederos no abonen la misma en los términos del ya analizado artículo 101.2 del Código Civil-, o del de la indemnización del artículo 98 del citado cuerpo legal, se devengará la pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente. Se requiere que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria que, quedará extinguida a la muerte del causante (artículo 220.1)¹⁵⁹. La dependencia económica se sustituye por un criterio objetivo como es la

¹⁵⁶ RJ 2015/5322. La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, de 22 de abril de 2016 (LA LEY 52866/2016) concluye para fijar el importe de la indemnización por el trabajo doméstico que “debe computarse toda la duración del matrimonio en la que Dª Carina se dedicó al cuidado del hogar y de los hijos comunes, excluyendo los nueve meses que estuvo trabajando en el negocio de su esposo y como más correcto a dicha compensación el aplicar los importes del salario mínimo interprofesional correspondientes a cada una de las anualidades (no la del último año como solicita la recurrente) por estimarse que se ajusta más al importe real que hubiera supuesto la contratación de una tercera persona para la realización de dichas labores, debiendo fijarse el importe de la indemnización en 74.000 euros”.

¹⁵⁷ RJ 2015/5414.

¹⁵⁸ JUR 2016/104094.

¹⁵⁹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, sección 1ª, de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013/2860); y, de 10 de noviembre de 2014 (RJ 2014/6454). Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, sección 6ª, de 14 de julio de 2014 (AS 2014/2561) denegación al cónyuge superviviente separada judicialmente por extinción de la pensión compensatoria antes de la fecha de fallecimiento del causante, así como por ineficacia de la posterior reconciliación, no comunicada al juzgado competente y al no poder ser considerada pareja de hecho, por incumplimiento de requisitos al efecto; del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Sala de lo Social, sección 1ª, de 30 de septiembre de 2014 (AS 2015/276) resulta beneficiaria de la pensión de viudedad la esposa separada judicialmente, habiéndose establecido una

existencia de la pensión compensatoria o la indemnización -si el matrimonio se ha declarado nulo- a favor del cónyuge sobreviviente al tiempo de fallecimiento del cónyuge. De forma que, quedan excluidos como beneficiarios de tal pensión, todas aquellas personas que tras la crisis matrimonial y a tiempo de fallecimiento del causante, no fuesen acreedores de las prestaciones sobre la base de una inexistente dependencia económica entre ellos y, por tanto de una situación de necesidad. En situaciones de normalidad matrimonial, la dependencia económica no se exige sobre la base de ningún dato objetivo, pues, se presume existente en la propia relación económica que, mantienen ambos cónyuge. Con ello, se pueden dar casos en los que, al momento de la muerte del causante, no hay pensión compensatoria bien porque se ha renunciado a ella, o porque se ha fijado con carácter temporal, o porque no se ha concedido ante la falta de una situación de desequilibrio económico tras la ruptura -ambos cónyuges se encuentran en situación de pobreza-, y sin embargo, estas personas puede encontrarse en situación de necesidad, y, pese a ello no se devenga la pensión de viudedad; por el contrario, puede darse el caso que persona con un patrimonio importante sean titulares de una pensión compensatoria, bien porque se pactó con carácter indefinido, o bien porque se concedió judicialmente ante el desequilibrio sufrido por uno de los cónyuges, pese a ser independientes económicamente. Sobre tales bases, la finalidad de dependencia económica/necesidad del Derecho laboral, no parece cumplirse con esta reforma, al exigir para que se devengue la pensión de viudedad la existencia de una pensión compensatoria que, se fundamenta en el desequilibrio económico -objetivo y subjetivo-, o en la percepción de una indemnización que, más bien responde a una sanción frente al cónyuge de mala fe¹⁶⁰.

Ahora bien, para evitar el establecimiento de pensión compensatoria de escasa cuantía. El artículo 220.1 de la LGSS establece que, la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última¹⁶¹.

pensión alimenticia en convenio regulador, equiparable a la pensión compensatoria exigida normativamente; y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Social, sección 1ª, de 12 de febrero de 2015 (AS 2015/651) denegación de la pensión de viudedad a l cónyuge separado judicialmente, por no ser beneficiaria de la pensión compensatoria, sin que tampoco pueda aplicarse la Disposición Transitoria 18ª de la LGSS por haber transcurrido más de 10 años entre la separación y el fallecimiento del causante y sin que tenga eficacia alguna la reconciliación posterior a la separación, por no haber sido comunicada al Juzgado.

¹⁶⁰ Para una evolución legislativa de la pensión de viudedad, vid., UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Crisis matrimonial y pensión de viudedad (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*, Thomson-Reuters. Cuadernos Aranzadi Civil, Navarra 2011, pp. 3-50.

¹⁶¹ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 23 de febrero de 2016 (LA LEY 15796/2016) se fijó una pensión compensatoria vitalicia de 30 euros establecida con la "hipotética finalidad" de preservar una futura pensión de viudedad a la ex esposa. No parece evidente, pese a la denominación acordada -pensión compensatoria- y la atípica cuantía establecida, que la voluntad de los cónyuges sea corregir desequilibrios económicos tras el divorcio, sino preservar, como se ha indicado, otros ingresos futuros e hipotéticos, tales como una posible pensión de viudedad. Conforme la legislación actual en este caso tendría derecho a la pensión de

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de responsabilidad penal por fallecimiento; y, en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho¹⁶².

viudedad, pero su cuantía se fijaría en 30 euros, tal como establece el artículo 220.1 apartado segundo de la LGSS.

¹⁶² Para acceder a la condición de pensionistas de viudedad como víctimas de violencia de género no se exige necesariamente que deba haber una previa tipificación o calificación jurídica de que concurre tal condición. La LGSS flexibiliza su criterio y a efectos de lucrar la pensión permite acreditar que “eran víctimas”. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 20 de enero de 2016 (LA LEY 1056/2016) caso sometido a casación unificadora, parte del hecho que tres años antes de la separación se produce una denuncia específica de malos tratos, serio indicio de que éstos ha existido. Si bien, no se está ante un medio de prueba pleno, que debe contextualizarse con el resto de la crónica judicial de lo acaecido. La sentencia absolutoria se debe a que la propia denunciante retiró la acusación y no es difícil atisbar en ello una conducta paralela a la de quien asume su separación o divorcio son derecho a pensión. Aunque no hay actuaciones posteriores hasta que se acerca la sentencia de separación, ella misma noticia la situación que el matrimonio atravesaba desde hace años atrás (desentendido por completo el esposo del sostenimiento de la economía familiar, atrincherado en su propia vida o habitación, etc.). En fin, la sentencia condenatoria del fallecido por amenazas al hijo y la cercanía de ésta con la prestación de testimonio contrario a los intereses del padre, refuerza la idea sobre el trato violento que la mujer venía padeciendo. A la vista de cuanto antecede procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de la demandante. Para el Tribunal Supremo se han aportado suficientes medios probatorios, para que de su conjunto, se deduzca que la recurrente venía siendo víctima de violencia de género o durante los años anteriores a su separación matrimonial e incluso, indirectamente, durante el propio proceso conducente a ella, debiendo por ello, reconocérsele la pensión de viudedad solo por ostentar la condición de “víctima de violencia de género”. Lo cierto es que la denuncia de malos tratos de un hijo mayor de edad pesa para conceder la pensión de viudedad a la madre víctima de violencia de género. Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, de 10 de mayo de 2016 (LA LEY 50255/2016) se reconoce la pensión de viudedad a una víctima de violencia de género por el testimonio de su hija. Son tres los elementos que deben concurrir para que surja la pensión de viudedad a través de la específica vía a saber, ser víctima de violencia de género, que ésta exista al producirse la separación o divorcio, y que sea suficientemente probado, en este caso, si puede considerarse suficientemente probado que la demandante fue efectivamente víctima de violencia de género. Existe una testifical poderosa practicada a la hija de la demandante, que de forma convincente y espontánea, declara que su madre fue objeto de maltrato. No debieron las entidades gestoras, negar la pensión bajo el mero artificio de no asimilar la rotunda testifical de la hija a una sentencia condenatoria, porque la normativa propia de la Seguridad Social admite la posibilidad de acreditar violencia de género “por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho”, como lo es la prueba testifical, que fue debidamente valorada por el juzgador de instancia. Para este Tribunal Superior, a través de la testifical de la hija, queda probada de forma suficiente la realidad del maltrato sufrido por la demandante a manos de su ex cónyuge, lo que le hace merecedora de la pensión de viudedad en calidad de víctima de violencia de género.

De todas formas, si habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocido en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose el 40 por ciento a favor del cónyuge sobreviviente, o, en su caso, del que, sin ser cónyuge conviviera con el causante en el momento de fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a los que se refiere el artículo 221 de la LGSS relativo a la pensión de viudedad de parejas de hecho.

Como hemos señalado, en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se haya reconocido derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o se hubiera constituido en pareja de hecho en los términos a que se refiere el citado artículo 221. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que pueda resultar por aplicación de lo previsto en el apartado 2 del artículo 220 de la LGSS.

En este contexto, y en los términos reseñados, tendrán también derecho a la pensión de viudedad, cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el artículo 219, quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditase que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzan el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será el 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad¹⁶³.

¹⁶³ Vid., las sentencias del Tribunal Constitucional (Pleno) de 14 de febrero de 2013 (RTC 2013/41) con voto particular formulado por el Magistrado D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel en la que se estima la cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, se declara inconstitucional y nula la letra c) que “el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes” de la Disposición Adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social, pues, era una exigencia de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho homosexuales. Lo que suponía una diferencia de trato desfavorable por cauda de la orientación sexual que no responde a una finalidad objetivamente justificada. En la actual regulación, nada se establece al respecto en este sentido; y, de la Sala Primera, de 25 de abril de 2016 (RTC 2016/81) con voto particular que formula el Presidente D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel por la que se estima la cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia declarar inconstitucional y nula la letra c) que “el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes” de la Disposición Adicional décimo quinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre de presupuestos generales del Estado para el año 2008 por vulneración directa del principio de igualdad ante la Ley, cuya declaración tiene efectos erga omnes desde la fecha de publicación de la presente sentencia en el BOE por establecer el requisito que el causante y el beneficiario hayan tenido hijos comunes para acceder a la pensión de viudedad de parejas de hecho estables tanto homosexuales como heterosexuales. Si bien, esta declaración no permite que, quienes por no cumplir el requisito de haber tenido hijos en común con el causante, no solicitaron la pensión de viudedad prevista en la citada disposición adicional en los doce meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley, puedan reclamar ahora la pensión, toda vez que el requisito temporal de la solicitud, establecido en la letra

No obstante, igualmente, se reconoce el derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante de la prestación, cono durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente. Se considera como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos computados para el reconocimiento de los complementos por mínimos de pensiones establecidos en el artículo 59 de la citada LGSS.

Se considera pareja de hecho, a los afectos del régimen de Seguridad Social, la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. Si bien, la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberá haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante.

Ahora bien, cuando el cónyuge sobreviviente no pueda acceder al derecho a la pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes, y concurren el resto de requisitos enumerados en el artículo 219, tendrá derecho a una prestación temporal de cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años (artículo 222 de la LGSS).

En todo caso, la pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 221. Será incompatible la pensión de viudedad causada en los términos del segundo párrafo del artículo 219.1, con el reconocimiento de otra pensión de viudedad, en cualquiera de los regímenes

e) de la repetida disposición adicional no ha sido cuestionado no cabe, como ya se dijo en la sentencia de este mismo Tribunal 41/2013, que este Tribunal extienda al misma la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) de dicha disposición, al no concurrir entre uno y el otro inciso la conexión o consecuencia que para extender la declaración de nulidad exige el artículo 39.1 de la LOTC, así como tampoco permite revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de lo dispuesto en la letra c) de la citada disposición adicional. De este modo, el Tribunal Constitucional concede la pensión de viudedad a una mujer, pareja de hecho de un funcionario, que llevaba reclamándola desde 2007, y a quien el Estado se la había venido negando porque no tuvo hijos con su pareja.

de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos durante quince años.

El derecho a la pensión de viudedad se extinguirá en todos los supuestos, cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el artículo 221, sin perjuicio de las excepciones que se establezcan reglamentariamente (artículo 223 de la LGSS).

BIBLIOGRAFÍA.

APARCICIO AUÑÓN, E.: “La pensión compensatoria”, *Revista de Derecho de Familia*, número 5, octubre 1999.

BELIO PASCUAL, A.C.: *La pensión compensatoria (Ocho años de aplicación práctica de la Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

BERROCAL LANZAROT, A.I^a: “La contribución a las cargas del matrimonio y la compensación por el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 753, enero-febrero 2016.

BONET CORREA J.: “Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Convenio Regulador de Separación Matrimonial y Divorcio”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVI, Fasc. III, octubre-diciembre 1983.

CAMPUZANO TOMÉ, H.: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3^a edición, Bosch, Barcelona 1994.

CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Familia. Casos, reglas y argumentos*, Dilex, Madrid, 2006.

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

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10^a edición, Tecnos, Madrid, 2006.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

GARCÍA CANTERO, G. “Comentario a los artículos 97 a 101 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T, II, Edersa, Madrid 1982.

GARCÍA VARELA, R.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil*, coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, T. II, Bosch, Barcelona, 2000.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 3ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2008.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, T. V, *Derecho de Familia*, 6ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1997.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio”, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, director Vicente Guilarte Gutiérrez, Lex Nova, Valladolid, 2005.

MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L.: “La pensión compensatoria”, *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, coordinador Julio V. Gavidia Sánchez, Marcial Pons, Madrid 2007.

PARDILLO HERNÁNDEZ, A.: “La pensión compensatoria en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”, *LA LEY*, año XXXIV, número 8010, 28 de enero de 2013.

- “Reconocimiento de pensión compensatoria al marido, al ser los ingresos de los cónyuges absolutamente dispares y determinantes de la existencia de desequilibrio. Comentario a la sentencia del TS 1ª 616/2015, de 3 de noviembre”, *LA LEY*, año XXXVI, número 8666, 16 de diciembre de 2015.

ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid 1999.

- “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Comentarios del Código Civil*, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luís Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, y Pablo Salvador Coderch, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1991.

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

- “Comentario al artículo 97 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, directores Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, vol. I, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2011.

SOSPEDRA NAVAS, F.J.: “Los procesos matrimoniales y de menores”, *Los procesos de familia*, director Francisco José Sospedra Navas, 1ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Crisis matrimonial y pensión de viudedad (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*, Thomson-Reuters. Cuadernos Aranzadi Civil, Navarra 2011.

VEGA SALA, F.: “La reforma de la separación y el divorcio”, *Revista Jurídica de Cataluña*, número 1, 2006.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid 2003.



ASSEGNO DI SEPARAZIONE ED ASSEGNO DIVORZILE NEL SISTEMA
ITALIANO DELLE CRISI FAMILIARI.

SEPARATION ALLOWANCE AND DIVORCE ALLOWANCE IN THE ITALIAN SYSTEM
OF FAMILY CRISIS.

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Avvocato e Ricercatore in Diritto Privato
presso l'Università degli Studi di Perugia
giobertidemarinis@libero.it

RESUMEN: Lo scritto analizza le principali problematiche concernenti la quantificazione dell'assegno di separazione e di divorzio inquadrandoli nell'attuale sistema delle crisi coniugali. Il lavoro evidenzia come l'ordinamento italiano sia caratterizzato da interpretazioni iperprotettive della posizione del contraente debole

PALABRAS CLAVE: Crisi coniugale; separazione; divorzio; assegno di mantenimento; assegno divorzile; quantificazione; protezione del coniuge debole.

ABSTRACT: The paper analyzes the main problems concerning the quantification of the separation allowance and divorce allowance framing them in the current Italian system of marital crisis. The work highlights how the Italian legal system is characterized by overprotective interpretations of the position of the weaker party.

KEY WORDS: Marital crisis; separation; divorce; separation allowance; divorce allowance; quantification; protection of the weaker spouse.

FECHA DE ENTREGA: 18/01/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/04/2016.

SUMARIO: I. CRISI FAMILIARE E FUNZIONE DEGLI “ASSEGNI”.- II. ANALOGIE E DIFFERENZE FRA ASSEGNO DIVORZILE.- III. LA QUANTIFICAZIONE DEGLI “ASSEGNI” ED IL PARAMETRO DEL “TENORE DI VITA”.- IV. L’ INOPPORTUNITÀ DI ANCORARE LA QUANTIFICAZIONE DEGLI “ASSEGNI” AL PARAMETRO DEL “TENORE DI VITA”. UN CASO EMBLEMATICO.- V. L’ INCIDENZA SULLA QUANTIFICAZIONE DEGLI “ASSEGNI” DEGLI INCREMENTI PATRIMONIALI SUCCESSIVI ALLA CRISI FAMILIARE.- VI. LA FORMAZIONE DI NUOVA “FAMIGLI” DA PARTE DEL CONIUGE “DEBOLE” BENEFICIARIO DELL’ASSEGNO.- VII. SEGUE: LA FORMAZIONE DI UNA NUOVA “FAMIGLIA” DA PARTE DEL CONIUGE “FORTE” ONERATO DELL’ASSEGNO.- VIII. LA DISCUSSA VALIDITÀ DI ACCORDI PREMATRIMONIALI.

I. CRISI FAMILIARE E FUNZIONE DEGLI “ASSEGNI”.

La crisi familiare, oltre a determinare importanti ripercussioni sotto un profilo personale, comporta anche conseguenza da un punto di vista patrimoniale¹. Se si ammette che la comunione spirituale fra coniugi possa cessare per i più disparati motivi², ciò non implica che i rapporti patrimoniali fra gli stessi vengano automaticamente a cessare. Paradossalmente, anzi, si riconosce maggiore “resistenza” agli impegni “patrimoniali” che derivano dalla celebrazione di un matrimonio rispetto a quelli personali che si attenuano con la separazione e si eliminano completamente con il divorzio. In altre parole, se si ammette che la solidarietà spirituale fra i coniugi possa cessare, si è meno propensi ad accettare che possa venir meno anche la solidarietà economica fra gli stessi³.

Tale apparente paradosso, però, si giustifica per il fatto che se nessuno può essere obbligato a condividere spiritualmente la propria vita con qualcuno, allo stesso modo deve assumersi la “responsabilità” di una situazione che ha contribuito a

¹ Sembra opportuno precisare fin d’ora, al fine di delimitare l’ambito di indagine oggetto del presente lavoro, che le riflessioni che seguono si riferiscono esclusivamente ai rapporti economici fra i coniugi che entrino in una situazione di crisi senza addentrarsi nelle distinte problematiche attinenti i rapporti economici fra genitori in crisi ed eventuali figli che siano nati dalla stessa unione.

² In generale, sulle crisi familiari, v. ROSSI CARLEO, L.: *La separazione e il divorzio*, in AA. VV., *Il diritto di famiglia*, I, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 161 ss.; SANTOSUOSSO, F.: *Separazione personale e divorzio*, in *Iustitia*, 2007, p. 81 ss.; QUADRI E.: *Disciplina della crisi familiare: esperienze e prospettive*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 1059 ss.; ID.: *La crisi familiare e le sue conseguenze*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 129 ss.; CARBONE V.: *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 1165 ss.; BUGETTI M.N.: *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative “law” e tutela della libertà negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 269 ss.; AULETTA T.: *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, p. 195 ss.; PALAZZO M.: *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 575 ss.

³ Cfr., DOSSETTI M.: *Gli effetti della pronuncia di divorzio*, in AA. VV.: *Il diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, 2007, p. 770 ss.

creare e che, inevitabilmente, ha modificato la posizione economica dei coniugi creando una sorta di affidamento verso la stabilità della stessa.

L'intervento di una crisi familiare è, senza alcun dubbio, in grado di alterare questo equilibrio comportando la necessità di individuare strumenti patrimoniali al fine di riequilibrare la posizione del coniuge debole.

Contrariamente al Codice civile spagnolo che all'art. 97, comma 1, c.c. disciplina congiuntamente l'ipotesi di assegno dovuto dal coniuge forte in caso di separazione e di divorzio, le disposizioni che trattano dei rapporti economici fra i coniugi in situazione di crisi sono, nell'ordinamento italiano, l'art. 156 c.c.⁴ per quanto concerne l'assegno di mantenimento in caso di separazione e l'art. 5, comma 6 della l. 1 dicembre 1970, n. 898⁵ per quanto concerne l'assegno divorzile⁶.

Tale distinta disciplina, nonostante le evidenti similitudini sostanziali, ha spinto la dottrina a domandarsi se fra le due tipologie di assegni fosse rintracciabile una diversa funzione. Il dubbio, in realtà, è sorto per il fatto che le due tipologie di prestazioni vengono ad essere concesse in situazioni completamente distinte. Mentre infatti l'assegno di mantenimento riguarda una situazione di crisi familiare (la separazione) che – pur ridefinendo i reciproci obblighi coniugali – non elide il vincolo matrimoniale ed è ontologicamente strumentale alla ricomposizione della famiglia; l'assegno di divorzio interviene in un momento nel quale è ormai venuto meno qualunque vincolo coniugale in maniera definitiva⁷.

Tuttavia, sgombrando il campo da ogni possibile fraintendimento, va precisato che il fondamento di tali obblighi economici è, in entrambi i casi, quello solidaristico⁸ nei

⁴ Il primo ed il secondo comma della norma menzionata, affermano “Il giudice, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri. L'entità di tale somministrazione è determinata in relazione alle circostanze e ai redditi dell'obbligato”. Su cui, v. COLANGELO M.: *La separazione giudiziale*, in FERRANDO G., FORTINO M. e RUSCELLO F. (a cura di): *Famiglia e matrimonio*, I, 2, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, Milano, 2011, p. 1418 ss.

⁵ Da ultimo modificata con l. 6 maggio 2015, n. 55.

⁶ La disposizione menzionata, come modificata dalla l. 6 marzo 1987, n. 74, recita: “Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive”.

⁷ In generale, sulle più recenti modifiche in tema di procedure di separazione e divorzio v. da ult., LUPOI M.A.: *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 283 ss. Sulle tematiche ivi trattate, v. *infra*.

⁸ Si veda, in relazione alla natura assistenziale dell'assegno divorzile, AULETTA T.: *Il diritto di famiglia*, Torino, 1992, p. 246; TOTARO A.: *Gli effetti del divorzio*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, Milano,

confronti del coniuge che rivesta una posizione di debolezza economica e che, cioè, non sia provvisto di sufficienti mezzi economici⁹. Una situazione di debolezza economica che, non percepibile in costanza di matrimonio, diventa invece evidente quando ricorra una situazione di crisi che rompa l'equilibrio patrimoniale che si era venuto a creare fra i coniugi.

II. ANALOGIE E DIFFERENZE FRA ASSEGNO DI MANTENIMENTO ED ASSEGNO DIVORZILE.

Nonostante assolvano la medesima funzione – e, per molti aspetti, vengano assoggettati ad una disciplina simile¹⁰ –, qualche distinzione occorre farla al fine di evidenziare la concreta operatività dei due istituti.

Sotto il profilo dei presupposti che legittimano la richiesta di un assegno di mantenimento o di divorzio, le due fattispecie non si discostano richiedendo entrambe l'assenza di redditi sufficienti in capo al coniuge “debole”.

Ciò che, però, allontana lessicalmente le due tipologie di assegni si riscontra nel fatto che, contrariamente a quanto avviene nell'assegno di mantenimento per il quale è sufficiente l'assenza di redditi propri, nella concessione dell'assegno divorzile il giudice deve tenere in considerazione – oltre a tale dato –, anche l'impossibilità oggettiva per il coniuge “debole” di procurarseli¹¹. Va tuttavia segnalato che la giurisprudenza, per quanto concerne la quantificazione degli assegni, tende a tenere in considerazione l'astratta capacità del coniuge debole di produrre reddito sia nelle procedure di separazione che in quelle di divorzio anche se la interpreta, in entrambi i casi, in maniera estremamente restrittiva e tale, cioè, da riconoscere il diritto al mantenimento anche al coniuge debole separato o divorziato che, oggettivamente, per età, stato di salute e livello culturale sarebbe stato perfettamente in grado di procurarsi da sé una autonoma fonte di reddito¹².

2011, p. 1637; SANTOSUOSSO F.: *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2011, p. 787. In giurisprudenza, Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. dir.*, 2003, p. 344; Cass., 11 novembre 2009, n. 23908, in www.dejure.it.

⁹ Sul punto, diffusamente, PALAZZO M.: *Le progressive aperture della Suprema Corte al principio dell'autoresponsabilità nella configurazione dell'assegno post-matrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 426 ss.

¹⁰ CASABURI G.: *Anche i ricchi piangono: quando l'assegno di separazione è di tre milioni di euro al mese*, in *Corr. merito*, 2013, p. 743, parla di una distinzione più formale che sostanziale data anche la tendenza dei giudici di condividere i principi espressi nei due distinti casi.

¹¹ Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, in *Vita not.*, 1995, p. 798; Cass., 19 marzo 2004, n. 5555, in *Dir. fam.*, 2004, p. 343.

¹² Cass., 13 febbraio 2013, n. 3502, in www.dejure.it che, riformando la sentenza appellata, afferma che “L'esclusione del riconoscimento di un contributo al suo mantenimento si è, conseguentemente, fondato, sulla sua attitudine al lavoro, desumibile dall'età, le condizioni di salute e il possesso di un diploma di laurea oltre che di una potenziale professionalità. Tali condizioni, se non eziologicamente collegate alla prospettiva effettiva ed attuale di svolgimento di un'attività produttiva di reddito, sono inidonee a far venire meno il dovere di solidarietà coniugale, sancito

In questo senso, infatti, la capacità di produrre reddito da parte del coniuge debole in una procedura di separazione o di divorzio dovrà concretizzarsi, ove se ne voglia invocare l'operatività quale fattore incidente sulla quantificazione dell'ammontare degli assegni, non nella mera sussistenza di un'astratta capacità lavorativa ma nella concreta possibilità di guadagno¹³. In questo senso, non sarà sufficiente dimostrare la capacità del coniuge di lavorare ma sarà necessario provare che, in concreto, lo stesso abbia rifiutato di svolgere lavori sufficientemente dignitosi per il livello culturale e professionale del coniuge debole¹⁴.

Se sotto il profilo sopra descritto non sembrano rintracciarsi differenze sostanziali fra le due figure di assegni, elemento che sembra in qualche modo allontanare le due tipologie di attribuzioni sotto il profilo dei presupposti va rintracciato nell'elemento della c.d. addebitabilità della separazione¹⁵. L'art. 156 c.c., infatti, preclude al coniuge al quale la separazione sia addebitabile¹⁶ la possibilità di ottenere un assegno di mantenimento. Tale requisito preclusivo, espressamente stabilito nel caso di assegno di mantenimento, non viene con altrettanta chiarezza ribadito nella disciplina dell'assegno divorzile dando adito a letture giurisprudenziali che sembrano tutt'altro che opportune. L'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, infatti, afferma che il

dall'art. 143 c.c., comma 3, che impone, in sede di separazione personale, ai sensi dell'art. 156 c.c., la corresponsione di un assegno di mantenimento, in favore del coniuge che non abbia adeguati redditi propri. La valutazione di adeguatezza od inadeguatezza dei redditi personali, deve essere svolta, in virtù dell'origine solidale dell'obbligo a carico dell'altro coniuge, sulla base delle condizioni reddituali e patrimoniali valutabili al momento dell'accertamento della sussistenza del diritto, ben potendo in futuro, tali valutazioni essere modificate in sede di revisione delle condizioni della separazione, qualora le potenzialità lavorative e reddituali del titolare dell'assegno si aggiornino. (art. 156 c.c., u.c.). Al riguardo, secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, è stato affermato che: "In tema di separazione personale dei coniugi, l'attitudine al lavoro proficuo dei medesimi, quale potenziale capacità di guadagno, costituisce elemento valutabile ai fini della determinazione della misura dell'assegno di mantenimento da parte del giudice, che deve al riguardo tenere conto non solo dei redditi in denaro ma anche di ogni utilità o capacità dei coniugi suscettibile di valutazione economica".

¹³ Cass., 25 agosto 2006, n. 18547, in www.dejure.it, secondo la quale "In tema di separazione personale dei coniugi, l'attitudine al lavoro proficuo dei medesimi, quale potenziale capacità di guadagno, costituisce elemento valutabile ai fini della determinazione della misura dell'assegno di mantenimento da parte del giudice, che deve al riguardo tenere conto non solo dei redditi in denaro ma anche di ogni utilità o capacità dei coniugi suscettibile di valutazione economica. Peraltro, l'attitudine del coniuge al lavoro assume in tal caso rilievo solo se venga riscontrata in termini di effettiva possibilità di svolgimento di un'attività lavorativa retribuita, in considerazione di ogni concreto fattore individuale ed ambientale, e non già di mere valutazioni astratte ed ipotetiche". Analogamente, più di recente, Cass., 5 febbraio 2014, n. 2546, in www.dejure.it; Cass., 20 marzo 2014, n. 6562, in *Foro it.*, I, c. 1496; Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2014, in www.dejure.it; Trib. Roma, 5 maggio 2014, *ivi*.

¹⁴ Si veda, sul punto, Cass., 21 novembre 2008, n. 27775, in www.dejure.it.

¹⁵ Su cui, da ult., ESPOSITO M.S.: *L'addebito della separazione tra violazione dei doveri coniugali ed esercizio di libertà fondamentali*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 973 ss.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 151, comma 2, c.c. è addebitabile la separazione al coniuge che abbia determinato l'impossibilità di proseguire nella convivenza a causa del "suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio" di cui agli artt. 143, comma 2, c.c. e 147 c.c.

Tribunale nel pronunciare il divorzio e tenuto conto, fra le altre cose, delle “ragioni della decisione” dei coniugi, dispone l’obbligo per un coniuge di versare l’assegno.

In relazione a tale disposizione, la giurisprudenza si è orientata nel senso che le “ragioni della decisione” di far cessare gli effetti civili del matrimonio rappresentano esclusivamente uno dei criteri per quantificare l’assegno divorzile e non per verificare l’astratta riconoscibilità in capo al coniuge debole della possibilità di ottenerla¹⁷. La soluzione paradossale è che, così ragionando, l’addebito della separazione ad uno dei coniugi sarebbe sufficiente a escludere che lo stesso possa beneficiare di un assegno di mantenimento ma non escluderebbe che, in sede di divorzio, possa astrattamente beneficiare di un assegno divorzile¹⁸. Vero è che l’eventuale addebito della separazione può servire al fine di ridimensionare l’ammontare dell’assegno divorzile ma, ciononostante, sembra del tutto inopportuno riconoscere all’addebitabilità la capacità di elidere la “solidarietà economica” fra i coniugi in un momento (la separazione) nel quale ancora risulta presente – pur se in forma attenuata - una “solidarietà morale” fra gli stessi mentre, al contrario, quando ogni vincolo fra i due ex coniugi viene a mancare per effetto del divorzio, la violazione dei doveri coniugali viene ad essere considerata solo quale strumento di quantificazione di obblighi economici che, per lo meno astrattamente, continuano a sussistere.

¹⁷ Cass., 17 dicembre 2012, n. 23202, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1465, con nota di CASABURI G. L’interpretazione restrittiva della disposizione si individua anche in quelle pronunce che ritengono che la sentenza di separazione vada ad assorbire integralmente le condotte dei coniugi perpetrate in costanza di matrimonio. Tutte tali condotte sono già state assorbite dalla pronuncia di separazione e, pertanto, non possono aver alcun rilievo nella quantificazione dell’assegno divorzile. In questo senso, Cass., 22 novembre 2000, n. 15055, in www.dejure.it, ove, poiché l’infedeltà di uno dei coniugi era stata già valutata all’interno del giudizio di separazione che non aveva proceduto all’addebito della stessa, tale condotta non poteva essere oggetto di valutazione nella quantificazione dell’assegno divorzile.

¹⁸ In questo senso, espressamente, Cass., 2 agosto 2013, n. 18539, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 73, secondo la quale “Nell’ambito di tale apprezzamento non spiega alcuna incidenza l’addebito della separazione, il quale viene in rilievo esclusivamente ai fini della valutazione delle ragioni della decisione, intese con riferimento ai comportamenti che hanno cagionato il fallimento dell’unione (cfr. Cass., Sez. 1, 11 giugno 2005, n. 12382; 24 marzo 1994, n. 2872), che costituiscono uno dei parametri per la liquidazione dell’importo dovuto, unitamente alle condizioni dei coniugi, al contributo personale ed economico dato da ciascuno di essi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ognuno o di quello comune, ed al reddito di entrambi (cfr. Cass., Sez. 1, 12 luglio 2007, n. 15611; 22 agosto 2006, n. 18241; 19 marzo 2003, n. 4040; 27 settembre 2002, n. 14004). La valutazione di tali elementi, da effettuarsi anche in rapporto alla durata del vincolo, rappresenta infatti una fase ulteriore rispetto a quella del riconoscimento del diritto all’assegno, ed agisce ordinariamente come fattore di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto, potendo valere ad azzerarla soltanto in ipotesi estreme, quando la conservazione del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio finisca per risultare incompatibile con detti elementi di quantificazione (cfr. Cass., Sez. 1, 12 luglio 2007, n. 15611; 22 agosto 2006, n. 18241; 16 maggio 2005, n. 10210)”.

III. LA QUANTIFICAZIONE DEGLI “ASSEGNI” ED IL PARAMETRO DEL “TENORE DI VITA”.

Dato comune alle due forme di “assegni”, come detto, è che il coniuge debole non abbia adeguati redditi propri. Tutto ciò genera un ulteriore problema che si concretizza nella necessità di comprendere in relazione a cosa debba avvenire tale giudizio di “adeguatezza” del reddito del coniuge debole.

Sul punto, va in primo luogo segnalato che tali “assegni” non hanno natura alimentare e, cioè, non hanno la funzione di riconoscere al beneficiario quel minimo supporto economico necessario a soddisfare i bisogni primari dell’individuo¹⁹. Proprio per questo, il parametro da utilizzare al fine di verificare l’inadeguatezza del patrimonio del coniuge debole è stato individuato nel “tenore di vita” avuto dai coniugi in costanza di matrimonio.

Anche su tale concetto di “tenore di vita”, però, si è soffermata tanto la dottrina quanto la giurisprudenza che ne hanno evidenziato la sostanziale differenza rispetto al concetto di “stile di vita”²⁰.

Il concetto di “tenore di vita” si concretizza, infatti, in una valutazione potenziale del livello economico di vita che la coppia in crisi poteva permettersi durante il matrimonio a nulla rilevando l’eventuale “stile di vita” che materialmente gli sposi portavano avanti. Anche ove tale “stile di vita” dovesse risultare per scelta dei coniugi meno agiato, ciò che rileva è esclusivamente il “tenore di vita” che potenzialmente²¹ gli stessi avrebbero potuto tenere in costanza di matrimonio²².

¹⁹ Ciò è reso evidente dal fatto la quantificazione dell’assegno di mantenimento dipenda dai redditi dell’obbligato e non dai necessari bisogni del beneficiario - come invece afferma l’art. 438 c.c. in tema di quantificazione degli alimenti -, ma anche dal fatto che è lo stesso art. 156, comma 3, c.c. che, nel disciplinare l’assegno di mantenimento in caso di separazione fa salvo l’obbligo di prestare gli alimenti ai sensi degli artt. 433 ss. c.c. Insiste sulle differenze sussistenti fra assegno alimentare ed “assegni” comminati per far fronte a situazioni di crisi coniugale, Cass., 11 luglio 2013, n. 17199, in *Guida dir.*, 2013, n. 36, p. 99.

²⁰ Perla dottrina, v. AMENDOLAGINE V.: “Tenore” e “stile” di vita non possono considerarsi tra loro sinonimi quando si tratta di determinare l’assegno divorzile, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1349 ss. In giurisprudenza, tale distinzione è stata rimarcata da Cass., Sez. un., 29 novembre 1990, n. 11492, in *Giur. it.*, 1991, p. 1410 e da allora costantemente ribadita.

²¹ Da ult., insiste sull’esigenza di verificare il tenore potenziale di vita della coppia, Cass., 2 gennaio 2014, n. 488, in www.dejure.it.

²² Per l’applicazione di tale principio nella determinazione dell’assegno di separazione, Cass. 22 ottobre 2004, n. 20638, in www.dejure.it; Cass., 9 marzo 2006, n. 5061, *ivi*; Cass. 19 marzo 2009, n. 6699, *ivi*; Cass., 2 agosto 2013, n. 18538, *ivi*. Stesso criterio viene applicato dalla giurisprudenza nella determinazione dell’assegno divorzile. In tal senso, Cass., 16 maggio 2005, n. 10210, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 894; Cass., 23 febbraio 2006, n. 4021, in www.dejure.it; Cass., 28 febbraio 2007, n. 4764, *ivi*; Cass., 24 marzo 2010, n. 7145, *ivi*; Cass., 4 novembre 2010, n. 22501, *ivi*; Cass., 16 ottobre 2013, n. 23442, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1349; Cass., 21 ottobre 2013, n. 23797, in www.dejure.it.

Il problema circa la legittimità e l'opportunità²³ di tale orientamento si è posto in maniera ancor più aspra, in particolare, proprio con l'assegno di divorzio più che per quello di separazione poiché, in tale ultimo caso, il fatto che permanga un vincolo matrimoniale – pur se attenuato – aveva reso maggiormente giustificabile l'obbligo del coniuge “forte” di assicurare il medesimo tenore di vita all'altro. Tuttavia, un assegno divorzile calcolato sulla scorta del potenziale tenore di vita della coppia, se da un lato rappresenta un forte strumento di tutela soprattutto in quelle circostanze nelle quali il coniuge debole abbia prestato la propria attività lavorativa in casa e che effettivamente appare “danneggiato” dalla crisi familiare²⁴, dall'altro manifesta un sorta di ultrattività dei vincoli matrimoniali di natura patrimoniale che non ha molto senso alla luce dell'ormai dissolto vincolo coniugale²⁵.

Tale impostazione, peraltro, si dimostrerebbe anche in contrasto con i *Principles on European Family Law*²⁶ elaborati dalla *Commission on European Family Law* che evidenziano l'emergere di una cultura europea che, sul punto, richiama l'esigenza di fare in modo che dopo il divorzio ogni ex-coniuge provveda a sé stesso in maniera autonoma recidendo definitivamente ogni relazione anche economica con l'altro²⁷.

Questo attrito è giunto fino a spingere la giurisprudenza di merito a sollevare questione di costituzionalità sulla “norma vivente” ricavabile dall'ormai granitico orientamento giurisprudenziale propenso, come detto, ad individuare l'ammontare dell'assegno divorzile di cui all'art. 5, comma 6 della l. n. 898 del 1970, sul potenziale tenore di vita della coppia al fine di mantenerlo invariato²⁸. La non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della disposizione – per come interpretata dal “diritto vivente” – viene ancorata ad una presunta lesione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità ai sensi degli artt. 2, 3 e 29 cost. nella misura in cui tale orientamento consolidato non tiene conto che, data la cessazione del vincolo coniugale, un eventuale assegno divorzile dovrebbe essere più correttamente quantificato in maniera tale da permettere al coniuge debole lo

²³ Ciò di cui però sovente i giudici non tengono conto è che spesso non è più possibile, a causa dell'avvenuta crisi familiare, mantenere quel tenore di vita matrimoniale dal momento che, con estrema frequenza, la separazione ed il divorzio determinano un incremento di costi che, a patrimoni invariati, rischierebbe di non rendere più sostenibile il tenore di vita praticato o praticabile in costanza di matrimonio. In tali circostanze, imporre al coniuge forte di assicurare l'originario “tenore di vita” del coniuge debole equivale ad impoverire eccessivamente tale soggetto impedendogli, a volte, lo svolgimento di una vita dignitosa. Sollevava tale problematica, già MACARIO F.: *Assegno di divorzio e mezzi adeguati*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1166. Si dimostra sensibile a tale problematica, Cass., 11 luglio 2013, n. 17199, cit.

²⁴ Evidenziano tale profilo, SESTA M.: *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, p. 353; BONILINI G.: *L'assegno post-matrimoniale*, in BONILINI G. e TOMMASEO F.: *Lo scioglimento del matrimonio*, 3^a ed., in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 2010, p. 585 ss.

²⁵ Sul punto, BARBIERA L.: *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001, p. 31 ss.; BIANCA C.M.: *Diritto civile*, 2.1., Milano, 2014, p. 294.

²⁶ V., in particolare, il punto 2.2.

²⁷ Cfr., CUBEDDU M.G.: *I contributi al diritto europeo della famiglia*, in PATTI S. e CUBEDDU M.G.: *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 16.

²⁸ V. Trib. Firenze, Ord., 22 maggio 2013, in *Fam. dir.*, 2014, p. 687.

svolgimento di una “vita dignitosa” e non, al contrario, il mantenimento del “tenore di vita potenziale” tenuto in costanza di un matrimonio che già non esiste più²⁹.

Tralasciando le spinose problematiche di natura procedurale attinenti la possibilità per la Corte costituzionale di sindacare il c.d. “diritto vivente”³⁰, appare però chiaro il crescente disagio dei giudici nel dover applicare criteri di quantificazione che, portati alle loro estreme conseguenze, possono determinare un uso distorto dell’assegno divorzile (ed anche di quello di separazione) che, lungi dall’essere un legittimo strumento di riequilibrio economico, diventa al contrario elemento anacronistico di cristallizzazione di posizioni economiche non sempre giustificabili³¹.

Tuttavia, nel pronunciarsi sulla questione, la Corte costituzionale³² ritiene ammissibile la doglianza sul “diritto vivente” ma nello specifico la ritiene infondata nel merito poiché il criterio del “tenore di vita” non rappresenta il solo strumento per quantificare l’assegno divorzile ma rappresenta il modo per individuare l’ammontare massimo dello stesso³³. In tale quadro, poi, gli ulteriori criteri

²⁹ V., sul punto, le riflessioni di AL MUREDEN E.: *Il parametro del tenore di vita coniugale nel “diritto vivente” in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 687 ss. Va sul punto segnalato che la dottrina ha molto insistito sulla necessità di calcolare gli assegni derivanti dalla crisi familiare non in funzione del “tenore di vita” quanto, piuttosto, in relazione al parametro della “vita dignitosa”. In questo senso, TRABUCCHI A.: *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 131; BIN M.: *I rapporti di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 325; QUADRI E.: *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 537; BARBIERA L.: *Il matrimonio*, Padova, 2006, p. 346; RENDA A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, p. 197.

³⁰ Il problema sorge per effetto del fatto che il “diritto vivente” altro non sarebbe se non l’interpretazione consolidata di determinate disposizioni normative sedimentatasi nel tempo. Tale interpretazione non vincola, almeno in teoria, il giudice decidente che, pertanto, potrebbe discostarsi dalla stessa. In tale quadro, se la rimessione della questione di legittimità costituzionale viene ad essere interpretata quale *extrema ratio* che risulta dunque ammissibile solo nella misura in cui il giudice decidente non ha la possibilità di interpretare la norma in maniera costituzionalmente legittima, appare evidente l’inammissibilità di una questione di costituzionalità sul diritto vivente. Tuttavia, appare evidente che di fronte ad orientamenti tanto consolidati, il giudice di merito, pur potendo discostarsi dall’interpretazione univoca, andrebbe sicuramente incontro a censura da parte del giudice d’appello. Ciò determinerebbe, nel caso di interpretazioni incostituzionali di una norma, il perpetrarsi di orientamenti contrastanti con i valori apicali dell’ordinamento. In relazione a tali profili, con specifico riferimento all’ordinanza del Tribunale di Firenze, v., MORRONE A.: *Una questione di ragionevolezza: l’assegno divorzile e il criterio del “medesimo tenore di vita”*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 687 ss. cui si rinvia, per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

³¹ Sul punto, v. *infra*.

³² Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 11, in www.dejure.it.

³³ Secondo la Corte: “Nel merito, la questione non è fondata. L’esistenza, presupposta dal rimettente, di un “diritto vivente” secondo cui l’assegno divorzile *ex art. 5, sesto comma*, della legge n. 898 del 1970 «deve necessariamente garantire al coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio» non trova, infatti, riscontro nella giurisprudenza del giudice della nomofilachia (che costituisce il principale formante del diritto vivente), secondo la quale, viceversa, il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio non costituisce l’unico parametro di riferimento ai fini della statuizione sull’assegno divorzile”.

individuati dall'art. 5, comma 6 della l. 898 del 1970 serviranno a ridimensionare – ove ricorrano le circostanze ivi indicate – l'ammontare del beneficio economico³⁴.

Tale pronuncia, che altro non fa se non ribadire e riconsolidare i criteri ermeneutici fino ad ora utilizzati dalla giurisprudenza³⁵, appare però non del tutto condivisibile se solo si ponga mente al fatto che la mera circostanza che l'ammontare dell'assegno divorzile possa essere diminuito nel suo ammontare in funzione di determinati elementi³⁶, non vuol dire che il criterio principale per la determinazione dello stesso – che è e rimane il potenziale tenore di vita della coppia – sia di per sé legittimo e non in contrasto con i principi costituzionali evocati dal giudice rimettente³⁷. Infondo, il problema che viene sollevato è proprio questo: verificare se il parametro del “tenore di vita” attraverso il quale si individua l'ammontare dell'assegno, sia o meno un criterio ragionevole ed equo a prescindere dal fatto che poi, nei singoli casi di specie, il concreto ammontare dell'assegno possa essere ridimensionato in funzione di ulteriori elementi e circostanze che influiranno su una “base di calcolo” ricavata in violazione di principi costituzionali. Sul punto, però, la Corte non si pronuncia.

IV. L'INOPPORTUNITÀ DI ANCORARE LA QUANTIFICAZIONE DEGLI “ASSEGNI” AL PARAMETRO DEL “TENORE DI VITA”. UN CASO EMBLEMATICO.

Sotto tale profilo, se il sistema che regola gli “assegni” ha una funzione di primario rilievo al fine di garantire la parità dei coniugi e l'effettiva tutela del coniuge debole - che magari ha prestato la propria attività lavorativa dedicandosi integralmente alla famiglia e rinunciando, per tal via, a possibili aspettative di

³⁴ Prosegue infatti la Corte notando che: “La Corte di cassazione, in sede di esegesi della normativa impugnata, ha anche di recente, in tal senso, appunto, ribadito il proprio «consolidato orientamento», secondo il quale il parametro del «tenore di vita goduto in costanza di matrimonio» rileva, bensì, per determinare «in astratto [...] il tetto massimo della misura dell'assegno» (in termini di tendenziale adeguatezza al fine del mantenimento del tenore di vita pregresso), ma, «in concreto», quel parametro concorre, e va poi bilanciato, caso per caso, con tutti gli altri criteri indicati nello stesso denunciato art. 5. Tali criteri (condizione e reddito dei coniugi, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio comune, durata del matrimonio, ragioni della decisione) «agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto» e possono «valere anche ad azzerarla».

³⁵ Sulle concrete modalità di individuazione degli “assegni” al coniuge “debole”, v. Cass., 19 marzo 2003, n. 4040, in www.dejure.it; Cass., 4 febbraio 2009, n. 2707, *ivi*. Sul punto, v. CASABURI G.: *Anche i ricchi piangono: quando l'assegno di separazione è di tre milioni di euro al mese*, cit., p. 743.

³⁶ In questo senso, il giudice deve tener conto “delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi” e dovrà valutare tali elementi anche “in rapporto alla durata del matrimonio”.

³⁷ Sulle conseguenze che in termini di mancata realizzazione di interessi costituzionalmente garantiti può avere una quantificazione impropria degli assegni dovuti dal coniuge forte al coniuge debole in caso di separazione o divorzio, v. *infra*.

carriera³⁸ -, la sua attuale interpretazione può portare ad evidenti distorsioni generando rendite parassitarie ed una eccessiva penalizzazione del coniuge “forte” (che nella normalità dei casi così forte non è)³⁹.

La dimostrazione può rintracciarsi in un celebre e recente caso che ha visto coinvolta una coppia molto famoso nella quale il marito – coniuge forte - ha un patrimonio ingentissimo e si separa dalla moglie, con la quale già di fatto non viveva da anni, la quale – coniuge debole – ha un patrimonio personale di decine di milioni di euro prodotto esclusivamente da elargizioni derivanti dal marito.

Ebbene in tale caso il giudice di primo grado condannò il marito a pagare in favore della moglie la somma di trentasei milioni di euro l'anno al fine di permettere alla stessa di mantenere il tenore di vita potenziale che in costanza di matrimonio, stante i rispettivi cespiti patrimoniali, la stessa avrebbe potuto portare avanti⁴⁰.

Nel caso di specie, poi riformato in appello con una dimidiazione dell'assegno di mantenimento, viene disattesa la doglianza di parte convenuta secondo la quale, stante l'ingente patrimonio della moglie, la stessa non avrebbe avuto diritto al mantenimento avendo redditi sufficienti ai sensi dell'art. 156 c.c. Ma è proprio in funzione dei consolidati orientamenti giurisprudenziali che il Tribunale, pur evidenziando una posizione patrimoniale del coniuge debole tale da permettergli non solo una vita dignitosa ma agiatissima e lussuosa, riscontra una discrasia tale fra i patrimoni dei coniugi da rendere necessario un riequilibrio delle rispettive situazioni patrimoniali⁴¹. E, ben inteso, che la suddetta cifra è quella ritenuta dai

³⁸ In merito, v. le riflessioni di AL MUREDEN E.: *Il parametro del tenore di vita coniugale nel “diritto vivente” in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, cit., p. 687 ss.

³⁹ Lo nota, in maniera estremamente diretta, CASABURI G.: *Anche i ricchi piangono: quando l'assegno di separazione è di tre milioni di euro al mese*, cit., p. 744, ove evidenzia che “da strumenti di tutela della parte debole gli assegni di separazione e di divorzio si stanno tramutando (o si sono tramutati?) in fonti dirette di posizione perpetue quanto parassitarie (per non dire di veri e propri meccanismi sostitutivi dell'assegno di disoccupazione, o della pensione di invalidità o di vecchiaia, una vecchiaia che inizia molto presto). In altri termini il coniuge «forte» (ma spesso tale solo in apparenza) finisce per sostituire lo Stato nelle funzioni di erogazione di assistenza e previdenza, anche a chi non ne sarebbe meritevole”.

⁴⁰ Si tratta di Trib. Milano, 27 dicembre 2012, in *Corr. merito*, 2013, p. 738; ed in *Foro it.*, 2013, I, c. 1878, con nota di CASABURI G.

⁴¹ Si veda, sul punto, quanto afferma CASABURI G.: *Anche i ricchi piangono: quando l'assegno di separazione è di tre milioni di euro al mese*, cit., p. 742, ove, commentando le eccezioni difensive formulate dal convenuto in merito alla sufficienza dei redditi della moglie, afferma: “Si tratta però di una difesa suicida (di cui, del resto, erano sicuramente consapevoli gli esperti difensori). Il Tribunale ha avuto buon gioco nel replicare, alla stregua della consolidatissima giurisprudenza della Cassazione, che «l'adeguatezza di mezzi personali non deve essere apprezzata nella sua valenza assoluta e strettamente unilaterale, bensì in diretta correlazione con il tenore di vita che ha caratterizzato la convivenza familiare». (...) In sintesi (estrema, come afferma la sentenza) qui non rileva affatto un concetto di adeguatezza reddituale/patrimoniale assoluta, bensì di adeguatezza relativa, «ovvero scaturente dal diretto raffronto sia con la capacità economica del preteso obbligato sia con gli effetti tutti condizionanti il tenore di vita proprio del periodo di convivenza»”.

giudici necessaria a riequilibrare la posizione dei due coniugi. Oltre ai redditi ingenti derivanti dal proprio patrimonio, la moglie aveva dunque l'esigenza di avere a disposizione ulteriori 100.000 euro al giorno per mantenere il proprio tenore di vita.

Non stupisce, allora, lo stesso disagio dei giudici nell'emettere la sentenza in parola nella consapevolezza che l'imbarazzante importo è, semplicemente, il frutto dell'applicazione proprio di quei criteri consolidati dai quali i giudici non hanno inteso discostarsi⁴².

Ma se il risultato è tanto lontano dalla realtà allora, forse, c'è qualcosa che non va nei criteri adottati per la quantificazione dei suddetti assegni e, se così è, forse è il caso di modificare l'interpretazione consolidata in maniera da continuare a riconoscere una giusta ed equilibrata tutela del coniuge economicamente debole che sia stato pregiudicato dalla crisi familiare senza, contestualmente, ammettere la possibilità di realizzare deviazioni così palesi da un ideale di giustizia che, al contrario, dovrebbe sempre guidare i giudici.

V. L'INCIDENZA SULLA QUANTIFICAZIONE DEGLI "ASSEGNI" DEGLI INCREMENTI PATRIMONIALI SUCCESSIVI ALLA CRISI FAMILIARE.

Sempre rimanendo nell'ambito della corretta individuazione del "tenore di vita" della famiglia, appare necessario evidenziare un'ulteriore problematica concernente la rilevanza sotto il profilo della quantificazione degli assegni (di mantenimento e di divorzio) di eventuali incrementi patrimoniali successivi alla intervenuta crisi familiare⁴³.

Può accadere, infatti, che i redditi del coniuge "forte" come anche di quello "debole" mutino in costanza di separazione o una volta intervenuto il divorzio e tale successiva modifica delle condizioni economiche altera, di fatto, l'equilibrio che si era stabilizzato fra gli ex coniugi.

Che i provvedimenti attinenti i rapporti economici fra ex coniugi siano sicuramente modificabili in dipendenza di intervenute sopravvenienze, è un dato di fatto che non

⁴² Giova qui segnalare, a tal proposito, uno dei passaggi della sentenza: "stima pertanto il tribunale – consapevole di quanto l'ammontare possa nella comune percezione persino creare disorientamento, ma altrettanto convinto della necessità di uniformarsi ai generali ed imprescindibili criteri di legge anche quando la loro applicazione conduca ad un risultato ai più difficilmente comprensibile – non poter individuare che nell'importo di euro 3.000.000,00 l'assegno mensile di mantenimento".

⁴³ In generale, sul punto, si veda fin d'ora, LIUZZI A.: *Assegno di divorzio e incrementi reddituali*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 240 ss.; AL MUREDEN E.: *Assegno di divorzio ed incrementi reddituali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 748 ss.; DOSSETTI M.: *Successione ereditaria e revisione dell'assegno di divorzio*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1000 ss.

può essere posto in dubbio⁴⁴; il problema, però, è proprio quello di verificare in che termini eventuali modificazioni economiche dei patrimoni personali possano legittimare modifiche – tanto in *melius* quanto in *peius* – dei provvedimenti economici⁴⁵.

La giurisprudenza, sul punto, non sembra aver raggiunto una posizione del tutto consolidata in particolare relativamente al fatto se tali successivi incrementi incidano o meno sul “tenore di vita” della coppia o, al contrario, determinino modificazioni solo sotto il profilo della “capacità economica del coniuge” e, di conseguenza, esclusivamente in relazione alla valutazione dell’idoneità dei redditi dei coniugi a permettere agli stessi il mantenimento del medesimo “tenore di vita”.

Il dato condiviso al livello giurisprudenziale è quello, incontrovertibile, attinente il fatto che tali successivi incrementi patrimoniali – qualunque ne sia la fonte – entrano a far parte del patrimonio dell’ex coniuge e, per tal via, incidono sulla sua capacità economica attuale.

In questo senso, se l’incremento patrimoniale riguarda il coniuge “debole”, questo potrebbe determinare la sopravvenuta capacità dello stesso di essere in grado di mantenere autonomamente il “tenore di vita” goduto in costanza di matrimonio o, quantomeno, di contribuire con il proprio patrimonio alle proprie esigenze in maniera più consistente. Così sarebbe, ad esempio, nel caso in cui il coniuge beneficiario di un assegno divorzile acquisti *mortis causa* un patrimonio tale da permettergli autonomamente la possibilità di mantenere il “tenore di vita”⁴⁶ goduto in costanza di matrimonio⁴⁷.

Stesso discorso può essere applicato, con le dovute differenze, ai sopravvenuti incrementi patrimoniali del coniuge “forte” poiché, come sopra detto, il “tenore di

⁴⁴ Sulla modificabilità dei provvedimenti economici assunti nell’ambito di una situazione di crisi familiare nel caso in cui vi sia una modifica sostanziale delle situazione concreta della coppia. La giurisprudenza, infatti, è solita definire tali statuizioni quali pronunce munite di efficacia di giudicato “*rebus sic stantibus*” e, quindi, condizionato alla permanenza delle medesime condizioni sussistenti al momento dell’emanazione del provvedimento. Fra le più recenti in tal senso, Cass., 4 novembre 2010, n. 22505, in www.dejure.it; Cass., 18 luglio 2013, n. 17618, *ivi*; Cass., 1 luglio 2015, n. 13514, *ivi*.

⁴⁵ BONILINI G.: *La revisione dei provvedimenti accessori alla pronuncia di divorzio*, in BONILINI G. e TOMMASEO F.: *Lo scioglimento del matrimonio*, nel *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 853; FIGONE A.: *Modifica delle condizioni di separazione e divorzio*, in FERRANDO G.: *Separazione e divorzio*, in *Giust. sist.* Bigiavi, Torino, 2003, p. 915.

⁴⁶ In merito, v. le considerazioni di MAGLI C.: *Acquisti ereditari pervenuti successivamente allo scioglimento del matrimonio e revisione dell’assegno di divorzio*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 774, la quale afferma che “gli acquisti *mortis causa* intervenuti successivamente alla cessazione degli effetti civili del matrimonio costituiscono, infatti, un miglioramento della condizione del coniuge beneficiario e rappresentano, quindi, una circostanza perturbatrice dell’equilibrio delle sfere economiche dei divorziati stabilito in sede di divorzio, con la conseguenza che i predetti incrementi devono essere considerati come indici ai fini della determinazione delle condizioni economiche del soggetto nel giudizio sull’adeguatezza dei mezzi a sua disposizione”.

⁴⁷ Cass., 15 gennaio 2010, n. 553, in *Fam. dir.*, 2010, p. 674; Cass., 5 febbraio 2014, n. 2542, *ivi*, 2014, p. 771.

vita” della coppia rappresenta per la giurisprudenza il criterio attraverso cui individuare l’importo “ideale” da corrispondere al coniuge “debole” che, tuttavia, può essere ridimensionato tenendo in considerazione la situazione economica concreta dei coniugi. In questo senso, ben potrebbe accadere che un incremento patrimoniale di cui benefici il coniuge obbligato al pagamento dell’assegno modifichi la propria situazione patrimoniale in maniera tale da permettere allo stesso di garantire – cosa prima impossibile – esattamente lo stesso “tenore di vita” al coniuge beneficiario o, comunque, una condizione economica che si avvicini in maniera più prossima a quello⁴⁸.

Se la soluzione in funzione della quale gli incrementi patrimoniali successivi alla crisi coniugale possono avere rilevanza esclusivamente sotto il profilo della consistenza del patrimonio personale degli ex coniugi appare quello maggioritario in dottrina⁴⁹ ed in giurisprudenza⁵⁰, non sono mancate pronunce di segno opposto. Secondo tale diverso orientamento, ricorrendo determinate circostanze, l’incremento patrimoniale successivo alla crisi coniugale, oltre ad incidere sulla consistenza patrimoniale della coppia, potrebbe addirittura concorrere a definire il “tenore di vita” dei coniugi. Infatti, se questo va inteso quale capacità economica potenziale della coppia, all’interno della sua valutazione dovranno necessariamente computarsi anche tutti quegli incrementi patrimoniali che derivino da aspettative legittimamente maturatesi in costanza di matrimonio⁵¹.

Eliminando quindi gli incrementi patrimoniali derivanti da inaspettati quanto improbabili guadagni, le variazioni positive del patrimonio che derivino da eventi probabili⁵² o dai comuni aumenti di stipendio dovuti all’anzianità di servizio⁵³ determinerebbero null’altro se non una concretizzazione di aspettative che la coppia

⁴⁸ AL MUREDEN E.: *Gli incrementi reddituali del coniuge obbligato ed i loro riflessi sull’assegno divorzile: dal criterio della prevedibilità a quello dell’incidenza proporzionale alla durata del matrimonio*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 456 ss.

⁴⁹ FINOCHIARO A.M.: *Diritto di famiglia*, II, *Il divorzio*, Milano, 1988, p. 575; BONILINI G.: *La revisione dei provvedimenti accessori alla pronuncia di divorzio*, cit., p. 853.

⁵⁰ Cass., 18 marzo 1996, n. 2273, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 1340; Cass., 30 maggio 2007, n. 12687, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1000; Cass., 19 novembre 2010, n. 23508, *ivi*, 2011, p. 1196. Con specifico riferimento agli incrementi patrimoniali derivanti da successioni *mortis causa*, Cass., 16 marzo 1996, n. 2235, in *Fam. dir.*, 1996, p. 322; Cass., 26 novembre 1998, n. 12010, in www.dejure.it.

⁵¹ Cass., 28 gennaio 2004, n. 1487, in *Fam. dir.*, 2004, p. 237; Cass., 9 maggio 2008, n. 11560, in www.dejure.it; Cass., 4 novembre 2010, n. 22501, *ivi*.

⁵² Così, ad esempio, è stato ipotizzato che il fatto di beneficiare di una eredità proveniente dai propri genitori concretizza una aspettativa sicuramente probabile alla luce di ciò che normalmente accade e, in quanto tale, il relativo incremento patrimoniale dovrebbe contribuire a definire il tenore di vita della coppia. Al contrario, un lascito ereditario proveniente da un lontano parente, non concretizzando una probabile aspettativa di incremento patrimoniale, non potrebbe essere utilizzata al fine di definire il “tenore di vita” ma sarà qualificabile solo quale elemento volto ad individuare la consistenza patrimoniale del coniuge beneficiario dell’eredità. In questo senso, MAGLI C.: *Acquisti ereditari pervenuti successivamente allo scioglimento del matrimonio e revisione dell’assegno di divorzio*, cit., p. 775 s.

⁵³ Cass., 25 settembre 2007, n. 20204, in www.dejure.it.

già aveva durante il matrimonio⁵⁴ e che, quindi, devono contribuire a definire il “tenore di vita” sulla scorta del quale calcolare l’assegno di mantenimento o di divorzio⁵⁵.

Va però detto che tale impostazione non sembra assolutamente aderente alla realtà dei fatti ed alla stessa funzione degli assegni di mantenimento e di divorzio il cui scopo non è quello di permettere all’ex coniuge di beneficiare degli incrementi economici dell’altro ma, più semplicemente, quello di evitare che per effetto della crisi si deteriori il tenore di vita che il coniuge debole aveva in costanza di matrimonio. Sarebbe maggiormente opportuno, cioè, che il concetto di “tenore di vita”, ove si voglia continuare ad utilizzare tale parametro, venga strettamente ancorato sotto un profilo temporale alla situazione economica che la coppia aveva al momento della convivenza. Bisogna cioè entrare nell’ottica che quei due soggetti erano una coppia fino al momento della rottura del rapporto e non ha alcun senso ipotizzare la permanenza di una influenza economica delle vicende dell’uno sul patrimonio dell’altro quando ormai tutti i doveri di solidarietà materiale e spirituale già non esistono più. Seguendo l’impostazione che qui si intende criticare, cioè, si torna a riconoscere una ultrattività degli effetti economici del matrimonio determinando, di fatto, una eterna partecipazione dell’ex coniuge “debole” agli utili sopravvenuti dell’ex coniuge “forte” analogamente a quanto accadrebbe se il matrimonio non si fosse sciolto e, tutto ciò, appare una deviazione dalla realtà dei fatti che andrebbe senza dubbio evitata.

VI. LA FORMAZIONE DI UNA NUOVA “FAMIGLI” DA PARTE DEL CONIUGE “DEBOLE” BENEFICIARIO DELL’ASSEGNO.

Ma la situazione di fatto nella quale vengono a trovarsi i coniugi sotto un profilo economico, può mutare anche per effetto di scelte di uno degli ex coniugi che risultano essere espressione di libertà fondamentali direttamente connesse al libero e pieno sviluppo della personalità dell’individuo. Si fa riferimento, ovviamente, alle circostanze nelle quali uno degli ex coniugi decida di intraprendere una nuova stabile

⁵⁴ Emblematico, in tal senso, è il caso deciso da Cass., 15 settembre 2008, n. 23690, in www.dejure.it, nel quale l’ex marito (coniuge forte) al momento della crisi familiare svolgeva la professione di ricercatore universitario. Dopo lo scioglimento del matrimonio diventa professore universitario ed affermato professionista. L’ex moglie ottiene che il “tenore di vita” venisse calcolato tenendo in considerazione il reddito da professore universitario e da affermato professionista dell’ex marito, ritenendo tali incrementi patrimoniali quali concretizzazioni di legittime aspettative maturate in costanza di matrimonio.

⁵⁵ Ancora la possibilità di utilizzare un determinato incremento patrimoniale alla prevedibilità dello stesso in costanza di matrimonio. In questo senso, FAZIO E.: *Assegno di divorzio e prevedibilità degli aumenti reddituali*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 475.

relazione sia formalizzandola attraverso il matrimonio, sia rimanendo nell'ambito della convivenza *more uxorio*⁵⁶.

Al fine di poter analizzare tale problematica, sembra opportuno scindere le circostanze nelle quali sia l'ex coniuge debole ad intraprendere una nuova relazione dall'ipotesi nella quale tale scelta venga assunta dal coniuge obbligato al pagamento dell'assegno.

Partendo dalla prima ipotesi, se non ci sono dubbi sul fatto che se l'ex coniuge debole divorziato contrae nuove nozze perde la possibilità di continuare a pretendere il pagamento dell'assegno divorzile⁵⁷, più complessa appare l'ipotesi nella quale un soggetto, sia esso separato o divorziato, intraprenda dopo la crisi familiare una nuova relazione non formalizzata⁵⁸.

Va subito segnalato che tale problematica risente evidentemente del forte dibattito dottrinale circa la rilevanza sotto un profilo giuridico delle convivenze *more uxorio* il quale non sempre si è dimostrato favorevole a riconoscere alla stabile convivenza di una coppia la capacità di produrre effetti giuridici⁵⁹. La problematica è resa più incerta dal fatto che, contrariamente a quanto accade nella disciplina attinente l'assegnazione della casa coniugale⁶⁰, la legge italiana non richiama la creazione di

⁵⁶ Si tratta del frequente fenomeno della sovrapposizione delle famiglie nel tempo. Sui riflessi che tale problematica genera in tema di corretta quantificazione dell'assegno di mantenimento e dell'assegno divorzile, AL MUREDEN E.: *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, cit., p. 696 ss.; SESTA M.: *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 295 ss.

⁵⁷ Sul punto, è lo stesso legislatore che con l'art. 5, comma 10 della l. 898 del 1970 afferma espressamente che "L'obbligo di corresponsione dell'assegno cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze". La ragione di tale disposizione va ricercata nel fatto che con le nuove nozze si instaurano nuovi vincoli di solidarietà sia morale che materiale con il nuovo coniuge che sono, per ovvie ragioni, del tutto incompatibili con la permanenza di vincoli di natura patrimoniale con l'ex coniuge.

⁵⁸ È stato evidenziato come, nonostante la diversa fase patologica nella quale viene a presentarsi la problematica in parola, la giurisprudenza abbia elaborato principi comuni applicabili sia nel caso di convivenza *more uxorio* durante la separazione che una volta intervenuto il divorzio. In questo senso, AL MUREDEN E.: *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 1047.

⁵⁹ Sul dibattito dottrinale v., su tutti, PERLINGIERI P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 933 ss. il quale, nel ricondurre la famiglia di fatto nell'ambito delle formazioni sociali nelle quali si sviluppa la personalità di ciascun individuo, ne riconosce la rilevanza giuridica proprio quali strumenti necessari per permettere una piena realizzazione del principio personalista di cui all'art. 2 cost.

⁶⁰ Si veda, sul punto, l'art. 337 *sexies* c.c. che afferma la cessazione del diritto all'assegnazione della casa familiare nel caso in cui il coniuge assegnatario contraiga nuove nozze o inizi un stabile convivenza *more uxorio*. Tuttavia v., pure, Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Fam. dir.*, 2019, p. 62 che tempera tale disposizione introducendo l'obbligo per il giudice di verificare l'opportunità di una revoca dell'assegnazione della casa familiare in funzione dell'interesse dei figli.

una nuova “famiglia di fatto” fra le ipotesi di cessazione dell’obbligo di corrispondere un assegno di mantenimento o divorzile⁶¹.

In tale quadro normativo e culturale la giurisprudenza, in un primo momento adagiata su interpretazioni formaliste⁶², ha successivamente precisato che l’istaurazione di una convivenza stabile e seria da parte dell’ex coniuge debole con un terzo determina la creazione di nuovi rapporti affettivi ed economici che sono in grado di recidere il legame con l’ex coniuge forte⁶³. Perché ciò accada, però, è necessario che il rapporto di fatto successivamente instaurato non assuma le sembianze di una relazione che, pur assidua, si dimostri momentanea o occasionale⁶⁴. Come pare evidente, tale rilievo, di per sé del tutto giustificabile, determina il sorgere di un pesantissimo onere della prova in capo al coniuge forte che intende liberarsi dall’obbligo di pagare l’assegno. Questi, infatti, dovrà dimostrare la stabilità e serietà della relazione intrattenuta dall’altro coniuge e la presenza di un comune progetto di vita insieme cosa che, per ovvie ragioni, appare di non facile dimostrazione in relazione a rapporti di fatto.

Non è un caso, infatti, che la maggior parte delle sentenze che riconoscono alla convivenza *more uxorio* la capacità di elidere gli obblighi del coniuge forte, si fondano sulla circostanza che da quella convivenza di fatto siano nati dei figli che, secondo i giudici, rappresentano chiaro indice dell’istaurarsi di un rapporto stabile fra i genitori degli stessi⁶⁵. Allo stesso modo, la presenza di figli nati da una diversa relazione determinerebbe, ove si ritenesse che l’ex coniuge forte debba continuare a pagare l’assegno di mantenimento, l’inaccettabile situazione per cui i soldi di quest’ultimo verrebbero utilizzati anche per il sostentamento dei figli dell’ex coniuge beneficiario⁶⁶.

⁶¹ In senso contrario, invece, l’art. 101 del *Código civil* spagnolo che annovera anche la convivenza stabile intrapresa dal coniuge beneficiario fra le cause che determinano la cessazione dell’obbligo di versare l’assegno da parte del coniuge forte.

⁶² La giurisprudenza maggiormente datata propendeva per una interpretazione restrittiva delle ipotesi che legittimano la cessazione della corresponsione dell’assegno precisando che solo il fatto di contrarre nuove nozze potesse avere tale carattere. Alla base vi era una latente convinzione che la convivenza *more uxorio*, in quanto non disciplinata dal nostro ordinamento, non avesse rilevanza giuridica e, pertanto, non comportasse il sorgere di alcun obbligo reciproco fra i membri della coppia. Cfr., Cass., 11 maggio 1983, n. 3253, in *Giur. it.*, 1983, I, p. 1225; Cass., 20 novembre 1985, n. 5717, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1369; Cass., 19 settembre 1996, n. 9505, in *Fam. dir.*, 1997, p. 29.

⁶³ In questo senso, Trib. Bari, 25 settembre 2012, in *Dir. fam.*, 2013, p. 549.

⁶⁴ Cfr., Cass., 10 novembre 2006, n. 17643, in www.dejure.it; Cass. 25 novembre 2010, n. 23968, *ivi*.

⁶⁵ Cass., 11 agosto 2011, n. 17195, in *Guida dir.*, 2011, p. 63; Cass., 12 marzo 2012, n. 3923, in *Giust. civ.*, 2013, p. 2197; Cass. 18 novembre 2013, n. 25845, in *Dir. giust.*, 2013. Tale orientamento è apparso alla dottrina tanto più opportuno alla luce delle recenti modifiche introdotte dal d.lgs. n. 154 del 2013 che ha equiparato la posizione dei figli nati nel matrimonio con quelli nati fuori dal matrimonio eliminando la precedente distinzione fra figli legittimi e figli naturali. In questo senso, AL MUREDEN E.: *Il “diritto a formare una seconda famiglia” tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di “autore sponsabilità”*, cit., p. 1048 s.

⁶⁶ Trib. Lamezia Terme, 1 dicembre 2011, in *Dir. fam.*, 2012, p. 797.

Altro problema riguarda, poi, la possibilità di qualificare la presenza di una relazione stabile quale elemento necessario e da solo sufficiente ad eliminare l'obbligo di prestazione da parte del coniuge obbligato o se, al contrario, risulta ulteriormente necessario che dalla sopravvenuta convivenza derivino dei vantaggi economici in capo al coniuge debole che rendano superfluo – in tutto o in parte – il permanere dell'assegno di mantenimento o di divorzio. Sul punto, mentre la giurisprudenza richiede al coniuge forte l'ulteriore onere di dimostrare anche la presenza di un miglioramento economico della situazione patrimoniale del coniuge debole direttamente dipendente dalla nuova convivenza dallo stesso instaurata⁶⁷, la dottrina evidenzia opportunamente l'esigenza di valorizzare la nuova situazione di fatto che si viene a creare a prescindere dalla presenza di effettivi vantaggi economici per il coniuge debole. La creazione di una nuova famiglia – sia essa fondata sul matrimonio o su un mero rapporto di fatto – determina la creazione di nuovi vincoli sia affettivi che materiali che vengono assunti dalle parti in maniera consapevole e responsabile⁶⁸. Da ciò, quindi, l'incompatibilità della permanenza di vincoli economici con l'ex coniuge a prescindere dalla situazione economica della nuova coppia⁶⁹.

Allo stesso modo, poi, si presenta come particolarmente spinosa la questione relativa alla "irreversibilità" dell'assegno di mantenimento o di divorzio che sia stato revocato a causa dell'istaurazione di una convivenza *more uxorio* da parte del coniuge debole. Anche sul punto, la giurisprudenza maggioritaria sembra assumere un orientamento di netto favore per il coniuge debole affermando che, pur nei casi nei quali la convivenza di fatto presenti le caratteristiche che la rendano rilevante al fine di incidere sull'assegno di mantenimento o di divorzio, tali effetti sono momentanei e subordinati temporalmente alla prosecuzione dell'esistenza della famiglia di fatto. Una mera sospensione degli obblighi connessi all'assegno di mantenimento o di divorzio che, quindi, possono riemergere nel caso in cui la copia di fatto si allontani⁷⁰. Tale soluzione è stata criticata dalla dottrina che, pur con distinte

⁶⁷ Sembrano mettere in connessione la rilevanza della convivenza *more uxorio* sull'assegno di mantenimento proprio in funzione del miglioramento economico che la stessa determina in capo all'ex coniuge debole, Cass., 5 giugno 1997, n. 5024, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 305; Cass., 4 aprile 1998, n. 3503, *ivi*, 1998, p. 333; App. Roma, 11 settembre 1995, *ivi*, 1996, p. 1001.

⁶⁸ Un primo riconoscimento della incidenza della sopravvenuta convivenza *more uxorio* sull'assegno divorzile svincolato dall'analisi relativa alla capacità della stessa di incidere positivamente sul patrimonio dell'ex coniuge beneficiario, è riscontrabile in Cass., 8 agosto 2003, n. 11975, in *Giur. it.*, 2004, p. 1601.

⁶⁹ AL MUREDEN E.: *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoreponsabilità"*, cit., p. 1051, ove afferma: "Ogni considerazione relativa alle condizioni economiche godute dal nuovo convivente ed ogni comparazione tra il livello di benessere della nuova famiglia fondata sulla convivenza rispetto a quello che aveva caratterizzato la precedente unione matrimoniale dovrebbero risultare in linea di principio prive di rilievo proprio perché, una volta assunta la decisione (e la responsabilità) di costituire un nuovo nucleo familiare autonomo, non dovrebbe residuare più spazio per interferenze fra questo nuovo nucleo e persistenti doveri di solidarietà post-coniugale radicati sul matrimonio precedente".

⁷⁰ In questo senso, in giurisprudenza, Cass., 11 agosto 2011, n.17195, cit.; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1789, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1445; Cass., 26 febbraio 2014, n. 4539, in *Dir. giust.*, 2014.

impostazione e con diversa intensità⁷¹, ha posto in luce come l'atto di matura autoresponsabilità con il quale il coniuge debole decide di instaurare un nuovo e stabile rapporto sentimentale e materiale con altro individuo si dimostra del tutto incompatibile con una riviviscenza degli obblighi di mantenimento originariamente gravanti sull'ex coniuge forte.

Su questa linea va segnalata una recente ed importante sentenza che, in accoglimento delle posizioni dottrinali sopra menzionate riconosce all'instaurazione di una nuova "famiglia di fatto" la capacità di elidere definitivamente l'obbligo di mantenimento gravante sull'ex coniuge forte⁷². Tale orientamento, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale di cui si è dato atto, sembra segnare una netta presa di posizione del tutto aderente all'ormai riconosciuta rilevanza giuridica di tali forme di convivenza e con il rilievo per cui dalla stessa si generano un complesso di diritti, doveri ed aspettative reciproche che appaiono totalmente incompatibili con la permanenza – anche quiescente – di rapporti di natura patrimoniale con l'ex coniuge⁷³.

VII. SEGUE: LA FORMAZIONE DI UNA NUOVA "FAMIGLIA" DA PARTE DEL CONIUGE "FORTE" ONERATO DELL'ASSEGNO.

Appare a questo punto opportuno, però, analizzare le problematiche connesse alla circostanza nella quale sia il coniuge onerato del pagamento dell'assegno a unirsi in

⁷¹ In questo senso, v. AL MUREDEN E.: *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"*, cit., p. 1051 s., ove afferma che mentra nel caso di assegno divorzile l'instaurazione di una convivenza *more uxorio* da parte dell'ex coniuge beneficiario sarebbe in grado di escludere definitivamente qualunque successivo onere economico in capo all'ex coniuge forte, nel caso di assegno di mantenimento dovuto in funzione dell'avvenuta separazione dei coniugi sarebbe ipotizzabile una riviviscenza degli oneri gravanti sul coniuge forte nel momento della cessazione della convivenza *more uxorio* del coniuge debole. La ragione andrebbe rintracciata nel fatto che nella separazione ancora permane intatto – pur se con effetti in parte attenuati – il vincolo matrimoniale fra i due coniugi.

⁷² Così, Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, in *Fam. dir.*, 2015, p. 553.

⁷³ Sul punto, FERRANDO G.: *"Famiglia di fatto" e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di cassazione*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 560, la quale, aderendo all'orientamento da ultimo segnalato, afferma: "La scelta di convivere, di formare una famiglia di fatto, di avere dei figli con un altro compagno non è senza conseguenza. Al contrario spezza quel legame ormai solo economico ancora esistente con l'ex coniuge. E quando la famiglia di fatto si esaurisce, non si può tornare a chiedere l'assegno all'ex marito come se niente fosse. C'è una contraddizione in tutto questo, un *venire contra factum proprium*, che non si può ammettere, anche tenuto conto dell'affidamento che l'ex coniuge ripone sull' "esonero definitivo dall'obbligo", vista la nuova situazione che si era venuta a creare". Pur evidenziando come l'orientamento in parola si discosti dal tenore letterale delle disposizioni che riconnettono l'estinzione del diritto all'assegno divorzile alla sola celebrazione di nuove nozze, mostra di aderire nella sostanza alla nuova interpretazione AL MUREDEN E.: *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 683 ss. In senso maggiormente dubitativo, QUADRI E.: *Assetti economici postconiugali e dinamiche esistenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 387 s.

una nuova famiglia che, come pare evidente, determina il sorgere di nuovi ed ulteriori obblighi economici in capo al soggetto. In questo senso, se la determinazione dell'ammontare dell'assegno dipende dalle condizioni economiche dei coniugi, appare evidente come tali sopravvenienze debbano sicuramente essere tenute in considerazione al fine di una revisione degli oneri economici⁷⁴.

Nonostante ciò, però, non sono mancate sentenze che, nel tentativo di cristallizzare la situazione economica del coniuge forte al momento dell'intervento della crisi familiare, hanno ritenuto del tutto indifferente la presenza di una nuova famiglia sulla quantificazione dell'assegno spettante alla prima. La ragione utilizzata dalla giurisprudenza va individuata nella circostanza per cui il fatto di creare un nuovo nucleo familiare viene qualificato come una scelta individuale dell'ex coniuge non necessaria ma meramente volontaria e, quindi, evitabile. Il fatto che il soggetto onerato abbia deciso di intraprendere un determinato percorso di vita diverso dal precedente sarebbe sufficiente a scaricare integralmente il costo economico di quelle scelte sullo stesso⁷⁵.

In funzione di tale posizione, cioè, fatta eccezione per i casi nei quali l'ex coniuge forte sia particolarmente facoltoso, di fatto si va a precludere al coniuge onerato la possibilità di crearsi una nuova famiglia non potendone sostenere i costi a causa del permanere inalterato degli obblighi economici scaturenti dalla crisi coniugale.

Tale posizione, proprio per le conseguenze che genererebbe, appare però criticabile alla luce del fatto che la scelta – sicuramente individuale e libera – di contrarre un nuovo matrimonio o di intrattenere una relazione stabile con altro soggetto appare strumentale a realizzare la personalità di ciascun individuo contribuendo a delineare quello che, sia nelle fonti internazionali⁷⁶ che in quelle nazionali⁷⁷, è qualificabile come un diritto fondamentale della persona⁷⁸.

L'insostenibilità dell'orientamento da ultimo espresso, nonché la difficoltà di accettare gli esiti cui lo stesso porterebbe, ha spinto la dottrina a porsi in maniera

⁷⁴ Sul punto v., fin d'ora, BUZZELLI D.: *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 472 s., ove fa notare come "l'attribuzione (e la determinazione) dell'assegno di divorzio si basa fondamentalmente sulle condizioni economiche degli ex coniugi e poiché la formazione di una nuova famiglia ed eventualmente la procreazione di figli con i connessi obblighi economici, da parte dell'ex coniuge obbligato, comporta una sopravvenuta modifica delle sue condizioni economiche, appare difficilmente contestabile come tali circostanze risultino idonee a giustificare, almeno su di un piano teorico, la revisione della disposizione concernente l'attribuzione dell'assegno ai sensi dell'art. 9 l. div."

⁷⁵ Cass., 22 novembre 2000, n. 15065, in *Fam. dir.*, 2001, p. 34; Trib. Bari, 9 novembre 2004, in www.dejure.it; Trib. Bari, 17 ottobre 2005, in www.utetgiuridica.it.

⁷⁶ Il riferimento è all'art. 12 CEDU che recita: "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto". Sul punto, v. PARENTE F.: *La libertà matrimoniale tra status personae e status familiae*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 140 ss.

⁷⁷ La costituzione italiana non sancisce espressamente il diritto fondamentale a contrarre matrimonio ma lo stesso si ricava da una corretta interpretazione dell'art. 2 cost.

⁷⁸ Diffusamente, sul punto, BUZZELLI D.: *La famiglia 'composita'*, Napoli, 2012, p. 89 ss.

estremamente critica sul punto nel tentativo di ribadire l'esigenza di verificare attraverso una nuova valutazione comparativa l'incidenza economica della nuova situazione di fatto sul patrimonio del soggetto onerato in modo da ridimensionare, eventualmente, l'ammontare dell'assegno da corrispondere al coniuge debole⁷⁹.

Proprio sulla scorta di tali considerazioni, la stessa giurisprudenza si è mostrata tutt'altro che insensibile alla problematica cogliendo l'esigenza di un concreto bilanciamento fra le necessità economiche della prima famiglia e quelle della nuova. Nei confronti di quest'ultima, infatti, lo stesso soggetto inizia ad assumere oneri che non possono essere considerati – *sic et simpliciter* - meno rilevanti rispetto ai primi⁸⁰.

Come pare evidente la soluzione del problema deve necessariamente passare attraverso un equilibrato contemperamento dei contrapposti interessi facenti capo alle due famiglie che, nel tempo, si sono sovrapposte ma nella convinzione per cui non sembra opportuno affidare ad un criterio meramente cronologico la prevalenza dell'una sull'altra⁸¹. Affermare la prevalenza dell'obbligo economico derivante dall'assegno di mantenimento o divorzile a scapito degli obblighi economici derivanti dalla formazione di una nuova famiglia (dentro o fuori del matrimonio⁸²) equivale a privare completamente di tutela le esigenze – pur meritevoli – della nuova formazione sociale⁸³.

Ciò che appare necessario, quindi, è l'esigenza di effettuare una nuova valutazione comparativa della mutata situazione economica dell'ex coniuge onerato che porti il giudice a bilanciare i contrapposti interessi in gioco e che lo chiami, nel caso, a ridurre gli obblighi economici derivanti dalla crisi coniugale in funzione dell'esigenza di garantire alla nuova famiglia un sostegno economico dignitoso⁸⁴. Non avrebbe alcun senso tutelare economicamente in maniera maggiormente forte una famiglia ormai dissolta rispetto ad una nuova famiglia ancora unita che si vedrebbe privata di

⁷⁹ GRANELLI C.: *Sulla variabilità dell'assegno al coniuge divorziato (contributo all'interpretazione dell'art. 9 l. 1 dicembre 1970 n. 898)*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 129; SCALISI V.: *Commentario alla Legge 1 agosto 1978, n. 436*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, p. 601; DE PAOLA V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991, p. 349 ss.; AULETTA T.: *La famiglia rinnovata: problemi e prospettive*, in *Famiglia*, 2005, p. 19 ss.; BUZZELLI D.: *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, cit., p. 472 ss.

⁸⁰ Cass., 19 ottobre 1981, n. 5447, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 409; Cass., 12 ottobre 2006, n. 21919, in *Fam. dir.*, 2007, p. 596; Cass., 22 marzo 2012, n. 4551, in *Corr. giur.*, 2012.

⁸¹ Sul punto, BUZZELLI D.: *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, cit., p. 476 s., dove fa opportunamente notare che “anche la nuova famiglia dell'ex coniuge, al pari delle altre, pone un'esigenza di tutela che non può essere ignorata e che va invece adeguatamente assicurata, non potendosi operare alcuna differenziazione all'interno delle stesse famiglie, circondandole di ogni tutela ove formate da coniugi entrambi alla prima esperienza di vita matrimoniale e, di contro, discriminandole, almeno sotto il profilo patrimoniale, laddove invece uno dei coniugi che la compongono abbia vissuto un'esperienza di divorzio”.

⁸² Sulla rilevanza del problema anche nel caso di separazione e conseguente composizione di un nuovo nucleo familiare di fatto, E. AL MUREDEN: *Il “diritto a formare una seconda famiglia” tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di “autoresponsabilità”*, cit., p. 1053.

⁸³ In questo senso, AL MUREDEN E.: *Il parametro del tenore di vita coniugale nel “diritto vivente” in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, cit., p. 700.

⁸⁴ In questo senso si esprime, da ult., Cass., 19 marzo 2014, n. 6289, in *Fam. dir.*, 2015, p. 470.

risorse necessarie al solo fine di mantenere intatti gli obblighi economici in relazione alla prima. Se permane l'esigenza di tutela dell'ex coniuge debole, non si può negare l'altrettanto necessaria tutela del coniuge attuale che non sembra opportuno relegare in una posizione subordinata solo per preservare uno *status quo* che, come si è avuto modo di evidenziare, non risulta più attuale.

Di qui, l'esigenza di una profonda rilettura dell'impostazione tradizionale che riporti in uno stato di equilibrio la situazione economica della prima famiglia con quella della seconda in modo da non privare nessuna delle due del necessario sostegno materiale senza, di contro, preservare situazioni di squilibrio che, in ultima istanza, violerebbero sia il diritto del coniuge forte a creare una nuova famiglia che quello della nuova famiglia a beneficiare delle risorse derivanti dal coniuge più facoltoso⁸⁵.

VIII. LA DISCUSSA VALIDITÀ DI ACCORDI PREMATRIMONIALI.

Da ultimo, un cenno va necessariamente dedicato a verificare se la volontà degli ex coniugi possa in qualche modo incidere sull'*an* e sul *quantum* degli assegni. Il problema richiamato è quello, particolarmente dibattuto in Italia, della validità o meno di c.dd. "accordi prematrimoniali" con i quali i coniugi, in vista di una futura crisi coniugale, vadano a disciplinare le relative attribuzioni patrimoniali⁸⁶.

Va subito segnalato che il panorama giurisprudenziale che caratterizza l'argomento è fortemente orientato verso l'esclusione della validità di tali accordi⁸⁷ che sarebbero caratterizzati da illiceità della causa comportando, di fatto, una mercificazione degli *status* personali. Attraverso tali accordi, cioè, si realizzerebbe un condizionamento del comportamento processuale del coniuge più debole in fase di separazione o di divorzio⁸⁸. In dottrina, peraltro, è stato anche evidenziato come l'ammissibilità di tali accordi potrebbe porre dei problemi di prevaricazione del coniuge forte sul coniuge

⁸⁵ Sul punto, AL MUREDEN E.: *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"*, cit., p. 1053, il quale, criticando l'orientamento che tende a mantenere intatti gli oneri economici gravanti sull'ex coniuge forte nei confronti della prima famiglia, evidenzia come "a questa impostazione dovrebbe sostituirsi quella che mira a garantire un'equa ripartizione delle risorse economiche di cui dispone la parte più benestante e quindi la finalità di garantire un tenore di vita tendenzialmente analogo tra loro a tutti i soggetti economicamente deboli, appartenenti al primo e al secondo nucleo familiare e dipendenti dal medesimo soggetto".

⁸⁶ Sul punto, in generale, OBERTO G.: *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 69 ss. Analizza tali figure negoziali nel panorama degli ordinamenti di *common law*, RUSSO T.V.: *Il potere di disposizione di diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 459 ss.

⁸⁷ In generale, Cass., 20 maggio 1981, n. 3777, in *Foro it.*, 1981, I, c. 184; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, p. 863; Cass., 16 novembre 1994, n. 9645, in *Fam. dir.*, 1995, p. 239; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Studium iuris*, 1996, p. 232; Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Giur. it.*, 1998, p. 1708; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021

⁸⁸ Si veda, Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. dir.*, 2003, p. 344.

debole il quale, data la sua condizione, potrebbe subire l'imposizione di effetti negoziali sui quali, di fatto, non è in grado di incidere⁸⁹.

Congiuntamente a tale orientamento, sempre nel senso di una radicale nullità degli accordi prematrimoniali, si è sviluppata la posizione di quanti affermano l'invalidità di tali negozi sulla scorta della presunta indisponibilità dei diritti oggetto degli stessi⁹⁰. Tale orientamento radica la propria validità sul dettato dell'art. 160 c.c. il quale, nell'affermare che "gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio", viene interpretato quale disposizione che esclude la validità di qualunque negoziazione relativa ai suddetti interessi⁹¹.

Un orientamento granitico che, però, non manca di presentare delle ipotesi di discontinuità che, pur se limitatamente ad ambiti particolari, aprono delle breccie all'interno dello tesso. Così, ad esempio, viene riconosciuta piena efficacia agli accordi stipulati fra i coniugi che si trovino in uno stato di separazione di fatto⁹² o, ancora, si è riconosciuta piena validità all'interno del nostro ordinamento agli accordi prematrimoniali che due coniugi stranieri avevano pattuito nel loro Paese d'origine nel quale gli stessi erano pacificamente ammessi⁹³.

A tali datate aperture, vanno sicuramente a sommarsi le riflessioni della dottrina che pare, al contrario, maggiormente propensa a riconoscere validità ai suddetti accordi⁹⁴ e, di conseguenza, a rimettere la regolamentazione degli interessi patrimoniali dei coniugi alla volontà degli stessi⁹⁵.

⁸⁹ DONISI C.: *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 494 ss.

⁹⁰ In dottrina, propendono per tale orientamento, TRABUCCHI A.: *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità interessati*, in *Giur. it.*, 1981, p. 1553 ss.; BARBIERA L.: *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, p. 108; DALMOTTO E.: *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, 1993, p. 344 ss.; GABRIELLI G.: *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 695 ss.

⁹¹ Su tutte, Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Foro it.*, 1986, I, c. 747; Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 1320; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Arch. civ.*, 1991, p. 417; Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, p. 1239; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, p. 863; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, in *Fam. dir.*, 1995, p. 14; Cass., 20 maggio 1999, n. 4905, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 1798; Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, in *Giur. it.*, 2006, p. 1826; Cass., 10 agosto 2007, n. 17634, in www.dejure.it; Cass., 21 febbraio 2008, n. 4424, in *Foro it.*, 2008, I, c. 212; Cass., 11 novembre 2009, n. 23908, in www.dejure.it; Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084, *ivi*.

⁹² Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 808.

⁹³ Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, p. 579.

⁹⁴ Si vedano le autorevoli posizioni di RESCIGNO P.: *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 113; ID.: *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Famiglia*, 2004, p. 437 ss.; BUSNELLI F.D.: *Prefazione*, in AMRAM D. e D'ANGELO A. (a cura di): *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziativa dell'Unione europea*, Padova, 2011, p. XIX.

⁹⁵ Si veda, fin d'ora, OBERTO G.: *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 483 ss.; ID.: «Prenuptial agreements in contemplation of divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 ss.; ID.: *Contratto e famiglia*, in *Tratt. contr.* Roppo, VI, Milano, 2006, p. 253 ss.; ID.: *Gli accordi preventivi sulla crisi familiare*, in *Famiglia*, 2008, p. 25 ss.

Nel tentativo di erodere le basi giuridiche su cui la giurisprudenza ha fondato il proprio orientamento maggioritario, in primo luogo, viene evidenziato come attraverso gli accordi prematrimoniali non si pervenga assolutamente ad una commercializzazione-mercificazione dello *status* dal momento che lo scioglimento del vincolo matrimoniale – da cui dipende la modifica dello *status* - è rimessa alla libera scelta anche di uno solo dei coniugi che, indipendentemente dalla volontà dell'altro, può determinare l'instaurarsi di una separazione e, conseguentemente, del divorzio. Gli accordi prematrimoniali, lungi dall'incidere sul profilo dello *status*, vanno quindi a regolamentare esclusivamente i rapporti economici che si verranno ad instaurare fra i coniugi per effetto di una loro scelta congiunta o non⁹⁶.

Sotto il profilo della inderogabilità dei diritti e di doveri derivanti dal matrimonio sancita dall'art. 160 c.c., è stato invece evidenziato come, a prescindere dalla presenza di evidenti deroghe a tale principio generale espressamente previste all'intero del nostro ordinamento⁹⁷, la collocazione sistematica della norma dovrebbe portare a considerare la stessa quale disposizione applicabile esclusivamente alla fase fisiologica del rapporto coniugale e non anche a quella patologica. Non rientrerebbero nell'ambito di applicazione della disposizione poco sopra menzionata, cioè, gli atti dispositivi dei reciproci diritti patrimoniali successivi alla crisi coniugale i quali ben potrebbero essere regolamentati attraverso atti di autonomia negoziale⁹⁸.

A fronte di tali osservazioni, del tutto isolata appare la posizione giurisprudenziale volta a riconoscere piena efficacia agli accordi prematrimoniali attinenti alla corresponsione o la quantificazione degli "assegni" dovuti dal coniuge forte in favore del coniuge debole. Così, però, è stato deciso in un caso nel quale il Tribunale di Torino ha sancito la validità di un accordo stipulato poco prima dell'inizio del procedimento di separazione coniugale in funzione del quale si stabiliva che la corresponsione dell'assegno di mantenimento in favore della moglie sarebbe cessato

⁹⁶ Riferimenti in tal senso, in AULETTA T.: *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, p. 45 ss.

⁹⁷ Sul punto, TARDIA I.: *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 265, ove, fa notare come "neppure l'indisponibilità ex art. 160 c.c. dei diritti e degli obblighi derivanti dal matrimonio rappresenta un ostacolo insuperabile; una interpretazione eccessivamente restrittiva pare infatti collidere con una serie di previsioni normative: basti pensare alla possibilità per i coniugi di modificare, mediante convenzioni, il regime patrimoniale della famiglia (art. 159 ss. c.c.), di stabilire le condizioni della separazione consensuale (art. 158 c.c.) o di presentare una domanda congiunta di divorzio che regoli "le condizioni inerenti la prole ed ai rapporti economici" (art. 4, comma 13, l. div.)". A tali fattispecie si deve oggi sommare, come si vedrà infra, anche quanto disposto dall'art. 6 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132 come convertito con l. 11 novembre 2014, n. 164. Da ultimo, v. le considerazioni di GRAZZINI B.: *Assegno di mantenimento "a tempo" fra "autosufficienza economica" e rinuncia al diritto*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 688 ss.

⁹⁸ OBERTO G.: *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., p. 69 ss.; ID.: *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 806 ss.

definitivamente al momento della proposizione della domanda di divorzio⁹⁹.

Va però ribadito che anche a fronte di tali aperture giurisprudenziali, la Corte di cassazione continua ad affermare in linea di principio – aderendo al suo costante orientamento - l'invalidità di accordi di tale genere pur riconoscendo un certo margine di influenza all'autonomia privata all'interno della famiglia in crisi. Ciò che continua ad essere fortemente osteggiato da parte dei Giudici di legittimità, cioè, è che attraverso un accordo delle parti si vada ad incidere sull'attribuzione degli assegni rimanendo però nella piena disponibilità dei coniugi il fatto di regolamentare i rispettivi rapporti economici nati durante il matrimonio in funzione della futura ed eventuale crisi coniugale.

Così, ad esempio, è stato considerato pienamente valido l'accordo stipulato prima del matrimonio con il quale la futura moglie si impegnava a trasferire al marito, in caso di crisi coniugale, un immobile di sua proprietà quale prestazione indennitaria a fronte del fatto che il futuro marito si era sobbarcato le spese relative alla ristrutturazione di un altro immobile – pure di proprietà della moglie – nel quale avevano intenzione di stabilire la loro residenza coniugale. Da parte sua, il futuro marito avrebbe trasferito alla futura moglie un portafoglio di titoli del valore di circa 10.000 euro per compensare le reciproche prestazioni¹⁰⁰.

Allo stesso modo, è stato considerato valido ed efficace il patto stipulato fra i coniugi che subordinava la restituzione del prestito erogato dalla moglie a titolo di mutuo in favore del marito alla sopravvenienza di una crisi coniugale fra gli stessi¹⁰¹.

Appare però evidente come nei casi sopra riportati non entri in gioco propriamente l'attribuzione o la quantificazione degli “assegni”, ma la crisi coniugale rilevi esclusivamente quale condizione sospensiva di obblighi che nulla hanno a che vedere con quelli derivanti per legge dalla crisi coniugale che, invece, non possono – secondo la Cassazione - essere oggetto di disposizione da parte dei coniugi.

L'argomento è particolarmente complesso e richiederebbe considerazioni che, in questa sede, non si ritiene opportuno sviluppare¹⁰². Tuttavia sembra chiaro che un

⁹⁹ Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. dir.*, 2012, p. 803. Nel caso di specie, il giudice di merito aderisce integralmente alle posizioni dottrinali propense a considerare pienamente validi ed efficaci fra le parti tale tipologia di accordi.

¹⁰⁰ Così, Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 890, con nota di MARGELLI I.: *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi: accordi prematrimoniali e divorzio come condizione sospensiva nella sentenza n. 23713/2012 della Corte di Cassazione*.

¹⁰¹ Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 94, con nota di TAGLIASACCHI E.: *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*

¹⁰² Si rinvia, per ulteriori recenti riferimenti, a BRIGNONE C. e TARDIA I.: *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1 ss.; SANGERMANO F.: *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1564 ss.; AMAGLIANI R.: *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negoziabilità*, in *Contratti*, 2014, p. 582 ss.; PERA A.: *Il rapporto coniugale tra status e*

atteggiamento di chiusura così rigido da parte della giurisprudenza non possa trovare accoglimento in quanto eccessivamente limitativo del diritto di soggetti ormai adulti di regolare i reciproci rapporti economici derivanti dalla crisi familiare. Se esistono esigenze di tutela del coniuge debole, è altrettanto vero che la debolezza del coniuge che qui si prende in considerazione è di carattere meramente economico e non cognitivo o di “forza negoziale” e, pertanto, non si vede come tali accordi possano prevaricare un soggetto rispetto all’altro. In aggiunta, è altrettanto evidente come a tali accordi potranno applicarsi i normali strumenti di tutela contro eventuali vizi del consenso e che, chiaramente, spetterà al giudice verificarne la meritevolezza alla luce dei principi dell’ordinamento ed in relazione alla singola e specifica situazione concreta nella quale si venga a trovare la coppia in crisi.

Ed aperture in questo senso possono oggi essere rinvenute nel d.l. 12 settembre 2014, n. 132 -convertito con l. 11 novembre 2014, n. 164 - che all’art. 6 introduce la c.d. negoziazione assistita da uno o più avvocati per la soluzione consensuale di procedimenti di separazione e divorzio attraverso la quale, con l’accordo fra le parti, si possono determinare gli effetti della separazione o del divorzio regolamentandone, sempre consensualmente, i relativi effetti economici. Attraverso la medesima procedura possono, peraltro, essere modificate le condizioni di separazione e di divorzio già assunte. Se è vero che tale strumento si applica a situazioni di crisi coniugale già in atto – e non riguarda patti stipulati in vista di una futura ed eventuale crisi – è altrettanto vero che attraverso la stessa si determina, pur con delle precauzioni¹⁰³, una negoziazione degli effetti economici derivanti dalla crisi familiare che, di fatto, svuota di contenuto giuridico le remore ad ammettere la validità di accordi prematrimoniali in vista di una crisi coniugale¹⁰⁴.

Riconoscere validità a tali patti, quindi, oltre a non comportare eccessivi pericoli strutturali ed a mostrarsi in linea con la più recente evoluzione normativa, servirebbe anche ad alleggerire quella rigidità che, in tema di assegni di mantenimento e di assegni divorzili, continua a caratterizzare la giurisprudenza nazionale permettendo

contratto negli ordinamenti italiano e inglese, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 251 ss.; GILIBERTI M.: *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell’autonomia dei coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 476 ss.

¹⁰³ La procedura di negoziazione assistita prevede un diverso regime a seconda del fatto che la coppia in crisi abbia o meno figli minori, incapaci, maggiorenni ma non autosufficienti o portatori di handicap gravi dalla situazione nella quale la coppia non abbia figli o gli stessi siano maggiorenni ed autosufficienti. Nel primo caso, infatti, l’accordo fra i coniugi deve essere trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente che ne verifica la regolarità e la rispondenza dello stesso all’interesse dei figli. In tale ultimo caso, trasmette l’accordo al Presidente del Tribunale che fissa l’udienza di comparizione delle parti dinanzi a sé. Nel secondo caso, al contrario, l’accordo viene trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente che ne verifica la mera regolarità formale. Sul ruolo di controllo svolto dai soggetti coinvolti all’interno di tale procedura, LUPOI M.A.: *Separazione e divorzio*, cit., p. 283 ss.

¹⁰⁴ In questo senso, RIMINI C.: *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione ed una proposta dopo l’introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 207 ss.; PALAZZO M.: *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive*, cit., p. 590 s.

una più equilibrata ripartizione fra i coniugi degli oneri economici derivanti dalla crisi familiare.

BIBLIOGRAFIA

AL MUREDEN E.: *Assegno di divorzio ed incrementi reddituali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 748 ss.

AL MUREDEN E.: *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 683 ss.

AL MUREDEN E.: *Gli incrementi reddituali del coniuge obbligato ed i loro riflessi sull'assegno divorzile: dal criterio della prevedibilità a quello dell'incidenza proporzionale alla durata del matrimonio*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 456 ss.

AL MUREDEN E.: *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 1047.

AL MUREDEN E.: *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 687 ss.

AMAGLIANI R.: *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negoziabilità*, in *Contratti*, 2014, p. 582 ss.

AMENDOLAGINE V.: *"Tenore" e "stile" di vita non possono considerarsi tra loro sinonimi quando si tratta di determinare l'assegno divorzile*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1349 ss.

AULETTA T.: *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, p. 195 ss.

AULETTA T.: *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, p. 45 ss.

AULETTA T.: *Il diritto di famiglia*, Torino, 1992.

AULETTA T.: *La famiglia rinnovata: problemi e prospettive*, in *Famiglia*, 2005, p. 19 ss.

BARBIERA L.: *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001.

BARBIERA L.: *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988.

BARBIERA L.: *Il matrimonio*, Padova, 2006.

BIANCA C.M.: *Diritto civile*, 2.1., Milano, 2014.

BIN M.: *I rapporti di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 325.

- BONILINI G.: *L'assegno post-matrimoniale*, in BONILINI G. e TOMMASEO F.: *Lo scioglimento del matrimonio*, 3^a ed., in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 2010, p. 585 ss.
- BONILINI G.: *La revisione dei provvedimenti accessori alla pronuncia di divorzio*, in BONILINI G. e TOMMASEO F.: *Lo scioglimento del matrimonio*, nel *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 853.
- BRIGNONE C. e TARDIA I.: *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1 ss.
- BUGETTI M.N.: *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative "law" e tutela della libertà negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 269 ss.
- BUSNELLI F.D.: *Prefazione*, in AMRAM D. e D'ANGELO A. (a cura di): *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziativa dell'Unione europea*, Padova, 2011.
- BUZZELLI D.: *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 472 s.
- BUZZELLI D.: *La famiglia 'composita'*, Napoli, 2012.
- CARBONE V.: *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 1165 ss.
- CASABURI G.: *Anche i ricchi piangono: quando l'assegno di separazione è di tre milioni di euro al mese*, in *Corr. merito*, 2013, p. 743.
- COLANGELO M.: *La separazione giudiziale*, in FERRANDO G., FORTINO M. e RUSCELLO F. (a cura di): *Famiglia e matrimonio*, I, 2, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, Milano, 2011, p. 1418 ss.
- CUBEDDU M.G.: *I contributi al diritto europeo della famiglia*, in PATTI S. e CUBEDDU M.G.: *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 16.
- DALMOTTO E.: *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, 1993, p. 344 ss.
- DE PAOLA V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991.
- DONISI C.: *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 494 ss.
- DOSSETTI M.: *Gli effetti della pronuncia di divorzio*, in AA. VV.: *Il diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, 2007, p. 770 ss.
- DOSSETTI M.: *Successione ereditaria e revisione dell'assegno di divorzio*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1000 ss.
- ESPOSITO M.S.: *L'addebito della separazione tra violazione dei doveri coniugali ed esercizio di libertà fondamentali*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 973 ss.

- FAZIO E.: *Assegno di divorzio e prevedibilità degli aumenti reddituali*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 475.
- FERRANDO G.: *“Famiglia di fatto” e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di cassazione*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 560.
- FIGONE A.: *Modifica delle condizioni di separazione e divorzio*, in FERRANDO G.: *Separazione e divorzio*, in *Giust. sist.* Bigiavi, Torino, 2003, p. 915.
- FINOCHIARO A.M.: *Diritto di famiglia, II, Il divorzio*, Milano, 1988, p. 575.
- GABRIELLI G.: *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 695 ss.
- GILIBERTI M.: *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell'autonomia dei coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 476 ss.
- GRANELLI C.: *Sulla variabilità dell'assegno al coniuge divorziato (contributo all'interpretazione dell'art. 9 l. 1 dicembre 1970 n. 898)*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 129.
- GRAZZINI B.: *Assegno di mantenimento “a tempo” fra “autosufficienza economica” e rinuncia al diritto*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 688 ss.
- LIUZZI A.: *Assegno di divorzio e incrementi reddituali*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 240 ss.
- LUPOI M.A.: *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 283 ss.
- MACARIO F.: *Assegno di divorzio e mezzi adeguati*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1166.
- MAGLI C.: *Acquisti ereditari pervenuti successivamente allo scioglimento del matrimonio e revisione dell'assegno di divorzio*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 774.
- MARGELLI I.: *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi: accordi prematrimoniali e divorzio come condizione sospensiva nella sentenza n. 23713/2012 della Corte di Cassazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 890.
- MORRONE A.: *Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorzile e il criterio del “medesimo tenore di vita”*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 687 ss.
- OBERTO G.: *«Prenuptial agreements in contemplation of divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 ss.
- OBERTO G.: *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 806 ss.
- OBERTO G.: *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 69 ss.
- OBERTO G.: *Contratto e famiglia*, in *Tratt. contr.* Roppo, VI, Milano, 2006, p. 253 ss.
- OBERTO G.: *Gli accordi preventivi sulla crisi familiare*, in *Familia*, 2008, p. 25 ss.

- OBERTO G.: *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999.
- PALAZZO M.: *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 575 ss.
- PALAZZO M.: *Le progressive aperture della Suprema Corte al principio dell'autoresponsabilità nella configurazione dell'assegno post-matrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 426 ss.
- PARENTE F.: *La libertà matrimoniale tra status personae e status familiae*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 140 ss.
- PERA A.: *Il rapporto coniugale tra status e contratto negli ordinamenti italiano e inglese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 251 ss.
- PERLINGIERI P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006.
- QUADRI E.: *Assetti economici postconiugali e dinamiche esistenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 387 s.
- QUADRI E.: *Disciplina della crisi familiare: esperienze e prospettive*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 1059 ss.
- QUADRI E.: *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 537.
- QUADRI E.: *La crisi familiare e le sue conseguenze*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 129 ss.
- RENDA A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013.
- RESCIGNO P.: *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Familia*, 2004, p. 437 ss.
- RESCIGNO P.: *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 113.
- RIMINI C.: *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione ed una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 207 ss.
- ROSSI CARLEO, L.: *La separazione e il divorzio*, in AA. VV., *Il diritto di famiglia*, I, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 161 ss.
- RUSSO T.V.: *Il potere di disposizione di diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 459 ss.
- SANGERMANO F.: *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1564 ss.

SANTOSUOSSO F.: *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2011.

SANTOSUOSSO, F.: *Separazione personale e divorzio*, in *Iustitia*, 2007, p. 81 ss.

SCALISI V.: *Commentario alla Legge 1 agosto 1978, n. 436*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, p. 601.

SESTA M.: *Diritto di famiglia*, Padova, 2005.

SESTA M.: *Negoziiazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 295 ss.

TAGLIASACCHI E.: *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 94.

TARDIA I.: *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 265.

TOTARO A.: *Gli effetti del divorzio*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, Milano, 2011.

TRABUCCHI A.: *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità interessati*, in *Giur. it.*, 1981, p. 1553 ss.

TRABUCCHI A.: *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 131.



LA PRESTATION COMPENSATOIRE EN FRANCE

FORMAL SPOUSES ALIMONY'S AND "COMPENSATORY ALLOWANCE" (PRESTATION COMPENSATOIRE) IN FRENCH LEGISLATION

DRA. ISABELLE SAYN
Directrice de recherche au CNRS
CERCRID (UMR 5137)
Université de Lyon
isabelle.sayn@univ-st-etienne.fr

RESUMEN: Depuis 1975, la pension alimentaire entre ex-époux est devenue une prestation compensatoire. Cette prestation est aujourd'hui pour l'essentiel versée sous forme de capital (90%), du mari divorcé à son ex-femme (90%) et elle concerne des mariages relativement longs (15 ans en moyenne). Mais la jurisprudence et la doctrine témoignent des incertitudes qui perdurent sur les justifications possibles du maintien de cette prestation. Ces incertitudes compliquent l'évaluation du montant de cette prestation.

PALABRAS CLAVE: Conséquences économiques du divorce, pension alimentaire entre ex-époux, prestation compensatoire.

ABSTRACT: Since 1975, formal spouses alimony's became "compensatory allowance" (prestation compensatoire). This allowance is usually a lump sum form (90%), given by the divorced husband (90%) and concerning long term marriages (15 years in average). But case-law and academic writings reflect uncertainties: there is no consensus about reasons why for compensatory allowance. Such uncertainties make the appropriate quantification of formal spousal allowance harder to assess.

KEY WORDS: Economic consequences of divorce, formal spouses alimony's, "compensatory allowance" (prestation compensatoire).

FECHA DE ENTREGA: 25/08/2016/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 02/09/2016.

SUMARIO: I. INTRODUCTION.- II. LES EVOLUTIONS DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE DEPUIS 1975.- III. LES CONDITIONS D'OCTROI DE LA PRESTATION.- 1. Etablir la disparité dans les conditions de vie respective.- 2. S'attacher aux causes de la disparité?.- IV. LA MESURE DE LA COMPENSATION.- 1. Des critères légaux de mesure de la compensation.- 2 Fixer le montant de la prestation compensatoire.- V. LE REGIME DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE.- 1. Forme et durée de la prestation compensatoire.- A) Une prestation compensatoire sous forme de capital.- B) Une prestation compensatoire sous forme de rente viagère.- C) La prestation compensatoire et l'accord des parties.- 2. Modifications et extinction de la prestation compensatoire.- 3. Le régime fiscal de la prestation compensatoire.

I. INTRODUCTION.

La prestation compensatoire a été créée en France par la loi du 11 juillet 1975 réformant le divorce. Il s'agissait alors de rompre avec une conception traditionnelle du mariage et d'autoriser le divorce pour des causes autres que la seule faute, en introduisant notamment le divorce par consentement mutuel. Les débats qui ont entouré cette réforme se sont donc pour l'essentiel consacrés aux causes admissibles de divorce.

Les textes ont évolué depuis, sans que soit remise en cause leur philosophie générale. L'essentiel a consisté à élargir plus encore les causes de divorce, en prévoyant par exemple un divorce pour rupture de la vie commune après une séparation de fait de 2 ans plutôt que 6 ans, et à rompre le lien qui existait encore pour partie entre les causes du divorce et ses conséquences pécuniaires. Ainsi et depuis 2004, l'allocation d'une prestation compensatoire est possible quel que soit le cas de divorce retenu, y compris en faveur du conjoint contre lequel est prononcé un divorce pour faute à ses torts exclusifs. Il reste seulement la possibilité pour le juge de refuser une telle prestation si l'équité le commande, "au regard des circonstances particulières de la rupture" (art. 270 C. civ.).

La libéralisation du divorce, qui traduisait l'admission d'un mariage "à temps", a logiquement été accompagnée de la disparition du devoir de secours qui perdurait entre les époux au-delà du divorce. Il prenait la forme d'une "pension alimentaire", jusqu'alors allouée à l'époux "innocent", c'est à dire celui auquel il ne pouvait pas être reproché une faute cause de divorce. Cette pension alimentaire imposait à l'un de subvenir aux besoins de l'autre, sans limitation de durée. Signalons que, d'une façon général, le terme de "pension alimentaire" manifeste une obligation alimentaire qui lie, au terme du code civil, les membres d'une même famille.

La pension alimentaire entre ex-époux a été remplacée par une “prestation compensatoire”¹. Très contestée dans les années 90s, elle a fait l’objet de réformes successives tendant à en limiter les effets, sans pour autant que soient tranchées des questions essentielles : qu’est-ce qui justifie de maintenir le versement d’une somme d’argent entre ex-époux ? quel est l’objectif poursuivi par ce versement ? Ces incertitudes expliquent en partie les difficultés rencontrées par les professionnels de la justice et notamment par les magistrats pour évaluer le montant de cette prestation. Cette présentation de la prestation compensatoire en droit français exposera à grands traits les évolutions de cette prestation depuis 1975. Seront ensuite présentées les conditions d’octroi de la prestation, les difficultés de mesure de son montant et le régime de cette prestation.

II. LES ÉVOLUTIONS DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE DEPUIS 1975.

Considérant les seules relations entre les ex-époux, indépendamment de la présence d’enfants communs, le législateur de 1975 a tenté de faire prévaloir une logique de Clean break : la prestation devait être fixée au moment du divorce, sans pouvoir être réajustée par la suite, de façon à écarter tout contentieux ultérieur relatif à des demandes de révision. Ainsi la loi prévoyait-elle le “caractère forfaitaire” et “non révisable “de la prestation, y compris “en cas de changement imprévu dans les ressources ou besoins des parties” (article 273 du code civil).

Cette logique justifiait également la préférence affirmée par la loi pour la fixation en capital de la prestation (article 274 C. civ.: “lorsque la consistance des biens de l’époux débiteur de la prestation compensatoire le permet, celle-ci prend la forme d’un capital”), plutôt que sous forme de rente, cherchant ainsi à éviter des versements successifs et donc le maintien de relations pécuniaires entre les ex-époux. Ce capital pouvait alors prendre la forme du versement d’une somme d’argent, de l’abandon de biens ou de dépôt de valeurs productives de revenus entre les mains d’un tiers. Il pouvait être versé en trois années au maximum et éventuellement sous forme de versements par mensualités (Cass. Civ. 2^o, 14 octobre 1987, Bull. civ. II, n^o 197), sous réserve de l’impossibilité de modifier l’échéancier initialement prévu.

A défaut de capital ou si celui-ci n’était pas suffisant, la prestation compensatoire pouvait alors prendre la forme d’une rente, fixée “pour une durée égale ou inférieure à la vie de l’époux créancier” (article 276-1), ce qui impliquait des versements périodiques, généralement mensuels, sur le modèle de l’ancienne pension alimentaire et soulevait donc les difficultés propres à ce types de versement : indexation de la

¹ Sauf dans le cas de divorce pour rupture de la vie commune. Le maintien du devoir de secours avait alors été considéré comme une forme de compensation pour l’époux défendeur au divorce.

rente, difficultés d'exécution liées à l'évolution des situations respectives des parties pouvant justifier une demande de révision.

Dans tous les cas cette prestation, fixée une fois pour toute et détachée du modèle alimentaire, se transmettait aux héritiers du débiteur.

La révision était exceptionnelle, y compris en cas de transmission passive, et limitée aux situations dans lesquelles son refus aurait "pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité" (article 273), condition stricte assortie d'une jurisprudence également restrictive de la cour de cassation. La voie était un peu plus large pour les divorces prononcés à la suite d'un consentement mutuel : une nouvelle convention, également soumise à l'homologation du juge du divorce, était possible, et une demande unilatérale en justice était admise dès lors que la convention initiale contenait une clause de révision pour faire face à des changements imprévus dans les ressources et les besoins des ex-époux (article 279 al. 1 et 2).

L'impossibilité de fixer une prestation en capital dans les situations les plus nombreuses, en raison de la situation économique des divorçants, et la prééminence corrélative des rentes (70%)², a placé la question de la révision et celle de la transmissibilité passive de la rente au centre du débat- et a abouti à la réforme de cette prestation, avec les lois du 30 juin 2000 (complétée par la loi du 3 décembre 2001) et du 26 mai 2004.

La loi du 30 juin 2000 s'est donc donné pour objectifs de faciliter l'octroi de prestations compensatoires en capital et de limiter les rentes, tout en permettant plus largement leur révision - mais à la baisse seulement.

Pour encourager la prestation compensatoire en capital, les textes permettent dorénavant, outre les formes précédentes d'abandon des biens, l'abandon de droits d'usage ou l'habitation, en visant implicitement le logement familial.

En outre, le montant en capital de la prestation peut dorénavant être servi sur une période de 8 années au lieu des trois initialement prévues, le juge fixant les modalités de paiement du capital sous forme de versements mensuels ou annuels.

Enfin, si le montant du capital ne peut pas être révisé, ses modalités de paiement peuvent l'être, et aboutir à un délai de versement sur une durée totale supérieure à huit ans en cas de "changement notable de la situation du débiteur". Le juge peut accorder ce délai supplémentaire au débiteur "à titre exceptionnel" et "par décision spéciale et motivée".

² MOREAU, C., MUÑOZ-PÉREZ, B., SERVERIN, E.: "Les prestations compensatoires à l'épreuve du temps, Quatre mois de décisions sur les révisions de prestations compensatoires (sept.- déc. 2005)", *Dir. des Affaires Civiles et du Sceau, cellule Etudes et recherche*, sept. 2006, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-prest-compens.pdf

La loi du 3 décembre 2001 a en outre donné aux époux ayant divorcé par consentement mutuel la possibilité de modifier les modalités de règlement de la prestation initialement prévues alors mêmes qu'ils n'avaient pas prévu de clause de révision dans la convention initiale, à condition de conclure une nouvelle convention.

Pour limiter le recours à une rente, la loi a fait disparaître les rentes limitées dans le temps (sauf dans le cadre du divorce par consentement mutuel), rentes qui peuvent être remplacées par un capital dorénavant versé sur une période de huit ans.

Quant aux rentes viagère, elles sont maintenues, mais leur octroi est soumis à des critères plus restrictifs : "A titre exceptionnel, le juge peut, par décision spécialement motivée, en raison de l'âge ou de l'état de santé du créancier ne lui permettant pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère". Ainsi, seuls les époux qui ne sont pas en mesure de se procurer des moyens de subsistances par leur travail ou leur patrimoine peuvent dorénavant prétendre à une telle rente.

Enfin, la révision des rentes est admise, qu'elles aient été fixées sous l'empire de la loi ancienne³ ou sous l'empire de la loi nouvelle. Toutes les prestations compensatoires fixées sous forme de rente (par hypothèse viagère) à partir du 1^{er} juillet 2000 peuvent être révisées, suspendues ou supprimées "en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties" et la révision peut être demandée aussi bien par le débiteur que par ses héritiers. Cependant, la révision ne peut avoir pour effet "de porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge". Elle ne peut donc avoir lieu qu'à la baisse

Par ailleurs, le créancier comme le débiteur de la prestation compensatoire ou ses héritiers peuvent à tout moment saisir le juge aux fins de substitution d'un capital à la rente.

En outre, après le décès du débiteur, la loi prévoit la déduction de plein droit de la pension de réversion versée à l'ex-époux survivant du montant de la prestation compensatoire qu'il reçoit⁴.

³ Les mesures transitoires des lois de 2000 et 2001 ont en effet autorisé la remise en cause des rentes attribuées avant leur entrée en vigueur de la loi, en cas de "changement important dans les ressources ou les besoins des parties", et toujours à la baisse seulement ("sans pouvoir porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge"). En outre, la possibilité de demander la substitution d'un capital aux rentes viagères a été prévues (avec échelonnement possible de huit ans notamment) ainsi que la possibilité de demander au juge la déduction des pensions de réversion.

⁴ Les droits à la retraite étant liés à l'activité professionnelle, il est prévu que le conjoint n'ayant pas de droits à la retraite ou bénéficiant de droits insuffisants peut bénéficier, après le décès de son époux ou de son ex-époux, d'une partie des droits à la retraite qu'il recevait de son vivant. Cette

A la suite d'un divorce par consentement mutuel, les demandes en justice de substitution en capital sont également possibles, de même que la possibilité de demander au juge la révision – toujours à la baisse seulement - de la convention homologuée en cas de “changement important” dans les ressources et besoins des parties. En outre, la convention initiale peut toujours prévoir une clause de révision, mais cette fois à compter de la réalisation d'un “changement important” et non plus “imprévu” dans les ressources et besoins des parties.

La loi du 26 mai 2004 a étendu le domaine d'application de la prestation compensatoire, en supprimant les liens encore existants entre les causes du divorce et le droit à prestation⁵, mais a apporté des limites supplémentaires à l'attribution d'une rente et a élargi encore les possibilités de révision – toujours à la baisse seulement.

Afin de favoriser encore les prestations en capital, la loi admet dorénavant le cumul des solutions : cumul d'une prestation en capital et d'une rente viagère, cumul d'un capital versé sur une période de 2 à 8 ans avec les différentes modalités de versement du capital. Quant à la substitution du capital à la rente, elle est facilitée est la publication d'un barème de capitalisation.

Afin de limiter le poids, pour les débiteurs, des rentes prononcées, il est désormais beaucoup plus facile d'en obtenir la révision à la baisse tandis que toute augmentation reste proscrite. Ainsi, si les modifications concernant les prestations en capital sont inchangées (elles ne peuvent porter que sur les modalités de paiement et non sur leur montant, en raison de changements “importants”), la révision des rentes est désormais la règle: toutes les rentes, qu'elles soient conventionnelles ou contentieuses, quelle que soit la date à laquelle elles ont été fixées, peuvent être révisées, suspendues ou supprimées au visa de l'article 276-3 en cas de changement important dans la situation de l'une ou l'autre des parties, que ce soit par convention entre les époux ou par décision de justice⁶. Toutes les rentes peuvent également se voir substituer un capital.

Enfin, après avoir prévu la déduction de plein droit des pensions de réversion (2001), la loi prévoit que la rente ne se transmet plus aux héritiers : qu'elles soient viagères ou temporaires, les rentes se voient substituer automatiquement un capital⁷

pension de réversion est versée sous condition de ressources et elle partagée au prorata des durées respectives de mariage en cas de re-mariage du titulaire de droit.

⁵ La prestation est dorénavant possible quelle que soit la cause du divorce, y compris en cas de divorce pour rupture de la vie commune ou de divorce prononcé aux torts exclusifs de son créancier, sous réserve dans ce dernier cas des “circonstances particulières de la rupture”.

⁶ En outre, toutes les rentes viagères, fixées par le juge ou par convention, avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, peuvent désormais être “révisées, suspendues ou supprimées à la demande du débiteur ou de ses héritiers lorsque leur maintien en l'état procurerait au créancier un avantage manifestement excessif au regard des critères posés à l'article 276 du code civil”.

⁷ Les héritiers peuvent cependant choisir de maintenir des modalités de paiement antérieures “en s'obligeant personnellement au paiement de cette prestation”, cette solution leur permettant de

au décès du débiteur, dont le montant est calculé à partir du barème de capitalisation déjà mentionné – et après déduction de la pension de réversion. Le capital ainsi calculé peut être prélevé seulement dans la limite de l'actif successoral, de sorte que la prestation compensatoire disparaît pour le surplus.

Au terme de ces évolutions, une prestation est fixée dans 19% des divorces, le plus souvent à l'égard de l'ex-épouse (96% des prestations), le plus souvent sous la forme d'un capital (90%), parfois avec un paiement échelonné dans le temps (28% des prestations). La rente viagère est résiduelle (5%) et la rente limitée dans le temps, permise avec l'accord des époux, l'est aussi (6% des prestations)⁸.

Ces évolutions successives sont revenues en grande partie sur les objectifs initiaux de la loi. Les limites importantes apportées à la transmissibilité passive de prestation compensatoire (conversion en capital, limite des forces de la succession, déduction de la pension de réversion) en font à nouveau une dette attachée à la personne, sur le modèle de la pension alimentaire. La possibilité d'obtenir une révision du montant de la rente ou des conditions de versement du capital s'éloignent quant à elle de l'idée initiale du Clean break et du modèle d'un montant forfaitaire, strictement indépendant de l'évolution des conditions de vie des ex-époux.

Au-delà de la volonté de diminuer la charge assumée par les débiteurs de la prestation, les choix opérés manifestent selon nous les incertitudes qui perdurent sur les justifications de la prestation compensatoire. Ces incertitudes se manifestent également dans les conditions d'octroi de la prestation et dans les interprétations qui en sont faites tant par la jurisprudence que par la doctrine, de sorte que les objectifs assignés par la loi à la prestation compensatoire sont diversement interprétés.

III. LES CONDITIONS D'OCTROI DE LA PRESTATION.

La loi de 2004 a rompu les derniers liens existants entre les circonstances du divorce et le droit à une prestation. Dorénavant, une prestation est possible quelle que soit la cause du divorce, y compris en cas de divorce pour rupture de la vie commune⁹ ou de divorce prononcé aux torts exclusifs du demandeur, sous réserve

conserver la possibilité de demander une révision du montant de la prestation pour l'avenir, dans les conditions de droit commun.

⁸ En 2013, neuf prestations compensatoires sur dix sous forme de capital, BEKMOKTAR, Z., MANSUY, J.: "En 2013, neuf prestations compensatoires sur dix sous forme de capital", *Infostat Justice*, n° 144, <http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/infostats-justice-10057>.

⁹ Le divorce pour rupture de la vie commune, introduit par la loi de 1975, avait été vivement critiqué comme introduisant un divorce objectif, lié à la seule séparation de fait de 6 ans au moins et permettant d'imposer le divorce à l'époux défendeur. La contrepartie de ce divorce, parfois qualifié de répudiation, avait été le maintien du devoir de secours à l'égard de l'époux divorcé contre son grès. Dorénavant nommé divorce pour altération définitive du lien conjugal, il suppose une

des “circonstances particulières de la rupture”. Malgré cette rupture de principe, certains auteurs considèrent encore que les circonstances qui précèdent et qui entourent le divorce, constitutives d’une faute, pourraient justifier une appréciation plus généreuse de la prestation, celle-ci ayant pour objet non seulement de compenser une disparité, mais aussi et “plus généralement [...] de couvrir tout le préjudice matériel que le divorce peut causer”¹⁰. Il n’est pas impossible que ces circonstances influencent en effet le juge dans son appréciation du montant de la prestation¹¹, mais il n’en reste pas moins que seule la disparité commande, en principe, l’attribution d’une prestation.

Au terme du Code civil en effet, “L’un des époux peut être tenu de verser à l’autre une prestation destinée à compenser, autant qu’il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d’un capital dont le montant est fixé par le juge”. Toutefois, même en cas de disparité constatée, “le juge peut refuser d’accorder une telle prestation si l’équité le commande, soit en considération des critères [d’évaluation du montant de la prestation] prévus à l’article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l’époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture” (article 270 C. civ.)

L’objectif de la loi est donc d’assurer un rééquilibrage entre les situations patrimoniales des deux époux, situation dont la disparité était gommée par la communauté de vie mais qui apparaît au moment de la séparation et s’exprime par une disparité des conditions de vie. La disparité des conditions de vie est donc un préalable et doit être établie. Cependant, malgré une position de principe de la cour de cassation assez nette, des discussions se sont développées autour des causes de la disparité, défendant l’idée que toute disparité n’est pas susceptible de justifier le versement d’une prestation compensatoire. Ce débat montre les incertitudes des justifications de la prestation, entre un droit continué lié à la protection d’ordre public accordée aux époux et une indemnisation des inégalités économiques liée à la répartition des tâches dans le couple. Nous nous attacherons donc à exposer comment s’établit la disparité avant de présenter le débat sur les causes de la disparité.

séparation de fait de deux ans au lieu de six et ne peut plus être écarté au motif qu’il aurait eu des conséquences matérielles ou morales d’une exceptionnelle dureté.

¹⁰ CLAUX, J.P., DAVID, S.: *Droit et pratique du divorce*, coll. Dalloz Référence, 2015-2016.

¹¹ Les analyses en cours d’un échantillon représentatif de décisions de justice semblent d’ailleurs montrer que le fait que le divorce soit prononcé aux torts exclusifs de l’un ou de l’autre des époux serait au final sans incidence sur le montant de la prestation, BOURREAU-DUBOIS, C., MANSUY, J.: “Comment font les juges ? Une analyse des montants de prestation compensatoire fixés dans les jugements de divorce”, Communication au colloque *Les conséquences économiques de la rupture, la prestation compensatoire en question*, Paris, 7 octobre 2015. Actes à paraître, Larcier, 2017.

Il faut au préalable préciser que la loi est beaucoup moins directive lorsque les époux sont d'accord sur le principe et sur le montant de la prestation compensatoire, qu'ils agissent dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ou qu'ils proposent une solution conventionnelle à l'homologation du juge à l'occasion d'un divorce contentieux. La renonciation à la prestation est admise, et le juge n'a pas à vérifier si les conditions d'octroi de la prestation sont remplies. La mesure de la prestation est également laissée à la libre appréciation des époux divorçants. Le juge doit toutefois refuser l'homologation si elle "fixe inégalement les droits et obligations des époux" (art. 278 al. 2 C. civ.).

1. Etablir la disparité dans les conditions de vie respectives.

Si l'article 270 C. civ. impose la seule condition de la disparité "que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives", en visant une appréciation au moment du divorce, le texte suivant impose au juge de fixer la prestation compensatoire "en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible". L'appréciation de la disparité vise donc la situation actuelle comme la situation prévisible. Par ailleurs l'expression "disparité dans les conditions de vie" est de fait assimilée à une disparité dans les "ressources" des époux divorçants, c'est donc cette disparité qui va être, en principe, appréciée par le juge, au sens des revenus habituels et, de façon plus incertaine, du capital de chacun.

Cette appréciation relève avant tout du pouvoir d'appréciation des juges du fond. Ceux-ci disposent de pouvoirs d'investigation classiques : au-delà de l'obligation générale faite aux parties d'apporter la preuve de leurs allégations, les juges ont le pouvoir de leur enjoindre de produire des pièces et peuvent tirer les conséquences de leur absence. Les magistrats peuvent également demander des informations à des tiers, débiteurs ou détenteurs de valeurs (art. 259-3 C. civ), qui ne saurait leur opposer le secret professionnel¹², et ils peuvent enfin chercher à évaluer le sort patrimonial des époux après la liquidation de leur régime matrimonial en nommant un notaire "en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager" (art. 255 10° C. civ.) ou un professionnel qualifié "en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux" (art. 255 9° C. civ.)¹³. En outre, la loi prévoit la production, par chacun des époux, d'une attestation sur l'honneur destinée à mieux informer le juge de la situation patrimoniale de chacun, attestation

¹² Le juge peut en particulier rendre une ordonnance désignant le directeur du Fichier national des comptes bancaires aux fins de lui communiquer la liste des comptes détenus par les époux.

¹³ Le juge peut également nommer des experts au moment du prononcé du divorce, en se prononçant sur le principe de la prestation compensatoire mais en décidant de surseoir à statuer sur son montant. Il peut alors décider d'une prestation provisionnelle.

dont l'utilité est contestée et dont le caractère facultatif a été affirmé en 2005 par la jurisprudence de la cour de cassation.

D'une façon générale, sont pris en considération dans l'évaluation de cette disparité les revenus personnels de toute nature, particulièrement les revenus professionnels ou les revenus de remplacement (allocation chômage, prestations en espèce de l'assurance maladie) ainsi que les revenus du patrimoine. Sont exclues seulement les sommes reçues à destination des enfants, qu'il s'agisse de pensions alimentaires, versées par l'autre parent notamment, ou de prestations familiales, versées en raison de leur présence¹⁴. Peuvent également être pris en considération l'ensemble des biens mobiliers ou immobiliers en tant qu'ils sont productifs de revenus ou qu'ils permettent d'apprécier plus largement la situation patrimoniale des époux. La loi ne dit rien du sort des charges assumées par chacun des époux dans l'évaluation de leurs situations. L'usage des juridictions semble être de les déduire des revenus utiles pour l'appréciation de la disparité, qu'il s'agisse des charges de la vie courante, notamment des charges locatives ou du versement de pensions alimentaires pour enfants, des frais de remboursement de prêts ou encore des charges fiscales. Enfin, la jurisprudence admet qu'il faille tenir compte des conséquences d'un concubinage notoire sur le niveau de vie des divorçants, que ce soit en terme de ressources supplémentaires ou de partage des charges de la vie courante¹⁵.

L'appréciation de l'évolution prévisible de la situation matérielle des époux divorcés concerne pour l'essentiel leur avenir professionnel : il s'agit d'apprécier, dans la mesure du possible, les perspectives de carrière de chacun et leur capacité à obtenir des ressources d'origine professionnelles, compte tenu de leurs carrières passées, de leurs qualifications professionnelles et de leur investissement passé et à venir (en présence de jeunes enfants) dans l'éducation des enfants. L'appréciation des droits à venir à la retraite est importante dans un pays où ses droits sont directement liés à l'exercice d'une activité professionnelle et aux cotisations qu'elle génère.

S'agissant de l'évolution du capital, la cour de cassation a simplifié l'équation en considérant qu'il ne devait jamais être tenu compte des espérances successorales et que la prestation compensatoire n'avait pas pour objet de compenser le choix initial d'un régime matrimonial, de sorte que le défaut de liquidation du régime matrimonial au moment où la décision de divorce est rendue ne constitue pas une difficulté. Il n'en reste pas moins que le juge peut anticiper, au vu des pièces

¹⁴ La loi avait, en 2005, exclu des ressources utiles pour le calcul de la prestation, les "sommes versées au titre des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap", avec la préoccupation de mieux assurer l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées (loi n°2005-102 du 11 février 2011). Ce texte a été déclaré inconstitutionnel par une décision du Conseil Constitutionnel du 2 juin 2014 (décision n°2014-398, QPC), notamment sur le fondement de l'égalité, les autres revenus de substitution des revenus du travail étant, eux, pris en considération.

¹⁵ Voir par exemple Civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, n°05-15.706 s'agissant de la situation de concubinage de la créancière de la prestation.

produites par les parties, les conséquences de la liquidation et du partage du régime matrimonial, cette possibilité étant défendue par des auteurs qui considèrent, par exemple, que le juge doit rattraper ce que le régime matrimonial (séparatiste) “a de contraire à la responsabilité objective du mariage”¹⁶.

2. S’attacher aux causes de la disparité?

Quel que soit le mode de vie choisi pendant la vie commune, la disparité dans les conditions de vie respective des ex-époux constitue une condition nécessaire pour que le juge alloue une prestation compensatoire. Le fait notamment que l’un des époux ait renoncé à une activité professionnelle pour s’occuper des enfants ne suffit pas à justifier une demande de prestation compensatoire s’il s’avère que ce parent dispose de ressources personnelles importantes, de sorte qu’il n’est pas établi que la rupture du mariage crée, ici au détriment du mari, une disparité dans les conditions de vie respectives des époux. En revanche, cette disparité étant établie, la question débattue est de savoir si elle justifie dans tous les cas l’allocation d’une prestation ou bien si, au contraire, certaines disparités trouvent leur cause dans des “choix” qui écartent la possibilité d’obtenir une telle prestation. Ce débat porte principalement sinon exclusivement sur le “choix” de ralentir ou de mettre un terme à une activité professionnelle pour consacrer plus de temps à la vie domestique et à l’éducation des enfants ou encore pour suivre son conjoint dans ses déplacements professionnels.

La Cour de cassation est claire sur ce point: le juge doit allouer une prestation en considération de la seule disparité, même si celle-ci préexistait au mariage et en aucun cas au regard des choix de vie opérés par les époux. La cause de la disparité n’est pas un critère légal de décision. Elle est donc sans incidence sur le principe d’allocation d’une prestation.

Pourtant, le débat est assez touffu chez les auteurs. Les défenseurs de la causalité s’appuient sur des décisions de cour d’appel qui utilisent l’argument de la cause de la disparité pour refuser la prestation¹⁷ et produisent une interprétation des arrêts de la cour de cassation favorable à leur point de vue. Ainsi, dans une décision du 24 sept. 2014, la cour de cassation a confirmé le refus d’une prestation dès lors que les époux étaient séparés de fait depuis 20 ans, avaient dès cette époque adopté un régime de séparation et liquidé leur communauté de biens et n’avaient plus eu d’échanges économiques depuis, de sorte que la disparité de conditions de vie constatée au moment du divorce ne résultait pas de ce divorce. Pourtant, et bien que la disparité

¹⁶ BRAZIER, M.: “La prestation compensatoire à l’épreuve de 10 années de pratique”, *Gazette du Palais*, 1985, 2, doc. 630, n° 17.

¹⁷ Sachant en outre que ces affirmations sont fondées sur une partie seulement des décisions des cours d’appel, qui ne sont pas représentatives l’ensemble des décisions rendues par les cours d’appel sur ce point.

constatée ici ne soit pas liée à la fin du mariage, celle-ci étant bien antérieure, on peut lire que cet arrêt constitue “indiscutablement le grand retour de la causalité” de sorte que les juges du fond vont enfin pouvoir “déployer leur pouvoir souverain”, les circonstances propres à chaque espèce pouvant conduire à réduire “sérieusement” la prestation.

Dans le même sens, la cour de cassation (Civ. 1^{ère}, 8 octobre 2014, n°13-23.044) a eu à apprécier une décision d’appel au terme de laquelle la prestation fixée en première instance devait être réduite dès lors que “si Mme fait valoir qu’elle a sacrifié sa carrière pour suivre son mari dans ses affectations successives, il convient de considérer qu’il s’agit de décisions prises dans l’intérêt du ménage et d’un commun accord”. L’arrêt est cassé, le fait pour la cour d’appel de considérer “qu’il s’agit de décisions prises dans l’intérêt du ménage et d’un commun accord” constituant selon la cour de cassation des motifs non recevables. Malgré le caractère très explicite de cet arrêt, les commentateurs jugent que cette situation résulte d’un choix opéré librement par l’épouse. Si la cause de la disparité est bien le sacrifice professionnel et que ce sacrifice résultant d’un accord, on se doit de le respecter, en refusant l’allocation d’une prestation¹⁸, approuvant ainsi la décision d’appel et négligeant l’affirmation de principe de la cour de cassation qui exclue l’argument de la cause de la disparité associé au choix “personnel” ou “commun” des époux¹⁹. Certains auteurs sont plus mesurés et considèrent que si la seule disparité est à prendre en considération sur le principe même de la prestation, ses causes doivent intervenir dans l’appréciation de son montant²⁰.

Cette résistance de la doctrine à la jurisprudence de la Cour de cassation trouve un appui certain dans des arrêts de cours d’appel qui continuent à refuser la prestation compensatoire sur le fondement d’un “choix personnel”, en général assimilé à un choix égoïste ou qui n’aurait pas imposé un sacrifice. On peut citer notamment le fait de quitter son travail “pour poursuivre ses propres intérêts”, sans que cela constitue un quelconque sacrifice pour s’occuper de la famille (Monsieur, Aix en Provence, 18 fév. 2014), pour s’occuper de ses 3 enfants issus d’un premier mariage et de l’enfant commun (Madame, Amiens, 26 juin 2015) ou encore de quitter son pays natal, où elle travaillait, pour suivre son mari en France (Madame, Nîmes, 2 mars 2014).

¹⁸ HAUSER, J.: “Chroniques, Personnes et droits de la famille”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n°1/2015, p. 110. L’auteur cite au renfort de son argumentaire GARE, T. (RJPJF 20°14-12/14) selon lequel la solution retenue devrait être différente si ce choix avait été “imposé” à l’épouse.

¹⁹ On peut également citer, dans le même sens, un arrêt de la cour de cassation du 15 avril 2015 par lequel la cour annule un arrêt refusant une prestation au motif que le demandeur, diplômé, aurait pu avoir une activité professionnelle et doit assumer les choix de vie qu’il a fait (Civ. 1^{ère}, 15 avril 2015, n°14-15.721, HAUSER, J.: “Chroniques, Personnes et droits de la famille”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n° 3/2015, p. 595).

²⁰ CLAUX, J.P., DAVID, S.: *Droit et pratique du divorce*, préc.

Donner une place à la cause de la disparité ainsi conçue de manière subjective, en l'associant aux choix d'un époux ou au choix du couple, revient à diminuer le nombre de situations ouvrant droit à la prestation, alors que celle-ci est attribuée presque exclusivement aux femmes qui se conforment à un modèle social encore largement partagé lorsqu'elles se consacrent, plus que leurs époux, aux activités domestiques et à l'éducation des enfants ou qu'elles suivent leur mari dans leur carrière. Doivent-elles assumer seules les conséquences de ce modèle social, au prétexte du choix qu'elles auraient ainsi fait, en se voyant refuser une prestation au moment du divorce ? Plus largement, la protection que constitue la prestation compensatoire doit-elle être soumise au critère libéral du choix d'un époux, ou de l'accord présumé des époux ? Ce serait ignorer que la prestation peut trouver une justification tant dans les droits et obligations du mariage, protection d'ordre public traditionnelle que l'on peut trouver dépassée, que dans l'indemnisation de l'investissement différencié des époux dans des activités domestiques non rémunérées.

Cependant, il faut noter que l'article 270 du Code civil, lorsqu'il indique la disparité comme le critère clef de l'attribution de la prestation compensatoire, ajoute que cette prestation peut cependant être écartée au regard des critères d'appréciation fournis par l'article 270 qui le suit. Ainsi ces critères, présentés dans cet article au titre de la mesure de la compensation, semblent dans le même temps conçus par la loi comme un élément d'appréciation du principe même de l'attribution de la prestation compensatoire. A cette ambiguïté s'ajoute encore les critères de mesure de la prestation compensatoire. Ils illustrent eux aussi l'incertitude de ses justifications et rendent difficile l'évaluation de son montant.

IV. LA MESURE DE LA COMPENSATION.

La loi fournit des critères pour évaluer le montant de la prestation compensatoire. Selon l'article 271 du Code civil, "La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible. A cet effet, le juge prend en considération notamment la durée du mariage; l'âge et l'état de santé des époux ; leur qualification et leur situation professionnelles; les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne; le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial; leurs droits existants et prévisibles; leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa", (soit les conséquences des choix professionnels, dans un système de

protection sociale où les droits à la retraite sont liés à des cotisations assises sur les revenus professionnels).

Ces critères seront présentés au regard des préoccupations principales qu'ils traduisent, démontrant ainsi la diversité des objectifs qu'ils poursuivent avant d'aborder les difficultés d'évaluation du montant de la prestation compensatoire

1. Des critères légaux de mesure de la compensation.

Le juge doit avant tout s'assurer de la disparité elle-même, "en tenant compte de la situation au moment du divorce, de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible", et notamment du "patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial". Celle-ci constitue donc à la fois le déclencheur du droit à prestation et un élément d'appréciation de son montant. Cette appréciation de la disparité requiert une information suffisante du juge (cf. supra) et reste délicate concernant les conséquences sur le patrimoine des divorcés de la liquidation du régime matrimonial. En effet, le plus souvent, le régime matrimonial n'est pas liquidé au moment où le divorce est prononcé. Cependant, le juge peut anticiper, notamment lorsque le patrimoine du couple est modeste et se réduit par exemple au logement de la famille. La loi du 26 mai 2004 donne en outre au juge la possibilité, au stade des mesures provisoires, de désigner un notaire "en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager" (article 255 10°) ou encore de désigner tout professionnel qualifié "en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux" (article 255 9°)²¹. L'appréciation de la disparité prévisible des niveaux de vie des époux est également délicate s'agissant des ressources liées à leur activité professionnelle à venir, spécialement lorsque l'un des époux doit retrouver une activité professionnelle ou la développer. Les perspectives de carrière de chacun doivent ainsi être prises en considération, ainsi que les droits à la retraite, évalués en fonction des cotisations versées, elles-mêmes liées au nombre d'années travaillées et aux revenus professionnels sur lesquels elles ont été calculées.

La loi indique également que "la prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre". Ce critère a une fonction certaine : rappeler que le débiteur ne peut pas être tenu au-delà de ses capacités contributives, ce qui est la règle dès lors que cette prestation se situe sur le terrain des solidarités familiales²². Mais ce critère renvoie aussi aux "besoins" du créancier

²¹ S'agissant de l'évaluation du capital prévisible des époux, la cour de cassation considère que les espérances successorales ne sont pas des droits prévisibles et qu'elles ne doivent donc pas être intégrées au raisonnement.

²² La question du développement d' "assurance divorce" avait cependant été évoquée dès la loi de 1975, ce type d'assurance permettant, par la mise en place d'une solidarité collective, de dépasser cette limite inhérente

et utilise une expression propre au droit des obligations alimentaires, semblant ainsi rapprocher la prestation compensatoire d'une obligation alimentaire traditionnelle, alors même que la loi de 1975 avait justement pour ambition de rompre avec le droit antérieur en supprimant l'obligation alimentaire entre ex-époux. Le recours à cette expression brouille les objectifs poursuivis par la prestation compensatoire et laisse penser qu'elle aurait pour objectif de répondre aux seuls "besoins" du créancier, entendu au sens du droit des obligations alimentaires. Il s'agirait alors simplement d'assurer au conjoint démuné un revenu minimal lui permettant de subvenir à ses besoins vitaux.

La loi indique encore que le montant de la prestation compensatoire doit être apprécié au regard des "conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne". Cause de disparité dans les niveaux de vie, le fait pour un époux d'avoir sacrifié ou ralenti sa carrière, d'avoir renoncé à ses propres ambitions professionnelles pour rester au foyer alors que son conjoint se consacrait à son travail et continuait à évoluer dans le monde du travail est dont l'un des éléments d'appréciation du montant de la prestation. La responsabilité principale des enfants dans les années qui suivent le divorce doit également être prise en considération²³. Le critère de la qualification et de la situation professionnelle des époux ainsi que le critère de leurs droits existants et prévisibles, en particulier en matière de pensions de retraite relèvent également de considérations liées à la capacité d'obtenir des ressources par une activité professionnelle, que cette capacité ait été ou non diminuée par un investissement domestique antérieur ou à venir.

De même, les critères de l'âge et de l'état de santé des époux renvoient à la capacité d'obtenir des ressources par une activité professionnelle, que cette capacité ait été ou non diminuée par un investissement domestique. Ce n'est plus le cas du critère de la durée du mariage, sauf à considérer qu'une durée longue est plus susceptible d'obérer les capacités de gain d'un époux dès lors qu'il s'est plus longtemps éloigné du secteur marchand. Cette explication se fonde sur l'idée que la prestation constitue une forme d'indemnisation des inégalités économiques liée à la répartition des tâches dans le couple. Si l'on préfère retenir que la prestation constitue plutôt un droit continué lié à la protection d'ordre public accordée aux époux, il est également logique que le droit soit d'autant plus important que le mariage a été long, cette fois indépendamment de l'investissement différencié dans la sphère domestique. C'est cette logique que semble suivre la cour de cassation lorsqu'elle refuse la prise en considération des années d'union libre qui auraient précédé le mariage. Dernière explication plausible : l'âge, l'état de santé de l'époux, voire la durée longue du

aux solidarités familiales. Ces assurances ne se sont finalement pas développées, mais la question reste d'actualité. Voir sur ce point, BOURREAU-DUBOIS, C., MANSUY, J.: "Comment font les juges", cit.

²³ L'art. 271 fournit comme critère de mesure "les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et *du temps qu'il faudra encore y consacrer*".

mariage sont autant d'indices de l'incapacité actuelle et prévisible du créancier de subvenir à ses besoins, la prestation s'expliquant alors par la nécessité de répondre à ses besoins alimentaires.

Comme on le voit, ces critères légaux poursuivent plusieurs objectifs et les praticiens, notamment les avocats qui souhaiteraient pouvoir informer leurs clients des solutions attendues, font valoir que ces critères nombreux sont pourtant insuffisants pour permettre une prévisibilité des décisions rendues.

Cette incertitude est liée au fait que ces critères renvoient à des logiques différentes et ne permettent pas de préciser quel est l'objectif attendu de la prestation compensatoire, au-delà de l'obligation de "compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives". Cette obligation peut en effet être entendue comme l'obligation d'assurer un minimum de revenu à un ex-époux sans ressources ou sans capacité de s'en procurer, de lui assurer le maintien éventuellement provisoire du niveau de vie atteint pendant le mariage ou encore de niveler les niveaux des vies des deux ex-époux. D'autres analyses peuvent être proposées, comme fournir à l'époux défavorisé des moyens le temps d'acquérir une nouvelle indépendance économique, ou encore compenser le manque à gagner subi du fait de l'investissement passé ou même à venir dans les soins donnés aux enfants et plus largement dans les activités domestiques.

2. Fixer le montant de la prestation compensatoire.

L'absence de justification à la fois unique et explicite de la prestation compensatoire ne permet pas de choisir une méthode de calcul de la prestation qui permettrait d'y répondre, par exemple en liant ce montant aux besoins vitaux du créancier, au maintien même provisoire d'un niveau de vie ou encore au préjudice né du retrait total ou partiel du secteur marchand. La seule indication est l'obligation faite au juge de compenser la disparité, en tenant compte des critères proposés par la loi, sans que soit précisé jusqu'à quelle hauteur il y a lieu de la compenser. Il est donc difficile d'aller au-delà de l'affirmation que la prestation constitue un outil provisoire de rééquilibrage des niveaux de vie, au moment du divorce et dans un avenir prévisible.

Pour le reste, la Cour de cassation renvoie au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, seuls aptes à fixer ce montant, sous réserve du contrôle de leur motivation. Cet exercice est considéré par beaucoup de praticiens comme impliquant un exercice divinatoire²⁴ et un résultat aléatoire²⁵ et a suscité la création

²⁴ PIWNICA, D.: "Évaluation de la prestation compensatoire : un exercice divinatoire ? Dossier prestation compensatoire", *Actualité Juridique Famille*, janvier 2013.

²⁵ Une comparaison des montants est difficile. L'équipe de recherche *Compres* avance sur ce terrain, à partir de l'analyse de plus de 5000 décisions de justice. Mais la comparaison doit être menée

de multiples méthodes chiffrées de calcul, créées par des praticiens à destination des praticiens, magistrats et avocats.

Ces méthodes, aujourd'hui largement diffusées, proposent des règles de calcul plus ou moins précises, plus ou moins éloignées du cadre légal dans lequel elles s'insèrent, et aboutissent à des résultats parfois très différents pour une même situation. Elles font depuis quelques temps l'objet de publications dans des revues spécialisées²⁶ et peuvent donc être analysées et comparées²⁷.

Certains avocats utilisent l'ensemble de ces méthodes et en extraient une moyenne, qui va leur fournir un montant de base qu'ils pourront ensuite faire évoluer en fonction du cas d'espèce et de leur place dans la procédure. Les magistrats également utilisent ces méthodes, sans qu'il soit possible de mesurer l'ampleur de ces pratiques, les décisions rendues ne faisant pas expressément référence à ces outils.

V LE REGIME DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE.

1. Forme et durée de la prestation compensatoire.

A) Une prestation compensatoire sous forme de capital.

Dès l'origine, la prestation compensatoire devait être constituée d'une somme forfaitaire, fixée définitivement au moment du divorce et versée si possible en une seule fois. Cette solution s'accorde avec une prestation compensatoire fixée en capital, même si la loi autorise encore et sous des conditions strictes de fixer une prestation sous forme de rente viagère. La loi autorise également des prestations sous forme de rente temporaire, mais seulement dans le cas des divorces par consentement mutuel, et des prestations mixtes, qui articulent les différentes solutions possibles. Si le capital est le principe, la loi autorise de façon subsidiaire, lorsque le débiteur n'est pas en mesure de verser immédiatement la somme fixée, que celle-ci soit versée de façon échelonnée, sur une période maximale de huit années. Le juge devra alors préciser la périodicité des versements. Par ailleurs, il est toujours possible à l'époux débiteur de se libérer à tout moment en versant le solde

“toutes choses égales par ailleurs” et suppose de disposer d'informations suffisantes dans les décisions de justice analysées. Ces analyses, en cours, n'ont pas encore fait l'objet de publications.

²⁶ La revue *Actualités Juridiques Famille* (Daloz) a produit plusieurs dossiers successifs sur cette question, le premier dès 2005.

²⁷ Voir en particulier CLAUD, J.P., DAVID, S.: *Droit et pratique du divorce*, préc. Voir également SAYN, I.: “Compenser les inégalités économiques des époux après divorce ? Des critères légaux aux outils d'aide à la décision *in* Les transferts économiques entre ex-époux à la suite du divorce : logiques alimentaire, compensatoire, indemnitaire?”, Dossier, *Canadian Journal of Law and Society / La Revue Canadienne Droit et Société*, 31(2), <http://dx.doi.org/10.1017/cls.2016.20>

du capital versé sous forme de rente. Le montant du capital étant fixé, il peut être versé sous la forme d'une somme d'argent mais également sous la forme d'un abandon de bien, que ce soit en pleine propriété, en usufruit ou sous forme de droit d'usage et d'habitation²⁸. Le juge a alors l'obligation de préciser la valeur des biens attribués et le transfert de propriété sera réalisé par le jugement lui-même, qui fera l'objet d'une publicité foncière. Il est également possible de combiner un capital versé immédiatement et un capital versé de façon échelonnée, toujours sur une période maximale de huit années.

B) Une prestation compensatoire sous forme de rente viagère.

Si l'âge ou l'état de santé du créancier qui ne lui permet pas de subvenir à ses besoins, et sous réserve d'une motivation spéciale du juge, il est encore possible de prévoir une rente viagère (art. 276 C. civ.). Cette rente viagère peut être combinée avec un capital. La décision peut prévoir que le montant de cette rente variera dans le temps, pour tenir compte de l'évolution probable des ressources et des besoins du créancier, dès lors qu'il précise à compter de quel événement et fixe le montant du pour chaque période. Cette rente est obligatoirement indexée, en général sur l'indice mensuel des prix à la consommation.

C) La prestation compensatoire et l'accord des parties.

L'accord des parties sur la question de la prestation compensatoire concerne à la fois le divorce par consentement mutuel et l'homologation d'un accord partiel des époux dans le cadre d'un divorce contentieux.

Sous réserve d'un contrôle formel du juge, les époux disposent alors d'une grande liberté. Les époux peuvent prévoir non seulement le montant qu'ils souhaitent mais également les modalités de paiements qu'ils entendent : rente viagère, rente à temps, capital, dont capital versé sur une période supérieure à huit ans.

Le contrôle du juge est alors particulièrement léger, y compris en cas de renonciation tacite à une prestation compensatoire dans une situation susceptible d'y ouvrir droit. C'est alors souvent le moyen de trouver des solutions en lien avec le règlement du

²⁸ Le conseil Constitutionnel a affirmé que le texte permettant une attribution forcée de biens, dès lors qu'elle était subsidiaire au versement sous forme d'une somme d'argent et qu'elle répondait à un but d'intérêt général, ne pouvait pas être considéré comme contraire à l'article 2 de la constitution protégeant le droit de propriété, Cons. Const. 13 juillet 2011, n°2011-151 QPC.

régime matrimonial²⁹.

2. Modifications et extinction de la prestation compensatoire.

Au terme de la loi de 1975, le montant de la prestation fixé au moment du divorce ne pouvait pas faire l'objet de révision, sauf en cas de "conséquences d'une exceptionnelle gravité" pour l'un des conjoints. Cette exception était entendue de façon étroite par la cour de cassation. De plus, la dette de prestation était transmise à la succession. La solution a nettement évolué depuis, en faveur du débiteur et de ses successibles.

Lorsque la prestation a été décidée par le juge, le montant de la prestation fixée sous forme de somme d'argent ne peut pas être modifié. Seules les modalités de paiement peuvent être révisées, à la seule initiative du débiteur, dès lors qu'il justifie d'un changement important dans sa situation. Cette procédure peut aboutir à un rééchelonnement du versement sur une période totale supérieure à huit ans.

Il n'en est pas de même pour la prestation fixée sous forme de rente viagère : celle-ci peut être diminuée, voire supprimée, ou faire l'objet d'une substitution en capital. En cas de changement important dans les ressources de l'un ou les besoins de l'autre (on pense notamment aux situations de remariage ou concubinage notoire, à une période de chômage), une demande peut être faite de diminution du montant de la prestation, la révision ne pouvant jamais avoir pour effet de porter la rente à un montant supérieur (art. 276-3 alinéa 2). La diminution accordée, le créancier pourra par la suite demander un rétablissement de la rente initiale, lorsque le débiteur sera revenu à meilleure fortune. Parallèlement, les parties peuvent à tout moment demander la substitution d'un capital à la rente: le débiteur doit justifier que l'âge ou l'état de santé du créancier ne fait pas obstacle à une telle substitution, le créancier doit établir qu'une modification de la situation du débiteur la permet. Cette substitution se fait à partir d'une table de capitalisation, publiée en annexe au décret d'application de la loi de 2004³⁰.

Lorsque la prestation est prévue dans une convention, celle-ci peut toujours prévoir que chacun des ex-époux pourra demander au juge de réviser le montant de la prestation dès lors que sera allégué un "changement important dans les ressources et les besoins de l'une ou de l'autre des parties". Cette modification peut alors avoir lieu à la hausse ou comme à la baisse, en raison de changements concernant l'un ou l'autre des époux et pas obligatoirement prévisibles au jour du divorce. Lorsque la convention homologuée ne comporte pas une telle clause, l'un ou l'autre peut saisir

²⁹ FAVIER, Y., BOTTET, A.: "Prestation compensatoire et liquidation-partage : des liaisons dangereuses?", *JCP, La semaine juridique, Edition notariale et immobilière*, 2015, p. 1129.

³⁰ Décret du 29 octobre 2004 qui permet d'évaluer le capital substitué à partir d'une table de capitalisation qui intègre les probabilités de décès du créancier, selon son âge et son sexe, établies par les tables de mortalité.

le juge d'une demande de révision dans les conditions de droit commun. En outre, les ex-époux peuvent toujours soumettre une nouvelle convention à l'homologation du juge.

Au décès du débiteur de la prestation, celle-ci reste en principe transmissible à ses héritiers. Mais d'une part, la loi prévoit que les pensions de réversion versées du chef du conjoint décédé sont dorénavant déduites de plein droit du montant de la prestation, d'autre part les réformes successives ont écarté le droit commun initialement applicable et organisent un solde de tout compte au moment du règlement de la succession. Le capital fixé comme le solde du capital en cas de versement différé doit être versé immédiatement, de même que la rente à laquelle est alors substitué un capital. Cette somme est alors prélevée sur la succession, d'abord sur l'ensemble des héritiers, dans la limite de l'actif successoral, ensuite et en cas d'insuffisance, sur tous les légataires particuliers, proportionnellement à leurs droits dans la succession. La prestation disparaît pour le surplus (article 280 C. civ.). Seuls les héritiers peuvent décider (art. 280-1 C. civ.) de maintenir les conditions initiales de versement de la prestation, en s'obligeant personnellement au paiement de cette prestation (art. 280-1 C. civ.) et au moyen d'un acte notarié constant leur accord. Ils conservent le droit de demander la révision de la prestation compensatoire dans les mêmes conditions que le débiteur décédé et acquiert celui de se libérer à tout moment du solde du capital lorsque la prestation a été fixée sous forme de versements périodiques.

3. Le régime fiscal de la prestation compensatoire.

Cherchant à favoriser les prestations en capital et un règlement rapide, le droit fiscal fait dépendre leur taxation de leur forme et de leur mode de règlement. Lorsque la prestation est fixée sous forme de capital et que le versement a lieu en une seule fois ou par versements successifs mais sur une période inférieure à 12 mois à compter de la date à laquelle le jugement de divorce est passé en force de chose jugée, le débiteur bénéficie d'une réduction d'impôt sur le revenu. Cette réduction, qui s'applique directement sur le montant de l'impôt, est équivalente à 25 % du montant de la prestation, dans la limite d'un plafond fixé à 7 625 € (revenus perçus en 2015). Du côté du créancier, cette prestation ne constitue pas un revenu imposable. Lorsque la prestation est fixée sous forme de rente ou que le versement du capital est effectué par versements successifs sur une période supérieure à 12 mois, le débiteur de la prestation peut déduire ces sommes de ses revenus imposable, tandis qu'elles sont intégrées aux revenus imposable du créancier au titre l'impôt sur le revenu.

BIBLIOGRAPHIE

BARDOUT, J.C.: “Prestation compensatoire. Comment évaluer la disparité causée au moment du divorce par l’absence de cotisation retraite pendant le mariage?”, *Actualités Juridiques Famille*, n° 9, Septembre 2015.

BEKMOKTAR, Z., MANSUY, J.: “En 2013, neuf prestations compensatoires sur dix sous forme de capital”, *Infostat Justice*, n° 144, <http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/infostats-justice-10057>

BOURREAU-DUBOIS, C., DORIAT-DUBAN, M.: “Le divorce, un risque assurable?”, *Assurances et gestion du risques*, mars-juin 2015, Vol. 82 (1-2).

BOURREAU-DUBOIS, C., MANSUY, J.: “Comment font les juges ? Une analyse des montants de prestation compensatoire fixés dans les jugements de divorce”, Communication au colloque *Les conséquences économiques de la rupture, la prestation compensatoire en question*, Paris, 7 octobre 2015. Actes à paraître, Larcier, 2017.

BRAZIER, M.: “La prestation compensatoire à l’épreuve de 10 années de pratique”, *Gazette du Palais*, 1985, 2, doc. 630, n° 17.

CLAUX, J.P., DAVID, S.: *Droit et pratique du divorce*, coll. Dalloz Référence, 2015-2016.

FAVIER, Y., BOTTET, A.: “Prestation compensatoire et liquidation-partage : des liaisons dangereuses?”, *JCP, La semaine juridique, Edition notariale et immobilière*, 2015, 1129.

GARE, T.: “Chronique Droit du divorce”, *Revue Juridique Personnes et Famille*, n° 12/2014.

HAUSER, J.: “Chroniques, Personnes et droits de la famille”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n°1/2015, p. 110 et n°3/2015.

MOREAU, C.; MUÑOZ-PEREZ, B., SERVERIN, E.: “Les prestations compensatoires à l’épreuve du temps, Quatre mois de décisions sur les révisions de prestations compensatoires (sept.- déc. 2005)”, *Dir. des Affaires Civiles et du Sceau, cellule Etudes et recherche*, sept. 2006, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-prest-compens.pdf

PIWNICA, D.: “Evaluation de la prestation compensatoire : un exercice divinatoire ? Dossier prestation compensatoire”, *Actualité Juridique Famille*, janvier 2013.

SAYN, I.: “Compenser les inégalités économiques des époux après divorce ? Des critères légaux aux outils d’aide à la décision *in* Les transferts économiques entre ex-époux à la suite du divorce : logiques alimentaire, compensatoire, indemnitaire?”,

Dossier, *Canadian Journal of Law and Society / La Revue Canadienne Droit et Société*, 31(2),
<http://dx.doi.org/10.1017/cls.2016.20>



LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL DERECHO BELGA

THE COMPENSATORY PENSION IN BELGIAN LAW

FRÉDÉRIC MERTENS DE WILMARS

Profesor asociado

Universidad de Valencia

frederic.mertens@uv.es

RESUMEN: Con la reforma del divorcio en el año 2007, el legislador belga desplazó el enfoque de la falta grave hacia el estado de necesidad del beneficiario de la pensión compensatoria. No obstante, el cambio de fundamento no hizo desaparecer completamente la falta en las apreciaciones de los jueces a la hora de otorgar (o no) la “pension alimentaire”.

PALABRAS CLAVE: pensión compensatoria; falta grave; estado de necesidad

ABSTRACT: With the reform of the divorce in 2007, the Belgian legislator displaced the serious fault focus towards the state of necessity of the compensatory pension beneficiary. Nevertheless, the legal change did not eliminate completely the serious fault in the judicial discretion respect to the granting (or not) of the “pension alimentaire”.

KEY WORDS: Compensatory pension; serious fault; state of necessity.

FECHA DE ENTREGA: 14/07/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/09/2016.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LAS CONDICIONES DE OTORGAMIENTO: LA FALTA GRAVE.- 1. El abandono de la residencia conyugal.- 2. El adulterio.- 3. Otros hechos constitutivos de faltas graves.- III. LAS CONDICIONES DE OTORGAMIENTO: LA NOCIÓN DE NECESIDAD.- IV. LA EVALUACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN.- 1. Los objetivos de la ley.- 2. Apreciación de la “necesidad” del acreedor y de la “degradación de su situación económica” por la jurisprudencia.- 3. Apreciación de las rentas y posibilidades de las partes, así como de sus cargas.- 4. Los métodos de cálculo aplicados por la jurisprudencia.- V. LA DURACIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN.- VI. LA PENSIÓN COMPENSATORIA ESTIPULADA EN LOS CONVENIOS DE DIVORCIO POR ACUERDO MUTUO.- VII. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En el Derecho belga, la pensión compensatoria -llamada *pension alimentaire*- consiste en el importe pagado por uno de los conyugues al otro con el fin de que pueda sustentar sus propias necesidades.

El 1 de septiembre de 2007, el derecho del divorcio fue reformado¹. Al constatar que la búsqueda de una falta y de un conyugue culpable aumentaba las tensiones entre los conyugues, con las inevitables consecuencias para sus hijos, el legislador creó el divorcio por “desunión irremediable”. Permitía así a un conyugue pedir el divorcio cuando consideraba que la vida en común ya no es posible.

De esta manera, los esposos ya no precisan declararse la “guerra” para conseguir el divorcio. El objetivo de la reforma era encontrar unos medios “pacíficos” en el marco de estas circunstancias. Por otra parte, la reforma de 2007 promulgó condiciones más estrictas en cuanto a la cuantía y a la duración del otorgamiento de la pensión compensatoria.

Nuestra contribución trata de examinar la pertinencia del sistema belga respecto a la concepción y la organización que hacen las parejas de su relación conyugal.

Examinamos la pensión compensatoria aplicada después del veredicto del divorcio por causa de “desunión irremediable” (artículo 229 del Código Civil). Dicho divorcio podrá obtenerse por la demostración de un comportamiento que causa vida en común imposible, por el traspaso del tiempo (al menos un año de separación de hecho si la demanda de divorcio es unilateral o seis meses, si se trata

¹ Ley del 27 de abril de 2007 sobre la reforma del divorcio, en *Moniteur belge*, 7 de junio de 2007, p. 30881.

de una demanda conjunta²) o por una demanda de divorcio repetida dos veces con un año de intervalo.

En el marco de la pensión compensatoria, el conyugue más débil desde el punto de vista económico puede considerar, después de la sentencia del divorcio por causa de desunión irremediable, que tiene derecho a beneficiarse de una pensión compensatoria que su antiguo conyugue debería pagarle mensualmente. Sin embargo, demandar una pensión compensación no implica automáticamente su obtención. Desde 2013, es el juez del Tribunal de la familia y de la juventud (*Tribunal de la famille et de la jeunesse*) quien estimará la demanda y quien la otorgará, a no ser que los conyugues hayan previsto un acuerdo relativo a dicha pensión.

La reforma belga del divorcio ha revolucionado las disposiciones relativas a esta compensación después del divorcio. Por ello, enfocaremos el estudio sobre las cuestiones relativas a la titularidad del derecho a la compensación alimentaria, el contenido de ésta y, finalmente, la duración de su beneficio.

II. LAS CONDICIONES DE OTORGAMIENTO: LA FALTA GRAVE.

Antes de la reforma de 2007, la noción de falta era clave para la obtención del divorcio y de la pensión compensatoria. Con la reforma del divorcio, la falta no ha desaparecido del todo puesto que el conyugue que ha cometido una falta grave puede verse privado de su derecho a la pensión compensatoria.

Los tipos de falta tomados en consideración por el juez son, entre otros, el abandono de la residencia conyugal, el adulterio u otros hechos como la violencia conyugal.

1. El abandono de la residencia conyugal.

Según el artículo 310-2, del Código civil, la falta grave cometida por el ex-conyugue que reclama una pensión compensatoria después de divorcio actúa como una causa de privación del derecho a beneficiarse de esta pensión. El debate relativo a la existencia de tal falta grave debe preceder el debate relativo a la determinación de la cuantía de dicha pensión. Curiosamente, diversas jurisdicciones³ tuvieron que

² Se entiende por “separación de hecho”, la separación de más de un año por la cesación de vida común debida a la voluntad de uno o ambos conyugue(s). La separación por otras causas como la profesión, la hospitalización, etc., no puede ser invocada como separación de hecho de más de un año.

³ Sentencias de Tribunal de Apelación de Bruselas, 27 de mayo 2013, 25 de junio de 2013; sentencia del Tribunal de Namur, 28 de mayo de 2014.

recordarlo a los deudores potenciales que invocaban la existencia de una falta grave cometida por su antiguo conyugue sólo a título subsidiario.

Solo el hecho de dejar el domicilio conyugal, sin razón aparente, no basta para constituir una falta grave. El Tribunal de apelación de Bruselas reformó diversas decisiones de primera instancia en este sentido.

Así, en una sentencia de 2012, consideró que el simple hecho de dejar la residencia conyugal no puede ser calificado como grave si el conyugue dejado no hizo nada para intentar volver a una vida común⁴. Ahora bien, desde la reforma del derecho del divorcio de 2007, ya no se puede reprochar a un conyugue dejar su pareja sin motivo alguno.

2. El adulterio.

Un adulterio tampoco permite considerarse automáticamente como una falta grave. Además, hace falta que este adulterio sea el motivo determinante de la ruptura de la pareja. No es el caso cuando el desacuerdo conyugal se imputa al otro conyugue violento o grosero con el adulterio⁵.

Así, según el Tribunal de apelación de Amberes, no es porque el divorcio fue pronunciado sobre la base del artículo 229-1, del Código Civil debido a la existencia de una relación adúltera, constada por un agente de la Autoridad judicial (*buisnier de justice*), que constituye una falta grave en el sentido del artículo 301-2, del Código civil⁶. Si el adulterio refleja el carácter irremediable de la desunión de la pareja y la ausencia de toda esperanza de vuelta a la convivencia, nada indica que este adulterio sea la causa del fracaso del matrimonio.

El Tribunal observa lo contrario al considerar que los motivos invocados para apoyar la demanda de divorcio reflejan la desaparición de todo afecto entre los conyuges desde varios años y no mencionan hechos de adulterio cuya existencia sólo se demostrará meses después del inicio del procedimiento de divorcio.

Entonces, el adulterio no es constitutivo de falta grave según el artículo 301-2, del Código civil porque sería en el origen de la ruptura de la convivencia de los conyuges, cuando la ruptura de ésta es la consecuencia de otros eventos o comportamientos que el adulterio. Estos otros eventos o comportamientos deben entonces haber provocado directamente la ruptura de la vida común para quitar

⁴ Sentencias del Tribunal de Apelación de Bruselas de 22 de mayo 2012, 8 de octubre de 2012, 6 de junio de 2013.

⁵ Sentencia del Tribunal de Namur, 25 de junio de 2014.

⁶ Sentencia de Amberes, 21 septiembre de 2011.

toda relación causal entre un adulterio cometido antes del veredicto del divorcio y de la ruptura de la convivencia en el sentido del artículo 301-2, del Código civil.

3. Otros hechos constitutivos de faltas graves.

Las diversas denuncias, como por toques sexuales cometidos sobre hijos comunes, envenenamientos, maltrato, violencia doméstica, etc., constituyen las faltas graves por parte del conyugue denunciante si se demuestra que esas denuncias no tenían fundamento y estaban basadas sólo en la mala fe⁷.

Entre los hechos constitutivos de falta grave, el Código civil, en su artículo 301-2, dispone que, en ningún caso, la pensión compensatoria será otorgada al conyugue declarado culpable de violencias conyugales. En otros términos, el conyugue demandante está privado de su derecho de obtener una pensión compensatoria si es culpable de dichas violencias. Se trata de un caso en el cual el legislador ha considerado que los hechos de esta violencia eran constitutivos de una “falta grave” de tal manera que el juez no puede apreciar esta falta. La privación del derecho a la pensión es automática.

Ahora bien, el legislador ha impuesto unas condiciones estrictas, como la existencia de una condena penal definitiva por hechos de violencia contra el conyugue.

La privación del derecho de la pensión compensatoria depende de la declaración definitiva de culpabilidad por un tribunal y no del veredicto de una pena. Así pues, la persona inculpada que beneficiaría de una suspensión del veredicto tampoco podrá beneficiar del derecho a la pensión compensatoria a continuación del divorcio. Su culpabilidad declarada por el tribunal basta para privarle de su derecho a dicha pensión.

III. LAS CONDICIONES DE OTORGAMIENTO: LA NOCIÓN DE NECESIDAD.

Desde la promulgación de la ley del 17 de abril de 2007, la doctrina criticó el posible amalgamamiento entre las nociones de “necesidad” previstas respectivamente en los párrafos 1 y 2 del artículo 301, del Código civil belga. Rápidamente, se admitió que había que interpretar distintamente esta noción según ambos párrafos.

En una sentencia de 2014, el Tribunal de Casación confirmó esta dualidad de significaciones de la noción de estado de necesidad⁸. Según los términos del

⁷ Tribunal de Apelación de Bruselas, 25 de junio de 2014.

⁸ Sentencia del Tribunal de Casación, 6 de febrero de 2014.

Tribunal, “el conyugue en la necesidad, en el sentido del artículo 301-2, línea 1, del Código civil, quien es el beneficiario principal, no se encuentra necesariamente en estado de necesidad en el sentido del artículo 301-3 del mismo Código y, entonces, no puede pretender necesaria y efectivamente a una pensión compensatoria después del divorcio”.

Se trata de determinar quién, entre los conyugues, es el acreedor y quien es el deudor. Esta primera operación no conlleva la obligación para el juez de otorgar efectivamente una pensión compensatoria después del divorcio. Y el Tribunal de casación adopta la interpretación doctrinal al afirmar que “hay que entender por conyugue en la necesidad (...), el conyugue quien es el menos afortunado o económicamente más débil”⁹.

Puesto que sola la cualidad de acreedor está implicada, la verificación del estado de necesidad, en el sentido del párrafo 2 del artículo 301 Código civil, podría satisfacerse de una visión sumaria de las fortunas respectivas de los conyugues.

Sin embargo, el juez podría considerar que el conyugue que reclama una pensión compensatoria no puede pretender a esta calidad de acreedor de alimentos debido a las respectivas situaciones financieras equivalentes¹⁰, o porque nunca ha reclamado una ayuda alimentaria durante un largo periodo de separación de hecho, por ejemplo¹¹.

Naturalmente, el conyugue que reclama la pensión compensatoria no puede crear él mismo la situación de necesidad. Así pues, el Tribunal de Apelación de Bruselas considera que no se otorgará la pensión compensatoria a la ex-esposa joven sin hijos, en buena salud, que nunca ha trabajado ni durante la vida común, ni después de la separación, porque ella misma ha creado el estado de necesidad en el cual se encuentra¹².

IV. LA EVALUACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN.

1. Los objetivos de la ley.

⁹ VAN GYSEL, A. CH.: “La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable: un essai de lecture”, en LELEU, Y. y PIRE, D. : *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, ed. Larcier, Bruselas, 2007, p. 60. Para la mayoría de los autores, una diferencia de las rentas entre los conyugues basta como motivo de establecimiento del estado de necesidad (BROUWERS, J.C.: “La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007)”, *Revue notoriale belge*, 2007, p. 600; y BROUWERS, J.C.: “La réforme du divorce. Le divorce pour désunion irrémédiable”, *Div. Act.*, 2007, p. 111.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Primera instancia de Bruselas, 8 de diciembre de 2010.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Primera instancia de Arlon, 4 de marzo de 2011.

¹² Tribunal de Apelación de Bruselas, 10 de junio de 2011.

Con la promulgación de la ley del 27 de abril de 2007, la doctrina criticó abundantemente la ausencia de objetivos claros respecto a la pensión compensatoria¹³; lo que provocó inevitablemente muchas interpretaciones y jurisprudencias diversas.

Una de esas divergencias radicaba en la nueva noción de “degradación significativa de la situación económica del beneficiario”. Se trataba de saber si se contemplaba una degradación debida al matrimonio – y sus dificultades de organización – o también podía incluirse la degradación generada por el divorcio.

Otra divergencia radicaba en la cuestión de saber si la nueva pensión podía tener aún por objetivo permitir al ex conyugue beneficiario conservar el nivel de vida que tenía durante la vida común.

El Tribunal de casación pronunció dos sentencias importantes en 2009 y 2014 sobre la evaluación de la cuantía de la pensión.

En la primera¹⁴, consideró que para “establecer la cuantía de la pensión (...), el juez tiene en cuenta no sólo la degradación de la situación económica del beneficiario debida a las elecciones operadas – es decir, el estilo de vida - por los esposos durante la convivencia sino también de la degradación significativa de su situación económica debida al divorcio”.

Basta observar que el divorcio ha generado una pérdida económica para el conyugue beneficiario de la pensión. Según el Tribunal de casación, una pensión que permite mantener el nivel de vida durante la vida común no es contraria al espíritu del artículo 301 del Código civil belga.

En la segunda sentencia¹⁵, la alta jurisdicción precisó los criterios que deben permitir al juez fijar la cuantía de la pensión compensatoria. Confirmó su jurisprudencia de 2009 según la cual la degradación económica del beneficiario de la pensión compensatoria puede resultar del matrimonio y de la organización de la vida común como del divorcio mismo.

Pero, a partir de la sentencia de 2014, para que el juez tenga en cuenta de la degradación económica debida al divorcio, hace falta destacar circunstancias particulares. El único hecho del divorcio no bastaría para reconocer una tal degradación. Tampoco, la cuantía de la pensión tiene que corresponder al

¹³ BROUWERS, J.C.: “La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007)”, cit., p. 604 ; DANDOY, N.: “La réforme du divorce : les effets alimentaires”, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 108.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de casación, 12 de octubre de 2009, comentado por VAN GYSEL, A.-CH, *Journal des Tribunaux*, 2010, p. 131. Esta sentencia fue confirmada por otra, parecida en sus fundamentos jurídicos: sentencia del Tribunal de casación, 8 junio de 2012.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de casación, 6 de marzo de 2014.

mantenimiento de las condiciones de vida existentes durante la convivencia de los conyugues.

Ahora bien, el Tribunal de casación considera que, más largo sea el matrimonio, más el nivel de vida después del divorcio debe acercarse al de la convivencia conyugal. Así, hace variar la cuantía de la pensión según los criterios establecidos por el legislador: la edad, la duración del matrimonio, la carga de los hijos durante la vida común y después de la separación, etc.

2. Apreciación de la “necesidad” del acreedor y de la “degradación de su situación económica” por la jurisprudencia.

Las sentencias de 2009 y 2014 indican que la pensión compensatoria puede¹⁶ - y no debe¹⁷ - cubrir la pérdida del nivel de vida debida al matrimonio o el divorcio. La cuestión radica en saber en qué medida la degradación económica puede compensarse. El Tribunal de casación no dice nada al respecto y la jurisprudencia de los tribunales resulta muy diversa.

No obstante, cuando está demostrada la degradación de la situación económica, las jurisdicciones la tienen siempre en cuenta cuando afecta al conyugue por el motivo de la organización conyugal durante el matrimonio. Así pues, es el caso de la esposa quien fue obligada a dejar sus actividades profesionales cuando la carrera del marido no permitía a éste asumir alguna tarea familiar¹⁸.

En cuanto a la valoración económica de la degradación de la situación económica debida al matrimonio, los jueces no se aventuran en cifrarla. Como mucho, las jurisdicciones se limitan a tener esa degradación en cuenta porque resulta difícil numerarla con precisión ya que ello las llevaría a fundarse en suposiciones y extrapolaciones.

Por otra parte, en su sentencia de 2014, el Tribunal de casación autoriza al juez, cuando existen circunstancias determinadas, a tomar en cuenta la degradación que resultaría del divorcio. Es, por ejemplo, el caso del conyugue que nunca ejerció una actividad profesional durante el matrimonio gracias a la fortuna del otro, y que se encuentra totalmente dependiente de la pensión compensatoria. Es obvio que su situación se ha degradado significativamente a continuación del divorcio puesto que ya ha desaparecido el deber de socorro entre esposos¹⁹.

¹⁶ Sentencia del 12 de octubre de 2009.

¹⁷ Sentencia del 6 de marzo de 2014.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas, 27 de marzo de 2012.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas, 24 de junio 2013.

El criterio de la degradación significativa de la situación económica del beneficiario de la pensión constituye un elemento mayor de la motivación de los tribunales, aunque una toma en consideración de este criterio no implica necesariamente una compensación a esta degradación.

La doctrina, desde su punto de vista, considera equitativo compensar, en la medida de lo posible, los sacrificios profesionales consentidos por un conyugue a lo largo de la convivencia conyugal. Sin estos sacrificios, o cuando la degradación de la situación económica resulta más del divorcio que del matrimonio y de su organización, la cuantía de la pensión compensatoria debería cubrir, por lo menos, el estado de necesidad, conforme con el artículo 301, del Código civil.

Sin embargo, la cuantía debería aumentar para tender hacia el nivel de vida común de los esposos si el juez observa la existencia de razones determinadas como la edad avanzada de ambos conyugues, la larga duración del matrimonio, el estado de salud precario de un conyugue o la carga de la educación de los hijos.

3. *Apreciación de las rentas y posibilidades de las partes, así como de sus cargas.*

Para apreciar la situación económica de las partes y la eventual degradación de uno de los conyugues, hace falta examinar sus rentas. El Tribunal de casación recuerda que el juez debe también tener en cuenta las posibilidades de ambas partes para obtener rentas²⁰.

Estas son de todo tipo y los subsidios percibidos por un ex conyugue no deben apreciarse de la misma manera. Algunos están vinculados a un derecho propio, otros son subsidiarios a la solidaridad familiar.

Además, se puede tener en cuenta las cargas que incumben al conyugue beneficiario de la pensión compensatoria cuando se trata, por este medio, de valorar el estado de necesidad “relativo” o también las cargas llamadas “incompresibles” con el fin de valor las facultades respectivas de los ex conyugues, de satisfacción de sus necesidades y de pago de una pensión. Esas cargas son, entre otras, las del alojamiento, de las contribuciones alimentarias a favor de los hijos en común, etc.

4. *Los métodos de cálculo aplicados por la jurisprudencia.*

La ley de 2007 propone diversos criterios a tener en cuenta para determinar la cuantía de la pensión compensatoria. La combinación de éstos se ha forjado a través

²⁰ Sentencia del Tribunal de casación, 2 de enero de 2014.

de la jurisprudencia que sigue tres pautas.

La primera pauta consiste en el examen de la situación financiera del acreedor de la pensión compensatoria. La segunda radica en la apreciación del deterioro eventual de la situación financiera debido al matrimonio o a continuación del divorcio y en la determinación de los medios para compensar ese deterioro. La tercera pauta consiste en asegurarse de que el deudor de la pensión sea capaz de soportar el peso financiero de esta compensación.

También, a menudo, los jueces se limitan a comparar la situación económica del beneficiario de la pensión durante la vida en común y después de la separación, aunque no se entiende el vínculo lógico entre esta operación y la cuantía de la pensión compensatoria.

Así pues, algunos jueces se centran en la noción del “estado de necesidad relativa” del beneficiario que equivale al presupuesto de ésta, al tener en cuenta las facultades financieras y el nivel social respectivo de ambas partes. El presupuesto del beneficiario de la pensión suele basarse en la cuantía que éste disponía teóricamente durante la vida en común para cubrir sus gastos personales, exceptos las cargas de alojamiento.

Al contrario de lo que estaba previsto antes de la reforma del divorcio de 2007, la cuantía de la pensión compensatoria ya no debe mantener integralmente el nivel de vida de los conyugues que tenían durante la vida en común. La cuantía de la pensión debe cubrir el estado de necesidad.

Ahora bien, el Tribunal de casación ha precisado que el nivel de vida de las partes durante la vida en común forma parte de los criterios a tener en consideración para apreciar este estado de necesidad. Se trata entonces de un “estado de necesidad relativo”.

Los criterios que permiten determinar la cuantía de la pensión son de tres tipos. En cuanto al primero, se trata por lo menos de la cobertura del estado de necesidad. El artículo 301-3, del Código civil dispone que el Tribunal determine la cuantía de la pensión compensatoria que debe cubrir al menos el estado de necesidad del beneficiario. La cuantía de la pensión debe, en cualquier caso, permitir al demandante cubrir sus gastos elementales.

El segundo criterio radica más allá de la necesidad en caso de degradación significativa de la situación del beneficiario. La misma disposición civil indica que el Tribunal tendrá en cuenta la degradación significativa de la situación económica del beneficiario de la pensión.

En realidad, el legislador había previsto un caso particular. Hasta el matrimonio, el conyugue demandante tenía una situación económica determinada. Durante el

matrimonio, esta situación se ha degradado porque este conyugue ha dedicado su tiempo a las tareas familiares. Por ello, el conyugue que tiene más recursos debe compensar esa degradación al atribuir al demandante una cuantía superior a lo que sirva para cubrir sus necesidades elementales. La jurisprudencia mayoritaria también considera que hay que tener en cuenta la degradación de la situación económica del beneficiario que resultaría del divorcio mismo y del hecho de que los conyugues ya no comparten sus recursos, pero sí sus gastos.

El tercer criterio radica en el límite de los recursos del conyugue demandado. El artículo 301-3, del Código civil prevé que la pensión compensatoria no puede exceder el tercio de las rentas del conyugue deudor. Si éste es un asalariado, sus rentas consisten en el ingreso salarial neto percibido después de deducción de las cargas sociales y fiscales. Además, el juez puede establecer una pensión degresiva al considerar que, teniendo en cuenta, entre otros, el mercado laboral, eventuales cualificaciones del conyugue demandante, así como sus posibilidades de formación profesional, hace falta otorgarla para incitar al demandante a encontrar otra fuente de recursos.

Por otra parte, el artículo 301-6, del Código civil indica que el Tribunal que otorga la pensión debe constatar que ésta se adapta de pleno derecho a las fluctuaciones del índice de los precios. La pensión es automáticamente indexada anualmente. El juez puede aumentar, reducir o suprimir la pensión en el juicio del divorcio o por una decisión ulterior si, debido a circunstancias nuevas e independientes de la voluntad de las partes, esa cuantía ya no es adaptada (artículo 301-7, del Código civil).

V. LA DURACIÓN DE PAGO DE LA PENSIÓN.

La reforma del divorcio ha instaurado una nueva regla relativa a la duración del pago de la debida pensión compensatoria. El legislador ha considerado que, en principio, el otorgamiento de dicha pensión no puede sobrepasar la duración del matrimonio (artículo 301-4, del Código civil).

Generalmente, el inicio del pago de la pensión compensatoria coincide con la disolución del matrimonio que cancela el deber de socorro. El objetivo del legislador era limitar el peso financiero del pago de una pensión compensatoria al delimitarlo en el tiempo.

A este principio, el juez puede imponer excepcionalmente una duración más corta o más amplia que la del matrimonio²¹. En el primer caso, lo hará cuando considera

²¹ También la duración del pago de la pensión puede ser diferente si las partes lo han convenido formalmente en un acuerdo mutuo.

que el acreedor de alimentos puede volver a encontrar rentas suficientes antes de la terminación del periodo igual a la duración del matrimonio.

En el segundo caso, el artículo 301-4, del Código Civil dispone que, en caso de circunstancias excepcionales, si el beneficiario de la pensión demuestra que, a la expiración del periodo del pago, por motivos independientes de su voluntad, se encuentra en un estado de necesidad, el tribunal puede prorrogar la duración, pero limitará la cuantía de la pensión a lo elemental para cubrir la situación de necesidad del beneficiario.

Se trata, por ejemplo, del caso de los conyugues casados durante cuarenta años y divorciados cuando tienen sesenta años. El juez considerará que a los ochenta años el demandante no beneficiará de ingresos, entre otros, profesionales y, por ello, podrá aumentar el periodo de pago de la pensión compensatoria.

Por otra parte, en el caso de matrimonio en segundas nupcias del acreedor de la pensión, el artículo 310-10, del Código civil establece que, en cualquier caso, la pensión se extingue si su beneficiario vuelve a casarse o cuando hace una declaración de cohabitación (o convivencia) legal²², a no ser que las partes hayan convenido lo contrario.

Además, si el beneficiario vive “maritalmente” – es decir si forma una pareja de hecho sin declarar la situación – el magistrado tiene la facultad de poner fin al pago de la pensión compensatoria.

VI. LA PENSIÓN COMPENSATORIA ESTIPULADA EN LOS CONVENIOS DE DIVORCIO POR ACUERDO MUTUO.

En el marco de un divorcio por consentimiento mutuo, los conyugues tienen la facultad de organizar su relación y, por ello, pueden prever el otorgamiento de una pensión compensatoria.

Ahora bien, desde que el Tribunal de casación ha considerado que la continuidad de pago de una pensión compensatoria estipulada en convenios de divorcio por mutuo consentimiento podía constituir un abuso de derecho, la doctrina de las jurisdicciones belgas se consolidó en este sentido²³.

²² La cohabitación legal consiste en la situación de parejas de hecho (heterosexuales y homosexuales) que tienen la facultad de declarar su convivencia ante la administración pública con el fin de proteger a los individuos en sus derechos y obligaciones solidarias. Esta cohabitación se extiende a la convivencia entre familiares o terceros sin que haya una relación con connotación sexual.

²³ Sentencia del Tribunal de Casación, 14 de octubre de 2010.

No obstante, algunos tribunales han estimado que, en determinados casos, no había abuso de derecho. Se trata por ejemplo de la situación del acreedor de la pensión quien continúa la pensión sin intención de perjudicar, con un interés legítimo – como el estado de necesidad – y una proporción razonable entre el perjuicio causado al deudor y la ventaja buscada²⁴.

VII. CONCLUSIONES.

El Derecho belga del divorcio reformuló en 2007 la base de la pensión compensatoria al enfocarla más en la noción de estado de necesidad que en la noción de falta, aunque ésta puede ser determinante en el otorgamiento o no de la pensión.

La reforma tuvo el mérito de corregir situaciones jurídicas definitivas con incidencias económicas inextricables para los conyugues deudores de la pensión compensatoria.

Sin embargo, no está exenta de las críticas respecto a la determinación del estado de necesidad y de la cuantía de la pensión compensatoria a otorgar. La jurisprudencia de los tribunales es difusa y el Tribunal de casación no da siempre el marco delimitado para los criterios de apreciación del juez.

Finalmente, hay que señalar dos problemáticas que emergen de la reforma del divorcio. Por una parte, si el Derecho admite varias formas de constitución de pareja, al lado del matrimonio, hay que preguntarse lo que justifica que esos vínculos compensatorios sean reservados sólo a las parejas casadas. En efecto, las parejas de hecho están excluidas de la pensión compensatoria. Por otra, hay que interrogarse sobre la coherencia de imponer una relación financiera (casi) permanente entre dos personas que han deseado poner un término a cualquier vínculo jurídico entre ellas a través de un divorcio.

BIBLIOGRAFIA

BROUWERS, J.C.: “La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007)”, *Revue notoriale belge*, 2007.

BROUWERS, J.C.: “La réforme du divorce. Le divorce pour désunion irrémédiable”, *Div. Act.*, 2007.

²⁴ Sentencia del Juez de paz de Fontaine-l'Évêque, 18 de octubre de 2012 y 13 de junio de 2013.

DANDOY, N.: “La réforme du divorce : les effets alimentaires”, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007.

VAN GYSEL, A. CH.: “La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable: un essai de lecture”, en LELEU, Y. y PIRE, D. : *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, ed. Larcier, Bruselas, 2007.



LAS COMPENSACIONES ECONÓMICAS EN EL NUEVO DIVORCIO
ARGENTINO. AUTONOMÍA PERSONAL, ORDEN PÚBLICO Y
FACULTAD DE RENUNCIA

*PECUNIARY COMPENSATIONS IN THE NEW ARGENTINE DIVORCE. PERSONAL
AUTONOMY, PUBLIC ORDER AND FACULTY OF RESIGNATION*

DRA. MARIEL F. MOLINA DE JUAN
Profesora Titular Derecho Privado VI (UNCuyo)
marielmolina@estudiojuan.com.ar

RESUMEN: El artículo realiza un estudio de las compensaciones económicas entre cónyuges reguladas por el nuevo Código Civil y Comercial argentino, en el marco del divorcio incausado. Pasa revista de sus presupuestos legales, caracteres, naturaleza jurídica y, finalmente, se detiene la posibilidad de renunciar a su reclamo mediante un pacto de previsión de la crisis matrimonial.

PALABRAS CLAVE: Compensaciones económicas. Divorcio. Autonomía personal. Orden público. Renuncia del derecho.

ABSTRACT: The article analyzes pecuniary compensations between spouses regulated by the new civil and commercial code of argentina, in relation to no-fault divorce; it examines its legal budgets, features and legal nature.; it also states the possibility that spouses can waive their claims by an agreement of forecast about marital crisis.

KEY WORDS: Pecuniary compensations. Divorce. Personal autonomy. Public order. Waiver of the right.

FECHA DE ENTREGA: 13/02/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/04/2016

SUMARIO: I. PUNTO DE PARTIDA.- II. PRESUPUESTOS LEGALES.- III. CARACTERES.- IV. NATURALEZA JURÍDICA: 1. No son alimentos.- 2. No son un mecanismo para la división de los bienes adquiridos durante la vida en común.- 3. No son una indemnización por daños causados por la vida familiar.- 4. Diferencias con el enriquecimiento sin causa.- 5. Naturaleza jurídica propia.- V. LA ESFERA DE AUTONOMÍA PERSONAL DE LOS CÓNYUGES. 1. Convenios de reconocimiento de compensaciones.- 2. Convenios de renuncia a la compensación.- A) La renuncia a los derechos.- B) El orden público y los derechos irrenunciables. C) La renunciabilidad de los efectos patrimoniales de la vida familiar. D) Disponibilidad de la compensación económica: 1. Acuerdos contemporáneos o posteriores al quiebre de la vida en común.- 2. Pactos de previsión de los efectos de la crisis matrimonial. VI. CONCRETANDO LAS HIPÓTESIS DE RENUNCIA EN EL CASO ARGENTINO.- VII. A MODO DE CIERRE (PROVISORIO).

I. PUNTO DE PARTIDA.

El nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCyC)¹ introduce por primera vez en el derecho argentino *las compensaciones económicas*. Se encuentran previstas como un efecto posible del divorcio, la nulidad del matrimonio, y la ruptura de las uniones convivenciales.

Por medio de esta figura se persigue “compensar” o “corregir” el desequilibrio económico que a veces generan las crisis familiares, y evitar que uno de los cónyuges o convivientes sufra un perjuicio injusto. Aunque el CCyC toma como premisa el respeto por la autonomía personal (que viene impuesto desde el paradigma constitucional-convencional), reconoce que las decisiones libremente adoptadas durante la vida familiar pueden desembocar en consecuencias perjudiciales cuando el proyecto común concluye. Razones de solidaridad familiar imponen que ciertos sacrificios o postergaciones personales, no sean ignoradas por el derecho.

Desde la entrada en vigencia de la nueva ley, los autores se han abocado a estudiar la institución con diferentes enfoques². En este artículo me propongo ahondar en sus

¹ El Código Civil y Comercial argentino que entró en vigencia el 1 de agosto del año 2015 introdujo significativas reformas en varias de las instituciones del Libro Segundo que regula las relaciones familiares.

² Entre otros, PELLEGRINI, M^a V.: “Comentario arts. 441 y 442”, en KEMELMAJER, LLOVERAS, HERRERA (dir.): *Tratado derecho de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. 1; ARIANNA, C. A.: “Reflexiones sobre las prestaciones post divorcio. Apuntes para una reforma”, *RDF*, 52-2011, p. 33; MEDINA, G.: “Compensación económica en el Proyecto de Código”, *La Ley*, 20/12/2012, 1; DUPRAT, C.: “Comentario art. 438 a 440”, en KEMELMAJER, LLOVERAS y HERRERA (dir.): *Tratado derecho de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. 1; HERRERA, M.: “Comentario art. 441 y 442”, en LORENZETTI (dir.), Rubinzal Culzoni, t. II, 2015, p. 756 y ss.; SOLARI, N. E.: “Las prestaciones compensatorias en el Proyecto de Código”, *DFyP*, 2012 (octubre), p. 3; IRIGOYEN TESTA, M.:

caracteres, presupuestos y naturaleza para, finalmente, analizar el juego entre la autonomía personal y el orden público, frente a la facultad de los cónyuges de renunciar en forma anticipada al reclamo judicial.

II. PRESUPUESTOS LEGALES.

La figura se encuentra inserta dentro del sistema de divorcio incausado que rige en la Argentina desde la entrada en vigencia del CCyC, en el cual no se discuten las causas de la ruptura, ni se establecen culpables o inocentes.

Lo que interesa, entonces, es de qué modo aquellos que compartieron un proyecto de vida en común, van a organizar los efectos de su divorcio; por eso se exige que la petición de divorcio se acompañe de una propuesta de regulación de sus efectos, especificando entre ellos si se reclaman, ofrecen (divorcio unilateral), o acuerdan (divorcio bilateral), compensaciones económicas.

Si no se alcanza ningún acuerdo sobre este punto que pueda homologarse judicialmente, el cónyuge que se encuentra comprendido dentro de los presupuestos legales puede reclamarlas judicialmente.

El artículo 441 dice: “El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación³.”

Cuando las partes no la acuerdan y debe accionarse judicialmente, el proceso estará orientado a acreditar, por un lado, la existencia de los presupuestos legales y, por el otro, los elementos que justifiquen el monto de la prestación, su forma de cumplimiento, y el plazo, si hubiere.

“Fórmulas para calcular la compensación económica”, Ponencia comisión 3, *JNDC*, 2015; MOLINA DE JUAN, M.: “Las compensaciones económicas en el nuevo sistema de divorcio”, 2012-57, p. 187; MOLINA DE JUAN, M.: “Uniones convivenciales y compensaciones económicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino”, *ErreNems*, Novedades, n° 1854-5/3/2014; MOLINA DE JUAN, M.: “Alimentos y compensaciones económicas”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., y MOLINA DE JUAN, M. (dir.) *Alimentos*, t. 1, Capítulo VII, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 299-346; MOLINA DE JUAN, M.: Ponencia JNDC Bahía Blanca, 2015. Comisión 6. “Las compensaciones económicas son ajenas a la responsabilidad civil; Compensaciones económicas para cónyuges y conviviente. Preguntas necesarias y respuestas posibles”, *Rev. Anales de Legislación Argentina*, Año LXXV 24, septiembre 2015, p. 173-174; MOLINA DE JUAN, M.: “Comprensión y extensión del concepto de desequilibrio en las compensaciones económicas”, *RDF*, 74-2016, p.129.

³ De modo semejante para las uniones convivenciales, el art. 524 dice: “Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación”.

Lo determinante es probar el desequilibrio económico. La constatación de este presupuesto requiere una comparación de la situación de las partes entre sí, y la evolución patrimonial -pasada y esperable- de cada uno de ellos. En otras palabras, el desequilibrio denota una doble falta de armonía: (i) interna de la pareja, que implica evaluar la situación económica de uno de los cónyuges frente al otro, y (ii) temporal o secuencial, que exige analizar la evolución patrimonial de cada uno antes, durante y después del matrimonio. Para evaluar *esa diferencia* interesa especialmente la última etapa de la convivencia (siempre que refleje el nivel real de posibilidades, tenga una proyección razonable y no sea producto de acontecimientos ocasionales o pasajeros).

El desajuste que se compensa es el que importa *el empeoramiento* de la situación del que la reclama, con un descenso en sus posibilidades hacia el futuro caracterizado por la pérdida de oportunidades y una mayor dificultad para insertarse o reinsertarse en el mercado laboral⁴ de acuerdo con sus expectativas.

La diferencia en las posibilidades económicas y de desarrollo autónomo debe ser significativa y “manifiesta”. De tal entidad que condicione en forma ostensible la situación futura de quien lo solicita.

Por otra parte, el desequilibrio debe encontrarse “causado” en la forma de organización familiar propia de ese matrimonio, que acarrea consecuencias nefastas luego del divorcio. Este desajuste puede producirse, aunque las reglas que se hayan aplicado al desenvolvimiento patrimonial de esa pareja sean comunitarias.

La ley argentina ofrece una serie de pautas –meramente enunciativas- para determinar si se deben o no y, si se deben, con qué alcance⁵. Son parámetros que

⁴ En palabras de Medina, importa un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado en el transcurso de la relación, con independencia de la situación de necesidad mayor o menor del acreedor, dada la naturaleza especialmente no alimenticia de la misma, pero teniendo en cuenta la expectativa de bienestar económico que pudiera haber creado el solicitante con base en las condiciones bajo las cuales se hubiera desarrollado y conformado la vida conyugal (MEDINA, G.: “Compensación económica en el Proyecto de Código”, cit.)

⁵ Artículo 442.- Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;
- b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;
- c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;
- d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;
- e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;
- f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

versan sobre las *condiciones existentes al comienzo d matrimonio*, la *distribución de roles y responsabilidades durante la vida familiar*, las *circunstancias presentes al momento de la ruptura y su evolución en un futuro previsible*. Aunque algunas son más importantes o frecuentes que otras, ninguna es de por sí definitiva. En todos los casos la decisión judicial implicará una compleja tarea de ponderación de estos presupuestos.

III. CARACTERES.

1. Es un derecho-deber de naturaleza familiar.

El derecho a reclamar una compensación económica integra la órbita de los derechos-deberes derivados de las relaciones familiares. Se deben en tanto existió un proyecto familiar común que se disuelve, fundado en un matrimonio (o una unión convivencial).

2. Recíproco.

Cada uno de los miembros del matrimonio es titular de un derecho-deber inversamente correlativo con el que tiene el otro. Ello, sin dejar de reconocer que, dadas las características de la sociedad argentina actual, las mujeres aparecen como sus principales beneficiarias y que, en este contexto, puede ser una buena herramienta para combatir la feminización de la pobreza como consecuencia del divorcio⁶.

3. Es un derecho patrimonial que se traduce en una prestación con contenido económico.

Se concreta mediante una prestación económica, que no es otra cosa que un efecto patrimonial del divorcio. Una vez fijada por sentencia judicial o acordada por las partes nace un derecho -personal o real según el caso- que ingresa al patrimonio del acreedor con todas las implicancias legales que ello representa.

Se trata de una *prestación de dar*⁷ por la que se busca “compensar” el perjuicio

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

⁶ Comparte la perspectiva de género de la figura REVSIN, M.: “La compensación económica familiar en el nuevo régimen civil”, *RDF*, 69, 2015, p. 107.

⁷ Se sigue la idea de PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial*, Legal Publusing, Santiago de Chile, 2009, p. 32 y 35. Ver también

económico que sufre uno de sus miembros (que probablemente permanecía oculto hasta entonces⁸) y atenuar su impacto hacia el futuro.

Si las partes no acuerdan otra cosa, lo más conveniente es que la prestación se realice mediante una entrega única, que permite disponer de un capital para reequilibrar la situación y evita los conflictos que acarrea el pago de una renta (incumplimientos, modificaciones en la situación patrimonial del deudor, garantías, etc.).

También puede pagarse con el usufructo de determinados bienes, o de cualquier modo que estipulen las partes o lo decida el juez. Así, por ejemplo, si el beneficiario es un profesional que ha dejado de trabajar puede ser compensado con una suma equivalente para realizar un curso de posgrado o de actualización; si ha abandonado sus estudios, lo necesario para retomarlos; si no tiene forma de procurarse recursos, la entrega de una suma de dinero o un bien -en propiedad o en usufructo- para poner en marcha un negocio, etc.

4. Instancia de parte.

Aunque el juez advierta que se configuran los presupuestos de procedencia, siempre requiere la petición de la parte interesada o la presentación de un acuerdo entre los involucrados. Es decir, no puede fijarse de oficio.

5. Temporaria.

Puede pagarse mediante una renta por un plazo determinado. También puede fijarse sin plazo, pero esta hipótesis sólo procede con carácter excepcional para casos de desequilibrio *perpetuo*, que ya no podrá modificarse (si el cónyuge está en edad de jubilarse, si ha dedicado toda su vida al hogar o los hijos, si padece una enfermedad que no le permite acceder al mercado laboral, etc.).

6. Caducidad.

La ley ha previsto la *caducidad* de la acción si el cónyuge que la reclama deja transcurrir seis meses desde la sentencia firme de divorcio sin iniciarla. Este exiguo plazo tiene directa relación con la finalidad de la figura: resolver las cuestiones

LEPIN MOLINA, C. (dir.): *Compensación económica. Doctrinas esenciales*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, p. 170.

⁸ CARBONNIER, J.: “La *question du divorce*”, *Memoire a consulter*, p. 120.

patrimoniales pendientes a la brevedad, y garantizar -o generar las condiciones- para el sostenimiento autónomo del beneficiario sin dilaciones⁹.

7. No se prevén causas de modificación ni de cese de la compensación fijada.

La ley no prevé la modificación o cese de la compensación por cambio de las circunstancias, ni se extingue por nuevo matrimonio o unión convivencial del beneficiario, pues estas situaciones resultan ajenas al fundamento esencialmente compensador de la figura.

Tampoco concluye por muerte del deudor. En este caso, el beneficiario ingresa en la sucesión como un acreedor del causante. Sin perjuicio de ello, si el caudal hereditario no alcanzara a cubrir la deuda, los herederos podrían plantear la reducción o supresión, debiendo aplicarse las reglas del derecho sucesorio.

IV. NATURALEZA JURIDICA.

La identificación de la naturaleza jurídica de esta institución, regulada por primera vez en el derecho argentino, ha sido objeto de investigación. No solo porque sirve para dar contenido a las expresiones o conceptos de textura abierta que contienen las normas, ayuda a ponderar las pautas de procedencia, y resulta útil para reconocer y aplicar el derecho supletorio, sino, además, porque permite analizar el carácter disponible o indisponible del derecho en juego.

El estudio de los antecedentes comparados¹⁰ -siempre de gran utilidad cuando se trata de figuras novedosas como la que nos ocupa- orienta, sin embargo, no arroja una respuesta definitiva dadas las notas peculiares de la regulación nacional. En este punto, el debate tercia entre la naturaleza asistencial o resarcitoria, pero sus argumentos no son trasladables en forma automática. Por una parte, porque cada país amolda sus perfiles a la sociedad para la que se ha pensado; por la otra, porque aunque el diseño legal argentino ha seguido de cerca los antecedentes del Código Civil español, no los replica en forma idéntica; se observan algunas diferencias significativas que impiden “trasplantar” a nuestro derecho aquellas conclusiones a las que se ha arribado en aquel país, después de largos años de estudio y experiencia.

⁹ Ampliar en PELLEGRINI, M^a V.: “Comentario al art. 441”, en KEMELMAJER, LLOVERAS y HERRERA (dir.): *Tratado derecho de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 480.

¹⁰ Para los antecedentes de la institución en el derecho comparado, entre otros, compulsar FANZOLATO, E.I.: “Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-I, Alimentos, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p 20.

En principio, pueden identificarse algunas diferencias respecto de otros derecho-deberes familiares de naturaleza patrimonial, entre ellas:

1. No son alimentos.

En primer lugar, debe evitarse toda confusión con los alimentos; aunque en una primera impresión los límites entre unos y otros puedan parecer difusos, las diferencias son significativas. A modo de ejemplo, se sintetizan solo algunas:

Los alimentos persiguen asegurar la subsistencia del alimentado. Como regla, las compensaciones no, aunque ello pueda resultar una consecuencia derivada de su fijación. Incluso las compensaciones pueden proceder ante la falta de necesidad del cónyuge peticionante, cuestión improbable para la fijación de alimentos.

Además, los alimentos se encuentran sujetos a la valoración las circunstancias dinámicas (enfermedad, necesidad extrema, posibilidades del alimentante). Si ellas cambian también puede variar el contenido o alcance de la prestación. Esta posibilidad no se prevé para las compensaciones.

Otra diferencia destacable es que mientras los alimentos se deben día a día y generalmente se pagan en forma mensual, la compensación puede fijarse en un pago único; si se fija como una renta, lo será por un plazo, salvo circunstancias realmente excepcionales.

2. No son un mecanismo de división de los bienes adquiridos durante la vida en común.

Se ha afirmado que las compensaciones se traducen en una prestación con contenido económico y que se deben porque uno se benefició a expensas de los sacrificios del otro. Sin embargo, ello no autoriza a sostener que sean un mecanismo de igualación de patrimonios.

Por otra parte, aunque la situación patrimonial en la que quedan cónyuges luego de la ruptura sea una pauta de valoración para determinar su procedencia y monto, el derecho a percibirla es independiente del régimen económico que tenía ese matrimonio (comunidad de ganancias o separación de bienes). Es cierto que puede cumplir un papel de mayor trascendencia entre los cónyuges casados con separación de bienes, ya que aquí no hay consideración a las ayudas o colaboraciones prestadas por el otro (cada uno de los administra y dispone de los bienes de su propiedad y al

momento de la ruptura se lleva solo los bienes que ha adquirido)¹¹. Sin embargo, el desequilibrio que se compensa también puede acontecer en la comunidad de ganancias, especialmente cuando no hay masa a partir, su capital es exiguo, o cuando el desajuste sea esencialmente dinámico y se manifieste en las diferentes posibilidades de procurarse recursos hacia el futuro.

3. No son una indemnización por daños causados en las relaciones familiares.

La naturaleza indemnizatoria de las compensaciones fue sostenida por varios autores extranjeros. Algunos alegan que se resarce al cónyuge que ha quedado fuera del mercado, asimilándolo a un supuesto de responsabilidad civil, cual si fueran un lucro cesante o pérdida de chance. Otros sostienen que sería una indemnización por el sacrificio o las renunciaciones operadas¹².

En la Argentina, las relaciones entre el derecho de daños y el ordenamiento jurídico familiar no han sido pacíficas. Sin embargo, existe coincidencia que, para que proceda la reparación civil en la esfera familiar, deben acreditarse los presupuestos de la función resarcitoria que el CCyC conserva y explicita: antijuridicidad, factor de atribución (subjetivo), nexo causal y, lógicamente, daño.¹³

Aunque pueda identificarse un daño o menoscabo y una relación de causalidad adecuada, el perjuicio no surge de una conducta antijurídica en tanto opera una causa de justificación: los acuerdos internos de los miembros de la pareja, que no son más que una manifestación del ejercicio regular del derecho de distribuir los roles familiares dentro de los límites legales. Es facultad de los cónyuges organizar su vida en común, asignarse funciones e, inclusive, abdicar del propio desarrollo en pos del proyecto común.

En conclusión, las compensaciones económicas incluidas en el derecho argentino no se identifican con un supuesto de responsabilidad civil y su régimen legal resulta inaplicable.

4. Diferencias con el enriquecimiento sin causa.

Aunque existen algunos puntos de contacto, la figura no se identifica totalmente con

¹¹ El CCyC no contiene una norma expresa que autorice expresamente la compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, como sí lo hace su par español (artículo 1438CCE).

¹² Ampliar en LEPIN MOLINA (dir.): *Compensación económica. Doctrinas esenciales*, cit., p. 170.

¹³ Ampliar en PICASSO, S., en LORENZETTI (dir.): *Código Civil y Comercial Comentado*, Rubinzal Culzoni, 2015, t. 8, p. 339.

el enriquecimiento sin causa.

Es cierto que la prohibición de enriquecerse a costa de otra persona, si no existe una causa legítima que lo justifique, constituye una regla que opera en prácticamente todos los ámbitos del derecho.¹⁴ Pero la aplicación de este valor genérico, como fuente de la obligación del cónyuge de compensar un desequilibrio económico entre ellos, encuentra algunos obstáculos. El perjuicio de uno y el correlativo enriquecimiento del otro están en directa relación con una causa permitida y consentida por la ley, aunque la ruptura luego torne injustas sus consecuencias.

5. Naturaleza jurídica propia.

Al parecer, se trata de una figura con naturaleza diferenciada que no se confunde con ninguna de las enumeradas. Es “correctiva” de un desequilibrio fundamentalmente dinámico, que persigue evitar que la peculiar distribución de roles y funciones mantenidas durante la vida en común provoque un perjuicio injusto en las posibilidades de desenvolvimiento futuro de uno de los miembros de la pareja que se disuelve.

Carece de connotación subjetiva, no interesa la causa de la ruptura ni tampoco si el beneficiario estuvo o no plenamente de acuerdo con rol que le tocó asumir dentro de la planificación familiar, aunque, naturalmente, no ampara la desidia ni el abuso del derecho. En definitiva, subyace el respeto por los acuerdos o compromisos que los miembros de la pareja han realizado para distribuir los roles durante la vida en común.¹⁵

V. LA ESFERA DE AUTONOMIA PERSONAL DE LOS CONYUGES.

Uno de los principios de orden constitucional que sustenta la reforma del derecho familiar argentino es el respeto por la autonomía personal, que avanza tanto en los ámbitos personales como patrimoniales. Sin embargo, este postulado adquiere perfiles diferentes según el grupo familiar que se integre. Aunque entre los esposos se observa una mayor libertad que en el Código Civil derogado, el reconocimiento de su autonomía presenta todavía importantes restricciones. En este contexto, cabe indagar sobre las facultades de los cónyuges para tomar decisiones relativas a las compensaciones económicas, sea para fijarlas, sea para renunciarlas.

¹⁴ LÓPEZ MESA, M.: *Derecho de las obligaciones, Análisis exegético del nuevo Código Civil y Comercial argentino*, Julio Cesar Faira, Editor, Uruguay, 2015, II, p. 555.

¹⁵ Conclusiones Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015. Comisión 3.

1. Convenios de reconocimiento de compensaciones.

La ley autoriza -y estimula- los pactos divorciales. Entre otras cosas, los cónyuges pueden estipular una compensación a favor de uno de ellos, determinando su monto y forma de cumplimiento en el convenio regulador de los efectos del divorcio (art. 439 y 442 CCyC).

Aunque no es el objeto de este estudio profundizar sobre la naturaleza jurídica de las cláusulas de contenido patrimonial del convenio regulador de los efectos del divorcio, en principio, se trataría de un negocio jurídico familiar de naturaleza contractual, por el cual las partes manifiestan su consentimiento para crear, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 957 CCyC). Si se comparte esta afirmación resultaría que estas cláusulas:

- (i) se rigen por las normas de los contratos en general y las partes quedan sujetas a lo pactado¹⁶,
- (ii) serían una *transacción*, contrato por el cual las partes se hacen concesiones recíprocas y se extinguen obligaciones dudosas o litigiosas con el fin de evitar un litigio o ponerle fin (art. 1641 CCyC), y,
- (iii) no pueden ser contrarias al orden público familiar.

El convenio debe ser homologado por el juez, quien podría rechazarlo si perjudica de un modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar. La homologación judicial funciona, entonces, como condición esencial para que lo decidido por las partes se torne inmodificable respecto de ellas y pueda ejecutarse en caso de incumplimiento. Si se refiere a bienes registrables (adjudicación o constitución de usufructo) es necesaria para su inscripción a efectos de la oponibilidad a terceros. Nótese que atañe más a la eficacia que a la validez del pacto¹⁷.

¿Sería viable una cláusula en la que las partes acuerden que uno u ambos se reservan la posibilidad de reclamar o cobrar la compensación sujeta a condición? La pérdida del trabajo o una futura enfermedad podrían ser acontecimientos futuros e inciertos

¹⁶ Artículo 959.- Efecto vinculante. “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”.

¹⁷ La falta de homologación del acuerdo de liquidación de la sociedad conyugal no afecta la validez de lo pactado, puesto que dicha circunstancia no hace al perfeccionamiento del convenio, que queda completo sin ese recaudo, sino que solamente importa dotarlo desde el ángulo procesal de autoridad de cosa juzgada, lo cual no significa que pueda ser desconocido unilateralmente, por una de las partes de la convención (CNCiv., Sala C, abril 17-980 “T. de C. c. C., O.”, ED, 89-141). En el mismo sentido, ARIANNA, C.: “Los convenios de división de bienes celebrados antes de la disolución de la comunidad. Un tema recurrente”, *RDF*, 2009-III, p. 68.

que los cónyuges ponderen como generadores del derecho al reclamo o al cobro. En principio, parece que la fórmula legal no lo impediría, aunque debería ser analizada con detenimiento, pues es muy probable que en este caso la prestación acordada no concuerde con la esencia y finalidad de la figura. En otras palabras, la cláusula en sí podría ser válida, pero el derecho reconocido no revestiría la naturaleza de compensación económica en sentido estricto.

2. Convenios de renuncia a la compensación.

El estudio de esta hipótesis reconoce dificultades, no solo porque no existe una norma expresa que se refiera a ella, sino, además, porque es muy posible que la solución dependa de cada caso concreto¹⁸, y que incidan tanto la oportunidad de la renuncia y las condiciones en las que se efectúa, como el tipo de vínculo familiar que protagonizan los involucrados.

Parece no existir gran controversia para admitirla una vez producida la ruptura de la vida en común (en el marco de los acuerdos divorciales o luego del divorcio); la respuesta es más dudosa si se pretende abdicar al ejercicio de este derecho de manera “anticipada”.

Para responder a este interrogante comenzaré por analizar algunos aspectos relevantes sobre la renuncia al ejercicio de los derechos en el sistema argentino, y su viabilidad en el marco de las relaciones patrimoniales de familia. Luego pasaré revista de las posiciones que han sido esgrimidas en este tema y formularé aquellas distinciones que, en mi opinión, deben tomarse en consideración para su correcto encuadre. Por último, enunciaré breves conclusiones provisionales.

A) La renuncia a los derechos.

La renuncia a un derecho importa una declaración de voluntad por la cual una persona *abdica* de una facultad que le pertenece. En este acto, el sujeto en forma libre y espontánea, abandona o se desprende de una prerrogativa, que entraña su pérdida o separación definitiva de quien la titulariza.¹⁹

¹⁸ Se destaca el paradigma del CCyC recogido en los tres primeros artículos, que sientan las bases de la interpretación y aplicación de la ley basada en el método de ponderación de principios y valores en cada caso concreto.

¹⁹ Para un estudio en profundidad sobre la renuncia de los derechos ver OSSOLA, F.: *Tratado de la renuncia de los derechos y las obligaciones*, Bs. As., La Ley, 2012, t. I. El autor establece una relación de género-especie entre el acto abdicativo y la renuncia a los derechos (ampliar p. 271)

El título preliminar del CCyC contiene una norma genérica que se ocupa del tema. El art. 13 estipula: “Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba.” La primera oración contiene una prohibición expresa fundada en el principio de obligatoriedad de las leyes (art. 4)²⁰ y quiere decir que no es posible dejarlas sin efecto mediante una renuncia general. La segunda fija el principio de la renunciabilidad de los efectos de la ley. Admite la posibilidad *de abdicar* del ejercicio de una facultad o prerrogativa en un caso particular, y se refiere a la renuncia a un derecho determinado²¹. Ello, siempre que el ordenamiento jurídico no lo prohíba por vía de una norma imperativa indisponible para las partes.

Las reglas propias de la renuncia admitida por la ley se encuentran contempladas en expresamente en el CCyC. A los efectos de este estudio, se destaca:

(i) La renuncia es un acto abdicativo voluntario y lícito que posee la finalidad inmediata de aniquilar derechos (art. 259 CCyC).

(ii) Puede ser onerosa o gratuita. En el primer supuesto, a cambio de un precio o de una ventaja. En el segundo, no se obtiene ninguna contraprestación, proviene de una mera liberalidad, y si bien importa una generosidad, no se confunde con la donación que compromete la transmisión una cosa en propiedad.

(iii) Si la renuncia es onerosa, siempre es bilateral y será irrevocable desde el momento en que se formalizó el acuerdo. En cambio, cuando es gratuita –aunque sobre el punto las opiniones no son unánimes– sería unilateral pues la aceptación no hace a su existencia sino a su irrevocabilidad²².

(iv) Es de interpretación restrictiva y la voluntad de renunciar no se presume. La prueba de la renuncia puede ser efectuada por cualquier medio idóneo. En caso de que hubiere una duda respecto de si hubo un acto abdicativo, debe estarse por su ausencia.

El análisis más relevante en este tema gira en torno de determinar qué derechos son susceptibles de ser abandonados. Como se ha anticipado, la ley argentina fija una pauta general: solo pueden ser renunciados los derechos que el ordenamiento jurídico concede en interés particular de las personas, pero no los otorgados en miras del orden público, instituidos en resguardo del interés general.

En principio, los derechos patrimoniales (sean personales, reales o intelectuales) pueden ser renunciados. Se puede abdicar tanto al derecho en sí mismo como a las facultades que de él emergen, por ejemplo, el derecho a una prescripción ya ganada,

²⁰ LORENZETTI, R., en LORENZETTI (dir.): *Código Civil y Comercial argentino de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, 2015, t. I, p 71.

²¹ OSSOLA, F.: *Tratado de la renuncia de los derechos y las obligaciones*, cit. p. 459 y ss.

²² Para ampliar, OSSOLA, F.: *Tratado de la renuncia de los derechos y las obligaciones*, cit., p. 295 y ss.

el cobro de los alimentos devengados impagos o el derecho a colacionar dentro de los límites de la porción legítima. Como contrapartida, los extrapatrimoniales son, por regla, irrenunciables. Así sucede con las acciones de estado que persiguen declarar la existencia de los presupuestos de un determinado emplazamiento familiar, constituirlo, modificarlo o extinguirlo.

Sin embargo, esta regla no es absoluta. Por un lado, existen prerrogativas que tienen contenido patrimonial que no pueden ser renunciadas: el derecho a alimentos futuros, a pedir la división del condominio, a adquirir una herencia futura o la porción legítima, a la prescripción,²³ etc. Por el otro, hay derechos extrapatrimoniales que pueden dejarse caducar como sucede con las acciones de filiación para ciertos legitimados, y aunque caducidad y renuncia no son figuras idénticas, para el supuesto que analizamos los efectos son similares.

Nótese que la renuncia al ejercicio de determinados derechos que se pueden invocar contra la otra parte es habitual en el contrato de transacción.²⁴ Este contrato puede tener una multiplicidad de objetos entre los que se cuentan los derechos patrimoniales derivados de las relaciones de familia.

Se sostuvo que las compensaciones económicas son un derecho patrimonial. Pero, como se ha visto, este carácter no anticipa ninguna solución precisa al tema que se estudia²⁵.

B) El orden público y los derechos irrenunciables.

La respuesta correcta parece surgir de una valoración diferente. Es que lo fundamental para decidir si un derecho es o no renunciable consiste en determinar si compromete o no el orden público. Si lo hace, no es admisible su renuncia.²⁶

²³ La jurisprudencia ha sostenido que “la renuncia anticipada de la prescripción aún contenida en una renuncia general a oponer excepciones implica “un atajo para esquivar las razones de orden público que fundamentan la institución, y por tal razón es inválida.” Por lo expuesto, no son admisibles los argumentos del recurrente que pretenden hacer prevalecer la autonomía de la voluntad (pacto de renuncia a la prescripción futura) frente a un instituto de orden e interés público (prohibición de la renuncia a la prescripción futura)” (Cám. Apel. Civil y Comercial de San Miguel de Tucumán, Consorcio de Propietarios de Edificio de calle Maipú 545 c/ Hotel Claridge S.A. s/ cobro ejecutivo de expensas, 10/03/2014 Cita: MJ-JU-M-85798-AR | MJJ85798.)

²⁴ Para una distinción fina entre renuncia de derechos y transacción, ver OSSOLA, F.: *Tratado de la renuncia de los derechos y las obligaciones*, cit. p. 379 y ss.

²⁵ Para Llambías, en caso de duda acerca de la finalidad de la institución ha de estirarse que el derecho es renunciable. (LLAMBIAS, J.: *Tratado de derecho civil*, Obligaciones, t. III p. 157, ver OSSOLA, F.: *Tratado de la renuncia de los derechos y las obligaciones*, cit. p. 461.)

²⁶ HERRERA, M., y CAMELO, G., en *Código Civil y Comercial argentino Comentado* (dir. HERRERA, CAMELO y PICASSO), INFOJUS, 2015, t. 1, pp. 43-44.

Es conveniente recordar que la noción de orden público es vaga, compleja y difícil de definir. Al punto que puede catalogarse como un *concepto jurídico indeterminado* por excelencia²⁷. En primer lugar, por el carácter polisémico de sus términos, los que tienen significante (“orden” y “público”) y varios significados o semas, algunos muy dispares en cuanto a su sentido o contenido por la multiplicidad de ámbitos heterogéneos en los que se utilizan. En razón de ello, para un sector de la doctrina el orden público reside en los principios que rigen e inspiran la conciencia de la organización de la sociedad en la que impera, para otro, el concepto de orden público se asienta en el propio ordenamiento jurídico²⁸.

Esta indeterminación deriva también de su carácter contingente, evolutivo y mutable, ya que su formulación depende de distintas variables combinables entre sí, la espacial, la temporal y la política.²⁹ Es producto de concepciones cambiantes, de modo que en muchos casos lo que se considera exigencia del orden público en un lugar y época determinados, no lo será en otro sitio, o aún en el mismo lugar, pero en otro tiempo o en diferentes circunstancias. La cuestión se complejiza aún más porque, para conceptualizarlo se recurre usualmente a otros conceptos jurídicos, también de difícil determinación (buenas costumbres, moralidad, etc.).

Todas estas dificultades no son un problema menor en el ámbito del derecho familiar, pues es precisamente el contenido del orden público el que limita la autonomía y cercena toda posibilidad de modificar, sustituir o dejar de lado aquellas facultades que gozan de ese atributo. Estos derechos protegidos son irrenunciables y por ende ineficaces los actos que contrarían sus disposiciones imperativas, forzosas e inderogables³⁰.

En la sociedad argentina contemporánea, ese núcleo central de valores, sólido y perdurable, que puede considerarse como “no negociable” para la convivencia pacífica y equilibrada, no puede ser otro que la *protección de los derechos humanos de todas*

²⁷ Sobre los conceptos jurídicos indeterminados, (o de contenido variable) puede compulsarse PERELMAN, Ch.: “Les notions a Contenu Variable en Droit; Essai de Synthèse”, en *Les notions a contenu variable en droit*; Etudes Publiées par Cahim Perelman et Raymond Vander Est, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1984, p. 363 y ss.

²⁸ Explica DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, pp. 90-91, que según las definiciones de la Real Academia española, “orden” hace referencia a un estado ideal de las cosas, a una relación idónea para mantener el equilibrio, la concordia. Lo “público”, en un sentido hace referencia a la sociedad, ya sea tomada en forma genérica o algún sector concreto de la misma; en otro sentido conecta con la idea de autoridad, de Estado.

²⁹ Conf. DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades* cit. p. 18. Sobre el tema también ver PRIETO ÁLVAREZ, T.: *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 60.

³⁰ Compulsar entre otros, BIDART CAMPOS, G.: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995; p. 71.

*las personas*³¹. En el derecho familiar, se manifiesta en el respeto por la autonomía personal, la igualdad real de oportunidades y el principio de solidaridad familiar.

C) La renunciabilidad de los efectos patrimoniales de la vida familiar.

Existe una relación inversamente proporcional entre ese núcleo donde se aloja el orden público y la renunciabilidad al derecho. Cuanto más cerca se está de él, menos espacio hay para abdicar de las prerrogativas que la ley confiere.

En el nuevo derecho patrimonial familiar argentino, las tensiones entre la autonomía y orden público se resuelven mediante una serie de límites impuestos por la ley, que no pueden ser dejados de lado por voluntad de las partes y que operan como contrapunto de la libertad fundados esencialmente en razones de solidaridad. El ejercicio de las potestades de los miembros de cada pareja reconocidos por el nuevo ordenamiento, está condicionado por dos tipos de restricciones: las genéricas, aplicables con independencia del negocio jurídico de que se trate, y las específicas propias del derecho familiar.

Las primeras surgen de los principios generales del derecho: la seguridad jurídica, la igualdad, la prohibición de dañar a otros, la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, el principio de buena fe, la prohibición de fraude, etc.

Las segundas son un conjunto de derecho-deberes diseñado como “régimen primario” inderogable que comprende: (i) El derecho a percibir alimentos durante el matrimonio o la separación de hecho, (ii) Las disposiciones que protegen la vivienda familiar, (iii) La proporcionalidad de la contribución a los gastos del hogar, (iv) La solidaridad legal por las deudas del hogar.

Quedan fuera de este núcleo duro aquellas facultades de contenido patrimonial que sí son disponibles; entre ellas: (i) La obligación de rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos por el cónyuge apoderado (aunque las reglas del mandato entre cónyuges sí integran el núcleo duro), (ii) el derecho a participar de los bienes adquiridos por el otro (opción por el régimen de separación de bienes), o (iii) la división de bienes por mitades en el convenio de liquidación de la comunidad.

D) Disponibilidad de la compensación económica.

Llegado a este punto, para decidir si el derecho a reclamar una compensación

³¹ Conf. DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, cit., p. 444.

económica puede o no ser renunciado, debe precisarse qué proximidad tiene con el núcleo de derechos fundamentales los que, como se ha visto, son por definición irrenunciables.

La jurisprudencia del Supremo Tribunal español ha fijado posición frente a este interrogante. La STS del 2 de diciembre de 1987, en relación con el art. 97 CCE (fuente directa del sistema argentino), sostuvo que: “es claro que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, respecto de las cuales sí se refiere la función tuitiva, todo ello con la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente”.

Su doctrina vigente parece comprender los siguientes postulados: (i) la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración³², y (ii) los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación³³. En un pronunciamiento del 11 de diciembre de 2015 ratificó su posición: “a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenidos en el convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la ley, la moral y el orden público”³⁴.

En el derecho argentino la respuesta tiene sus matices. Es que mientras su par español reconoce amplia libertad a los cónyuges para regular los efectos económicos de su matrimonio mediante capitulaciones y les permite realizar todo tipo de contratos (art. 1323 CCE); nuestro Código Civil y Comercial es mucho más restrictivo en este aspecto, e introduce una disposición expresa que prohíbe a los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad de ganancias contratar entre sí en interés propio (art. 1002 CCyC).

Entonces, es necesario distinguir:

1. Acuerdos contemporáneos o posteriores al quiebre de la vida en común.

El convenio regulador de los efectos del divorcio es el instrumento más adecuado para recoger los pactos relativos a la renuncia a percibir compensaciones

³² STS 20 de abril de 2012 (Recurso 2099/2010). Ver también STS 22 de abril de 1997, 15 de febrero de 2002, 21 de diciembre de 1998, y 31 de marzo de 2011.

³³ STS10 de diciembre 2012 (LA LEY 203467/2012); 25 de marzo 2014 (LA LEY 56104/2014).

³⁴ STS 678/2015 11 Diciembre 2015, Rec. 1722/2014 (LA LEY 188257/2015).

económicas³⁵.

Puede consistir en una manifestación conjunta que reconoce la ausencia de presupuestos para el reclamo de la compensación. En rigor ésta no sería una renuncia en sentido estricto (pues, de ser así, el derecho en cuestión no existiría), sino más bien un acuerdo para evitar todo planteo judicial posterior. También podría contener la manifestación sin introducir elementos referidos a la existencia o no del desequilibrio causado. De igual modo que el resto del contenido del convenio regulador, está sujeto al control judicial; el juez puede no homologarlo si afecta el interés familiar o el de uno de los cónyuges. Sin embargo, esta facultad judicial – tratándose de un acuerdo de naturaleza patrimonial alcanzado por personas mayores y capaces– debería manejarse con prudencia.

Como variante de esta hipótesis, la compensación pactada en el convenio regulador homologado o determinada en una sentencia puede ser renunciada luego por el beneficiario, incluso al momento de liquidarse la comunidad de ganancias. Por cierto, como todo crédito podrá ser condonado, cedido o transmitido según las reglas generales³⁶.

La renuncia también puede instrumentarse en un escrito privado y autónomo firmado en el marco del divorcio o con posterioridad, al margen del convenio regulador de los efectos del divorcio. Este supuesto podría encuadrarse en una suerte de *transacción* que en principio no requiere homologación judicial. Si luego el renunciante pretende desconocer su contenido y reclama la fijación judicial dentro del plazo legal, al haberse convertido en un derecho litigioso, el pacto de renuncia será válido y oponible si carece de vicios, y eficaz desde la presentación al expediente.

Por último, sin perjuicio del carácter restrictivo con el que debe analizarse toda renuncia, nótese que el CCyC admite una suerte de “renuncia tácita” que se produce como consecuencia del silencio del beneficiario. En efecto, si se deja transcurrir el tiempo de caducidad previsto por la ley sin efectuar el reclamo, se produce su abandono o abdicación. En consecuencia, tanto su omisión en el convenio regulador de los efectos del divorcio, como la ausencia de reclamo dentro del plazo previsto por la ley, importan una renuncia implícita que hará fácilmente decaer el derecho de quien lo intente luego de vencido el plazo legal.

2. Pactos de previsión de los efectos de la crisis matrimonial.

³⁵ STS 17 de julio de 2009 (Tol 1577965).

³⁶ CORRAL TALCIANI, H.: “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, *Revista chilena de derecho*, v. 34 n. 1, Santiago, abr. 2007, pp. 23-40.

La posibilidad de realizar un pacto de previsión de los efectos de su ruptura por el cual los cónyuges estipulen la renuncia recíproca al reclamo de la compensación, o de uno en beneficio del otro, es el tema definitivamente controvertido. Lógicamente, no se trata del reconocimiento expreso de la ausencia de presupuestos de procedencia –cuestión hipotética y difícil o imposible de ponderar con anterioridad a la crisis– sino de una verdadera abdicación del derecho, se den o no los presupuestos legales para el reclamo.

El problema se centra en la validez y eficacia de esos pactos relativos a una expectativa de un derecho futuro³⁷.

El debate, que ya se ha instalado en la doctrina argentina desde los primeros tiempos de vigencia del CCyC³⁸, tiene largo desarrollo en otros países donde se fueron dando diferentes respuestas. El análisis del estado de la cuestión en el derecho comparado ilustra sobre su complejidad.

En Chile, país donde la compensación económica tiene algunas notas muy ligadas a la perspectiva de género con el propósito de combatir la feminización de la pobreza post divorcio³⁹, se desarrollaron diferentes posturas. Por un lado, están los que rechazan la renuncia anticipada. En tanto derecho personalísimo, no proceden los actos de disposición por medio de capitulaciones matrimoniales⁴⁰. Por tanto, el juez no tendrá en cuenta la renuncia pactada ya sea en un convenio previo al matrimonio o en un acuerdo con vistas al divorcio. Incluso, si observa que hay antecedentes para dar lugar a la compensación debe fijarla haciendo uso de la facultad de resolver, protegiendo el interés del cónyuge más débil⁴¹. Del otro lado se ubican los que postulan la renunciabilidad en cualquier momento, con fundamento en su carácter patrimonial⁴² y, por analogía, a la renuncia de los gananciales en la sociedad conyugal que se produce si se adopta el régimen de separación de bienes. Entre

³⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA: *La pensión compensatoria: su temporalización y su sustitución*, Sevilla, 2005.

³⁸ HERRERA, M. y MOLINA DE JUAN, M.: “Incumbencias y desafíos de los escribanos sobre aspectos patrimoniales de las relaciones de familia entre adultos: matrimonio, divorcio y uniones convivenciales” en KIPER (dir.): *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial argentino de la Nación*, Rubinzal Culzoni, 2015, t 1, p. 307 y ss.

³⁹ Para ampliar ver VELOSO VALENZUELA, P.: “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, en GROSMAN y HERRERA: *Hacia la armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 167.

⁴⁰ Por eso postula deseable que los jueces tuvieran un poco más de iniciativa y acuciosidad para ejercer la labor de control y protección que la ley les encomienda en tutela de los intereses del cónyuge más débil, sobre todo teniendo en cuenta el principio de actuación de oficio que se aplica en estos procedimientos en conformidad a la Ley N° 19.968, de 2004 (arts. 9 y 13). CORRAL TALCIANI, H.: “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, cit.

⁴¹ CORRAL TALCIANI, H.: “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, cit.

⁴² PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial*, cit. p. 125.

ambos extremos, una tercera tesis propone distinguir según la naturaleza del derecho reconocido y ponderar cómo juega en cada caso la protección al cónyuge más débil (principio general del derecho matrimonial chileno). En tanto presupone la naturaleza variable de la compensación, no sería viable cuando funciona como un derecho extrapatrimonial con fundamento asistencial⁴³. En cambio, sí lo sería si está orientada únicamente hacia una finalidad resarcitoria.

También resulta interesante la solución dada por el Código de Cataluña, que se ocupa de los pactos de previsión de los efectos del divorcio con cláusulas de renuncia o limitación de los derechos. Este cuerpo foral estableció una serie de exigencias que deben cumplirse para su validez⁴⁴. El artículo 231-20 indica textualmente: “1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenuptiales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio, y caducan de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-19.2⁴⁵. 2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado. 3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia. 4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto. 5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron”⁴⁶.

⁴³ Ampliar en BARCÍA LEHMAN, R. y RIVEROS FERRADA, C.: “El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVII, 2º Semestre de 2011, pp. 93-113.

⁴⁴ ALUEVA AZNAR, L.: “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, Comentario a la STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal, Secc. 1a), de 12.7.2012, Barcelona, enero 2013, *InDret* 1/2013.

⁴⁵ Apartado 1 del artículo 231-20 redactado por el artículo 10 de la Ley [CATALUÑA] 6/2015, 13 mayo, de armonización del Código civil de Cataluña (D.O.G.C. 20 mayo). Vigencia: 9 junio 2015: “Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio. Los otorgados antes solo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio y caducan si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año”.

⁴⁶ Aunque sin referirse específicamente a la renuncia de derechos y con una fórmula bastante más amplia, la ley de Valencia 10/2007 de 20 de marzo, de Régimen económico matrimonial también admite los pactos de previsión de la ruptura matrimonial. Dice en su art. 25: “en la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y

En líneas generales, los argumentos para rechazar la renuncia anticipada de las compensaciones se centran en el objeto del derecho renunciado, la protección de la parte más vulnerable, y la imposibilidad de renunciar a un derecho antes de que éste haya nacido:

- Se afirma que integran el núcleo duro de derechos fundamentales en tanto responden a la solidaridad familiar y tienen una finalidad prioritariamente asistencial. También se ha dicho que –como herramienta con fuerte perspectiva de género– compromete el orden público y, por ende, sería irrenunciable.
- Se sostiene que estos acuerdos propiciarían situaciones de manipulación y comprometerían los derechos del más vulnerable⁴⁷. Atentan contra el principio de igualdad al consolidar o agravar las diferencias que normalmente existen entre los miembros de la pareja (salariales, de formación, etc.)
- Se cuestiona la posibilidad de abdicar a un derecho futuro o una mera expectativa. El acuerdo involucraría bienes que todavía no se encuentran en el patrimonio de las partes y sería difícil admitir la posibilidad de renunciar anticipadamente a invocar un enriquecimiento sin causa que todavía no se ha producido. En verdad, lo que perturba aquí es que la base de su existencia (el desequilibrio causado y la comparación subjetiva y temporal que su constatación presupone), queda sujeta a lo que pueda suceder en el contexto de una vida familiar que aún no ha transcurrido. Se trata de una situación más o menos hipotética muy difícil de ponderar a la época de la renuncia (que probablemente se realiza en un contexto de armonía). Este pacto se referiría a derechos no nacidos y se realizaría en un momento en que ni siquiera se conocen las condiciones en que desplegará su eficacia.

Del otro lado, se han esgrimido argumentos que defienden la renuncia anticipada; entre ellos:

- No hay inconveniente con renunciar a prerrogativas que aún no han nacido. El CCyC no lo prohíbe, aunque lógicamente se requiere –cuanto menos– la posibilidad de que el derecho en cuestión pueda existir.
- La utilidad práctica de los acuerdos que permiten anticiparse a las consecuencias de una hipotética crisis familiar y proporcionan un cierto grado de seguridad, al tiempo

cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio.”

⁴⁷ Ampliar en BARCÍA LEHMAN, R. y RIVEROS FERRADA, C.: “El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia”, cit.

que brindan instrumentos de valoración reveladores de las decisiones que les conviene tomar durante la convivencia⁴⁸.

- Los pactos entre cónyuges son un reflejo de las transformaciones de la sociedad y la familia contemporánea; responden a los cambios en las configuraciones familiares (parejas matrimoniales o no, donde no necesariamente hay diversidad de sexos y con ello no siempre hay un “sexo débil y otro fuerte”), las modificaciones en los roles de sus miembros, en la naturaleza y contenido de los aportes a la economía doméstica, en los mecanismos internos para la adopción de decisiones, etc. Ciertamente, la aceptación de la autonomía privada permite huir del viejo paternalismo⁴⁹ al tiempo que estimula una actitud más consciente, reflexiva y realista de las partes que reduce, en última instancia, el riesgo de decisiones precipitadas y no informadas.

- La renuncia anticipada de una facultad o prerrogativa reconocida por el derecho no afecta el orden público general siempre que sea personal, clara, terminante, inequívoca, libre de todo condicionamiento y vicio del consentimiento. Tampoco debe ser contraria a la moral ni afectar intereses de personas en situación de vulnerabilidad, sea miembro de la pareja o terceros (hijos menores de edad, personas con discapacidad o capacidad restringida).

- Los pactos de renuncia no afectan el orden público familiar siempre que no sean realizados mediante una convención matrimonial o matrimonial. Las convenciones matrimoniales son actos jurídicos familiares para cuya celebración y oponibilidad se exigen rigurosos requisitos de carácter formal (escritura pública y publicidad), que tienen el propósito de garantizar el adecuado asesoramiento, la protección de aquel cónyuge más vulnerable y también de los terceros. Se trata de normas indisponibles, cuyo contenido no puede ser modificado. La ley prevé un *númerus clausus* de objetos posibles que no contempla a las compensaciones⁵⁰. Como norma de cierre, el art. 447 CCyC fulmina de nulidad toda convención entre los futuros cónyuges (o sea prematrimonial) que tenga cualquier otro objeto relativo a su patrimonio⁵¹.

⁴⁸ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Pactos prematrimoniales*, Madrid, Tecnos, 2011, p 190.

⁴⁹ ALUEVA AZNAR, L.: “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, cit.

⁵⁰ MOLINA DE JUAN, M.: “Texto y contexto de las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial argentino”, *RDF*, 70-2015, p 17.

⁵¹ Mazzinghi expresa una opinión menos restrictiva respecto de las estipulaciones que puede contener una convención matrimonial. El autor afirma que pueden incluirse una infinidad de cláusulas sobre cuestiones de relevancia en diferentes aspectos de su vida matrimonial, que podrían tener incidencia a la hora de valorar la procedencia del derecho alimentario o de una compensación económica. Para este autor, la rigurosidad del texto legal no impide que las partes formulen consideraciones, previsiones o estipulaciones que excedan el estrecho marco definido por la ley, justificando o dando cuenta de sus decisiones, que ayuden a despejar incertidumbres o a resolver sobre distintos aspectos personales relativos al desenvolvimiento del matrimonio o la definición de

- Los acuerdos de previsión de la crisis matrimonial con renuncia a la compensación económica no afecta el orden público familiar en aquellos matrimonios que se rigen por la separación de bienes. Estos esposos pueden libremente celebrar todo tipo de contratos y si la renuncia es recíproca, la igualdad está protegida. Más difícil es fijar posición en caso de renuncia es unilateral, salvo que quien lo haga no hubiera tenido en realidad derecho a pedirla, en cuyo caso, la cuestión carece de trascendencia. No debe ignorarse que este pacto puede estar integrando negociaciones de otros derechos que contrarrestan posibles ventajas de contenido económico; de ser así, más que desequilibrar puede facilitar una suerte de reequilibrio de la situación. De todos modos, no sería prudente dar una respuesta anticipada a esta hipótesis, que quedará sujeta a la valoración conjunta de todos los efectos económicos de la crisis⁵². En especial, se deberá evitar que el acuerdo coloque a uno de los cónyuges en una situación de debilidad tal que condicione su voluntad de ponerle fin a la vida en común⁵³. Este problema también podría presentarse cuando se ha pactado una compensación demasiado elevada que luego, al momento de hacerla efectiva, resulta desproporcionada con las posibilidades del deudor.

Tampoco parece atentar contra el deber de solidaridad familiar entre cónyuges. Como se ha visto, la naturaleza jurídica de las compensaciones económicas se aleja del derecho alimentario, cuya renuncia anticipada sí está prohibida por la ley. En todo caso, si el que ha renunciado a reclamar la compensación queda en una situación de vulnerabilidad por enfermedad o necesidad, podrá solicitar los alimentos post divorcio, que se prevén en forma excepcional⁵⁴.

En conclusión, si los cónyuges están casados bajo separación de bienes, la renuncia anticipada no implica —en abstracto— una vulneración de los derechos fundamentales. Sin embargo, si en el caso concreto ello se verifica, siempre queda la posibilidad de someterla a control judicial y recurrir a aquellas herramientas que el sistema ofrece para evitar soluciones injustas. Invocar la teoría de la imprevisión puede ser de utilidad si circunstancias posteriores —que no pudieron ser valoradas al pactarla— afectan a uno de los cónyuges y lo colocan en una situación de vulnerabilidad⁵⁵. No obstante, habrá que ser cuidadoso para no desembocar en una sistemática aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* pues, por lo general, las economías personales y familiares no permanecen inamovibles. No debe perderse de vista que estos pactos pretenden proporcionar cierta seguridad jurídica de la que no debe prescindirse por cualquier contratiempo. Será necesario valorar —más que la alteración de las circunstancias— su imprevisibilidad (por ejemplo, una enfermedad

sus efectos. Brinda numerosos ejemplos al respecto. (Ampliar en MAZZINIGHI, J.: “Las convenciones matrimoniales”, *RCCy C.*, Año 1, n. 6 diciembre 2015, p. 41).

⁵² En el mismo sentido, DÍAZ MASEDA, S.: *Breves apuntes sobre la renuncia al derecho a pensión compensatoria*, *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007, p. 243.

⁵³ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 182.

⁵⁴ Para ampliar, compulsar MOLINA DE JUAN, M.: “Comentario art. 431 a 434”, en KEMELMAJER, LLOVERAS y HERRERA (dir.): *Tratado derecho de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t I.

⁵⁵ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 189.

sobreviniente grave o un accidente incapacitante que deja sin medios de subsistencia al que hubiera renunciado a la compensación).

VI. CONCRETANDO LAS HIPÓTESIS DE RENUNCIA EN EL CASO ARGENTINO.

Todo lo dicho hasta aquí, podría sintetizarse en tres reglas, una de ellas matizada:

Primera regla: Nulidad de la renuncia realizada en la convención prematrimonial o matrimonial.

Cualquiera sea el régimen patrimonial de ese matrimonio, no puede renunciarse al reclamo de compensación económica mediante una convención prematrimonial; tampoco posteriormente, en la convención matrimonial, pues lo único que se admite en este caso el cambio de régimen de bienes.

Segunda regla: Nulidad de los acuerdos de renuncia entre cónyuges casados bajo régimen de comunidad.

La prohibición expresa de contratar entre aquellos casados bajo régimen de comunidad (art. 1002 CCyC) es concluyente. Entonces sería nulo el acuerdo, pacto o contrato por el que los cónyuges abdican de la facultad que de reclamarse compensaciones económicas.

Un matiz a la segunda regla. La situación de los cónyuges separados de hecho.

La situación de los cónyuges separados de hecho que se encuentran gobernados por las reglas de la comunidad debe analizarse con mayor precisión. Si durante ese lapso se realiza un acuerdo por el que se pactan los efectos de la ruptura, aunque todavía no se peticione el divorcio, ¿cómo debería valorarse una cláusula de renuncia?⁵⁶

La respuesta afirmativa no se descarta porque la separación de hecho, en tanto implica el cese del proyecto de vida en común (ya no se comparten esfuerzos ni beneficios), tiene importantes consecuencias prácticas de naturaleza patrimonial, ya que da lugar a la extinción de la comunidad⁵⁷. Además, este es el momento crucial

⁵⁶ Este debate se ha planteado en el derecho español en relación a la DGRN que por resolución del 10 de noviembre de 1995 expuso una serie de motivos para defender la validez de los acuerdos de los cónyuges relativos al desequilibrio económico. Se dijo entonces que no todo el contenido del convenio regulador debe ser fiscalizado por el juez, y entre las materias que escapan de su control se encuentra el derecho del art. 97, de contenido puramente económico y plenamente disponible para las partes (Ampliar en MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Pactos prematrimoniales*, cit. p. 157).

⁵⁷ Conf. PELLEGRINI, M^a V.: “La separación de hecho previa y El efecto extintivo de la de divorcio sentencia”, *Diario Suplemento Derecho civil, Bioética y Derechos Humanos*, n° 10, pub. 26.04.2016.

para valorar la existencia o no del desequilibrio que funciona como presupuesto del derecho a la compensación.

Si se comparte esta posición, el pacto sería exigible siempre que luego se produzca la condición legal del divorcio. Este acuerdo extrajudicial podría ser invocado por el otro cónyuge al presentar la propuesta de regulación de los efectos del divorcio, o aún con posterioridad si el renunciante pretende desconocerlo y realiza el reclamo dentro del plazo de caducidad previsto por la ley.

Lógicamente, para admitir su validez deberá estar libre de vicios de la voluntad. Por esta razón es altamente recomendable que las partes al otorgarlo cuenten con el asesoramiento de un profesional del derecho a fin de garantizar el consentimiento informado y evitar futuros planteos nulificatorios. Ello sin perjuicio de la posibilidad de invocar la excesiva onerosidad sobreviniente con el alcance explicado en los párrafos precedentes.

Tercera regla. Validez de los acuerdos de renuncia entre cónyuges casados bajo régimen de separación.

Los cónyuges casados con separación de bienes no están alcanzados por la prohibición legal de contratar. Durante su matrimonio pueden realizarse recíprocamente donaciones, compraventas, permutas, cesiones y demás contratos traslativos de dominio, sea a título oneroso o gratuito.

A partir de ello se infiere que la regla sería la validez de un contrato de renuncia anticipada a reclamar compensación, siempre que se preserven los límites antes expuestos, y particularmente, no afecte la regla de la igualdad.

Si se comparte esta premisa, habrá que analizar la exigibilidad del contrato no homologado judicialmente cuando –luego del divorcio sin haberse planteado el tema– sea traído a juicio por el cónyuge demandado. Dentro del marco de la autonomía personal de estos cónyuges, no existen razones para restarle eficacia⁵⁸ con fundamento en su vínculo conyugal. De todos modos, el juez siempre podrá verificar la concurrencia de los requisitos legales y revisarlo a la luz de la teoría de la imprevisión si se acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que el acuerdo se firmó.

⁵⁸ STS 20 de abril de 2012 (Recurso 2099/2010).

VII. A MODO DE CIERRE (PROVISORIO).

La posibilidad de renunciar a las compensaciones económicas se encuentra sobre la mesa de discusión de la doctrina argentina.

No parecen existir mayores controversias para admitir su viabilidad en el contexto de la crisis matrimonial, pero la cuestión es mucho más delicada cuando se analiza la renuncia anticipada, hipótesis para la que es difícil ofrecer una respuesta uniforme o absoluta.

En este trabajo he sostenido que el sistema constitucional argentino no descarta “a priori” la renuncia anticipada. Siempre que no vulnere la igualdad de las partes, la abdicación libre e informada del derecho a reclamarlas mediante un pacto de previsión de los efectos de la ruptura, no afectaría el orden público general ni familiar. Excepto para los cónyuges casados bajo régimen de comunidad.

Si se comparten estos postulados, como regla resultarían nulas las renunciaciones mediante convención prematrimonial y las efectuadas por casados bajo régimen de comunidad y válidas las realizadas en pactos de previsión de la ruptura entre cónyuges separados de bienes.

Sin embargo, dado que se trata de un contrato celebrado en miras de una crisis futura e incierta, una vez sometido a control judicial podría aplicarse la teoría de la imprevisión, que vendría en auxilio del cónyuge sensiblemente perjudicado por circunstancias que no ha podido prever ni valorar al momento de su estipulación.

BIBLIOGRAFÍA

ALUEVA AZNAR, L.: “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, Comentario a la STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal, Secc. 1a), de 12.7.2012, Barcelona, enero 2013, *InDret* 1/2013.

ARIANNA, C.: “Los convenios de división de bienes celebrados antes de la disolución de la comunidad. Un tema recurrente”, *RDF*, 2009-III.

ARIANNA, C. A.: “Reflexiones sobre las prestaciones post divorcio. Apuntes para una reforma”, *RDF*, 52-2011.

BARCÍA LEHMAN, R. y RIVEROS FERRADA, C.: “El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2º Semestre de 2011.

BIDART CAMPOS, G.: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

CARBONNIER, J.: “La question du divorce”, *Memoire a consulter*.

CORRAL TALCIANI, H.: “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, *Revista chilena de derecho*, v. 34 n. 1, Santiago, abr. 2007.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002.

DÍAZ MASEDA, S.: “Breves apuntes sobre la renuncia al derecho a pensión compensatoria”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007.

DUPRAT, C.: “Comentario art. 438 a 440”, en KEMELMAJER, LLOVERAS Y HERRERA (dir.): *Tratado derecho de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. 1.

FANZOLATO, E.I.: “Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-I, Alimentos, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.

HERRERA, M. y MOLINA DE JUAN, M.: “Incumbencias y desafíos de los escribanos sobre aspectos patrimoniales de las relaciones de familia entre adultos: matrimonio, divorcio y uniones convivenciales”, en KIPER (dir.): *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial argentino de la Nación*, Rubinzal Culzoni, 2015, t 1.

HERRERA, M., y CAMELO, G., en *Código Civil y Comercial argentino Comentado* (dir. HERRERA, CAMELO Y PICASSO), INFOJUS, 2015, t. 1.

HERRERA, M.: “Comentario art. 441 y 442”, en LORENZETTI (dir.): *Código Civil y Comercial argentino de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, t. II, 2015.

IRIGOYEN TESTA, M.: “Fórmulas para calcular la compensación económica”, Ponencia comisión 3, *JNDC*, 2015.

LEPIN MOLINA, C. (dir.): *Compensación económica. Doctrinas esenciales*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.

LÓPEZ MESA, M.: *Derecho de las obligaciones, Análisis exegético del nuevo Código Civil y Comercial argentino*, Julio Cesar Faira, Editor, Uruguay, 2015, II.

LORENZETTI, R., en LORENZETTI (dir.): *Código Civil y Comercial argentino de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, 2015, t. I.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Pactos prematrimoniales*, Madrid, Tecnos, 2011.

MAZZINIGUI, J.: “Las convenciones matrimoniales”, *RCCy C.*, Año 1, n. 6 diciembre 2015.

MEDINA, G.: “Compensación económica en el Proyecto de Código”, *La Ley*, 20/12/2012, 1.

MOLINA DE JUAN, M.: “Las compensaciones económicas en el nuevo sistema de divorcio”, *RDF*, 2012-57.

MOLINA DE JUAN, M.: “Alimentos y compensaciones económicas”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., y MOLINA DE JUAN, M. (dir.) *Alimentos*, t. 1, Capítulo VII, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.

MOLINA DE JUAN, M.: “Comentario art. 431 a 434”, en KEMELMAJER, LLOVERAS Y HERRERA (dir.): *Tratado derecho de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t I.

MOLINA DE JUAN, M.: “Texto y contexto de las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial argentino”, *RDF*, 70-2015.

MOLINA DE JUAN, M.: “Uniones convivenciales y compensaciones económicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino”, *ErreNews*, Novedades, n° 1854-5/3/2014.

MOLINA DE JUAN, M.: Ponencia JNDC Bahía Blanca, 2015. Comisión 6. “Las compensaciones económicas son ajenas a la responsabilidad civil; Compensaciones económicas para cónyuges y conviviente. Preguntas necesarias y respuestas posibles”, *Rev. Anales de Legislación Argentina*, Año LXXV 24, septiembre 2015.

MOLINA DE JUAN, M.: “Comprensión y extensión del concepto de desequilibrio en las compensaciones económicas”, *RDF*, 74-2016.

PELLEGRINI, M^a V.: “Comentario al art. 441”, en KEMELMAJER, LLOVERAS Y HERRERA (dir.): *Tratado derecho de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.

PELLEGRINI, M^a V.: “La separación de hecho previa y El efecto extintivo de la de divorcio sentencia”, *Diario Suplemento Derecho civil, Bioética y Derechos Humanos*, n° 10, pub. 26.04.2016.

PERELMAN, CH.: “Les notions a Contenu Variable en Droit; Essai de Synthèse”, en *Les notions a contenu variable en droit; Etudes Publiées par Cahim Perelman et Raymond Vander Est*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1984.

PICASSO, S., en LORENZETTI (dir.): *Código Civil y Comercial Comentado*, Rubinzal Culzoni, 2015, t. 8.

PIZARRO WILSON, C. Y VIDAL OLIVARES, Á.: *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial*, Legal Publusing, Santiago de Chile, 2009.

PRIETO ÁLVAREZ, T.: *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*, Aranzadi, Navarra, 2005.

REVSIN, M.: “La compensación económica familiar en el nuevo régimen civil”, *RDF*, 69, 2015.

SOLARI, N. E.: “Las prestaciones compensatorias en el Proyecto de Código”, *DFyP*, 2012 (octubre).

VELOSO VALENZUELA, P.: “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, en GROSMAN Y HERRERA: *Hacia la armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA: *La pensión compensatoria: su temporalización y su sustitución*, Sevilla, 2005.



LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL DERECHO VENEZOLANO:
ESCASA APROXIMACIÓN LEGISLATIVA

*THE COMPENSATORY PENSION IN THE VENEZUELAN LAW: SCARCE LEGISLATIVE
APPROXIMATION*

DRA. MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN
Abogada/Doctora en Ciencias mención “Derecho”/Especialista en Derecho
Procesal/Profesora Titular de Derecho Civil I Personas
Universidad Central de Venezuela
mariacandela1970@gmail.com

EDISON LUCIO VARELA CÁCERES
Abogado/Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia/Profesor
Instructor por concurso de oposición de Derecho Civil I Personas
Universidad Central de Venezuela
lucius007@hotmail.com

RESUMEN: Se analiza si en el Derecho venezolano existe una pensión compensatoria para el ex cónyuge que cubra los desequilibrios económicos originados por el divorcio, en términos similares a otras legislaciones. En tal sentido, no existe una figura diseñada a semejanza del derecho foráneo, mas sí se puede visualizar dos supuestos incorporados con la reforma del Código Civil de 1982, mediante los cuales se concede de forma excepcional una pensión alimenticia para el ex cónyuge que reúna determinados requisitos.

PALABRAS CLAVE: derecho de familia; pensión compensatoria; pensión de alimento ex cónyuge.

ABSTRACT: An analysis on whether exists in the Venezuelan Law a compensatory pension for former spouses who covers the economic imbalances originated by the divorce, in terms similar to other Law system. In this respect, there isn't a figure designed in these terms, however, there are two possible cases included in the 1982 reform of the Civil Code, through which a pension is assigned to the former spouse if he or she fulfills certain prerequisites.

KEY WORDS: family law; compensatory pension; alimony for former spouse.

FECHA DE ENTREGA: 8/05/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/07/2016

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO DE FAMILIA EN VENEZUELA.- III. ¿EXISTE “PENSIÓN COMPENSATORIA” EN EL DERECHO VENEZOLANO?.- IV. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DEL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO CIVIL.- 1. Presupuestos de procedencia de la pensión de alimento.- 2. Las causas de extinción.- V. LA PENSIÓN DE ALIMENTO POR INTERDICCIÓN, ARTÍCULO 185 ORDINAL 7º DEL CÓDIGO CIVIL.- VI. HACIA UNA PROPUESTA DE *LEGE FERREND*A.- VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Las presentes líneas surgen con ocasión de la invitación a participar en la *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Se ha dividido la contribución en varios ítems, así se efectúa inicialmente un breve bosquejo del estado del Derecho de Familia venezolano, con el fin de ilustrar el estadio de esta área del Derecho Civil, posteriormente se responde la interrogante sobre si existe una pensión compensatoria en el ordenamiento venezolano, de seguida se desarrollan dos figuras singulares que persiguen tímidamente un objetivo compensatorio limitados al caso de divorcio contencioso. De allí que veremos que la doctrina recomienda una ampliación de *lege ferenda* del instituto. Se ofrece, pues, un panorama de la figura próxima a la pensión compensatoria en el Derecho venezolano.

II. EL DERECHO DE FAMILIA EN VENEZUELA.

Antes de responder a la interrogante sobre si existe en el Derecho venezolano una institución que corrija los desequilibrios económicos originados con el divorcio, se cree indispensable efectuar una breve reflexión sobre el estado actual del Derecho de Familia en Venezuela, para ello es pertinente aludir que el mismo obtuvo su último retoque, muy modesto por cierto, con la reforma del Código Civil de 1982. Posteriormente, en protección a la familia, se han incorporado textos relacionados como lo son la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que data de 1998, la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad de 2007 o la Ley Orgánica de Registro Civil de 2009; pero en realidad, el aporte más importante en la materia en estos más de 30 años lo representa la Constitución de 1999¹.

El anterior panorama no luce alentador, por cuanto, por ejemplo no existe una regulación sustantiva detallada en temas tan necesarios como la reproducción humana asistida o en materia de uniones estables de hecho; a lo anterior se suma

¹ Véase artículos 75 a 81 de la Carta Magna venezolana.

unas normas en verdad anacrónicas en relación al contexto social que reclaman nuevas reglas que se adecuen al texto constitucional y que, a su vez, su contenido permita superar problemas cotidianos como ocurre con el procedimiento de divorcio o el establecimiento de la filiación.

Es verdad que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha tratado de paliar sutilmente la negligencia del legislador –que ha desoído a la doctrina más autorizada que pide una reforma legal en estos temas²–, pero las pocas decisiones que se han dictado en esta área del Derecho Civil –a más de tres quinquenio de existencia de la referida Sala–, son deficitarias en cuanto a su técnica y varias de ellas han generado más incógnitas que respuestas.

Ante el retratado escenario, no es fácil examinar un tema como el referido de los efectos económicos originados con la separación o el divorcio, ya que es evidente según lo aventurado que los mismos están, también, “divorciados” de la sociedad. Aun así se cree que la oportunidad es propicia para llevar a la palestra un asunto que ha estado olvidado en el foro pero que igualmente exige de un tratamiento jurídico adecuado al siglo XXI, echando mano ahora de los principios normados en la Constitución de 1999 y de algunas interpretaciones de la Sala Constitucional relacionadas con el Derecho de Familia. Es claro que el ordenamiento venezolano protege a la familia³, pero no estaría de más, que ampliara su tuición a figuras como la que se será objeto de análisis, por tratarse de una proyección de justicia.

III. ¿EXISTE “PENSIÓN COMPENSATORIA” EN EL DERECHO VENEZOLANO?

La figura de la “pensión compensatoria” desarrollada en otras legislaciones⁴ aparece difusa en el Derecho venezolano vigente. Solo se aprecia un instituto próximo en el

² Véase: TORRES-RIVERO, A. L.: “El Derecho de Familia y el desarrollo”, *Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara*, 1973, p. 34, quien anhelaba un Código de Familia para Venezuela; así como VARELA CÁCERES, E. L.: “El Derecho de Familia en el siglo XXI: Aspectos constitucionales y nuevas tendencias”, *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, 2009, núm. 31, pp. 78-108, quien reseña las últimas corrientes en esta materia.

³ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “La familia: su proyección en la sucesión legal y en la sucesión forzosa”, en AA.VV.: *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil “Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés”* (coord. por J. ANNICCHIARICO, S. PINTO y P. SAGHY), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, p. 68, el ordenamiento jurídico con razones de orden natural, reconoce la obvia importancia de la familia, mal podría ser de otra manera.

⁴ Véase con relación a España entre otros: MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: “Las compensaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los artículos 97, 1438, 98, 1902 y 1101”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2015, núm. 2, <http://www.indret.com>; MARÍN MARÍN, Z.: *La situación actual de la pensión compensatoria en España*, Universidad de La Rioja, La Rioja, 2014, <http://biblioteca.unirioja.es>; PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Enfoque actual de la pensión compensatoria*, <http://www.elderecho.com/>; VEGA SALA, F.: “Prestaciones económicas entre ex-cónyuges en caso de separación, nulidad y divorcio”, en AA.VV.: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia* (coord. por L. WILLS RIVERA), Universidad Central de

artículo 195 del Código Civil, para el caso de divorcio “contencioso” cuando se consagra “pensión alimentaria al cónyuge que no haya dado causa al divorcio” (ordinales 1 al 6 del artículo 185 del Código Civil), en el supuesto específico de “incapacidad física u otro impedimento similar”. A lo que cabe agregar la expresa referencia del artículo 185, ordinal 7º, en materia de interdicción judicial como causal de divorcio contencioso, que señala en un sentido más radical que el juez “no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo”.

La conceptualización de ambos supuestos ha sido considerado diferente por parte de la doctrina, atribuyéndole carácter “facultativo” al artículo 195 del Código Civil, esto es cuando la causal es distinta a la interdicción, en tanto que ante el supuesto de ésta última se considera que la pensión procede en forma “obligatoria”⁵. La justificación de la distinción se ubica en que para el momento de la reforma del Código Civil todavía se mantenía la tesis del “divorcio sanción” y justamente la causal de interdicción representaba una excepción ya que se fundaba en la idea del “divorcio remedio”. Por ello se consideró que en este último supuesto debía ser obligatorio el garantizar la manutención del cónyuge incapacitado.

Como se observa el legislador la denominó “pensión alimentaria”, por lo tanto comparte su misma naturaleza, es decir, se diseña bajo la idea de necesidad del beneficiario y capacidad económica del obligado. Sin embargo, dada la tesis que para el momento seguía el legislador la condicionó además a que el beneficiario no haya dado causal al divorcio, elemento que en cierto sentido distorsiona la figura por cuanto le añade un peculiar carácter punitivo para el obligado⁶.

A la par de la anterior figura que es bastante excepcional, el interesado siempre podrá recurrir a los medios ordinarios, como sería la posibilidad que ha referido la doctrina venezolana de accionar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, en particular por daño moral, con ocasión de una sentencia de divorcio⁷,

Venezuela, Caracas, 1994, tomo II, pp. 715-721; en general véase: BELLUSCIO, A.: “Prestaciones económicas entre ex-cónyuges en caso de separación, nulidad y divorcio”, en AA.VV.: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia* (coord. por L. WILLS RIVERA), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, tomo II, pp. 635-649.

⁵ Véase: TORRES-RIVERO, A. L.: *Mis comentarios y reparos a la reforma del Código Civil en 1982*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1987, vol. II, pp. 43 y 44; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, Paredes Editores, Caracas, 2014, p. 186.

⁶ Comenta BELLUSCIO, A.: “Prestaciones económicas”, cit., p. 636, que “resulta clásica la discrepancia de la doctrina francesa entre quienes sostenían que la obligación alimentaria de los divorciados tenía fundamento indemnizatorio, era un modo de reparar el perjuicio derivado de la culpa en el divorcio por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, y quienes veían una persistencia del deber matrimonial puede seguir produciendo efectos jurídicos aun disuelto, sin perjuicio de una tercera corriente que la consideraba una reparación del perjuicio derivado no del divorcio sino de la desaparición del deber de asistencia”.

⁷ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del Derecho de Familia”, *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, 2010, núm.

si de la causal invocada y probada se desprende un dolor espiritual en el cónyuge que no haya dado lugar a la misma⁸. Esto pues, debe admitirse que las normas generales sobre responsabilidad civil, ciertamente encuentran aplicación en el área del Derecho de Familia, toda vez que la obligación de no dañar a los demás, se hace más sensible en dicho ámbito. La norma de que todo daño debe ser reparado ciertamente se extiende a las relaciones familiares y ello ha sido desarrollado por la doctrina extranjera⁹ aunque tales reclamaciones no sean frecuentes en el foro judicial venezolano¹⁰. Las situaciones jurídicas en el ámbito familiar no deben quedar exentas de indemnizaciones; no debe medirse con estrechez y quedar inmunes por el particular ámbito en que se desenvuelven¹¹. De allí que la indemnización por daños y perjuicios, en particular el daño moral o no patrimonial, bien podría mitigar o compensar los perjuicios sufridos por la violación del deber de no dañar a los demás en el ámbito del Derecho de Familia. En particular en materia de divorcio, se admite que si bien no todas las causales referidas en el artículo 185 del Código Civil pudieran presentar la misma connotación a los efectos de la procedencia de una acción de daños y perjuicios, algunas pueden ser particularmente sensibles – adulterio o injurias– respecto a la posibilidad de aparejar un daño moral o dolor espiritual¹². Por lo que se concluye que no todas las causales del artículo 185 del Código sustantivo venezolano son susceptibles de propiciar responsabilidad civil pues algunas de ellas han sido concebidas como una forma de remediar la situación del cónyuge no incurso en ellas¹³.

32, pp. 33-72; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “El daño en el Derecho Civil Extrapatrimonial. Con especial referencia al Derecho de Familia”, en AA.VV.: *IV Jornadas Aníbal Domínguez. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual-extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange*, Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, Caracas, 2012, tomo I, pp. 159-219; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del Derecho de Familia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2012, vol. IV, núm 2, pp. 50-71; HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. y OJER, U.: “Reparación de daños en caso de divorcio”, en AA.VV.: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 553-572; HENRÍQUEZ LARRAZABAL, L. A.: *Fidelidad conyugal respuestas del Derecho*, Luis Felipe Capriles Editor, Caracas, 2011, pp. 311-342.

⁸ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “El daño”, cit., pp. 187-200.

⁹ Véase entre otros: DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. *et alter. Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi, 2006; SAMBRIZZI, E. A.: *Daños en el Derecho de Familia*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2001; BENZAQUEN, A. S.: *Responsabilidades y daños en el Derecho de Familia*, Ediciones D&D, 2007; VILLAVERDE, M. S.: *Daños en el Derecho de Familia*, <http://www.villaverde.com.ar>; ROMERO COLOMA, A. M.: *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*. Bosch, Barcelona, 2009; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Madrid, 2009; VIVAS TESÓN, I.: *Daños en las relaciones familiares*, www.derechocivil.net; MEDINA, G.: *Daños en el Derecho de Familia*, Ribinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.

¹⁰ Véase sin embargo: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Cojedes, sent. del 15-10-08, exp. núm. 10.784, <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones>

¹¹ ROMERO COLOMA, A. M.: *Reclamaciones e indemnizaciones*, cit., p. 196.

¹² Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “El daño”, cit., pp. 192-200.

¹³ *Ibíd.*, p. 192.

Pero el anterior supuesto precisaría de una acción autónoma de daños y perjuicios con posterioridad al juicio de divorcio conforme con el procedimiento especial. La posibilidad excepcional de conceder una pensión alimentaria con ocasión a alguna causal de divorcio contencioso la consideramos se seguida, toda vez que, dado el carácter taxativos de los supuestos, se concluye que no rige como “principio” una obligación de manutención o alimentos entre ex cónyuges¹⁴.

Por su parte, OCHOA MUÑOZ si bien comparte la posibilidad de indemnización de daños y perjuicios en caso de divorcio, agrega que “la aplicación e interpretación de las normas sobre responsabilidad civil podría flexibilizarse en favor del cónyuge económicamente débil”. Pero admite que no obstante, el sistema venezolano refleja un vacío muy sensible en materia de restablecimiento de equilibrio económico entre ex cónyuges¹⁵. El autor había adelantado tal postura previamente en una ponencia titulada: “Crítica al régimen económico del matrimonio en Venezuela”, donde planteó con acierto la injusticia e inequidad de tal situación, así como la necesidad de buscar en la teoría general del Derecho Civil una salida que permita mitigar los absurdos efectos de tan obvia injusticia, pues la posibilidad de indemnización en caso de divorcio es enteramente excepcional para la hipótesis de interdicción (artículo 185 ordinal 7 del Código Civil) o discapacidad (artículo 195 del Código Civil)¹⁶. Veremos de seguida en qué consisten tales supuestos excepcionales, para luego concluir la situación actual del Derecho venezolano.

IV. LA PENSIÓN DE ALIMENTO DEL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo 195 del Código Civil venezolano indica: “Cuando el divorcio haya sido declarado de conformidad con las causales previstas en los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 185, el Tribunal que conozca del mismo podrá, al declararlo, conceder pensión alimentaria al cónyuge que no haya dado causa al juicio, cuando éste, por incapacidad física u otro impedimento similar, se encuentra imposibilitado para trabajar y carece de otros medios para sufragar sus necesidades. Esta obligación subsiste mientras dure la incapacidad o el impedimento y cesa con la muerte del

¹⁴ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho*, cit., p. 50.

¹⁵ OCHOA MUÑOZ, J.: “Reflexiones sobre la conveniencia de una reforma legislativa en el régimen de matrimonio y el divorcio en Venezuela. La precaria situación jurídica del cónyuge casado bajo régimen convencional de separación de bienes”, en AA.VV.: *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil “Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés”* (coord. por J. ANNICCHIARICO, S. PINTO y P. SAGHY), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, p. 111.

¹⁶ OCHOA MUÑOZ, J.: “Crítica al régimen económico del matrimonio en Venezuela”, *I Jornadas franco-venezolanas de Derecho Civil. Nuevas tendencias en el Derecho Privado y reforma del Código Civil francés. Association Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française*. Conferencia dictada en Caracas el 14 de febrero de 2014.

obligado, del beneficiario, o si éste último contrae nuevo matrimonio”¹⁷.

La norma aparece en la reforma del Código Civil de 1982¹⁸, sus antecedentes se adjudican a la legislación cubana, boliviana y más remotamente a la española¹⁹. Para un sector de la doctrina “Esta pensión alimenticia tiene como meta reducir la disparidad económica entre los cónyuges al momento de la disolución del vínculo matrimonial”²⁰. Por lo que la norma consagra la posibilidad excepcional de obligación alimentaria entre ex cónyuges²¹. Los debates parlamentarios a los fines de aprobar la citada disposición, demuestran que algunos se mostraban contrarios a su

¹⁷ Véase: PARRA DE MOLINA, M.: “Pensión de alimentos entre los ex-cónyuges conforme a los alcances del artículo 195 del Código Civil Venezolano”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad del Zulia*, 1985, núm. 64, pp. 1-19.

¹⁸ Véase: GARCÍA DE ASTORGA, A.: “Principales innovaciones que introduce la Ley de Reforma Parcial del Código Civil”, *Revista del Colegio de Abogado del Distrito Federal*, 1982, núm. 145, p. 65, “otra innovación muy importante en nuestro sistema normativo, como consecuencia del divorcio, referida al goce de una pensión de alimentos, que podrá conceder el tribunal de la causa en beneficio del ex-cónyuge que no haya dado causa al divorcio, y de haberse intentado demanda con base en las causales 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª del artículo 185. Queda claro, sin embargo, que el derecho a obtener tal pensión está limitado a los supuestos de incapacidad física u otro impedimento similar, imposibilidad para trabajar, o en general carecer de otros medios para sufragar sus necesidades (artículo 195)”; HARTING, H.: “Los aspectos resaltantes de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil promulgada en julio de 1982”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 1986, núm. 35, pp. 280 y 281, “Por otra parte, la Reforma introduce la posibilidad, como elemento novedoso, de conceder, por parte del órgano judicial, pensión alimentaria al cónyuge que no haya dado causa al proceso de divorcio, cuando éste, por incapacidad física o impedimento similar, no pueda trabajar y carezca de otros medios para subvenir a sus necesidades. Tal facultad podrá ejercerla el juez en los casos de divorcio decretado con fundamento en las causales de adulterio, abandono voluntario, excesos, sevicia e injurias graves, conato de corrupción o prostitución al otro cónyuge o a sus hijo, condenación a presidio, y adicción alcohólica o fármaco dependencia”.

¹⁹ Véase: INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO: *Código Civil de Venezuela, artículos 186 al 196*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, pp. 415 y 416; Código de Familia cubano del 14 de febrero de 1975, artículo 56; Código de Familia boliviano del 23 de agosto de 1972, artículo 143; Código Civil español, Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, artículo 101.

²⁰ PARRA DE MOLINA, M.: “Pensión de alimentos”, cit., p. 2.

²¹ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, sent. del 03-04-13, exp. núm. 20.199, <http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2013/abril/102-3-20.199.html>. “En aplicación de la norma transcrita, se observa que la fijación de la obligación alimentaria procede a favor del cónyuge que no ha dado motivo al juicio siempre y cuando éste se encuentre imposibilitado para trabajar por incapacidad física u otro impedimento. Al respecto, este Tribunal observa que el presente caso no ha sido declarada la disolución del vínculo conyugal, además no existe en autos elementos de prueba alguno que demuestren que la accionante presenta alguna incapacidad física u otro impedimento que la imposibilite para trabajar, razones por las cuales el Tribunal niega la medida innominada solicitada”.

aprobación²².

Señala la doctrina que se trata de la única norma en el Código Civil venezolano que está dirigida a brindar un amparo económico al momento del divorcio. Pues nuestro sistema a diferencia de otros como el francés, español e italiano no establece otras formas de compensación patrimonial al momento del divorcio, que permitan resolver los desequilibrios económicos generados en la relación matrimonial²³.

Un sector de la doctrina aprecia que “En la gran mayoría de los casos o no existen bienes que dividir o los bienes objeto de división no son suficientes para asegurar en un futuro inmediato el financiamiento económico al menos de uno de los cónyuges. Por ello, la reforma del Código Civil ocurrida en 1982, ha consagrado un artículo referido a la pensión alimenticia post-divorcio. La reforma del 82 ha establecido un nuevo artículo por el cual el cónyuge inocente en el divorcio y económicamente débil podrá obtener una pensión alimentaria para aminorar la disparidad económica que pudiere existir entre los ex-cónyuges”²⁴. Constituye una figura con función “compensatoria”, según ha referido la doctrina: “Se trata de una disposición novedosa, implantada en el nuevo Código Civil con el fin de favorecer, desde el punto de vista alimentario, a manera de justa compensación, al cónyuge inocente”²⁵.

Así pues, para un sector: “La diferencia esencial entre la asistencia alimentaria y la prestación compensatoria es que la primera tiene por objeto el sostenimiento del alimentado a través del tiempo conforme a sus necesidades y al caudal del alimentante, por lo que la prestación alimentaria está sujeta a variación según los

²² Véase: INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO: *Código Civil*, cit., pp. 419-421, El texto del mencionado artículo fue duramente criticado por los diputados Douglas Dáger, Elia Borges de Tapia y Virgilio Torrealba Silva. Para el diputado Dáger, no estaba clara la fundamentación del dispositivo propuesto, pues le resultaba inexplicable el que una vez terminada la sociedad conyugal, subsistiese para uno de los cónyuge la obligación de sufragar los gastos del otro por un tiempo determinado o indefinidamente, dependiendo del impedimento o incapacidad del otro cónyuge para mantenerse. En opinión de la diputada Borges de Tapia, el texto de la norma debía ser analizado en profundidad, ya que, aun cuando admitía la posibilidad de protección al cónyuge incapacitado, repudiaba el hecho de que se brindase protección al cónyuge que careciere de trabajo, pues ello, a su juicio, “implicaría la carga de mantener al cónyuge que no quisiera trabajar o que, quiere trabajar pero no consigue trabajo”. En apoyo a tales observaciones intervino el diputado Torrealba Silva, quien criticó que, la Comisión encargada de la redacción del Proyecto “no hubiese corregido las fallas que en tal sentido adolecía la norma comentada”. El diputado Orlando Tovar, aun cuando manifestó su desacuerdo con la disposición propuesta, por considerar, que terminada la comunidad, cesan las obligaciones de carácter económico entre los cónyuges, se pronunció por la aprobación del artículo y su pase a la Comisión para su consideración; no sin antes aclararle a la diputada Borges de Tapia y a la Cámara en general, que el Proyecto de Reforma tenía su origen en una “iniciativa popular”, por lo que la Comisión no podía modificar los artículos propuestos, hasta tanto no fueran debatidos en las Cámaras del Congreso.

²³ OCHOA MUÑOZ, J.: “Reflexiones sobre”, cit., p. 105.

²⁴ PARRA DE MOLINA, M.: “Pensión de alimentos”, cit., pp. 1-3.

²⁵ BOCARANDA ESPINOZA, B.: *Guía Informática Derecho de Familia*, Tipografía Principios, Caracas, 1994, tomo I, p. 740.

presupuestos de hecho. En cambio, la prestación compensatoria persigue el propósito de crear condiciones económicas equivalentes entre los ex-esposos conforme a la situación existente al momento del divorcio y su evolución previsible, por lo cual no resulta, en principio revisable ni modificable”²⁶.

En todo caso, se observa que la figura más que compensar desequilibrios económicos entre los ex cónyuges, aboga por crear condiciones fácticas óptimas para que aquel consorte que sin culpa ha sufrido alguna de las causales que hacen procedente la extinción del vínculo, pueda ejercer la acción, sin temor a quedar desamparado en sus necesidades básicas, por cuanto no puede cubrirlas al padecer de un impedimento físico que le limita laborar o por no tener un patrimonio para satisfacerlas.

El que dicha obligación se imponga al ex cónyuge, que producto de la decisión judicial ya no posee un vínculo familiar con su ex pareja, obedece a la idea de disminuir el daño que este último ha originado al dar causal para el divorcio y, comprensiblemente, está fundado en la equidad, ya que si el divorcio no se hubiera decretado el sería igualmente quien continuaría obligado en atención a los deberes que surgen con el matrimonio (artículos 139 y 286 del Código Civil).

Podría decirse que aquí ocurre algo similar a la facultad de la mujer casada de usar el apellido del marido, la cual puede subsistir aún después de su disolución por muerte del cónyuge (artículo 137 del Código Civil); pues bien, el deber de alimentos que existe dentro del matrimonio se extendería según prudente arbitrio del juez, lo que en otros términos permite sostener que si en el referido caso no se declarara con lugar el divorcio igual concurriría el deber de alimento, por tanto cuando ésta se acuerda según los presupuestos del artículo 195 del Código Civil, no ocurre materialmente una variación sustancial de la situación patrimonial del obligado.

1. Presupuestos de procedencia de la pensión de alimento.

Para que surja la obligación alimentaria en el supuesto bajo análisis, deben concurrir varias condiciones o supuestos necesarios, a saber: que el solicitante se encuentre en una situación de hecho que le imposibilite trabajar o carezca de un patrimonio propio para satisfacer sus necesidades; que para el momento de la solicitud el beneficiario este casado con el obligado a prestarle alimentos; que el obligado se halle en capacidad económica de proporcionárselos. Como se visualiza los anteriores requisitos son uniformes con lo que se exige generalmente para toda obligación legal de alimento, es decir: necesidad, nexo familiar y capacidad

²⁶ ARIANNA, C. *et alter*. “Prestaciones compensatorias entre ex-cónyuges”, en AA.VV.: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia* (coord. por L. WILLS RIVERA), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, tomo II, p. 793.

económica; con la particularidad que se añaden ciertas especificidades²⁷. Veamos en detalle cada uno de ellos con sus matices cuando se refiere a la especial pensión de alimento entre ex cónyuges:

Estado de necesidad: Aquí el legislador reclama que el solicitante evidencie su necesidad, ello por sufrir una “incapacidad física u otro impedimento similar”. Se fue enfático en el aspecto “físico” en razón de no podría un cónyuge con un defecto mental grave ser solicitante ya que la acción de divorcio es personalísima y en el supuesto que él fuera entredicho operaría una protección a su favor²⁸, entonces es lógico que el legislador pensara que cuando el impedimento sea mental que imposibilite para trabajar lo correcto sería que se obrara de acuerdo con al artículo

²⁷ Véase también: Tribunal Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, sent. del 04-04-12, exp. núm. IP31-R-2012-000005 <http://falcon.tsj.gob.ve/decisiones/.../2295-4-IP31-R-2012-000005-PJ015201000002>, “De la norma anteriormente transcrita se evidencia, que la figura de la pensión alimentaria del cónyuge incapacitado, está establecida en el artículo 195 del Código Civil venezolano, pero para que sea decretada tiene que completarse los supuestos de hecho contenidos en la precitada norma, como lo son: 1. La declaración del divorcio de conformidad con las causales previstas en los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 185. En el presente asunto, la disolución del vínculo matrimonial fue declarada con base en la causal tercera pero estableciendo faltas mutuas de ambos cónyuges, y declarando en consecuencia el divorcio con base en la doctrina del divorcio remedio. 2. El juez al declarar el divorcio podrá concederá pensión al cónyuge que no haya dado causa al juicio. En tal sentido, al establecer responsabilidades mutuas de los cónyuges, mal pudiese imponérsele a solo uno de ellos el pago de pensión cuando ambos han incurrido en faltas que han derivado en la disolución del vínculo matrimonial. 3. Que se encuentre incapacitado para trabajar y carece de medios para sufragar sus necesidades. Siendo en consecuencia improcedente, la imposición de una pensión a la cónyuge, puesto que el juez de juicio al dictar la sentencia que disolvió el vínculo matrimonial estableció que ambos cónyuges incurrieron en actos que configuraron excesos, injurias y sevicias graves que imposibilitaron la vida en común, se establece la improcedencia de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 195 del Código Civil, y así se decide”.

²⁸ Apunta PARRA DE MOLINA, M.: “Pensión de alimentos”, cit., p. 7, que: “De una interpretación literal del artículo 195 del Código Civil pareciera que la incapacidad que puede alegarse al solicitar la pensión debe consistir en algún defecto físico o enfermedad física o mental, quedando, por tanto excluidos de la pensión, el cónyuge débil económicamente, en perfecto estado de salud (...) Sin embargo estos casos no deberían ser interpretados por el juez de manera restrictiva, por el contrario deben tomarse en el sentido amplio, de tal manera que puedan incluirse una serie de situaciones que realmente ocurren y que impiden lograr una independencia económica bien temporal o permanentemente y así de esa manera lograr el objetivo de la norma: ayudar al cónyuge necesitado al momento del divorcio a lograr su libertad económica y mantenerse en una situación similar a la que tenía antes de divorciarse”. Aunque la anterior posición es de avanzada la verdad es que ciertamente el legislador fue muy claro en restringir esta figura y por ello reguló una pensión excepcional que no se puede extender a hipótesis no regladas, de hecho si se examina la propuesta original ella pretendía añadir otro supuesto: “Si el matrimonio hubiese durado más de tres años y el beneficiario carece de trabajo remunerado y de otros medios o recursos suficientes para proveer por sí mismo a su subsistencia. Esta pensión será exigible por un tiempo no mayor de un año después de ejecutoriada la sentencia respectiva” (ver: INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO: *Código Civil*, cit., pp. 423 y 424), entonces del debate legislativo se suprimió la opción de conceder la pensión cuando existieran desequilibrios económicos y restringirla al caso de que exista incapacidad física o similar, además que tampoco es correcto efectuar una interpretación lata a una figura excepcional, sin justificación constitucional.

185 ordinal 7º del Código Civil. Téngase presente que a diferencia de otras legislaciones como por ejemplo la española, en Venezuela la interdicción solo procede por defecto intelectual grave que imposibilite el propio gobierno de la persona (artículo 393 del Código Civil).

Esta institución pondera, obviamente, “La regla de la división igualitaria de los bienes habidos durante el matrimonio provee, en principio, la base económica de cada uno de los cónyuges una vez disuelto el vínculo conyugal. Pero, la división sola de esos bienes, es muy probable que no sea suficiente para asegurar una situación económica decorosa, al menos para uno de ellos, en un futuro inmediato a la disolución de la unión matrimonial”²⁹. Por ello se ha aclarado que “si el cónyuge que pide la pensión tiene medios económicos suficientes, a criterio del juez, para atender a sus necesidades, aunque no pueda trabajar, no se hará nunca acreedor a la pensión”³⁰. Esto, se repite, porque el supuesto se rige por los principios generales que inspiran la pensión de alimentos entre los que se ubica la necesidad del requirente.

Nexo familiar: Esta pensión extraordinaria toma como fundamento que para el momento de su fijación los que permanecían unidos por matrimonio dejan de estarlo, pero antes de la sentencia del divorcio existía este deber legal y moral, por tanto, en razón de la “solidaridad” como uno de los fines que impregnan a las relaciones familiares –ahora expresamente regulados en la Constitución de 1999 (artículo 75)–, debe protegerse al ex cónyuge que en ejercicio de sus derechos puede quedar desprotegido materialmente, afectándose por vía de consecuencia sus derechos fundamentales como a la salud, vida, bienestar, etc.

Capacidad económica del obligado: Como es una figura de alto contenido moral y fundada en la equidad, es natural que solo se imponga este deber a aquel que objetivamente posee de recursos para cumplirlo sin afectar sus propias necesidades, de allí que el obligado debe ostentar un patrimonio óptimo para satisfacer esta pensión de alimentos. Entonces, “La pensión debe adecuarse también a la capacidad económica del cónyuge obligado”³¹.

Se añaden otras condiciones de forma como: que la solicitud se efectuó dentro del trámite del divorcio contencioso³² y que se fundamente en las causales 1 al 6 del

²⁹ PARRA DE MOLINA, M.: “Pensión de alimentos”, cit., p. 2.

³⁰ PERERA PLANAS, N.: *Análisis del Nuevo Derecho Civil*, Fondo Editorial del Instituto de Estudios Jurídicos “Carlos Alberto Taylhardat” Colegio de Abogados del Estado Aragua, Maracay, 1983, p. 162.

³¹ PARRA DE MOLINA, M.: “Pensión de alimentos”, cit., p. 18, agrega que así como el patrimonio general de la comunidad de bienes, pudieran no ser suficientes para asegurar un nivel económico digno al cónyuge económicamente débil se hace necesario pensar en la participación del Estado para el logro cabal de este objetivo.

³² Véase: PERERA PLANAS, N.: *Análisis del Nuevo*, cit., p. 163: “El pronunciamiento respecto a la pensión deberá incluirse en la sentencia mediante la cual se pone fin al divorcio procesado. Ello señala que la solicitud de pensión deberá presentarse en cualquier momento antes de que el juez

artículo 185 del Código Civil, pues la otra causal que propicia el divorcio contencioso prevista en el ordinal 7 –interdicción–, posee una regulación específica como se verá de seguida. Se afirma: “Desde el punto de vista legal, se requiere que el fundamento del divorcio haya sido alguna de las causales previstas en el artículo 185, excepto la 7ª, es decir, la interdicción”³³.

Por tanto, no opera esta institución en caso de separación de cuerpos, por cuanto esta última solo suspende el deber de cohabitación (artículo 188 del Código Civil), mas no los otros deberes donde se ubica el de socorrerse mutuamente³⁴. “En la separación aparece como innegable porque, aunque autorizados a vivir separadamente, siguen siendo cónyuges por tanto sujetos a las obligaciones y derechos nacidos del matrimonio siempre que no choquen o se contradigan con la situación de convivencia”³⁵. También, se excluyó al denominado “divorcio por mutuo consentimiento” ya que originalmente se exigía culpa del obligado y justamente en dicha modalidad no se puede sostener que alguno de los cónyuges sea el responsable. Se insiste que la posibilidad bajo análisis tiene carácter “facultativo” para el juzgador³⁶.

Ahora bien, un aspecto que debe reexaminarse es el tema de la remisión a las causales de divorcio que contiene el citado artículo 195 del Código Civil, ya que recientemente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró –contrariando la tradición legislativa, doctrinal y jurisprudencial hasta la fecha– el carácter “no taxativo” de las causales de divorcio³⁷, lo cual ha sido criticado acertadamente por la doctrina³⁸. En consecuencia, para decretarse el divorcio podrá el solicitante alegar otros motivos distintos a los indicados en el artículo 185 del Código Civil, como por ejemplo “incompatibilidad de caracteres”.

diga vistos. Inclusive, como quiera que es debatible la procedencia o no de la pensión, se abrirá la articulación correspondiente a la incidencia, suspendiéndose el procedimiento para que la decisión incluya el dictamen respectivo”.

³³ BOCARANDA ESPINOZA, B.: *Guía Informática*, cit., p. 740.

³⁴ Vale recordar que antes de la reforma del Código Civil de 1982, se establecía expresamente la posibilidad de fijar cautelarmente alimentos a la “mujer” durante el juicio de divorcio o de separación de cuerpo, véase: DOMÍNGUEZ ESCOVAR, J. M.: “La deserción familiar en el Derecho venezolano”, *Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara*, 1972, p. 75; LÓPEZ HERRERA, F.: *Anotaciones sobre Derecho de Familia*, Editorial Avance, Caracas, 1978, pp. 633 y 634; MENDOZA, J. R.: *El juicio del divorcio vincular*, Tipografía Nieves, Barquisimeto, 1966, pp. 38 y 39.

³⁵ VEGA SALA, F.: “Prestaciones económicas”, cit., p. 718.

³⁶ PERERA PLANAS, N.: *Análisis del Nuevo*, cit., p. 161; BOCARANDA ESPINOZA, B.: *Guía Informática*, cit., p. 740, “Es una obligación no necesaria, puesto que, descansa en el poder de arbitrio del juez, quien está facultado para imponerla según las circunstancias, y no guarda relación alguna con la obligación de asistencia recíproca que contempla el artículo 139 del Código, toda vez que el matrimonio ya ha fenecido por causa del divorcio”.

³⁷ Véase: TSJ/SC, sent. núm. 693, del 02-06-15.

³⁸ Véase: VARELA CÁCERES, E. L.: “La última sentencia de divorcio de la Sala Constitucional (comentarios a la sentencia núm. 693 de fecha 2 de junio de 2015)”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2016, núm. 6, pp. 145-190.

Tal situación, motiva la pregunta sobre la posibilidad de extender la pensión prevista en el artículo 195 del Código Civil a otras causales distintas a las previstas por dicha norma. Aspecto que en principio, parece que debe ser respondido negativamente, dado el carácter excepcional de la pensión alimentaria entre ex cónyuges en el Derecho venezolano, pero que revela palpablemente la necesidad de solventar el punto a través de una futura reforma legislativa, y que evidencia además las dificultades de adaptar las decisiones de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal a las existentes normas del Código Civil, sin que haya mediado una reforma legislativa substancial en la materia.

La culpabilidad: Como se indicó uno de los presupuestos de existencia de la referida pensión según la norma sustantiva es que el beneficiario “no haya dado causa al juicio” de divorcio, siendo en consecuencia el mismo producto de una falta del consorte, donde a este último se le castiga adicionalmente con la referida obligación, si se dan los demás requisitos. Sin embargo, ello hoy en día es discutible, por cuanto la jurisprudencia³⁹ ha librado al divorcio de dichos prejuicios y ha considerado que la tesis que debe imperar en esta materia es la del “divorcio remedio”, proscribiendo la referencia a la sanción por ser contraria a la Constitución, fundamentalmente a la protección de la familia en un clima de “comprensión mutua y respeto recíproco”⁴⁰. De ser ello así, debe entenderse que esta condición legal sería contraria a la Constitución y, por tal razón, no sería exigible en todos los casos.

El efecto práctico de lo anterior sería que cualquiera de los cónyuges podría solicitar la pensión de alimento, ya que ha quedado borrado el carácter sancionatorio, subsistiendo únicamente su cualidad equitativa y si el cónyuge que ha dado causal al divorcio posee una incapacidad física, que no le permite trabajar y además carece de un patrimonio propio, igualmente podría requerir la pensión ya que no existe impedimento legal al privar el fundamento constitucional que reclama que las instituciones familiares no se cimienten en la venganza, sino en la solidaridad, la comprensión mutua y el respeto recíproco (artículo 75 constitucional).

En todo caso, es importante que se tenga en mente que esta es una institución fundada en la equidad y que la procedencia de la misma es facultativa para el juez, de allí que él debe valorar las situaciones de hecho que originaron el divorcio y de acuerdo con ello conceder la pensión.

Imagínese que un cónyuge que este incurso en la causal del ordinal 3º del artículo 185 del Código Civil, es decir, “sevicia” solicite la pensión de alimento, creemos que no podría el juez en sana lógica condenar a la víctima de violencia domestica a una

³⁹ Véase entre otras: TSJ/SC, sent. núm. 693, citada *supra*.

⁴⁰ ARIANNA, C. *et alter*: “Prestaciones compensatorias”, cit., pp. 791 y 792, “La desvinculación de las prestaciones alimentarias del concepto de culpa coincide con las modernas posiciones legislativas y doctrinarias que tienden paulatinamente a reemplazar el ‘divorcio sanción’ por el ‘divorcio remedio’. Ello ocasiona un menor deterioro emocional de la pareja durante la tramitación del divorcio, de por sí conflictivo”.

pensión de alimento, pues las reglas generales de la institución de alimento serían suficientes para excluir al ex cónyuge de tal reclamación, ya que ha tenido un comportamiento en verdad censurable –censura implícita en “principio” en las distintas causales de divorcio contencioso–, ciertamente la ley niega el derecho a alimento al que ha sido de “la mala conducta notoria con respecto al obligado” o al “que intencionalmente haya intentado perpetrar un delito” sancionado con prisión en contra del deudor de alimentos o sus familiares cercanos (artículos 299 y 300 del Código Civil). Similar razonamiento operaría para las causales de adulterio (ord. 1º), abandono (ord. 2º), conato o connivencia en la prostitución (ord. 4º).

Pero en otro supuesto, como la causal del ordinal 5º “condenación a presidio”, la ofensa al otro cónyuge no siempre se hace presente, y en algunos casos hasta luciría como equitativa⁴¹. Consideración semejante valdría respecto de la causal del ordinal 6º del artículo 185 del Código Civil relativa a la drogadicción o farmacodependencia, especialmente si se considera que para algunos tales afecciones lindan en situaciones semejantes a enfermedades, aunque fueron buscadas por el afectado.

Por otra parte, se indica que la culpabilidad o los criterios de imputabilidad, por ejemplo en la compensación económica no han sido suficientemente estudiados por la dogmática civil⁴². Así para un sector, la mala fe jugaría como una causal de reducción o ampliación del *quantum* o, incluso, como una causal de extinción de la pensión compensación⁴³. Se opina que ello puede influir en nuestra figura de pensión de alimento pero no desde una visión de culpa objetiva, es decir, por el solo hecho de ser el productor de la causal de divorcio, sino en el análisis del específico comportamiento que evidencie una intención de dañar que lo haga desmerecedor de la protección, ya que como se recordara ella opera fundada en la equidad.

De tal suerte, que la idea de responsabilidad en la causal del divorcio no puede tener el mismo peso que en un principio prefiguró el legislador, pero si tiene que ser ponderada a la hora de considerar la procedencia o *quantum* de la figura, según el caso. Por lo que podría concluirse que la culpabilidad no es exigible en aquellas causales que no supongan ofensa o mala conducta de parte del cónyuge que ha dado motivo al divorcio, esto es, que no se descarta para él, *per se*, la procedencia de la

⁴¹ Pudiera inclusive acontecer que el delito que motivo la pena fue, supongamos, uno de cuello blanco, como el de corrupción –común en nuestro trópico y lamentablemente muchas veces impune– y que ello derivo en la pérdida del patrimonio, no es descabellado que el ex cónyuge que no dio causal se le imponga este deber “moral” si posee un patrimonio para ello y se dan los demás requisitos. Valga recordar que OSSORIO, A.: *Anteproyecto del Código Civil boliviano*, Imprenta López, Buenos Aires, 1943, p. 120, proponía en el artículo 206 lo siguiente: “El cónyuge culpable podrá reclamar una estricta sustentación al inocente si su situación fuere verdaderamente miserable”.

⁴² BARCIA LEHMANN, R. y RIVERA RESTREPO, J. M.: “¿En qué casos el incumplimiento de deberes del matrimonio genera responsabilidad civil?”, *Ius et Praxis*, 2015, vol. 21, núm. 2, p. 46, <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v21n2/art02.pdf>, en un comienzo la mayoría de la doctrina civil se inclinó a favor de las tesis resarcitorias; pero esta posición que fue mayoritaria en la doctrina civil ha sido revisada, tanto por la doctrina como por los tribunales, desechándose del todo.

⁴³ *Ibid.*, p. 47.

obligación de alimentos. Ello, se reitera, mantiene el instituto a tono con la “justicia” que constituye valor con rango constitucional (artículos 1 y 2) en el ordenamiento jurídico venezolano.

2. Las causas de extinción.

Se trata de una obligación personalísima que culmina con la muerte de cualquiera de las partes (artículo 298 del Código Civil). El tiempo de vigencia de la pensión dependerá de que subsistan las circunstancias que le dieron origen entre las que se ubican la subsistencia del impedimento, la capacidad económica del obligado y que el beneficiado no haya contraído matrimonio⁴⁴. Esto último, ante el hecho que este deber de socorro corresponderá a la nueva pareja, quedando libre en consecuencia el ex cónyuge⁴⁵. Perdería el derecho a alimentos el ex cónyuge que sea de “mala conducta notoria con respecto al obligado” ya que aquí operarían las reglas generales de toda pensión de alimento (artículo 299 del Código Civil). De allí que acertadamente se indica que no presenta carácter vitalicio⁴⁶.

⁴⁴ Véase: BOCARANDA ESPINOZA, B.: *Guía Informática*, cit., p. 741; “Esta obligación alimentaria que recae sobre el cónyuge que dio causa al divorcio, puede prolongarse a lo largo de toda su vida, si persisten aquellas condiciones. La ley, en efecto, solo fija como causas de fenecimiento de esa obligación, tres hechos o circunstancias: la muerte del obligado o del beneficiario, o que éste contraiga nuevas nupcias. Si quien contrae nuevo matrimonio es el cónyuge obligado, ello no determina la extinción de la obligación impuesta. Esta se mantiene. De lo contrario, sería insuficiente que contrajese matrimonio –aunque de inmediato tramitase el divorcio– solo con la finalidad de liberarse de aquella carga alimentaria”; SOJO BIANCO, R.: *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*, Mobil Libros, Caracas, 1990, p. 62, “... la muerte del que recibe alimentos o del que debe prestarlos, hace cesar los efectos de los convenios y aún de las sentencia que acuerden dichos alimentos. Así pues la muerte del obligado y la del alimentista son también causas de extinción de la obligación”; PERERA PLANAS, N.: *Análisis del Nuevo*, cit., p. 162, “En cuanto a su duración, la última parte de la norma establece que será pagadera mientras dure la incapacidad o el impedimento. Pero cesa con la muerte del obligado o del beneficiario, lo que es natural. O cuando el beneficiario contrae matrimonio otra vez. Si es el obligado quien contrae nuevo matrimonio, deberá continuar pagando la pensión”; GRISANTI, I.: *Lecciones de Derecho de Familia*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1991, p. 80, “Esta obligación cesará cuando desaparezca la situación de penuria del ex cónyuge, con la muerte del obligado o del beneficiario y cuando este último contraiga nuevo matrimonio”.

⁴⁵ Bien podría agregarse como causal de extinción que el beneficiado constituya una “unión de hecho estable” debidamente acreditada, dada la equiparación entre ambas instituciones que impuso la Constitución de 1999 (artículo 77).

⁴⁶ Véase: PARRA DE MOLINA, M.: “Pensión de alimentos”, cit., p. 12, “El juez debe dejar claro, que el período por el cual la obligación alimentaria es acordada no es para toda la vida, que no tiene una duración ilimitada. Una persona divorciada muy probablemente contraerá nuevas nupcias, y esto podría crear una situación en la cual una de las partes se encuentra en una situación en la cual tiene la carga de dos familias”. Véase en sentido contrario, señalando que es vitalicia: TORRES-RIVERO, A. L.: *Mis comentarios*, cit., p. 44, “Hasta tanto en el beneficiario permanezcan las circunstancias de invalidez y de incapacidad anotadas y mientras no contraiga nuevas nupcias, la obligación de

Por otra parte, la pensión está sujeta a modificación en su *quantum*. Ciertamente, las circunstancias podrían variar lo que igualmente podría propiciar una solicitud dirigida a revisar judicialmente la pensión⁴⁷.

V. LA PENSIÓN DE ALIMENTO POR INTERDICCIÓN, ARTÍCULO 185 ORDINAL 7º DEL CÓDIGO CIVIL.

La causal 7º del artículo 185 del Código Civil venezolano, relativo a la “interdicción judicial”⁴⁸ entre las causales de divorcio contencioso, se introduce en la reforma del Código Civil de 1982, cuando se trate de un trastorno psiquiátrico suficientemente grave “como para impedir el normal desenvolvimiento de la vida en común”⁴⁹. Lo cierto es que no puede exigir un sacrificio extremo del cónyuge del entredicho. Y tal postura se proyecta en la doctrina venezolana respecto del sector que acepta y justifica la causal⁵⁰, así como entre quienes la critican⁵¹. Sin embargo, señala

alimentos emanada de esa declaratoria judicial facultativa será personal y de por vida, por lo que se extingue –igual en 7º del 185 nuevo– con la muerte del beneficiario o del obligado”.

⁴⁷ Véase: *Jurisprudencia Ramírez y Garay*, tomo 93, p. 161, sent. del 09-07-85, el artículo 195 del Código Civil promulgado en julio de 1982, autoriza al juez conceder una pensión alimenticia al cónyuge que no haya dado causa al juicio, cuando éste, por incapacidad física u otro impedimento similar se encuentre imposibilitado para trabajar y carece de otros medios para sufragar sus necesidades, mientras dure la incapacidad o impedimento, y no contraiga nuevas nupcias. Con la expresada certificación, auténtica, porque tiene el sello oficial del organismo público que lo expide, se comprueba sin lugar a dudas, que la pensionada puede reintegrarse a sus actividades, pero no hay comprobación de que tiene medios para sufragar sus necesidades. Siendo así, el juzgador considera justo, rebajar la pensión alimenticia en referencia a la cantidad de dos mil bolívares mensuales (Bs. 2.000) mientras subsisten los extremos exigidos por el citado precepto legal (la pensión alimenticia fijada inicialmente era 3.800 Bolívares).

⁴⁸ Véase: ESPINOZA MELET, M.: “El divorcio fundamentado en la causal de interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2016, núm. 6, pp. 65-81; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho*, cit., pp. 182-186.

⁴⁹ Véase: INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO: *Código Civil de Venezuela, artículos 184 al 185-A*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, p. 106.

⁵⁰ Véase: SOJO BIANCO, R.: *Apuntes de Derecho*, cit., p. 177, “... Debiendo señalarse que viene a llenar una necesidad que se había hecho sentir, ante los lamentables casos de personas que han perdido las facultades mentales por lesiones patológicas o traumáticas, en forma irreversibles, cuyos cónyuges se veían obligados a permanecer unidos a ellos en matrimonio, sin posibilidad alguna de rehacer su vida y sin asidero legal para romper el vínculo. Con mucha frecuencia nos habíamos pronunciado en la Cátedra por una solución a estas situaciones de hecho, siempre respetando los principios morales y asegurando, en todo caso, el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la solidaridad, que debe ser norte y guía en las relaciones familiares”; HARTING, H.: “Los aspectos”, cit., p. 280, “La causal de divorcio por interdicción, basada en defecto intelectual grave, supone, más que novedad legislativa, el subsanamiento de un omisión del legislador. En efecto, el divorcio consagrado en las más antiguas legislaciones. Así, en el ordenamiento jurídico romano ésta clase de divorcio era denominado *bona gratia*, y se basaba en causales tales como la ausencia, cautividad guerrera o interdicción del otro cónyuge”. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho*, cit., p.

acertadamente una decisión judicial: la inclusión misma de la interdicción judicial por perturbaciones psiquiátricas como causal de divorcio en nuestro Código Civil, constituye una clara muestra de la modalidad del divorcio solución, pues en tal caso la disolución del vínculo matrimonial procede, pero no por un incumplimiento injustificado de los derechos conyugales por parte del cónyuge entredicho, a quien en forma alguna puede sancionársele por su condición de salud, pero ante tal situación que evidentemente impide la vida en común de los cónyuges, la única solución posible es la declaratoria de procedencia del divorcio, ya no como sanción, sino como remedio⁵².

Pareciera que la consagración “obligatoria” de la manutención y tratamiento del entredicho, resultó la forma de lograr la aprobación de la causal bajo análisis. Respecto de la cual se reseña su escasa incidencia práctica⁵³. Se observan reducidas decisiones en este sentido, toda vez que se requiere sentencia definitiva⁵⁴, pero respecto de las cuales se precisaría la obligatoria referencia a la citada manutención⁵⁵.

184, “el matrimonio no puede precisar un sacrificio extremo que se traduzca en un duro peso para el que lo soporta”.

⁵¹ Véase: GRISANTI, I.: *Lecciones de Derecho*, cit., pp. 297 y 298, “La inclusión de esta causal de divorcio es, además, alarmante. Pone de manifiesto la tendencia a ampliar la procedencia del divorcio. Es posible, muy posible, que pronto, cualquier enfermedad grave y humanamente incurable de un cónyuge se constituya en causal que pueda ser alegada por el otro para demandar el divorcio. Se relaja con esto el espíritu de sacrificio que ennoblece y dignifica el matrimonio”; TORRES-RIVERO, A. L.: *Mis comentarios y reparos a la reforma del Código Civil en 1982*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, vol. I, pp. 42 y 43, “Además, en lo ético, la causal es censurable. Por cuanto el matrimonio es una comunidad de vida, no puede ser únicamente para lo favorable para lo bueno. Ha de ser también para lo adverso, para lo malo; precisamente, cuando más debe manifestarse, porque es cuando el cónyuge en situaciones penosas o duras o conflictivas más necesita del otro cónyuge. Con la causal de ‘La interdicción...’ se desvirtúa ese fin sublime del matrimonio, ya que del cónyuge entredicho puede deshacerse, o desasirse, el otro cónyuge, y poco importa todo lo demás. Es decir, en esa causal el deber de asistencia recíproca conyugal no tiene la expresión que debiera tener, por cuanto ‘La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves...’, es debida a circunstancias ajenas a la voluntad de quien la padece. El entredicho por tal causa es un enfermo mental, lo humanitariamente obliga a sus asistencia, mayormente por sus familiares, y, entre éstos, máxime por su otro cónyuge. Entonces, en vez de estimularse esa asistencia dentro del matrimonio, ¿cómo es posible que se conceda la acción de divorcio por tal motivo? En resumen, la causal es inmoral, por inhumana...”; D’JESÚS, A.: *Lecciones de Derecho de Familia*, Paredes Editores, Caracas, 1991, p. 85; BOCARANDA ESPINOZA, B.: *Guía Informática*, cit., p. 640.

⁵² Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, sent. del 11-02-11, exp. núm. 12.926 <http://carabobo.tsj.gob.ve/decisiones/2011/febrero/732-11-12.926-.html>.

⁵³ D’JESÚS, A.: *Lecciones de Derecho*, cit., pp. 85 y 86, “... la jurisprudencia no se ha pronunciado en virtud de que a los estrados después de la reforma no ha llegado el primer caso”.

⁵⁴ Aunque pensamos que no definitivamente firme, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho*, cit., pp. 183 y 184. Véase sin embargo: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de La Circunscripción Judicial del estado Miranda, sent. del 14-12-10, exp. núm. 19.675, <http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2010/diciembre/102-14-19.675-.html>, “En el caso bajo estudio, se observa de la revisión exhaustiva de los recaudos consignados, que no consta

Se afirma que si el ex cónyuge sano no cuenta con medios suficientes la norma carece de eficacia, en cuyo caso, el tribunal deberá oficiar a las instituciones públicas competentes, para que se le garantice al entredicho la manutención y atención médica necesaria⁵⁶. Vale recordar que en el presente supuesto la pensión alimentaria es obligatoria para el juez. Diferencia de tratamiento que no ha dejado de ser criticada, al menos sistemáticamente⁵⁷.

VI. HACIA UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.

La doctrina ha considerado que el tratamiento legislativo venezolano para el cónyuge económicamente débil en caso de divorcio es particularmente precario, en especial ante la existencia de capitulaciones matrimoniales, y que los supuestos referidos (artículos 195 y 185, ord. 7° del Código Civil) resultan insuficientes en la práctica ante la realidad cotidiana, por lo que sería recomendable de *lege ferenda* la consagración de una compensación compensatoria que pueda poner reparo a la situación⁵⁸. Y al efecto propone OCHOA MUÑOZ que se deben “incorporar mecanismos de compensación económica entre los cónyuges al momento del divorcio, para corregir los desequilibrios que la ruptura del vínculo puede producir, sobre todo para el caso de matrimonios contraídos bajo el régimen de separación de bienes”⁵⁹.

En efecto, cabe señalar que los supuestos excepcionales referidos se limitan al caso del divorcio “contencioso”, por lo que la figura no aplica al ámbito del divorcio no contencioso, a saber, aquellos en que media la voluntad concurrente de las partes⁶⁰. Si a ello, se le agrega la posibilidad de que los cónyuges hayan pactado el régimen de separación absoluta de bienes, mediante la figura de las capitulaciones matrimoniales, el asunto se puede tornar en algunos supuestos particularmente

en autos que la demandada (...) haya sido declarada incapaz mediante un procedimiento de interdicción judicial, en el cual se haya dictado sentencia definitivamente firme, solo se limitó a consignar un informe médico...”.

⁵⁵ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. s/f, exp. núm. F04-2769. <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/2117-15-F04-2769-.html>.

⁵⁶ ESPINOZA MELET, M.: “El divorcio”, cit., p. 81.

⁵⁷ PERERA PLANAS, N.: *Análisis del Nuevo*, cit., p. 161, “Lo que no logro explicarme es por qué se concibió esta norma cuando en el aparte séptimo del artículo 185, al establecerse como causal de divorcio la interdicción por perturbaciones psiquiátricas graves, se fija la obligatoriedad para el juez de dictaminar acerca de la manutención y el tratamiento médico del cónyuge enfermo, oportunidad en que ha podido reglamentarse la pensión en los casos del divorcio decretado con fundamento en las restantes causales”.

⁵⁸ Véase: OCHOA MUÑOZ, J.: “Reflexiones sobre”, cit., pp. 91-123.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 123.

⁶⁰ Que presenta varias modalidades en el Derecho venezolano.

injusto⁶¹.

Recientemente surgió la pregunta de cómo podría solventarse en el Derecho venezolano vigente la situación del ex cónyuge que pactó un régimen de separación de bienes absoluto, pero en perjuicio de su propia vida profesional volcó toda su dedicación al cuidado común de la pareja y los hijos. Al efecto, sin cuestionar la validez de las capitulaciones libremente celebradas, se consideraron varias opciones entre las que se pudiera ubicar la vía de la prohibición de enriquecimiento sin causa a través de la acción *in rem verso* o también tener presente la “justicia” como valor expreso de rango constitucional (artículos 1 y 2)⁶².

En todo caso, la doctrina si bien comparte de momento tal salida jurídica⁶³ ante la obvia posibilidad de injusticias económicas derivadas del divorcio, se insiste acertadamente que sería particularmente útil de *lege ferenda* que en el ordenamiento venezolano se trate de propiciar una salida satisfactoria y clara ante el perjuicio económico del cónyuge débil en caso de divorcio, lo cual acontecería con la consagración futura de la figura de la pensión compensatoria.

VI. CONCLUSIÓN.

Retomando la pregunta inicial sobre la existencia de una pensión compensatoria para ex cónyuge, se puede palpar con nitidez que efectivamente consta un vacío en esta materia, ya que la figura que se regula tanto en los artículos 185 ordinal 7º y 195 del Código Civil, responde a una pensión de alimento con presupuestos bien restringidos. Lo descrito no ha limitado a la doctrina para que abogue en favor de desarrollar una reparación por medio de los mecanismos ordinarios como la responsabilidad civil por daño moral, pero ellos no llegan a representar un modelo dinámico ante los desequilibrios económicos que pueden surgir con el divorcio para uno de los ex cónyuges. De allí que lo pertinente es que el legislador se arme de bríos e impulse una reforma completa del Derecho de Familia venezolano y lo encamine, con buen pie, hacia la satisfacción de las necesidades de la sociedad venezolana que urge, se repite, de un texto moderno que discipline esta y otras instituciones de inaplazable actualización.

⁶¹ En el Derecho venezolano se discute que las capitulaciones matrimoniales podrían privar de la legítima con base al artículo 883 del Código Civil, respecto se ha respondido negativamente dado el carácter imperativo y de orden público de la figura por lo que se piensa que la norma debe limitarse a la separación judicial de bienes. Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho*, cit., pp. 113-117; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho Sucesorio*, edit. Texto, Caracas, 2010, pp. 442-448 y 251; OCHOA MUÑOZ, J.: “Reflexiones sobre”, cit., pp. 119-122.

⁶² DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2015, núm. 5, pp. 366-372.

⁶³ Véase: OCHOA MUÑOZ, J.: “Reflexiones sobre”, cit., pp. 113 y 114.

BIBLIOGRAFÍA

ARIANNA, C. ET ALTER: “Prestaciones compensatorias entre ex-cónyuges”, en AA.VV.: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia (coord. por L. WILLS RIVERA), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994.

BARCIA LEHMANN, R Y RIVERA RESTREPO, J. M.: “¿En qué casos el incumplimiento de deberes del matrimonio genera responsabilidad civil?”, *Ius et Praxis*, 2015, vol. 21.

BELLUSCIO, A.: “Prestaciones económicas entre ex-cónyuges en caso de separación, nulidad y divorcio”, en AA.VV.: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia (coord. por L. WILLS RIVERA), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, tomo II.

BENZAQUEN, A.S.: Responsabilidades y daños en el Derecho de Familia, Ediciones D&D, 2007.

BOCARANDA ESPINOZA, B.: Guía Informática Derecho de Familia, Tipografía Principios, Caracas, 1994, tomo I.

D’JESÚS, A.: Lecciones de Derecho de Familia, Paredes Editores, Caracas, 1991.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R ET ALTER.: Daños en el Derecho de Familia, Aranzadi, 2006.

SAMBRIZZI, E. A.: Daños en el Derecho de Familia, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2001.

DOMÍNGUEZ ESCOVAR, J. M.: “La deserción familiar en el Derecho venezolano”, *Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara*, 1972.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2015, núm. 5.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: Manual de Derecho de Familia, Paredes Editores, Caracas, 2014.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: Manual de Derecho Sucesorio, edit. Texto, Caracas, 2010.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “El daño en el Derecho Civil Extrapatrimonial. Con especial referencia al Derecho de Familia”, en AA.VV.: IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual-extracontractual.

Homenaje: Enrique Lagrange, Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, Caracas, 2012, tomo I.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “La familia: su proyección en la sucesión legal y en la sucesión forzosa”, en AA.VV.: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil “Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés” (coord. por J. ANNICCHIARICO, S. PINTO y P. SAGHY), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del Derecho de Familia”, *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, 2010, núm. 32.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del Derecho de Familia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2012, vol. IV, núm 2.

ESPINOZA MELET, M.: “El divorcio fundamentado en la causal de interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2016, núm. 6.

GARCÍA DE ASTORGA, A.: “Principales innovaciones que introduce la Ley de Reforma Parcial del Código Civil”, *Revista del Colegio de Abogado del Distrito Federal*, 1982, núm. 145.

GRISANTI, I.: *Lecciones de Derecho de Familia*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1991.

HARTING, H.: “Los aspectos resaltantes de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil promulgada en julio de 1982”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 1986, núm. 35.

HENRÍQUEZ LARRAZABAL, L.A.: *Fidelidad conyugal respuestas del Derecho*, Luis Felipe Capriles Editor, Caracas, 2011.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. Y OJER, U.: “Reparación de daños en caso de divorcio”, en AA.VV.: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

LÓPEZ HERRERA, F.: *Anotaciones sobre Derecho de Familia*, Editorial Avance, Caracas, 1978.

MARÍN MARÍN, Z.: *La situación actual de la pensión compensatoria en España*, Universidad de La Rioja, La Rioja, 2014, <http://biblioteca.unirioja.es>

MEDINA, G.: Daños en el Derecho de Familia, Ribinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.

MENDOZA, J.R.: El juicio del divorcio vincular, Tipografía Nieves, Barquisimeto, 1966.

MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: “Las compensaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los artículos 97, 1438, 98, 1902 y 1101”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2015, núm. 2, <http://www.indret.com>

OCHOA MUÑOZ, J.: “Reflexiones sobre la conveniencia de una reforma legislativa en el régimen de matrimonio y el divorcio en Venezuela. La precaria situación jurídica del cónyuge casado bajo régimen convencional de separación de bienes”, en AA.VV.: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil “Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés” (coord. por J. J. ANNICCHIARICO, S. PINTO y P. SAGHY), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

OCHOA MUÑOZ, J.: “Crítica al régimen económico del matrimonio en Venezuela”, I Jornadas franco-venezolanas de Derecho Civil. Nuevas tendencias en el Derecho Privado y reforma del Código Civil francés. Association Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Francaise. Conferencia dictada en Caracas el 14 de febrero de 2014.

OSSORIO, A.: Anteproyecto del Código Civil boliviano, Imprenta López, Buenos Aires, 1943.

PARRA DE MOLINA, M.: “Pensión de alimentos entre los ex-cónyuges conforme a los alcances del artículo 195 del Código Civil Venezolano”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad del Zulia*, 1985, núm. 64.

PERERA PLANAS, N.: Análisis del Nuevo Derecho Civil, Fondo Editorial del Instituto de Estudios Jurídicos “Carlos Alberto Taylhardat” Colegio de Abogados del Estado Aragua, Maracay, 1983.

PÉREZ MARTÍN, A. J.: Enfoque actual de la pensión compensatoria, <http://www.elderecho.com>

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales, Civitas, Madrid, 2009.

ROMERO COLOMA, A. M.: Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil. Bosch, Barcelona, 2009.

SOJO BIANCO, R.: *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*, Mobil Libros, Caracas, 1990.

TORRES-RIVERO, A. L.: *Mis comentarios y reparos a la reforma del Código Civil en 1982*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1987, vol. II.

TORRES-RIVERO, A. L.: *Mis comentarios y reparos a la reforma del Código Civil en 1982*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, vol. I.

TORRES-RIVERO, A.L.: “El Derecho de Familia y el desarrollo”, *Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara*, 1973.

VARELA CÁCERES, E.L.: “El Derecho de Familia en el siglo XXI: Aspectos constitucionales y nuevas tendencias”, *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, 2009, núm. 31.

VARELA CÁCERES, E.L.: “La última sentencia de divorcio de la Sala Constitucional (comentarios a la sentencia núm. 693 de fecha 2 de junio de 2015)”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2016, núm. 6.

VEGA SALA, F.: “Prestaciones económicas entre ex-cónyuges en caso de separación, nulidad y divorcio”, en AA.VV.: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia* (coord. por L. WILLS RIVERA), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, tomo II.

VILLAVERDE, M. S.: *Daños en el Derecho de Familia*, <http://www.villaverde.com.ar>

VIVAS TESÓN, I.: *Daños en las relaciones familiares*, www.derechocivil.net



ANÁLISIS CRÍTICO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

ANALYSIS OF THE ECONOMIC COMPENSATION IN THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

ANDREA VARGAS CARRASCO

Investigadora del Programa de Estudios de Derecho de Familia, Infancia y
Adolescencia

Universidad de Chile

avargas@derecho.uchile.cl

CRISTIÁN LEPIN MOLINA

Profesor de Derecho Civil

Coordinador Académico del Programa de Estudios Derecho de Familia, Infancia y
Adolescencia

Universidad de Chile

clepin@derecho.uchile.cl

RESUMEN: La consagración en el ordenamiento jurídico chileno de la ruptura matrimonial y de la convivencia civil han hecho necesaria la consideración de una figura que resguarde a aquel de la pareja que nuestra legislación denomina como el “cónyuge más débil”, regulando los efectos patrimoniales de dicho término. La compensación económica surge entonces como el derecho de aquel cónyuge o conviviente civil que ha sufrido un menoscabo económico producto de no haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa durante al matrimonio o convivencia, en razón de su dedicación a los hijos y/o al hogar común. Así las cosas, el presente artículo tiene por finalidad analizar, desde un punto de vista doctrinario y jurisprudencial, el estatuto establecido por el legislador chileno para regular esta institución.

PALABRAS CLAVE: Compensación económica; ruptura de la pareja; cónyuge más débil.

ABSTRACT: Since Chile passed its divorce law and the regulation of cohabitations act, it has been necessary to consider ways to protect what the Chilean legislation calls (lit.) ‘the weak spouse’. The ‘compensación económica’ (economic compensation) emerges then as a subjective right for the spouse or the cohabitant who has suffered an impairment due to him or her not having had a paid employment during marriage or cohabitation and has devoted him or herself to the care of the children and domestic chores instead. This article aims to present the Chilean approach to the economic compensation from a jurisprudential and doctrinal approach.

KEY WORDS: Economic compensation; marital breakdown, weak spouse.

FECHA DE ENTREGA: 30/08/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/09/2016.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. REQUISITOS DE PROCEDENCIA.- 1. Término del matrimonio o del acuerdo de unión civil.- 2. Existencia de un menoscabo económico.- 3. No haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o el acuerdo de unión civil, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería.- 4. Dedicación al cuidado de los hijos y/o a las labores del hogar común.- III. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CUANTÍA.- 1. Duración del matrimonio y la duración de la vida en común de los cónyuges o la duración del acuerdo de unión civil.- 2. Situación patrimonial de ambos.- 3. Buena o mala fe.- 4. Edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario.- 5. Situación en materia de beneficios previsionales.- 6. Cualificación profesional y las posibilidades de acceder al mercado laboral.- 7. Colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge o conviviente civil.- IV. DETERMINACIÓN DEL DERECHO A COMPENSACIÓN ECONÓMICA.- V. FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.- 1. Aspectos generales. Orden de prelación.- 2. Formas de pago en particular.- A) En una sola “cuota” o cantidad única pagadera de contado.- B) En un número reducido de cuotas. Caso del artículo 65 NLMC.- C) Entrega de bienes determinados. Dación en pago.- D) Constitución de derechos reales a favor del cónyuge beneficiario.- 3. En caso de insolvencia del deudor. Caso del artículo 66 NLMC.- 4. Traspaso de fondos previsionales.- VI. ASPECTOS PROCESALES.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Nueva Ley de Matrimonio Civil N° 19.947,¹ que entró en vigencia el 18 de noviembre de 2004, introduce una serie de cambios trascendentales en el Derecho Familiar chileno, incluyendo, por primera vez, el divorcio con disolución de vínculo y, conjuntamente con ello, el derecho a compensación económica para el cónyuge que al término del matrimonio ha sufrido un menoscabo o perjuicio económico producto de no haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, en razón de su dedicación a los hijos y/o al hogar común.

Los modelos de derecho comparado relevantes fueron la legislación española, a través de la denominada pensión compensatoria o por desequilibrio económico²; y la legislación francesa, a través de la llamada “*prestation compensatoire*”³. No obstante que ambas legislaciones fueron consideradas durante la tramitación de la NLMC, el derecho a la compensación económica consagrado en la ley chilena tiene sus propias particularidades y especificidades, como veremos más adelante⁴.

Las distintas legislaciones han abordado el tema de la determinación de las prestaciones originadas al término del matrimonio, considerándola básicamente,

¹ En adelante NLMC.

² Cfr. arts. 97 a 101 del Código Civil español.

³ Cfr. arts. 270 a 285 del Código Civil francés. Disponible en: www.legifrance.com.

⁴ Sin embargo, el sistema establecido en la legislación chilena, principalmente en lo referente a las formas de pago, garantías y seguridades, es más similar al Código Civil francés.

como una prestación de naturaleza resarcitoria o reparatoria, como en Chile; y, en algunos casos, como la posibilidad de optar a una pensión de alimentos o una compensación de pensiones, como en Alemania⁵.

Sin perjuicio de ello, la naturaleza jurídica de la prestación es uno de los temas más discutidos por la doctrina en casi todos los países, centrandose en las posibilidades en la determinación de una naturaleza alimenticia, indemnizatoria, enriquecimiento sin causa, o, incluso, una naturaleza sui generis⁶.

El establecimiento de este derecho en Chile ha generado una serie de discusiones, no solo en sus aspectos dogmáticos, como son sus fundamentos y naturaleza jurídica, sino también se ha discutido bastante sobre sus requisitos de procedencia, criterios para determinar su cuantía, las formas de determinación del derecho, las formas de pago y los apremios aplicables en caso de incumplimiento en el caso del pago en cuotas⁷.

El tema se puede reducir a las dos grandes visiones sobre el derecho a compensación que tienen la doctrina y jurisprudencia chilena. La primera, considera a esta prestación con un marcado carácter asistencial, apoyada en el principio de protección al cónyuge más débil incorporado por el art. 3 NLMC⁸, que pretende hacer subsistir el deber de socorro más allá de la disolución del vínculo conyugal⁹, generando una prestación similar a una pensión de alimentos, por un tiempo determinado o, incluso, con carácter de renta vitalicia. De igual modo, puesto que lo central es la protección al cónyuge más débil, no se permite la renuncia, los requisitos de procedencia se interpretan de manera tan amplia que casi podríamos decir que el derecho se puede establecer en todos los casos de divorcio o de nulidad,

⁵ Arts. 1569 y ss., para la pensión de alimentos entre los excónyuges; y, 1587 y ss. para la compensación de pensiones del Código Civil alemán.

⁶ Cfr. LEPIN MOLINA, C.: *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, pp. 71-94. También, LEPIN MOLINA, C.: “Naturaleza jurídica de la compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena”, en AA.VV.: *Compensación económica. Doctrinas esenciales*, (dir. por C. LEPIN MOLINA), segunda edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2016, pp. 459 y ss.

⁷ Así, por ejemplo, Maricruz Gómez de la Torre, Hernán Corral, David Vargas, Paulina Veloso, Carmen Domínguez, Carlos Pizarro, Ramón Domínguez, Susan Turner y Javier Barrientos.

⁸ Art. 3 inciso 1º de la NLMC señala que “las *materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil*”. Lo resaltado es nuestro.

⁹ Al igual como 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”, citado por FOSAR BENLLOCH, E.: *Estudio de Derecho de Familia*, vol. I, t. II, Bosch, Madrid, 1982, p. 389.

y lo propio ocurre con los criterios para determinar la cuantía, las formas de pago y la oportunidad para solicitar el derecho en juicio¹⁰.

La segunda visión, considera el derecho solo como una consecuencia o efecto de carácter patrimonial de la terminación del matrimonio, con exigencia estrictas en cuanto a la concurrencia copulativa de los requisitos de procedencia, permitiendo la renuncia (incluso tácita), la aplicación restrictiva de la oportunidad para solicitar el derecho en juicio, la diferenciación de las formas de pago; y, por último, la improcedencia de la aplicación de los apremios personales en los casos de incumplimiento¹¹.

Lo cierto es que la protección establecida por la NLMC a favor del cónyuge más débil, se materializa principalmente a través de la compensación económica, que busca reparar el menoscabo sufrido durante el matrimonio.

Asimismo, la compensación económica también se aplica a los acuerdos de unión civil celebrados bajo la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil.¹² Sin embargo, la LAUC, no ha regulado la figura del “conviviente débil”, ya que el art. 27 LAUC solo hace aplicable los arts. 62 a 66 NLMC y el principio del “cónyuge débil” se encuentra consagrado en el art. 3° NLMC.

A continuación, se analizará el estatuto establecido por el legislador chileno para regular esta institución, incorporando tanto la doctrina como la jurisprudencia existente hasta la fecha.

II. REQUISITOS DE PROCEDENCIA.

De los arts. 3 y 61 NLMC, se desprende que la compensación económica “es el derecho que le asiste al cónyuge más débil al momento de la ruptura matrimonial, sea que ésta se haya producido por divorcio o por nulidad del matrimonio; o al

¹⁰ Así, por ejemplo, CORRAL TALCIANI, H.: “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, *Revista Chilena de Derecho*, 2007, vol. 34, núm. 1, pp. 23-40; DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, *Charla en seminario del Colegio de Abogados de Chile*, Santiago, 13 de octubre de 2005; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M.: “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, *Charla en seminario del Colegio de Abogados de Chile*, Santiago, 20 de octubre de 2005; y, GUERRERO BECAR, José.: “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, *Revista Chilena de Derecho (Valdivia)* [online], 2008, vol. 21, núm. 2, pp. 85-110, disponible en <http://www.scielo.cl>

¹¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R.: “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, *Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo*, 2007, año VII, núm. 15, pp. 83-92; LEPIN MOLINA, C. *La compensación económica*, cit., pp. 57-185; y, PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2009.

¹² En adelante LAUC.

conviviente civil, en los casos de nulidad o término unilateral o de mutuo acuerdo de la unión civil; para que se le compense el menoscabo económico sufrido por no haber podido desarrollar total o parcialmente una actividad remunerada como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común”.

Los requisitos de procedencia son aquellos esenciales para el otorgamiento de este derecho, y, que, a nuestro juicio, deben concurrir en forma copulativa (no operan de pleno derecho), además, y como resulta lógico, todos ellos deben acreditarse en juicio.¹³ Están establecidos en el art. 61 NLMC (aplicable al AUC por el art. 27 LAUC), y son los siguientes: 1º término del matrimonio o del acuerdo de unión civil; 2º existencia real y efectiva de un menoscabo económico; 3º no haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o convivencia, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería; y, 4º la dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común¹⁴.

1. Término del matrimonio o del acuerdo de unión civil.

Este derecho nace precisamente cuando termina el matrimonio o el acuerdo de unión civil. En el primer caso, dice relación con la exigencia que se trate de un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio, y, como consecuencia, ejecutoriada la

¹³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 26 de septiembre de 2005, en causa rol 5.895-2005, que señala que no se dará lugar a la compensación económica solicitada por la demandada toda vez que la solicitante no acreditó ninguno de los requisitos prescritos en los arts. 61 y 62 NLMC. En similar sentido, sentencia de la Corte Suprema de 24 de marzo de 2008, en causa rol 53-2008, que señala: “el cónyuge que pretende esta compensación debe solicitarla en la oportunidad procesal pertinente y acreditar en autos los presupuestos que la hacen procedente. Se trata de una acción cuyo objeto es el reconocimiento del derecho a ser resarcido por el menoscabo padecido y, la cosa pedida, la suma en que se lo cuantifica. La causa de pedir radica en la calidad de cónyuge más débil, impedido de desarrollar una actividad remunerada o limitado en razón de lo que podía o quería, por haberse dedicado al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar durante la vida marital”. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 03 de abril de 2008, en causa rol 1947-2007, que expresa: “los elementos constitutivos de la compensación económica, a saber: a) Que uno de los cónyuges se haya dedicado durante el matrimonio, exclusiva o preferentemente, al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común; b) Que por esa dedicación – y no por otra causa – ese cónyuge no haya desarrollado una actividad remunerada o lo haya hecho en una menor medida que la que podía y quería; y c) Que el divorcio o nulidad matrimonial cause a ese cónyuge un menoscabo económico”.

¹⁴ En este sentido, Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 10 de octubre de 2006, que señala: “para que el juez declare la procedencia de la compensación económica a favor de uno de los cónyuges deben presentarse copulativamente las siguientes condiciones: terminación del matrimonio por divorcio o nulidad y existencia del menoscabo económico. Si bien está acreditado con la prueba rendida que la señora durante la vida en común no pudo desempeñar con continuidad ni estabilidad una actividad remunerada por haberse dedicado al cuidado y crianza de sus hijos, no resulta acreditado que se encuentre en una situación económica desmedrada por el término del matrimonio. Dar lugar a la compensación económica solicitada por la parte recurrente, implicaría contrariar los criterios expuestos”.

sentencia surge el derecho del cónyuge acreedor para exigir su cumplimiento (art. 61 NLMC)¹⁵. En el segundo, que se trate de un juicio de nulidad o de término del acuerdo de unión civil, ya sea de forma unilateral o de común acuerdo (art. 27 LAUC).

Ello se desprende del tenor literal del art. 60 NLMC, que señala que “el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente”.

El capítulo siguiente regula el derecho a compensación económica en los arts. 61 a 66 NLMC.

2. Existencia de un menoscabo económico¹⁶.

La ley no define qué se entiende por menoscabo económico, se limita a señalar que para determinar la existencia y cuantía se considerarán especialmente los criterios del art. 62 NLMC.

Según VIDAL, “de la historia del establecimiento de la ley, de los modelos de derecho comparado relevantes y de la opinión de los autores nacionales, aparece que es el desequilibrio o disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio para enfrentar sus vidas separadas en el futuro. El desequilibrio o disparidad de que se habla se manifiesta en que el cónyuge que se dedicó a la familia durante el matrimonio queda en un plano de desigualdad respecto del otro que desarrolló una actividad remunerada y que de no mediar la compensación empezará su vida separada un pie más atrás sin poder alcanzar un estatus económico autónomo adecuado al que tenía durante el matrimonio”¹⁷.

¹⁵ Si bien la mayoría de la doctrina nacional analiza solo los tres requisitos restantes, así, por ejemplo, Maricruz Gómez de la Torre, Paulina Veloso, Carmen Domínguez, Carlos Pizarro, Ramón Domínguez; solo Susan Turner lo excluye expresamente, y Javier Barrientos lo exige como condición para su procedencia, aunque sin mayor argumento.

¹⁶ En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 27 de junio de 2007, en causa rol 7.207-2006, ha señalado que “resulta indispensable para que la compensación económica sea procedente la existencia de un menoscabo patrimonial efectivo del titular del derecho amagado toda vez que dicha compensación no puede ser una fuente de lucro”.

¹⁷ VIDAL OLIVARES, Á.: “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil”, en AA.VV.: *El nuevo derecho chileno del matrimonio* (coord. por Á. VIDAL OLIVARES), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 258. Similares argumentos en VIDAL OLIVARES, Á.: “La compensación económica por ruptura matrimonial”, *Cuadernos de análisis jurídicos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2009, pp. 22 y ss.

Para DOMÍNGUEZ, “el menoscabo económico es una pérdida en cuanto a que no se obtuvo el beneficio económico que habría podido obtenerse si se hubiese trabajado... Se trata más bien de lo que, en la teoría del análisis económico del derecho, se denomina el costo de oportunidad, es decir, la pérdida de la oportunidad, o como dice el derecho francés en materia de indemnizaciones, la pérdida de una ‘chance’, es decir, la atribución de un valor económico a la posibilidad”¹⁸.

En cambio, para CORRAL, lo relevante para que el juez pueda conceder el beneficio es la acreditación en el proceso de un menoscabo económico producido por el retiro del estatuto protector del matrimonio derivado del divorcio (o nulidad)¹⁹.

Si bien la mayoría de los autores muestra una fuerte influencia proveniente de la doctrina española, dado el incuestionable antecedente legislativo, creemos que la principal similitud está en los criterios para determinar su monto. Por tanto, nos parece que la compensación, en su configuración, es bastante diferente y específica, pues solo se refiere al daño generado producto de no haber podido desarrollar una actividad remunerada y no a cualquier tipo de desequilibrio o disparidad económica.

De modo que, estimamos que el menoscabo comprende cualquier daño, de carácter patrimonial o económico²⁰, derivado de no haber podido realizar actividad remunerada durante el matrimonio o del acuerdo de unión civil, es decir, consiste en el “costo de oportunidad laboral”²¹.

¹⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R.: “La compensación económica”, cit., p. 87.

¹⁹ CORRAL TALCIANI, H.: “La compensación económica”, cit., p. 28. SAURA ALBERDI, B.: *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 160.

²⁰ La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 29 de octubre de 2007, en causa rol 1.539-2007, ha señalado “que conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, para que proceda la compensación económica es menester que el beneficiario hubiere sufrido un menoscabo económico durante el matrimonio, al no haber podido desarrollar una actividad lucrativa, o haberlo hecho en menor medida de lo que hubiere querido y podido, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar. Su fundamento no es, pues, el de reparar el desequilibrio patrimonial que pudo haberse producido como consecuencia de la ruptura del matrimonio, ni restablecer la igualdad entre los cónyuges, sino resarcir el daño patrimonial que el hecho específico del cuidado de los hijos o del hogar produjo en uno de los cónyuges al impedirle desarrollar una actividad remunerada, ya sea en forma total o parcial. Cosa distinta es que la ruptura del matrimonio sea el momento en el cual deba evaluarse el referido menoscabo producido durante el matrimonio y que, a consecuencia del resarcimiento, se alcance un mayor equilibrio patrimonial entre las partes, aunque no sea esta la causa que origina tal indemnización”.

²¹ Para Carmen Domínguez, “este coste podría asemejarse a la idea de lucro cesante, pero sólo por aproximación, porque no apunta a lo dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener, que es distinto. Por último, no comprende una compensación a la disminución del nivel de vida que el cónyuge tenía durante el matrimonio y, por lo mismo, no persigue ponerlo en ese mismo nivel”. En DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: *Compensación económica*, cit., p. 8.

3. No haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o el acuerdo de unión civil, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería²².

Este requisito le da una fisonomía distinta a nuestra compensación económica, ya que en el derecho comparado es solo uno de los elementos para determinar su cuantía²³.

Este requisito trata dos hipótesis distintas, en primer lugar, el juez, al determinar la procedencia de la compensación, deberá verificar si la demandante no realizó actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o del acuerdo de unión civil, de modo tal que si la demandante trabajó durante el matrimonio o la convivencia no procede la compensación. Y, en segundo lugar, si trabajó solo parcialmente.

Por tanto, en la segunda hipótesis, quien alegue haber realizado un trabajo parcial o haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa en menor medida de lo que podía y quería, tendrá la carga de acreditar que tenía las condiciones objetivas, dada la combinación del elemento subjetivo “quería”, y del elemento objetivo “podía”, del art. 61 NLMC.

Por otra parte, el legislador emplea los términos “actividad remunerada o lucrativa”, por lo que no se restringe o limita a las actividades formales derivadas de un contrato de trabajo o de prestación de servicios, sino a cualquier actividad que implique la generación de recursos o medios económicos. En este sentido, se ha resuelto que el obtener ingresos o rentas de sociedades comerciales implica una actividad lucrativa²⁴.

4. Dedicación al cuidado de los hijos y/o a las labores del hogar común.

²² Se ha estimado que el hecho que una profesora no pueda realizar una jefatura de curso implica que ha trabajado en menor medida de lo que podía y quería. En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 15 de septiembre de 2005, en causa rol 10.228-2005. No compartimos este criterio, ya que siempre que una persona deje de percibir un beneficio o tenga una menor renta por cualquier circunstancia podría alegar este supuesto.

²³ Así, por ejemplo, en el art. 97 del Código Civil español y en el art. 271 del Código Civil francés. Lo propio ocurre con el requisito siguiente, la dedicación al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común.

²⁴ Sentencia del Primer Juzgado de Letras de Osorno de fecha 16 de septiembre de 2005, en causa rol 34.773-D, que señala, en lo pertinente: “que así las cosas, de los hechos antes asentados es posible concluir aun cuando la demandante reconventional no haya realizado alguna actividad laboral remunerada durante la convivencia conyugal, *si desarrolló una actividad lucrativa, como es la de pertenecer a una sociedad comercial* y como consecuencia de ello percibir rentas periódicamente”, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia con fecha 22 de diciembre de 2005, en causa rol 959-2005. Lo destacado es nuestro.

Existe, al establecer este requisito, un cierto reconocimiento al trabajo realizado en el hogar, a la dedicación a la familia, al cuidado de los hijos, actividad que resulta bastante ardua y que no por el hecho que no sea remunerada, es menos importante.

A nuestro juicio, la dedicación al hogar y los hijos representa un enorme esfuerzo y un gran aporte al fortalecimiento de la familia y, por ende, de la sociedad, aunque estamos conscientes que en los tiempos que corren resulta muy difícil que uno de los cónyuges se dedique a las actividades de la casa, ya que las exigencias parecen ir en el sentido que ambos cónyuges o convivientes civiles trabajen fuera del hogar.

En el caso del matrimonio, es este sacrificio en pro de la familia, y la consecuente postergación personal, lo que justifica la reparación del daño, más aún si tenemos presente que los cónyuges celebran un contrato de carácter indisoluble y para toda la vida, que representa la incorporación de ciertos derechos indisponibles para las partes durante el matrimonio, como el de alimentos, derechos sucesorios y de seguridad social, que se pierden con la terminación o disolución del matrimonio.

Con respecto al cuidado de los hijos y/o del hogar común, es indiferente si en esa actividad es asistido por terceros, entiéndase servicio doméstico²⁵.

También se ha resuelto que no procede la compensación económica si ambos se dedicaron durante un cierto período al cuidado de la prole, generándose en ambos cónyuges prestaciones que se anulan entre sí, sin que puedan ser justificativas de alguna compensación²⁶.

²⁵ En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 27 de abril de 2007, en causa rol 3.147-2006, que ha señalado: “se prueba que la demandante reconvenicional se dedicó preferentemente al cuidado de sus hijos y tareas del hogar común conforme a la prueba testimonial de fojas 35 y siguientes apreciadas conforme a la sana crítica, la que no ha sido desvirtuada por prueba en contrario, estimando que el hecho de que haya tenido una vida cómoda, auxiliada por asesora del hogar, jardinero, electricista, etc., conforme lo declarado por los testigos de la demandada reconvenicional, interpretando éstos, que esta ayuda doméstica sería una prueba de que no resultó con detrimento económico a la data en que ambos cónyuges vivían juntos, razón que no resulta lógica para negar la compensación que se demanda; por el contrario, la circunstancia de que sus cuatro hijos en la actualidad sean todos profesionales, unido a los demás antecedentes que obran en autos, entre ellos vivir en un lugar donde realizaba labores agrícolas, cuidando de aves, para el sustento del hogar, hacen convicción en estos juzgadores que la demandante reconvenicional sacrificó su vida personal en pro de su familia, lo que evidentemente debe ser compensando económicamente”.

²⁶ La sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 11 de abril de 2006, en causa rol 69-2006, señala “que si bien el razonamiento precedente insinúa la necesidad de una compensación económica en los términos del artículo 61 de la ley, para determinar su existencia también debe considerarse que a partir del año 1990 el padre ha debido obtener el sustento necesario para que los hijos puedan vivir y desarrollarse, dedicándose además al cuidado de ellos y a las labores propias del hogar, lo que sin lugar a dudas lleva a la lógica e inevitable conclusión que debido a esta múltiples funciones no ha podido desarrollarse profesionalmente para conseguir especialidades o mayores estudios que pudiesen significar un progreso en su profesión que implique un aumento de su

Por último, es indiferente si el no desarrollar actividad remunerada por la dedicación a la familia es una decisión voluntaria o impuesta²⁷.

III. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CUANTÍA.

El art. 62 NLMC señala que para la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación económica se considerará, especialmente (se trata de una enumeración no taxativa), de una serie de elementos que deben ser considerados por el juez al momento de determinar la cuantía de la prestación, los que veremos a continuación. Estos criterios se aplican al acuerdo de unión civil, por lo dispuesto en el art. 27 inc. 2º LAUC.

1. Duración del matrimonio y la duración de la vida en común de los cónyuges o la duración del acuerdo de unión civil.

Es un criterio que importa un límite temporal a la evaluación de los perjuicios que constituyen el menoscabo económico, en cuanto se podrá resarcir solo el daño generado durante el matrimonio y ello conjugado con la duración de la convivencia.

Con el primer parámetro, no se podrían compensar los daños anteriores al matrimonio, es decir, aquellos derivados de una convivencia previa, aunque sea de larga data. Con el segundo, y en el entendido que una de las justificaciones de la compensación es el esfuerzo o sacrificio realizado durante la vida en común, podríamos concluir que no procede la reparación cuando la convivencia es mínima, máxime si no existen hijos²⁸.

remuneración”. Agrega “que en suma, dado que el padre ha debido preocuparse personalmente de las labores propias del hogar y del cuidado y educación de sus hijos, éste no está en una situación jurídica de pagar una compensación jurídica (sic) a la madre que despreocupó – independiente de las causas – de la educación y formación de los hijos en período importante de sus vidas, generándose en ambos cónyuges prestaciones que se anulan entre sí, sin que puedan ser justificativas de alguna compensación”.

²⁷ La sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena de 02 de diciembre 2005, en causa rol 977-2005, señala “que como bien lo ha advertido el abogado recurrente, no resulta procedente negar la compensación económica solicitada teniéndose como fundamento basal lo señalado por la sentenciadora a quo, y por el propio demandado al contestar la demanda. En efecto, la atenta lectura del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, lleva a concluir, sin duda alguna, que la opción libre o voluntaria de la mujer a dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar, independientemente de las circunstancias de poder o no desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, no constituye causal legal para negar la compensación en estudio”.

²⁸ Así lo ha entendido en España, al respecto, la Audiencia Provincial de Almería, que en sentencia de 05 de julio de 1999 ha señalado: “...la existencia de ese desequilibrio exige, desde luego, cierta permanencia en la relación marital, que implique un asentamiento de las nuevas condiciones de

Lo mismo ocurre en el caso del acuerdo de unión civil, el límite está determinado por la duración del acuerdo, y la duración de la convivencia efectiva determinará un monto mayor o menor según el tiempo de duración.

2. Situación patrimonial de ambos²⁹.

Este criterio se refiere, a diferencia de la obligación alimenticia, a ambos cónyuges o convivientes civiles, y debe el juez ponderar los bienes que poseen ellos, y su valor. Creemos que es una manifestación del principio de equidad, en el sentido que el juez puede regular el monto en forma proporcional, dependiendo del caso concreto, y no estableciendo baremos, resultado de multiplicar los años de matrimonio o de la convivencia de los cónyuges por el ingreso mínimo, criterio propio del lucro cesante, que a nuestro juicio está completamente descartado. Se ha señalado a este respecto, que el juez debe tener en cuenta los resultados de la liquidación del régimen de bienes de la sociedad conyugal o participación en los gananciales que existiere entre ellos.

Si la liquidación no ha sido hecha previamente ni es materia de la misma sentencia de divorcio, el juez debería hacer una anticipación imaginaria y aproximada de los resultados de dicha liquidación³⁰, para lo cual será necesario que las partes hayan aportado antecedentes sobre los bienes ingresados al régimen económico matrimonial, así como las deudas³¹. De igual modo se puede considerar si existe régimen de comunidad entre los convivientes civiles, aun cuando no se encuentre liquidada.

3. Buena o mala fe.

Es el único elemento subjetivo que debe ponderar el juez, no existe en el derecho comparado, y fue incorporado por la indicación N° 180, por los Honorables

vida, de modo y manera que *en los matrimonios de escasa duración es difícilmente sostenible la tesis del desequilibrio...*". En igual sentido, la Audiencia Provincial de Lugo, en sentencia de 30 de noviembre de 1993, que señala: "no procede la pensión compensatoria cuando la convivencia matrimonial ha sido corta y la desafección ha surgido entre los cónyuges poco después del matrimonio". Lo destacado es nuestro.

²⁹ En Francia, según el art. 272 del su respectivo Código Civil, la determinación de la valoración del desequilibrio se realiza en función de los patrimonios de los cónyuges, tanto en capital como en renta, en cambio, en España se considera de acuerdo al art. 97 del respectivo Código Civil, según el caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge.

³⁰ VELOSO VALENZUELA, P.: "Algunas reflexiones sobre la compensación económica", *Revista Actualidad Jurídica. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo*, 2006, núm. 13, p. 184. Así también se ha entendido en España, ver SAURA ALBERDI, B.: *La pensión compensatoria*, cit., p. 160.

³¹ CORRAL TALCIANI, H.: "La compensación económica", cit., p. 31.

Senadores señores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín³².

En este sentido, el Honorable Senador señor Chadwick señaló que esta circunstancia “está relacionada con la situación de aquel cónyuge que por su culpa da lugar al divorcio y después reclama la compensación económica. En la Comisión, se estimó que esa situación incluso puede ser antinatural o extraordinariamente fuerte, porque permite que alguien que da lugar al divorcio por culpa, de conformidad a las causales contempladas en la ley, además pueda exigir compensación. Sobre el particular, la Comisión prefirió encomendar al juez la ponderación de los hechos. Y a eso se aplica la buena o mala fe”³³.

De esta forma, no es posible sostener a través de la compensación, una reparación de perjuicios de carácter moral, derivados del comportamiento del demandado, por ejemplo, en los casos de divorcios culpables. En definitiva, este criterio debe ser analizado exclusivamente respecto del beneficiario de este derecho.

4. Edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario.

La ley ordena tomar en cuenta la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario. Nuevamente, aunque no se trate propiamente de una prestación alimenticia, es claro que aquí el juez debe incrementar la cuantía de la compensación cuando se trate de cónyuges de edad avanzada o con salud inestable o quebrantada. Se trata de compensar en parte la pérdida del derecho de alimentos a los que habría tenido derecho el beneficiario de haber perdurado el vínculo³⁴.

Aunque desde nuestro punto de vista la edad y el estado de salud se refieren a las condiciones necesarias para reincorporarse al trabajo en condiciones de mercado, en definitiva, se trata de una manifestación del costo de oportunidad laboral.

5. Situación en materia de beneficios previsionales.

Sin duda que este criterio se refiere al cónyuge beneficiario, y constituye uno de los principales perjuicios ocasionados por no realizar actividad remunerada.

En esta materia, el legislador ha mostrado una gran preocupación, tanto es así que la Ley N° 20.255, publicada el 17 de marzo de 2008, que establece la Reforma Previsional, dedica dos artículos a la compensación económica en los casos de

³² HISTORIA DE LA LEY N° 19.947, Boletín 1759-18, pp. 1751 y 1752. Disponible en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/606/4/HL19947.pdf.

³³ *Ibíd.*, p. 2045.

³⁴ CORRAL TALCIANI, H.: “La compensación económica”, cit., p. 33.

divorcio o nulidad, los arts. 80 y 81 (normas que se analizarán más adelante). Dichas disposiciones entraron en vigencia el primero de octubre de 2008, y se aplicarán a los juicios de divorcio o nulidad que se iniciaron con posterioridad a dicha fecha (art. 25 de la Ley N° 20.255). La reforma faculta al juez para ordenar el traspaso de fondos (se entiende en propiedad) desde la cuenta de capitalización individual del cónyuge deudor a la del cónyuge acreedor, y si este no posee una, se ordenará que se proceda a abrir una al efecto. Estas normas no se aplican en los casos de acuerdo de unión civil, como se analizará.

6. Cualificación profesional y las posibilidades de acceder al mercado laboral.

Según BARRIENTOS, “se trata ahora de compensar los daños producidos por el costo de oportunidad laboral. La mujer después del divorcio deberá en la mayor parte de los casos retornar al mercado laboral, pero lo hará en condiciones inferiores a las que hubiera tenido si no se hubiera casado o no se hubiera dedicado preferentemente a la casa. Este es un perjuicio que debe ser integrado en la compensación”³⁵.

En España, ante la misma disposición, se ha expresado que “la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, circunstancias ambas en íntima relación exigen capacidades casi proféticas o adivinatorias al juez, pues, en los tiempos que corren, por muy cualificado profesionalmente que esté el acreedor de la pensión, la aleatoriedad de acceso a un empleo es más que probable”³⁶.

7. Colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge o conviviente civil.

En principio, solo se refiere a las actividades lucrativas como, por ejemplo, la ayuda prestada para atender un local comercial o el trabajo como secretaria de su marido o conviviente civil abogado. Como ha señalado SAURA, “se ha de tratar, obviamente, de empresa de la titularidad de uno sólo de los esposos; que el no titular preste su colaboración con carácter gratuito y sin percibir retribución alguna por su trabajo – al menos no en concepto de sueldo, dieta, salario, etc. La prestación de esta ayuda, aunque ciertamente, repercuta en el bienestar de la familia, produce un irritante desequilibrio al fin de la convivencia matrimonial, con un patente enriquecimiento injusto”³⁷.

³⁵ BARRIENTOS GRANDÓN, J. y NOVALES ALQUÉZAR, A.: *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, p. 427.

³⁶ SAURA ALBERDI, B.: *La pensión compensatoria*, cit., p. 153.

³⁷ *Ibíd.*, p. 155.

IV. DETERMINACIÓN DEL DERECHO A COMPENSACIÓN ECONÓMICA.

En principio, la NLMC reconoce la más amplia libertad a los cónyuges para determinar la procedencia, cuantía y forma de pago de la compensación económica³⁸. Así fluye de lo dispuesto en el art. 63 NLMC³⁹, que utiliza la expresión “serán convenidos por los cónyuges”; y también de lo dispuesto en el art. 64 NLMC⁴⁰, que reitera la misma idea al señalar que, “a falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación y fijar su monto”. Lo que se aplica a los acuerdos de unión civil (art. 27 LAUC)

De lo expuesto, surge como consecuencia lógica que el legislador ha establecido un verdadero orden de prelación, siendo los primeros llamados a regular este derecho los cónyuges o convivientes civiles, que están en mejor posición que el juez para resolver sus propios asuntos, lo cual resulta coherente con la lógica que impera en los tribunales de familia, en orden a privilegiar las soluciones pacíficas y colaborativas entre las partes del conflicto familiar.

De este modo, en subsidio y solo a falta de acuerdo, debe intervenir el juez para determinar la procedencia de la prestación compensatoria, fijar su monto, y, aunque el art. 64 NLMC no lo menciona, determinar su forma de pago, esto último en relación con lo dispuesto en el art. 65 NLMC⁴¹, que prescribe que “en la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación”.

Según se señalará, los arts. 65 y 66 NLMC establecen un orden de prelación al que se debe ceñir el juez en la determinación de la forma de pago de la compensación, al tiempo que le impone ciertas cargas tendientes a dar protección al cónyuge débil.

³⁸ Cfr. LEPIN MOLINA, C.: *La compensación económica*, cit., p. 136.

³⁹ Art. 63 NLMC: “La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal”.

⁴⁰ Art. 64 NLMC: “A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto.

Si no se solicitare en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria.

Pedida en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvenición, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en el evento de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad”.

⁴¹ Art. 65 NLMC: “En la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades:

1.- Entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Tratándose de dinero, podrá ser enterado en una o varias cuotas reajustables, respecto de las cuales el juez fijará seguridades para su pago.

2.- Constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo”.

En el primer caso, esto es, cuando la determinación la realizan las partes, se deben cumplir los requisitos establecidos en el citado art. 63 NLMC, aunque se hace necesario distinguir si el divorcio ha sido solicitado unilateralmente – en cuyo caso habrá que distinguir, a su vez, si su causa es el cese de la convivencia o la culpa, cuestión que, de todas formas, tiene un interés más bien teórico que práctico, ya que resulta difícil imaginar un divorcio por culpa en que las partes pudieran arribar a un acuerdo en torno al monto de la compensación – o si se trata de un divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges por haber cesado su convivencia por más de un año.

Si se trata de un divorcio unilateral, rige lo anteriormente señalado, esto es, se aplica el art. 63 NLMC, conforme al cual pueden celebrar estos acuerdos los cónyuges mayores de edad⁴², debiendo dicho acuerdo constar en escritura pública o acta de avenimiento, y, además, el acuerdo debe ser aprobado por el tribunal. Estos requisitos no representan mayor dificultad, aunque luego de analizar la situación del divorcio solicitado de común acuerdo, retomaremos la idea relacionada con la aprobación judicial del acuerdo, específicamente en lo que refiere a las facultades del juez frente al convenio.

El otro caso – esto es, el del divorcio de común acuerdo – obliga a referirse a la determinación de la compensación económica en el acuerdo completo y suficiente, denominado por los españoles “convenio regulador”⁴³. El art. 55 NLMC permite a los cónyuges solicitar de común acuerdo el divorcio, siempre que acrediten un plazo de cese de convivencia durante un lapso mayor de un año, y acompañen un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y la de sus hijos.

En primer lugar, aunque la ley no lo señala, es necesario que el convenio regulador conste por escrito, a lo menos por escritura privada (incluso, no existe, a nuestro juicio, inconveniente en que se incorpore en un otrosí del escrito de la demanda o solicitud de divorcio), ya que el art. 55 NLMC señala en forma imperativa que “debe acompañarse” (y la única forma es que conste por escrito), quedando, en consecuencia, como un requisito de la acción de divorcio de común acuerdo o, si se quiere, como una carga para las partes, ya que en la práctica los cónyuges pueden

⁴² Nada se señala con respecto a los mayores de 16 años, que pueden celebrar matrimonio de acuerdo a lo prescrito por el artículo 5 NLMC, que prescribe que no podrán contraer matrimonio: 2° Los menores de dieciséis años. Se trata de menores adultos (art. 26 CC), que de acuerdo al art. 1447 CC, son relativamente incapaces, sujetos, por regla general, a la potestad de su padre o madre o sometidos a guarda. Los actos en que intervienen pueden ser ejecutados por ellos mismos con autorización de su padre, madre o curador, según el caso, o bien ser ejecutados directamente por sus representantes legales. Cfr. DUCCI CLARO, C.: *Derecho Civil. Parte general*, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 286. Se ha señalado que la incapacidad generalmente no alcanza los actos de familia y, en este caso, pueden contraer matrimonio, pero no podrían sin autorización pactar una compensación económica.

⁴³ Art. 81, 86 y 90 del Código Civil Español.

estar de acuerdo en el divorcio, pero no necesariamente lo estarán en las otras materias de familia que deben regular en el convenio.

El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el art. 21 NLMC, es decir, las que dicen relación con las relaciones mutuas entre los cónyuges, a saber: a) los alimentos que se deban⁴⁴; b) las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, es decir, la liquidación de la sociedad conyugal o la determinación del crédito de participación, esto último en el régimen de participación en los gananciales.

El art. 21 NLMC también agrega que se debe regular respecto de los hijos: a) el cuidado personal; b) la pensión de alimentos; y, c) el régimen comunicacional o de relación directa y regular del padre que no tiene la custodia de los hijos.

Todo lo anterior es lo que se denomina, en el derecho español,⁴⁵ el contenido mínimo u obligatorio del convenio regulador, es decir, se trata de aquellas materias que se deben regular en forma obligatoria.

Como se puede apreciar, la ley no obliga a regular el derecho a compensación económica. Sin embargo, algunos podrían pensar que igualmente se debería determinar su estructura y procedencia en forma obligatoria (en forma voluntaria no se ve inconveniente), atendidos los criterios de suficiencia que establece el art. 55 NLMC, que señala que se entenderá que el acuerdo es suficiente “si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo generar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita”.

Respecto a lo anterior, cabe tener presente las siguientes consideraciones: en primer lugar, estos criterios deben aplicarse al contenido mínimo u obligatorio, es decir, el juez debe determinar si las materias reguladas cumplen convenientemente con el interés superior de los hijos y protegen al cónyuge débil, pero no se trata de exigencias adicionales en cuanto a las materias que se deben regular. En segundo lugar, dicha norma es idéntica a la del art. 27 NLMC, que señala cuándo un acuerdo es completo y suficiente en sede de separación judicial, por lo que, de aceptar la teoría que sostiene que es suficiente cuando regula la compensación económica,

⁴⁴ Debemos entender las deudas por pensiones alimentarias devengadas, ya que, en virtud de lo dispuesto por el art. 60 NLMC, “el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos”, en consecuencia, no se puede regular una pensión de alimentos para el ex cónyuge.

⁴⁵ Cfr. VVAA.: *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, segunda edición, Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 1989; y, CORDERO CUTILLAS, I.: *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Editorial Aranzandi, Navarra, 2004.

implicaría la obligación de regular una compensación en la separación judicial,⁴⁶ en circunstancias que la compensación no procede en estos casos.

Por último, es necesario plantear cuál es el grado de intervención del juez en los acuerdos antes señalados, esto es, si se debe limitar a homologar la voluntad de las partes, o si, en cambio, puede modificar o completar el convenio regulador.

Pues bien, como lo señalamos previamente, tratándose de un acuerdo en un juicio de divorcio que ha sido solicitado en forma unilateral, pareciera que las facultades son de simple homologación, de acuerdo a lo prescrito en el art. 63 NLMC.

La interpretación de estos casos dependerá de la visión que cada uno tenga sobre la naturaleza de la prestación compensatoria. En este sentido, si la visión del derecho a compensación es asistencial, se refutará señalando que las facultades del juez no se limitan a la mera homologación, ya que, por aplicación del principio de protección al cónyuge más débil, el juez debe intervenir, incluso, modificando o complementando el acuerdo, aplicando, por analogía, el art. 31 NLMC⁴⁷, norma ésta que autoriza al juez en la sentencia a “subsana sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente”; y, además, por aplicación del principio de actuación de oficio que inspira los procedimientos que se desarrollan ante los tribunales de familia⁴⁸.

No compartimos dicho criterio, ya que resulta, por lo menos, dudosa la aplicación por analogía del citado art. 31 NLMC, toda vez que esta norma solo puede aplicarse a la separación judicial. Además, existen razones que justifican la aplicación exclusiva de este precepto en esta materia, una de las cuales es la subsistencia del matrimonio.

Por otro lado, la autorización para que intervenga el juez cobra importancia cuando no se ha regulado el denominado contenido mínimo, es decir, cuando el acuerdo es

⁴⁶ Sobre el particular, ver LEPIN MOLINA, C.: *La compensación económica*, cit., pp. 104 y ss.

⁴⁷ Art. 31 NLMC: “Al declarar la separación, el juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, a menos que ya se encontraren reguladas o no procediere la regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27.

El juez utilizará los mismos criterios al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsana sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente.

En la sentencia el juez, además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto”.

⁴⁸ Cfr. VIDAL OLIVARES, Á.: “Formas de pago y la protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, *Revista Chilena de Derecho Privado* [online], 2009, núm. 12, p. 71 [citado 2016-06-10]; CORRAL TALCIANI, H.: “La compensación económica”, cit., p. 37; y, DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”, en AA.VV.: *Matrimonio civil y divorcio, análisis crítico y criterios para la aplicación de la Ley N° 19.947*, (ed. A. ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA y H. CORRAL TALCIANI), Universidad de Los Andes, Santiago, 2005, p. 100.

incompleto, o cuando, habiéndose regulado todas las materias del art. 21 NLMC, no se atienden a los criterios de suficiencia ya descritos.

Otro argumento en contra es la existencia de cierto consenso en que los cónyuges pueden renunciar al derecho a compensación, por lo menos en el marco del juicio de divorcio. Incluso, se acepta la renuncia tácita al no ejercer el derecho en la oportunidad procesal pertinente, por lo que, si un cónyuge – el supuesto “débil” – puede renunciar al derecho, puede, por tanto, regular la prestación en los términos que estime pertinente, como argumento a fortiori, “quien puede lo más puede lo menos”.

Finalmente, por una razón de orden práctico, si el juez no ha recibido prueba sobre la compensación, si no dispone de ningún antecedente: ¿cómo puede ponderar quién es el más débil?, ¿cómo puede analizar si el acuerdo protege suficientemente al más débil?, ¿cómo podría estar en condiciones de establecer garantías o seguridades para el pago de las cuotas?

Como conclusión preliminar, las facultades del juez para modificar o subsanar las deficiencias de los acuerdos sobre compensación económica son más restringidas, y se reducen a aprobar o rechazar el acuerdo sin poder alterar su contenido.

En cuanto al acuerdo de unión civil, debe constar por escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil, art. 26 letra d) LAUC. No obstante, no señala ningún otro antecedente.

V. FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.

A continuación, revisaremos las distintas formas de pago de la compensación, establecidas por la NLMC o LAUC, consignando algunos aspectos generales, para luego analizar cada una de las formas propuestas por el legislador.

1. Aspectos generales. Orden de prelación.

Como lo hemos señalado, la ley reserva, en primer lugar, la posibilidad de regular la compensación económica a las partes, y, en subsidio, es decir, “a falta de acuerdo”, será el juez quien regule su procedencia y fije “su monto”. Esto último nos lleva a concluir que, al igual como ocurre en Francia, el pago debe realizarse en una sola cuota, o más bien, en una prestación única o de una sola vez⁴⁹. Normalmente, se

⁴⁹ Así, por ejemplo, el art. 273 del Código Civil francés señala que “la prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado”. Disponible en: www.legifrance.gouv.fr. [citado 2015-10-20]. De

estipulará que el pago se haga mediante una suma de dinero, la que podrá ser entregada en una o varias cuotas.

Esta situación se discutió durante la tramitación de la NLMC, prevaleciendo en el debate legislativo la idea de terminar con el conflicto entre los cónyuges, por lo menos en el plano económico, al fijar una suma única que no admite revisión posterior, con lo que se evita la presentación de demandas de rebaja o aumento de la cantidad regulada por el juez a título de compensación económica⁵⁰.

Es decir, la regla general que debe utilizar el juez es el pago en una prestación única, y excepcionalmente (en términos teóricos, ya que, en la práctica, es lo más usual), en un número reducido de cuotas reajustables, respecto de las cuales el juez “debe” fijar seguridades para su pago, la entrega de acciones u otros bienes, o constituir derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del deudor (art. 65 NLMC).

Solo en el evento que no sea posible aplicar una de las modalidades anteriores, por no contar el deudor con la capacidad económica para solucionar de esa forma su monto, el juez “podrá” dividir el monto en cuantas cuotas fuere necesario, considerando, al efecto, la capacidad económica del cónyuge deudor, y expresará el valor de cada cuota en una unidad reajutable. La cuota respectiva se considerará alimentos para efectos de su cumplimiento, a menos que se ofrezcan otras garantías para ello (art. 66 NLMC).

Al revisar la jurisprudencia, no queda claro si el pago en cuotas se debe a la aplicación del art. 65 o del art. 66 NLMC, ya que no existe referencia que fundamente la aplicación de dicha modalidad, y porque tampoco se establecen seguridades para el pago de las cuotas.

La situación descrita es la que justifica la revisión de las normas en comento, pues, al no cumplir con lo establecido en ellas, se van a generar serias dificultades al momento de solicitar el cumplimiento o, específicamente, al solicitar la aplicación de apremios, ya que la asimilación que establece el legislador de las cuotas a los alimentos solo procede en el caso del art. 66 y no en los casos del art. 65; situación que obviamente el legislador pretende evitar al señalar que el juez “fijará” seguridades para su pago.

Todas las formas o modalidades de pago establecidas en la NLMC deben entenderse en el sentido de procurar poner término al conflicto económico entre los cónyuges y, por otro lado, procurar proteger los intereses del cónyuge más débil, lo

igual forma PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *La compensación económica*, cit., p. 99; y VELOSO VALENZUELA, P.: “Algunas reflexiones”, cit., p. 185.

⁵⁰ HISTORIA DE LA LEY N° 19.947, cit., pp. 587-605. En similar sentido, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R.: “La compensación económica”, cit., p. 5; y PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *La compensación económica*, cit., p. 97.

que queda de manifiesto por la carga impuesta al juez de fijar cuotas en una unidad reajutable y establecer seguridades para el pago, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, que establece que las materias reguladas por la NLMC deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

En ese sentido, se ha señalado que “el legislador no protege directamente al derecho, sino que asigna al juez de familia la tarea de dotarlo de una protección, según sean las particulares circunstancias del caso, y que se concreta en la forma de pago de la obligación correlativa de la compensación, que debe ajustarse al marco legal de los arts. 65 y 66 de la LMC”⁵¹.

Otra modalidad de pago, es la regulada en el art. 80 de la Ley N° 20.255,⁵² que establece la Reforma Previsional, y que permite al juez ordenar el traspaso de los fondos de la cuenta de capitalización individual del cónyuge deudor a la cuenta del cónyuge beneficiario.

Sin perjuicio de la enumeración precedente, estimamos que el juez puede establecer otras modalidades de pago (pues no hay una enumeración taxativa) una vez que se verifique la imposibilidad de aplicar alguna de las modalidades anteriores, y que dicha aplicación se fundamente en la protección del cónyuge más débil. En este sentido, el art. 65 NLMC señala que “el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades”, y el citado art. 80 de la Ley N° 20.255, regula otra modalidad de pago de la compensación.

En conclusión, la ley establece un orden de prelación para determinar la forma de pago, siempre que sea decretada por el juez, siendo, la regla general, la prestación única pagadera de una sola vez y, en subsidio, si no es posible regularlo de esa forma, se podrá establecer la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes o la constitución de derechos reales de goce sobre bienes de propiedad del deudor y, solo en caso de insolvencia, fijar el número de cuotas necesarias. De no ser posible aplicar las modalidades anteriores, puede el juez establecer otra modalidad de pago. Consideramos, además, que en todos los casos señalados se podrá también ordenar el traspaso de fondos de pensiones, de acuerdo al art. 80 de la Ley N° 20.255, en forma conjunta o subsidiaria.

Este orden de prelación se sustenta en la finalidad establecida por el legislador, en el sentido de que se pague en un solo acto, a fin de evitar posteriores conflictos patrimoniales entre los excónyuges, y de la protección al cónyuge más débil, norma orientadora para el juez, quedando obligado por las exigencias o cargas que le imponen los arts. 65 y 66.

⁵¹ PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *La compensación económica*, cit., p. 95.

⁵² Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=269892>.

2. Formas de pago en particular.

A) En una sola “cuota” o cantidad única pagadera de contado.

Es la regla general señalada por nuestro legislador⁵³, como ya se ha referido, con la finalidad de poner término al conflicto conyugal y, eliminando la posibilidad de nuevos juicios con solicitudes de aumento, de rebaja o de cese de la prestación.

Así lo ha expresado VIDAL, quien sostiene que “la finalidad perseguida por la LMC, así fluye de la historia de su establecimiento, es que el conflicto entre los cónyuges en lo patrimonial se resuelva de una sola vez, o en el menor tiempo posible, lo que se ve reflejado en el marco legal sobre la forma de entrega que pasa desde la consignación de un monto o de una pensión compensatoria por un plazo máximo de cinco años (artículo 38 de la indicación del Presidente de la República) a una suma única que puede dividirse en cuotas siempre que el deudor ofrezca seguridades para el cumplimiento suficiente (actual artículo 65 de la LMC)”⁵⁴.

Continúa el mismo autor señalando que “se quiere evitar la perpetuación del conflicto entre los cónyuges o que con ocasión del pago de la compensación surjan otros que pudieran afectar el interés de los hijos comunes. Tal objetivo se alcanza idealmente mediante la entrega de una suma alzada, única, global e inmodificable, pagadera de contado o, cuando mucho, dividida en un reducido número de cuotas”⁵⁵.

En similar sentido, DOMÍNGUEZ señala que “la firme intención del legislador es querer concentrar la determinación de la cuestión económica en un solo momento. Por lo mismo, razona sobre la idea que el monto de la compensación debe ser fijado

⁵³ A la misma conclusión ha llegado nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, sentencia de la Corte Suprema de 20 de diciembre de 2006, en causa rol 3.495-2006, que expresa: “que, como regla general, la compensación será pagada de una sola vez y, por excepción, según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, el legislador autoriza su pago en cuotas. Por consiguiente, no puede sino concluirse que aun cuando la legislación entrega amplia libertad al juez para fijar la forma de pago de la compensación, sea como capital en suma única, bajo las modalidades que establece el artículo 65 de la misma ley o en cuotas periódicas con una duración determinada, su monto siempre debe ser fijado en la sentencia y la forma de enterarlo variarán de acuerdo al mérito del proceso”. En el mismo sentido, sentencia de 29 de julio de 2009, en causa rol 3.911-2009, la cual señala que, “de relacionar los artículos 63, 64, 65 y 66 de la Ley N° 19.947, se infiere que el legislador ordena pagar un monto determinado invariable en el tiempo, cualesquiera sean las circunstancias personales y patrimoniales de los interesados – deudor o acreedor – posteriores a la sentencia que la regula”. Y también la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 24 de febrero de 2009, en causa rol 1.707-2008, expresa que “la compensación económica será pagada de una sola vez, y, por excepción, según lo dispuesto en el artículo 66 de la ley de Matrimonio Civil, el legislador autoriza su pago en cuotas (sentencia citada). Atendido la situación patrimonial del demandado y la facultad concedida en el artículo 66 recién citado, se mantendrá el pago en cuotas determinado por la sentenciadora de primer grado”.

⁵⁴ VIDAL OLIVARES, Á.: “Formas de pago”, cit., p. 72.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 73.

en la sentencia y en una suma única y total que no admite revisión futura. Esto resulta ostensible de su regulación, pero también de la historia fidedigna en el Senado, de cuyo debate se puede colegir que el esfuerzo permanente de quienes más intervinieron fue evitar que las cuestiones económicas dieran lugar a conflictos permanentes entre los ex cónyuges. Incluso se llegó a fundar esta forma de fijación de la compensación en que las personas de menores recursos ‘también tiene derecho a reconstruir su familia y vivir en paz’ sin que deban estar obligados a tener que destinar el mayor porcentaje de su sueldo a la mantención de la familia antigua y no a sostener la familia nueva”⁵⁶.

B) En un número reducido de cuotas. Caso del artículo 65 NLMC.

En el caso del pago en cuotas, la regla general será el menor número de ellas⁵⁷, atendida la finalidad del legislador y, además, se faculta al juez para fijar cualquier forma de reajuste. La experiencia en los tribunales de familia en materia de pensiones alimenticias considera el alza que experimente el Índice de Precios al Consumidor (IPC), que fija el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), o un porcentaje del ingreso mínimo remuneracional (que se reajusta por ley una vez al año), o también expresar el monto en unidades de fomento (UF) o unidades tributarias mensuales (UTM)⁵⁸. Lo esencial es que el dinero mantenga su valor y, por tanto, el mismo poder adquisitivo.

Lo trascendente es la carga que el legislador impone al juez de fijar seguridades para su pago, lo que se materializa, tratándose de la protección del cónyuge más débil, en establecer cauciones reales o personales. Lo natural será una hipoteca o una prenda en términos similares a los del art. 10 Ley Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensión Alimenticia⁵⁹, de propiedad del cónyuge o de un tercero, como ocurre en la legislación francesa, que permite que el pago en capital o cuotas quede a resguardo

⁵⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R.: “La compensación económica”, cit., pp. 5 y 6.

⁵⁷ Así, en el derecho francés, se limita el pago en cuotas a un periodo de 8 años, como se desprende del inciso 1º del art. 275, que señala que: “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”.

⁵⁸ LEPIN MOLINA, C.: *La compensación económica*, cit., p. 145.

⁵⁹ En adelante LAFPPA.

Art. 10 LAFPPA: “El juez podrá también ordenar que el deudor garantice el cumplimiento de la obligación alimenticia con una hipoteca o prenda sobre bienes del alimentante o con otra forma de caución.

Lo ordenará especialmente si hubiere motivo fundado para estimar que el alimentante se ausentará del país. Mientras no rinda la caución ordenada, que deberá considerar el periodo estimado de ausencia, el juez decretará el arraigo del alimentante, el que quedará sin efecto por la constitución de la caución, debiendo el juez comunicar este hecho de inmediato a la misma autoridad policial a quien impartió la orden, sin más trámite”.

mediante el establecimiento de una garantía, como la constitución de una hipoteca, prenda, fianza u otro contrato⁶⁰.

Según VIDAL, la expresión “seguridades para el pago” que emplea el legislador, comprende no solo las garantías y cauciones, constitutivas de mecanismos de protección del derecho de crédito al ensanchar el derecho de garantía general del acreedor, sino todos aquellos mecanismos o medidas que den certeza al acreedor del pago, evitando o previniendo el incumplimiento o la insatisfacción definitiva del crédito. De esta forma, constituyen seguridades para el pago todas las cauciones – personales o reales –, cualquier modalidad de garantías bancarias, los seguros de responsabilidad, las cláusulas de aceleración, la prohibición de enajenar, la retención judicial o descuento de un porcentaje de remuneraciones por parte del empleador. Tan amplia es la noción de seguridades para el pago que pudiere entenderse incluida en ella la modalidad especial que prevé la Ley N° 20.255, que contempla el traspaso de fondos de capitalización obligatoria hasta el límite del 50 % existente del cónyuge deudor, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio⁶¹.

C) Entrega de bienes determinados. Dación en pago.

El citado art. 65 NLMC permite al juez fijar, como forma de pago, la entrega de acciones u otros bienes de propiedad del deudor, operando la transferencia del dominio del deudor al acreedor (beneficiario de la compensación). Se trata, en definitiva, de una dación en pago de especies determinadas o acciones.

Así, VIDAL ha planteado que existe una laguna legal en esta materia, al no prever la posibilidad de evicción posterior de la especie o acciones dadas, ni menos que se dé una respuesta acerca de la suerte que correrá el derecho una vez producida la evicción. De igual forma, resulta interesante la solución propuesta en orden a aplicar por analogía el art. 1792-22 CC, que en el régimen de participación en los gananciales dispone que, de producirse la evicción de la cosa dada en pago por el

⁶⁰ Art. 274 Código Civil francés: “El Juez decidirá las modalidades según las cuales se ejecutará la prestación compensatoria entre las formas siguientes:

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

2° 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 del cónyuge deudor para la atribución en propiedad de bienes que él haya recibido por herencia o donación”.

Art. 277 Código Civil francés: “Independientemente de la hipoteca legal o judicial, el Juez podrá imponer al esposo deudor que constituya una prenda, que preste fianza o que suscriba un contrato garantizando el pago de la renta o del capital”.

⁶¹ VIDAL OLIVARES, Á.: “Formas de pago”, cit., pp. 79 y 80.

crédito de participación, renace el crédito⁶². Más bien sería importante incorporar una norma similar en futuras modificaciones a la NLMC.

En la práctica es usual que se pague al cónyuge beneficiario, a título de compensación, mediante la transferencia de bienes determinados de propiedad del deudor, normalmente la vivienda familiar u otro bien raíz, o también un porcentaje de ella, como es el caso de los bienes de propiedad de la sociedad conyugal, que al término del matrimonio se dividirá en partes iguales entre los cónyuges.

D) Constitución de derechos reales a favor del cónyuge beneficiario.

Conforme a lo expuesto, podemos observar que la modalidad de pago mediante la constitución de derechos reales de goce, se refiere a los derechos de usufructo, uso o habitación sobre bienes de propiedad del deudor.

Sin lugar a dudas, esta modalidad de pago puede acrecentar la confusión existente sobre la naturaleza jurídica del derecho a compensación económica, en especial si se considera que los derechos de usufructo, uso o habitación procuran a una persona un sustentamiento⁶³.

Así también lo han entendido PIZARRO y VIDAL, que señalan que “esta forma de pago no se condice mucho con la naturaleza jurídica puesto que la aproxima más a la idea de los alimentos debidos por ley”⁶⁴.

Independiente de lo razonable de la crítica formulada, esta modalidad de pago no es algo excepcional, ya que existe en otras legislaciones, principalmente en las que sirvieron de referente a nuestro legislador, es decir, Francia y España.

El Código Civil francés, en el art. 274, faculta al juez para fijar la modalidad de pago de la prestación compensatoria, ya sea mediante el pago de una cantidad de dinero o mediante la atribución en propiedad de bienes o la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, de carácter temporal o vitalicio.

En España, el art. 97 CC señala que la compensación podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única. No obstante, el art. 99 del mismo Código, permite la sustitución de la pensión fijada judicialmente por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

⁶² *Ibíd.*, pp. 88 y 89.

⁶³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.; SOMARRIVA UNDURRAGA, M. y VODANOVIC HAKLICKA, A.: *Tratado de los Derechos Reales*, t. II, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 126.

⁶⁴ PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *La compensación económica*, cit., p. 101.

Esta situación plantea, además, el eventual vínculo que se puede generar con derechos ya existentes a otros títulos, como son los derechos de usufructo, uso o habitación constituidos en una causa de alimentos (art. 9 inc. 2º LAFPPA) o en la declaración de un bien familiar (art. 147 CC).

Evidentemente, el paso o tránsito de un derecho a otro, es decir, de alimentos o bien familiar a compensación económica, reforzaría los problemas concernientes a la naturaleza jurídica de esta institución⁶⁵.

Se debe considerar que el art. 60 NLMC pone término a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial entre los cónyuges, cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del matrimonio. Por lo que dicho efecto extintivo de este conjunto de derechos pone fin a los derechos de alimentos y a la declaración de bien familiar. Aunque en este último caso existe discrepancia entre los distintos autores y también en la jurisprudencia⁶⁶.

En la práctica, se debe alzar el derecho real constituido a título de alimentos o de bien familiar, para luego constituir el derecho de usufructo, uso o habitación a título de compensación económica.

A diferencia de la regulación sobre la constitución de los derechos reales señalados en materia de alimentos o de bien familiar, el legislador fue bastante más parco, señalando solamente que el juez podrá constituir derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor.

En efecto, nada se dice sobre la forma de constitución de estos derechos, a diferencia de lo que ocurre en el art. 9 inc. 2º LAFPPA, que señala que la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales. En sentido similar, el Código Civil en el art. 147 inciso 3º establece que “la declaración judicial a que se refiere el inciso anterior servirá como título para todos los efectos legales”. En este caso, es conveniente aplicar la misma fórmula.

Resulta interesante mencionar lo consignado en el art. 9 LAFPPA, que señala que el juez puede fijar o aprobar que “se impute” total o parcialmente a un derecho de usufructo. Esta alternativa es señalada por PIZARRO y VIDAL, en el sentido que “en el caso de que el juez o las partes fijen esta forma de pago, conviene considerar la necesidad de cuantificar previamente la compensación y después imputar el derecho real al monto resultante, lo que necesariamente implica limitar su vigencia en el tiempo”⁶⁷.

⁶⁵ PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *La compensación económica*, cit., p. 101.

⁶⁶ Cfr. TRONCOSO LARRONDE, H.: “El divorcio como causal de desafectación de un bien declarado familiar. Comentario a un fallo reciente”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2010, pp. 383-390.

⁶⁷ PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *La compensación económica*, cit., p. 101.

De similar forma lo expresa VODANOVIC, a propósito de cuantificar el usufructo para no exceder el 50% de los ingresos del alimentante en las pensiones de alimentos, señalando que “en el caso en que el derecho de usufructo se otorga como pensión alimenticia, debe señalarse un valor correlativo. Esto a fin de que pueda establecerse la relación con el monto de los emolumentos del deudor alimenticio y de este modo fijar la pensión alimenticia hasta una suma que no sobrepase el cincuenta por ciento de las rentas del alimentante”⁶⁸.

Esta alternativa soluciona el problema de poder obtener el cumplimiento y aplicar los apremios de la LAFPPA, es decir, arresto, arraigo, retención de impuestos y suspensión de licencia de conducir. Sin embargo, resulta dudosa la aplicación del arresto por deudas de compensación económica que, por no tener naturaleza alimenticia, no quedarían amparadas por el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica⁶⁹.

Tampoco nuestro legislador establece una prohibición de enajenar o gravar como la establecida en el art. 9 LAFPPA, que agrega, en lo pertinente, que “si se tratare de un bien raíz, la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales y la prohibición de enajenar o gravar en los registros correspondientes del Conservador de Bienes Raíces. Podrá requerir estas inscripciones el propio alimentario”.

Existiendo una prohibición inscrita no se puede enajenar el bien, lo que sin duda constituye una especial protección, que permite hacer efectivo el derecho, ya que, no obstante tratarse de un derecho real, el evitar actos de disposición sobre esos bienes justifican incluir una norma de este tipo en la compensación a efectos de proteger al cónyuge más débil.

Lo que puede ocurrir en la práctica es que la propiedad se encuentre hipotecada, lo que, en principio, no impide la constitución del derecho real. En sentido contrario, se ha sostenido que el deudor hipotecario no puede hacer nada que vaya en detrimento de la integridad de la garantía otorgada⁷⁰.

⁶⁸ VODANOVIC HAKLICKA, A.: *Derecho de alimentos*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, p. 123.

⁶⁹ En este sentido, sentencia de fecha 26 de julio de 2011, en causa rol 683-2011, de la Corte de Apelaciones de Temuco, que señala que “de acuerdo con lo dispuesto en este tratado, el rechazo de la prisión por deudas constituye un derecho humano que se ha estatuido con carácter de regla general. La excepción a la misma se refiere, precisamente, a las deudas derivadas del incumplimiento de deberes alimentarios (excepción que en cuanto tal debe ser interpretada y aplicada restrictivamente). Y, según se ha visto, la compensación económica no presenta dicho carácter. Por lo mismo, decretar el arresto en caso de incumplimiento del pago de la compensación económica importa aplicar una prisión por deuda, la que se encuentra expresamente prohibida por el Derecho internacional al que se encuentra vinculado el Estado de Chile”.

⁷⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.; SOMARRIVA UNDURRAGA, M. y VODANOVIC HAKLICKA, A.: *Tratado de los Derechos Reales*, cit., p. 129.

Sin embargo, para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia el usufructo constituido con posterioridad a una hipoteca, no afecta a ésta, por lo que el acreedor hipotecario solo puede solicitar la inoponibilidad del usufructo en el momento que vea amagado su derecho. En consecuencia, si el deudor cumple su obligación no será necesario subastar la propiedad hipotecada ni remover el usufructo⁷¹.

Por otra parte, nada dice la NLMC sobre las obligaciones del usufructuario de rendir caución de conservación y restitución y de confeccionar inventario solemne (art. 775 CC), o en los derechos de uso o habitación, de confeccionar inventario de los bienes sobre los que recae su derecho (art. 813 CC); a diferencia de lo que ocurre en la LAFPPA, en que expresamente se señala que quedan exentos de las obligaciones recién mencionadas.

En este sentido, se hace necesaria una reforma legal que incluya los temas tratados en este trabajo. Si bien en la actualidad se tramita un proyecto de ley que pretende reformar la NLMC, este no incluye modificaciones sobre estos aspectos, aunque sí pretende incorporar un numeral tres al art. 65 NLMC, en aras de lograr “la mantención de los derechos existentes del cónyuge beneficiario en los sistemas de salud del titular de quien es carga, a la fecha de la demanda”⁷².

Queda pendiente la discusión sobre el término de la declaración de bien familiar una vez disuelto el matrimonio por sentencia de divorcio, lo que, como consecuencia, dejaría sin efecto los derechos reales constituidos en virtud del art. 147 CC, ya que existe jurisprudencia en ambos sentidos⁷³.

Dicha decisión puede generar una cierta incompatibilidad con los derechos que se constituyan a título de compensación económica, tema resuelto en la ley sobre pensiones alimenticias, en el art. 9 citado, que señala que “cuando el cónyuge alimentario tenga derecho a solicitar, para sí o para sus hijos menores, la constitución de un usufructo, uso o habitación en conformidad a este artículo, no podrá pedir la que establece el artículo 147 del Código Civil respecto de los mismos bienes”.

Por último, el pago de la compensación mediante esta modalidad tiene un cierto carácter aleatorio, dado que los derechos reales de goce mencionados se extinguen con la muerte del beneficiario aun antes del día prefijado para su terminación (arts. 806 y 819 CC). Si se constituye un día y al siguiente fallece el beneficiario, la reparación del menoscabo ni siquiera sería parcial. Recordemos que, en el caso de fijar una cantidad de dinero, dicho crédito pasa a los herederos del cónyuge beneficiario.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 130.

⁷² HISTORIA DE LA LEY N° 19.947, cit., p. 11.

⁷³ Cfr. TRONCOSO LARRONDE, H.: “El divorcio”, cit., pp. 383-390.

Con respecto al cónyuge beneficiario, es decir, el más débil, la única disposición que encontramos es la que protege el derecho de los acreedores que tuviere en cualquier tiempo, lo que significa que no integran el derecho de prenda general. Quizás lo mejor sería aplicar lo dispuesto en el art. 2466 inc. 3º CC, agregando que el usufructo constituido a título de compensación no será embargable, como ocurre con el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, o el del padre o madre sobre los bienes del hijo sujeto a patria potestad⁷⁴.

Por supuesto, que la principal protección va a estar dada por las medidas que tome el juez y, en definitiva, por los cambios legislativos que a nuestro juicio amerita este tema.

Se puede decir que la constitución de derechos reales como modalidad de pago de la compensación es excepcional y que lo usual es la dación en pago del mismo bien, pero en el caso de los bienes raíces, normalmente se adquieren mediante créditos hipotecarios a varios años, lo que, en cierta forma, impide la posible transferencia de dichos bienes, ya que, por lo general, el cónyuge más débil no podrá acreditar ingresos para asumir el crédito.

Finalmente, se establece una regla de protección de terceros acreedores similar a la del art. 1723 CC, característica de los efectos patrimoniales del matrimonio. Es decir, no se perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución. Por lo que dicho derecho será inoponible a los terceros, y, en consecuencia, podrá requerir la realización del inmueble y el adquirente lo recibirá libre de todo gravamen⁷⁵.

Para PIZARRO y VIDAL, “esta última disposición resulta relevante para el derecho real de usufructo, empero inútil e innecesaria, para el de uso o habitación, al ser inembargable según lo dispone el artículo 1618 del Código Civil”⁷⁶.

3. En caso de insolvencia del deudor. Caso del artículo 66 NLMC.

En caso de insolvencia del cónyuge deudor – supuesto del art. 66 NLMC – y para el evento de que no sea posible aplicar alguna de las modalidades anteriores, podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable.⁷⁷ En este caso aparece como un deber del juez por los

⁷⁴ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R.: “La compensación económica”, cit., p. 25.

⁷⁵ En similar sentido, PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *La compensación económica*, cit., p. 102.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ Se aplica lo señalado a propósito del pago en cuotas del art. 65 NLMC.

términos imperativos de la norma, a diferencia del citado art. 65 NLMC donde se señala “*podrá*”.

Así lo ha resuelto la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, en la sentencia de fecha 10 de febrero de 2010, en causa rol 710-2009, que señala “que en lo relativo al pago de la compensación económica en dinero que se impondrá al marido demandado reconvencional, en mérito de los antecedentes probatorios del juicio relativos a su capacidad económica, hace procedente fijar su pago en cuotas mensuales reajustables, en los términos del artículo 66 de la ley 19.947”.

En otras ocasiones se ha considerado la situación de salud del demandado, así, por ejemplo, en sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, de fecha 14 de octubre de 2009, en causa rol 180- 2009, que señala “que, por otra parte, teniendo muy en cuenta la situación de salud del demandado reconvencional, según se consigna en el considerando décimo del fallo recurrido, donde aparece que padece de Diabetes Mellitus, esta Corte, en uso de las facultades que le confiere el artículo 66 de la Ley 19.947, estima prudente dividir el monto de la compensación económica del cónyuge deudor en 28 cuotas mensuales, iguales y sucesivas”.

El art. 66 NLMC expresa que la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, “a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago”, lo que se declarará en la sentencia. Esto es lo que constituye la garantía para el beneficiario de la compensación económica, se trata de la protección al cónyuge débil, pero se requiere que el juez lo declare en la sentencia, ya que es un régimen excepcional. Todo lo anterior es, sin perjuicio, de la discusión sobre los apremios personales en caso de incumplimiento⁷⁸.

Sin duda se trata de una situación distinta a la planteada por el art. 65 NLMC, por lo tanto, la asimilación a los alimentos solo procede en el caso de insolvencia, para el efecto de exigir su cumplimiento, y “siempre que no se garantice de otra forma el pago”.

Por último, es necesario aclarar que para efectos de esta disposición entendemos por deudor insolvente a aquel que no está en condiciones de solucionar el pago de la compensación mediante el pago al contado o en un número reducido de cuotas y que no tiene otros bienes para proceder al pago o para constituir derechos reales. En definitiva, es aquel que no puede pagar mediante alguna de las fórmulas del art. 65 NLMC.

4. Traspaso de fondos previsionales.

⁷⁸ Cfr. LEPIN MOLINA, C.: *La compensación económica*, cit., pp. 148 y 149.

En esta materia el legislador ha mostrado gran preocupación, tanto es así que la Ley N° 20.255, publicada el 17 de marzo de 2008, que establece la Reforma Previsional, dedica dos artículos a la compensación económica en los casos de divorcio o nulidad de matrimonio⁷⁹. Dichas disposiciones entraron en vigencia el 1° de octubre de 2008, y se aplicarán a los juicios de divorcio o nulidad que se inicien con posterioridad a dicha fecha⁸⁰.

No se trata de una compensación distinta, sino, tal como lo señala el art. 80 de esta Ley, considera la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el art. 62, es decir, permite al juez cuantificar o mensurar el daño previsional, lo que de ningún modo restringe la compensación solo a los fondos que se puedan traspasar. Es decir, la demandante podrá solicitar el traspaso de hasta el 50% de los fondos y una suma determinada de dinero, en forma conjunta o una en subsidio de la otra.

La reforma faculta al juez para ordenar el traspaso de fondos (se entiende en propiedad) desde la cuenta de capitalización individual del cónyuge deudor a la del cónyuge acreedor, y si este no posee una, se ordenará que se proceda a abrir una al efecto.

Señalamos que se trata de una facultad del juez, pues la redacción del precepto utiliza el término “podrá” ordenar el traspaso de fondos. Además, exige que se acredite un menoscabo, a lo menos parcial, y que se aprecie en el marco de la situación en materia de beneficios previsionales.

⁷⁹ Art. 80 Ley N° 20.255: “Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir ésta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto.

Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio”.

Art. 81 Ley N° 20.255: “La Superintendencia de Pensiones deberá tener a disposición de los tribunales estudios técnicos generales que contribuyan a resolver con bases objetivas la situación previsional que involucre a cónyuges. De estimarlo necesario, el juez podrá requerir al citado organismo antecedentes específicos adicionales.

La Superintendencia establecerá, mediante norma de carácter general, los procedimientos aplicables en los traspasos de fondos, apertura de las cuentas de capitalización individual que se requirieran y demás aspectos administrativos que procedan”.

⁸⁰ Art. vigésimo quinto transitorio Ley N° 20.255: “Las normas contenidas en el Párrafo 2° del Título III entrarán en vigencia el primer día del séptimo mes siguiente al de su publicación en el Diario Oficial y sólo serán aplicables en los juicios de nulidad o divorcio que se inicien con posterioridad a dicha fecha”.

En este sentido, resulta dudoso el acuerdo de las partes en esta materia, toda vez que, por regla general, estos fondos de pensiones son indisponibles para las partes y el precepto no lo autoriza.

El límite está establecido en el 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del deudor durante el matrimonio.

Es menester considerar que dichas normas se aplican solo a quienes se encuentran en el sistema de fondos de pensiones (AFP), y no a quienes cotizan en el Instituto de Normalización Provisional (INP), o en las Cajas de Previsión de las Fuerzas Armadas. Esta situación no corresponde a una discriminación, ya que, en estos últimos casos, no se puede aplicar, dado que la reforma solo se refiere a las personas que se encuentran en el sistema de AFP, que es de capitalización individual y, por lo tanto, es factible determinar el monto y proceder al traspaso. En cambio, en los otros sistemas solidarios de pensiones, los afiliados no disponen de sus fondos sino hasta el momento de su jubilación.

Ahora, nada impide que se decrete como forma de pago la retención de un porcentaje de la pensión que el cónyuge deudor reciba.

El beneficio deberá solicitarse en la demanda, a efecto que las partes aporten durante el juicio la información necesaria para que el juez pueda ordenar el traspaso de dichos recursos, los que van a quedar, en definitiva, a disposición del cónyuge beneficiario en la época de su jubilación.

Por último, el organismo que debe informar al tribunal, proporcionar informes técnicos generales y específicos, y reglamentar el procedimiento administrativo aplicable al traspaso, es la Superintendencia de Pensiones, por lo que se deberá oficiar al efecto.

VI. ASPECTOS PROCESALES.

El tribunal competente es el juzgado de familia del domicilio del demandado (art. 8 N° 15 Ley de Tribunales de Familia⁸¹, art. 87 NLMC y 27 LAUC). El procedimiento aplicable es el ordinario de los tribunales de familia (arts. 55 y ss. LTF), con la particularidad que se tramita conjuntamente con el divorcio o la nulidad de matrimonio, salvo en los casos de acuerdo de unión civil en que se pueda solicitar conjuntamente con la nulidad del acuerdo o en forma independiente, en los casos de término unilateral del acuerdo.

⁸¹ En adelante LTF.

La oportunidad para solicitar la compensación económica en juicio puede ser (art. 64 NLMC): en la demanda (conjuntamente con el divorcio o la nulidad de matrimonio), en escrito complementario, o en la demanda reconvenzional. Podríamos concluir que la acción de compensación es dependiente del juicio principal de divorcio o nulidad de matrimonio, y que, como consecuencia, no se puede solicitar en un juicio distinto⁸². En su caso, si se rechaza la acción principal, el tribunal no debe pronunciarse sobre la compensación⁸³.

En el caso del acuerdo de unión civil, se puede solicitar en el juicio de nulidad del acuerdo; en caso de término por mutuo acuerdo, que debe constar en el acuerdo del art. 26 letra d); y, por último, en caso de término unilateral, en el plazo de 6 meses, contado desde la fecha de subinscripción de la terminación del acuerdo (art. 27 inc. final y 26 letra e) LAUC).

Existe libertad probatoria, por lo que las partes pueden presentar todo tipo de pruebas (art. 28 LTF), las que serán ponderadas por el juez, de acuerdo a los principios de la sana crítica (art. 32 LTF), es decir, no se pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En cuanto a los tipos de pruebas, la testimonial será fundamental para acreditar tanto la dedicación al cuidado de los hijos o las labores del hogar, como para acreditar el hecho negativo de no realizar actividad remunerada o lucrativa, sin perjuicio de allegar al juicio otros elementos que sirvan para formar convicción⁸⁴.

La prueba documental (como, por ejemplo, certificados de estudios, nacimiento, de cotizaciones previsionales del cónyuge beneficiario), los oficios a ciertas instituciones (como al Registro Civil, a efecto que informe sobre la propiedad de vehículos motorizados; al Conservador de Bienes Raíces, a efecto que informe sobre la propiedad de inmuebles; a la AFP en que cotiza el demandado, para que informe cual es el capital de su cuenta individual y el monto de sus cotizaciones mensuales en el último periodo, etc.), y la prueba pericial, consistente en un completo informe

⁸² Salvo un caso excepcional en la jurisprudencia chilena, que ha permitido ejercer la acción en forma posterior a la declaración de nulidad de matrimonio. Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 13 de mayo de 2010, en causa rol 287-2010 que, en lo pertinente, señala: “que se podrá impetrar la acción de compensación económica cuando se ha decretado el divorcio o se declarado la nulidad del matrimonio; lo que no es incompatible con lo prescrito en el artículo 64 de la ley precitada”.

⁸³ Se ha planteado la posibilidad de hacer reserva de derechos para demandar en un juicio distinto, lo que, por lo razonado, no procede. De esta forma ha resuelto la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en sentencia de 02 de julio de 2009, en causa rol 82-2009, que señala: “en cuanto a la última, constituida por la reserva de demandar por cuerda separada las compensaciones económicas, ella no es procesalmente pertinente, desde que tales compensaciones sólo pueden pedirse conjuntamente con la demanda de divorcio, en un escrito complementario o en la reconvencción, conforme dispone el artículo 64 de la Ley 19.947, y no por cuerda separada”.

⁸⁴ LEPIN MOLINA, C.: *La compensación económica*, cit., p. 141.

socioeconómico, emitido por un asistente social, que nos parece importante para acreditar el menoscabo económico, ya que podrá evaluar elementos que servirán al juez para ponderar las circunstancias del art. 62 NLMC; por último, la declaración de la parte demandada (arts. 50 y ss. LTF), bajo apercibimiento del art. 52 LTF, puede servir para probar algunos de los requisitos de procedencia⁸⁵.

A efectos de poder exigir su cumplimiento, será menester, además, que se declare el divorcio o la nulidad, y que la respectiva sentencia se encuentre firme y ejecutoriada. Lo mismo se aplica al acuerdo de unión civil declarado nulo, o a la demanda de compensación en el caso de término unilateral. El procedimiento que se aplica para el cumplimiento es el procedimiento ejecutivo simplificado (art. 66 NLMC, y 11 y 12 LAFPPA)⁸⁶.

Es posible aplicar los apremios establecidos para los casos de incumplimiento de la compensación económica, como el arresto, el arraigo, la suspensión de la licencia de conducir, entre otros. No obstante, estimamos que no es procedente privar de libertad a una persona. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica, se trataría de un caso de prisión por deudas, toda vez que la obligación derivada de la compensación económica no tiene naturaleza jurídica alimentaria⁸⁷.

VII. CONCLUSIONES.

La incorporación en la legislación chilena de la compensación económica ha representado varios desafíos, especialmente para la doctrina y la jurisprudencia, las que se han visto forzadas a explicar una institución bastante compleja. Ello explica la gran cantidad de teorías sobre sus fundamentos y naturaleza jurídica, no existiendo hasta la fecha unanimidad sobre esos aspectos dogmáticos.

⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 141 y 142.

⁸⁶ Sobre el procedimiento de cumplimiento, véase VARELA BARRA, C.: *Normas relativas al cumplimiento de la compensación económica: ¿Real protección al cónyuge más débil?*, Tesis de Magíster en Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2014.

⁸⁷ Sobre la procedencia del arresto, véase CORRAL TALCIANI, H.: “Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012, Rol N° 2102”, en AA.VV.: *Compensación económica. Doctrinas esenciales* (dir. C. Lepin Molina), segunda edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016; en contra LEPIN MOLINA, C.: “¿Es procedente el arresto por incumplimiento del pago de compensación económica?: comentario a la sentencia de la Corte Suprema rol 11.410-2011”, *Revista de Derecho (Coquimbo)* [online], 2013, vol. 20, núm. 1, pp. 359-376 [citado 2016-07-15]; y, PÉREZ DE ARCE MOLINA, R.: *La no procedencia del apremio de arresto en el cumplimiento forzado de la compensación económica*, Tesis de grado de Magíster en Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2016.

Igual problema presentan la interpretación de sus requisitos de procedencia y para determinar la cuantía. En el primer caso, cobra importancia el concepto de menoscabo económico, que resulta ser el elemento central, pero sobre el cual no existe consenso en su contenido y alcance, incluso para los tribunales parece que en ciertos casos se puede presumir.

La regulación de las distintas formas de pago también ha presentado problemas, así, por ejemplo, el cuestionamiento respecto a la posible aplicación de la sanción de privación de libertad en caso de incumplimiento. Prevalece, sin embargo, la jurisprudencia favorable a la prisión por deuda en caso de compensación económica, atendido su carácter asistencial.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.; SOMARRIVA UNDURRAGA, M. y VODANOVIC HAKLICKA, A.: *Tratado de los Derechos Reales*, t. II, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

BARRIENTOS GRANDÓN, J. y NOVALES ALQUÉZAR, A.: *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.

CORDERO CUTILLAS, I.: *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Editorial Aranzandi, Navarra, 2004.

CORRAL TALCIANI, H.: “Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012, Rol N° 2102”, en AA.VV.: *Compensación económica. Doctrinas esenciales* (dir. C. Lepin Molina), segunda edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016.

CORRAL TALCIANI, H.: “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, *Revista Chilena de Derecho*, 2007, vol. 34, núm. 1, pp. 23-40.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R.: “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, *Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo*, 2007, año VII, núm. 15, pp. 83-92.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, *Charla en seminario del Colegio de Abogados de Chile*, Santiago, 13 de octubre de 2005.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”, en AA.VV.: *Matrimonio civil y divorcio, análisis crítico y criterios para la aplicación de la Ley N° 19.947* (ed. A. ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA y H. CORRAL TALCIANI), Universidad de Los Andes, Santiago, 2005.

DUCCI CLARO, C.: *Derecho Civil. Parte general*, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009. FOSAR BENLLOCH, E.: *Estudio de Derecho de Familia*, vol. I, t. II, Bosch, Madrid, 1982.

GUERRERO BECAR, J.: “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, *Revista Chilena de Derecho (Valdivia)* [online], 2008, vol. 21, núm. 2, pp. 85-110.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M.: “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, *Charla en seminario del Colegio de Abogados de Chile*, Santiago, 20 de octubre de 2005.

LEPIN MOLINA, C.: “¿Es procedente el arresto por incumplimiento del pago de compensación económica?: comentario a la sentencia de la Corte Suprema rol 11.410-2011”, *Revista de Derecho (Coquimbo)* [online], 2013, vol. 20, núm. 1, pp. 359-376.

LEPIN MOLINA, C.: *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

LEPIN MOLINA, C.: “Naturaleza jurídica de la compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena”, en AA.VV.: *Compensación económica. Doctrinas esenciales*, (dir. por C. LEPIN MOLINA), segunda edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2016.

PÉREZ DE ARCE MOLINA, R.: *La no procedencia del apremio de arresto en el cumplimiento forzado de la compensación económica*, Tesis de grado de Magíster en Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2016.

PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2009.

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

TRONCOSO LARRONDE, H.: “El divorcio como causal de desafectación de un bien declarado familiar. Comentario a un fallo reciente”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2010.

VARELA BARRA, C.: *Normas relativas al cumplimiento de la compensación económica: ¿Real protección al cónyuge más débil?*, Tesis de Magíster en Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2014.

VELOSO VALENZUELA, P.: “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, *Revista Actualidad Jurídica. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo*, 2006, núm. 13, pp. 171-187.

VIDAL OLIVARES, Á.: “Formas de pago y la protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, *Revista Chilena de Derecho Privado* [online], 2009, núm. 12, pp. 69-99.

VIDAL OLIVARES, Á.: “La compensación económica por ruptura matrimonial”, *Cuadernos de análisis jurídicos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2009.

VIDAL OLIVARES, Á.: “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil”, en AA.VV.: *El nuevo derecho chileno del matrimonio* (coord. por Á. VIDAL OLIVARES), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

VVAA.: *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, segunda edición, Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 1989.

VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *Derecho de alimentos*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.



LA PENSIÓN COMPENSATORIA COMO REQUISITO DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

*THE COMPENSATORY PENSION AS A REQUERIMENT FOR ACCESS TO THE WIDOW'S
PENSION*

DR. EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI

Profesor Doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de
Valencia

eduardo.talens@uv.es

RESUMEN: La pensión de viudedad también se devenga cuando la relación conyugal ha terminado. Ahora bien, para los casos de separación o divorcio los requisitos de acceso son bastante más exigentes que en los supuestos en los que la relación se mantiene hasta el momento del fallecimiento. Uno de estos requisitos consiste en que el ex cónyuge sobreviviente tiene que ser acreedor de una pensión compensatoria. A lo largo de las siguientes páginas trataré de ahondar en los problemas que suscita el requisito de ser acreedor de una pensión compensatoria, para poder acceder a la pensión de viudedad.

PALABRAS CLAVE: Pensión compensatoria, pensión de viudedad, separación, divorcio, cónyuges, reconciliación.

ABSTRACT: The widow's pension is also accrues when the marital relationship has ended. However, in cases of separation or divorce the access requirements are quite demanding that in cases in which the relationship is mantened until the momento of death. One of these requeriments is that the surviving former spouse mus be a compensatory pension creditor. Througout the following pages I will try to delve into the problems that the requeriment be lender of a compensatory pension, to gain access to the widow's pension.

KEY WORDS: Compensatory pension, widow's pension, separation, divorce, spouses, reconciliation.

FECHA DE ENTREGA: 28/08/2016/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 02/09/2016

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La pensión compensatoria: interpretación literal vs interpretación finalista.- 3. Los efectos jurídicos de una eventual reconciliación entre los cónyuges.- 4 Excepciones al requisito de la pensión compensatoria.- 5. Breves conclusiones.

1. La pensión de viudedad es una prestación pública de Seguridad Social que persigue compensar el “desequilibrio económico” que padece una persona tras el fallecimiento de su cónyuge -sujeto causante-. La finalidad de esta pensión no sería la de atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, sino más bien compensar las diferentes vicisitudes acaecidas frente a un daño que vendría referido a la minoración de unos ingresos de los que era partícipe el cónyuge superviviente (en este sentido, STC 184/1990, de 15 de noviembre). Desde una perspectiva interna o privada la pensión de viudedad encontraría justificación en la solidaridad patrimonial entre los cónyuges y el deber de socorro mutuo, con la aportación de bienes que han contribuido al levantamiento de las cargas del matrimonio. En este sentido, la pensión de viudedad conjetura una extensión de la situación matrimonial, prologándola tras el fallecimiento uno de los cónyuges que, por lo demás, actuaría de un modo completamente independiente de los bienes y derechos hereditarios evidenciados a favor del superviviente. De esta manera, con independencia de la mayor o menor masa hereditaria que recaiga a su favor, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho –si cumple con los requisitos establecidos legalmente- a una renta vitalicia de naturaleza pública que compense las desventajas que se derivan de la extinción del matrimonio a causa del óbito, entre ellas, por ejemplo, la pérdida del derecho a obtener alimentos virtud de lo preceptuado en el artículo 142 CC.

Por el contrario, este paradigma difiere un tanto en el supuesto de las personas divorciadas o separadas judicialmente, donde el punto de mira se centra, esta vez sí, en la situación de necesidad o dependencia económica respecto del causante. En este sentido, la pensión de viudedad también se reconocerá al ex cónyuge, es decir, la persona divorciada o separada judicialmente del causante. Si bien, el derecho de éstos cuenta con importantes salvedades en la norma de Seguridad Social, que se han ido intensificando paulatinamente con el paso de los años fruto de las sucesivas reformas legislativas.

Si nos remontamos a la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, observamos como la Disposición adicional 10ª de la citada norma prevenía que la pensión de viudedad correspondía “a quién sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”. Junto con ello, se establecía que este derecho quedaba sin efecto en los supuestos del artículo 101 CC

(que se refiere a una pensión compensatoria a la que la DA 10ª no se refiere expresamente como requisito para su concesión).

La redacción original del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social mantuvo esta misma fórmula en su artículo 174.2. Sobre el particular, cabe recordar que el STC 22/2010, de 27 de abril, declaró inconstitucional el artículo 174.3 LGSS por existir una desigualdad de trato, al negarse la pensión de viudedad al ex cónyuge que posteriormente conviva *more uxorio* con otra persona, mientras que no se predicaba lo mismo frente al cónyuge “actual”, a quien sí que se le permitiría rehacer su vida sin perjudicar la pensión de viudedad que se encontrara disfrutando.

Poco tiempo después, la Disposición adicional 13ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incluyó el requisito de que el ex cónyuge no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuyo caso se perdía el derecho a lucrar la pensión.

Con todo, el eslabón decisivo para la configuración legal de la pensión de viudedad en el caso de personas separadas o divorciadas vino a raíz de la promulgación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Así, de un lado, la prohibición de contraer nuevas nupcias a los efectos de poder ser beneficiario de esta pensión se extendió también a los casos en los que el ex cónyuge constituya una pareja de hecho. De otro lado, desapareció la remisión practicada sobre el artículo 101 CC (antes contemplada en el artículo 174.3 LGSS). Además, se pretendió asegurar una cuantía mínima para el cónyuge “actual” o “sobreviviente” consistente en el 40% del importe económico, en los casos en los que éste concorra con el ex cónyuge. De esta suerte, el importe de la pensión corresponderá a cada persona en función del periodo convivido con el causante, correspondiendo al último cónyuge sobreviviente, como mínimo, el referido importe. En último término, como aspecto más interesante para la vocación de este estudio, a través de la citada Ley se introdujo expresamente una mención sobre la pensión compensatoria, condicionando el acceso a la pensión de viudedad a la persona separada o divorciada que en el momento del óbito sea acreedora de esta renta.

Unos años más tarde, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, a través de su Disposición final 3ª (apartado décimo) introdujo como beneficiarias “incondicionadas” de la pensión de viudedad a las mujeres que acrediten ser víctimas de violencia de género, con el propósito de que para éstas no resulte exigible el cumplimiento de los requisitos generales predicados para el resto de personas divorciadas o separadas judicialmente.

Finalmente, vio la luz el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante TRLGSS) que alteró varios aspectos formales de la citada legislación, afectando,

entre otros, a las disposiciones relativas a la pensión de viudedad. En la actualidad, el contenido de este derecho ya no se encuentra en un único artículo, sino que se bifurca en varios preceptos. De este modo, el régimen jurídico de la pensión de viudedad del cónyuge superviviente se encuentra en el art. 219 TRLGSS, mientras que los supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial se contienen en el art. 220 TRLGSS, pasando la previsión sobre las parejas de hecho al número 221 TRLGSS. Como se podrá apreciar sin mayor dificultad, la claridad y ordenación expositiva que caracteriza a la actual regulación de la pensión de viudedad se pone de manifiesto respecto al texto anterior (que había alcanzado con los años una extensión bastante considerable y, además, entremezclaba varios supuestos de hecho). Con todo, lo que resulta interesante para el presente estudio es la nueva ubicación del régimen jurídico de la pensión de viudedad para las personas divorciadas o separadas judicialmente, ahora en el artículo 220 TRLGSS y cuyo apartado primero luce la siguiente redacción:

“En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, concurriendo los requisitos en cada caso exigidos en el artículo 219, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente.

Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho”.

De la exégesis del artículo 220.1 TRLGSS se deduce que el acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas o divorciadas precisa de una serie de requisitos: a) que el solicitante no hubiera vuelto a convivir marialmente con otra persona, incluyendo en este concepto la constitución de una pareja de hecho, sin perjuicio de poder mantener cualquier tipo de relación afectiva que no llegue a concretarse en algunas de las referidas acciones; b) estar percibiendo una “pensión compensatoria”, la cual se tendría que extinguir, precisamente, con el fallecimiento del causante. Junto con ello, también habría que tener en cuenta el régimen temporal dispuesto por la Disposición transitoria 13^a TRLGSS (anteriormente contenida en la número

18^a), que contempla una serie de salvedades para los supuestos en los que la separación o el divorcio tuvo lugar con anterioridad al 1 de enero de 2008; c) Por su parte, si la viuda hubiera sido víctima de violencia de género no se aplicarán los anteriores requisitos, pues la norma expresa que tendrán derecho a la pensión “en todo caso”. De toda esta sistemática, en las siguientes líneas me detendré en el análisis del requisito de la pensión compensatoria como resorte para acceder a la pensión de viudedad, extremo que como tendremos ocasión de apreciar ha sufrido intensas vacilaciones doctrinales y que, a día de hoy, parecen en cierta medida resueltas.

2. Como acabo de esbozar, la Ley 40/2007 sujetó de manera expresa el derecho a la pensión de viudedad al percibo de la pensión compensatoria, por lo que se introdujo como nota determinante para las personas separadas o divorciadas la dependencia económica de una de las partes [PÉREZ ALONSO, M^a.A. “La pensión compensatoria y la pensión de viudedad: comentario a la STSJ de Cantabria de 22 de enero de 2009”, en *Aranzadi Social* n^o 6, 2009, p. 3 (BIB 2009/653); PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. “La pensión compensatoria como requisito de la viudedad (Notas sobre la STS de 14 de febrero de 20120)”, en *Aranzadi Social* n^o 2, 2012, p. 2 (BIB/2012/656)]. Dicho de otro modo, la finalidad del precepto consistiría en conceder esta prestación a las personas divorciadas o separadas judicialmente que sufren una pérdida de ingresos como consecuencia del fallecimiento de uno de ellos [AZAGRA SOLANO, M. “Pensión compensatoria, pensión alimenticia y pensión de viudedad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* n^o 7, 2012, p. 2 (BIB 2012/3075)]. De esta forma, si el separado o divorciado no viene percibiendo una pensión compensatoria es porque en el momento de la separación o divorcio no tenía necesidad de ella, por lo que el legislador deduce que tampoco sufrirá un trastorno económico tras la muerte de su antiguo consorte ni, por ende, ninguna situación de necesidad que cubrir. Así las cosas, el artículo 174.2 (actual artículo 220.1 TRLGSS) se refiere a la existencia de una pensión compensatoria entre los ex cónyuges como requisito para poder lucrar la prestación social de viudedad. Se trata, como veremos a continuación, de una renta de sustitución totalmente artificiosa, pues no tiene en cuenta los ingresos reales del supérstite [MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a. T. “Consecuencias negativas de la relación pensión compensatoria-pensión de viudedad de separados y divorciados”, en *Revista de Derecho de Familia*, n^o 52, 2012 p. 9 (BIB 2013/14771)]. Por ello, el punto de partida consistirá en este ensayo consistirá en identificar los aspectos básicos y notas definitorias de la pensión compensatoria.

De esta suerte, cuando se rompe el vínculo matrimonial una de las partes podría quedar resarcida a través de una compensación económica que deberá de satisfacer el cónyuge que posea una efectiva independencia patrimonial. Esta pensión se encuentra regulada en el artículo 97 CC y debe ser entendida desde el punto de vista de que, con su reconocimiento, se intentaría evitar que el perjuicio de la separación o divorcio recaiga exclusivamente en uno de los cónyuges. Por lo tanto, la ruptura

matrimonial debe de producir, en una de las partes, un desequilibrio económico respecto de la situación existente durante la relación marital. En este sentido, con la separación o divorcio, uno de los cónyuges vería alterado *in peius* el estatus que gozaba durante el matrimonio (AZAGRA SOLANO, “Pensión compensatoria, pensión alimenticia Ob. Cit. p. 2). Por consiguiente, para valorar la necesidad de imponer una pensión compensatoria habría que confrontar la realidad económica de cada una de las partes con anterioridad y con posterioridad a la ruptura del vínculo matrimonial. Así las cosas, se ha señalado que dicha pensión no es automática, pues resulta preceptivo probar el mencionado desequilibrio y, además, cabe apuntar que estaríamos ante un derecho disponible (PÉREZ ALONSO, “La pensión compensatoria...”, Ob. Cit. p.3). De otro lado, como ha señalado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (en su sentencia de 22 de junio de 2011 (rec. 1940/2008) en estos supuestos no habría que probar la existencia de necesidad, “toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge”. Junto con ello, es doctrina reiterada que el supuesto desequilibrio económico tiene que acontecer en el momento de la separación o divorcio, por lo que no cabrían pensiones preventivas o condicionadas, es decir, planteadas *pro futuro* (por todas: STS (Sala de lo Civil) de 18 de marzo de 2014 (rec. 201/2012), que no permitió la concesión de la pensión compensatoria ante una hipotética pérdida de trabajo en la empresa de su esposo tras la ruptura matrimonial).

Por su parte, la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria difiere del devengo de la obligación de alimentos entre parientes, cuyo soporte legal no se encuentra en el artículo 97 CC, sino en el artículo 142 CC y ss. Así, de un lado, los alimentos se adeudan durante la situación de normalidad en la convivencia conyugal, es decir, durante el matrimonio, mientras que la extinción del vínculo matrimonial suprime este derecho, salvo pacto expreso en contrario [CALLEJO RODRÍGUEZ, C. “Pensión de viudedad de separados y divorciados: la pensión compensatoria y el problema de las pensiones innominadas”, en *Actualidad Civil* nº 6, 2014, p. 7 (La Ley 2998/2014)]. En cambio, la pensión compensatoria no existe fuera de las crisis matrimoniales, sino solamente cuando los cónyuges ponen fin a su vínculo. De otro lado, como señalara la STS (Sala de lo Civil) de 10 de octubre de 2008 (rec. 839/2008), la pensión de alimentos tiene su origen en un imperativo legal y por ello los cónyuges están obligados a prestarse recíprocamente alimentos en tanto en cuanto perdure la relación matrimonial, mientras que, por su parte, la pensión de compensatoria responde a un patrón de voluntariedad, pudiendo pactarse por los cónyuges, establecerse por el juez e incluso renunciarse a su percibo.

El problema en este punto radica en que el artículo 220.1 TRLGSS se refiere exclusivamente a la pensión compensatoria, obviando otra serie de ayudas o prestaciones entre familiares. La referencia exclusiva practicada sobre la pensión

compensatoria por parte de la normativa de Seguridad Social reabre otra duda interpretativa de calado en el caso las “pensiones innominadas”, es decir, cuando las partes no aciertan con la calificación jurídica otorgada al *quantum* económico que uno de los cónyuges se compromete a facilitar periódicamente al otro. Esta problemática podría afrontarse desde dos puntos de vista, o si se prefiere, siguiendo dos interpretaciones jurídicas distintas. La primera de ellas pasaría por seguir una lectura literal y simplista del requisito de Seguridad Social y, con base al mismo, aceptar única y exclusivamente la pensión de viudedad cuando de forma indubitada la cantidad recibida por parte del cónyuge “histórico” lo sea en concepto de pensión compensatoria. La segunda interpretación consistiría en una tesis finalista en la que la cabría poner la atención en lo que las partes han querido constituir realmente y no tanto en la nomenclatura utilizada, es decir, se trataría de acudir al fondo de la renta percibida.

Como respuesta a este interrogante, en un primer momento, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reaccionó interpretando la reforma del año 2007 acogiendo una tesis restrictiva o literal. Un ejemplo del anterior aserto vendría representado por la STS de 14 de febrero de 2012 (rec. 1114/2011) donde una mujer solicitó la pensión de viudedad tras fallecer su ex marido en 2008, habiéndose divorciado del mismo en 1997 y pactándose una pensión de alimentos para los dos hijos comunes y ninguna pensión compensatoria a su favor, no por ausencia de desequilibrio económico, sino por falta de recursos por parte del causante, que no disponía de suficiente patrimonio más que para hacer frente a las obligaciones alimenticias de los hijos cuya custodia fue otorgada a la madre. El Tribunal Supremo razonó que la situación de dependencia exigida para poder lucrar la pensión de viudedad se origina, única y exclusivamente, cuando se acredita el percibo de la pensión compensatoria. Señaló que “el tenor de la Ley es contundente, sin que quepa la interpretación que quiere darle la sentencia recurrida, porque hay que partir de la base de que el legislador conoce la diferencia entre pensión compensatoria y pensión alimenticia y entre separación legal y divorcio”. Unos días más tarde, la STS (Sala de lo Social) de 21 de febrero de 2012 (rec. 2095/2011) conoció de un supuesto en el que una mujer solicitó la pensión de viudedad tras fallecer su ex marido en 2009. La pareja se había divorciado en el año 1992 y desde entonces la mujer venía recibiendo del mismo una cantidad en concepto de “alimentos y ayuda a la misma e hijos”. El órgano judicial, acogándose a la sentencia citada anteriormente, volvió a interpretar este precepto de Seguridad Social de manera estricta y denegó la pensión de viudedad a la actora por los motivos acabados de esgrimir.

Ahora bien, esta doctrina fue corregida pocos años más tarde por mor de la STS de 29 de enero de 2014, dictada en Sala General (rec. 743/2014). Tras reconocerse las diferencias existentes entre pensión compensatoria y la obligación de alimentos, el Tribunal Supremo admitió que en muchas ocasiones las prestaciones económicas que se satisfacen como consecuencia de la disolución del matrimonio generan cierta confusión, en el sentido de que a veces son difíciles de identificar correctamente. En este sentido, la doctrina que pretende sentar la citada sentencia consistiría en que, en

el caso de pensiones innominadas, “no podemos pretender ceñimos exclusivamente a la denominación dada por las partes. Dicho de otro modo, no cabe una interpretación literal que exija que la pensión compensatoria haya sido fijada con esa denominación para poder admitir que se cumple con el requisito para el acceso a la prestación de viudedad”. De esta suerte, se deduce que se cabría acudir a la naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante, cometiendo sobre el precepto de Seguridad Social una interpretación finalista.

Otro aspecto interesante de esta sentencia consiste en que se elabora un pequeño panorama de presunciones dependiendo de que la pareja tenga hijos en común o no. Así, señala el Tribunal Supremo que ante un “hipotético supuesto de divorcio sin hijos, salvo que de modo expreso se establezca el pacto de alimentos, tendrá que presumirse que cualquier cantidad fijada en favor del otro cónyuge ostenta la condición de compensatoria. Por el contrario, la fijación de una sola pensión cuando haya hijos que quedan a cargo de quien después resulta ser el superviviente habrá de presumirse como pensión de alimentos a favor de éstos”. En el supuesto conocida por esta sentencia, el ex marido venía transfiriendo la ex mujer una pensión en concepto de alimentos para el hijo en común, sin embargo, desde antes de la separación el menor ya no convivía con la madre, sino con otro familiar, siendo que, finalmente, cohabitó con el esposo. Pese a ello, durante todo el tiempo en el que estuvieron alejados –maritalmente hablando–, el causante venía abonando mensualmente una pensión que según había quedado acreditado no era tanto para la manutención del hijo, sino para el uso exclusivo de la mujer. Por lo tanto, esta suma periódica a favor de la esposa compartiría la naturaleza de una pensión compensatoria que, a la postre, permitiría a la mujer acceder a la pensión de viudedad. En este sentido, la dependencia económica respecto del ex cónyuge fallecido se produciría cuando se esté percibiendo una pensión compensatoria *stricto sensu*, pero también cuando el/la solicitante reciba cualquier otro pago regular o periódico de similares características y análogo propósito.

Esta misma doctrina no tardó en reproducirse y se utilizó para solventar un supuesto en el que una pareja que llevaba divorciada desde el año 1987 el ex marido venía reparando a la ex mujer con una suma mensual en concepto de “contribución a las cargas del matrimonio y alimentos para ella”. La STS (Sala de lo Social) de 30 de enero de 2014 (rec. 991/2012) interpretó que con independencia de la denominación dada a la citada prestación en el momento de la separación judicial, ésta consistía en una cantidad en beneficio exclusivo de la mujer, por lo que en estos casos también cabría permitir a la solicitante el acceso a la pensión de viudedad.

Algo más recientes, ya en el año 2016, vieron la luz una serie de sentencias durante el mes de febrero en las que se abordó nuevamente el problema de la pensión compensatoria a la hora de acceder a la pensión de viudedad, resolviéndose ambas en el mismo sentido exegético que el predicado desde el año 2014.

Así, de un lado, la STS (Sala de lo Social) de 12 de febrero de 2016 (rec. 2397/2014)

conoció de un supuesto en el que una mujer separada de su marido desde el año 1998 solicitó pensión de viudedad tras el fallecimiento del mismo en el año 2011, siendo que, en la sentencia de separación se acordó que la vivienda familiar quedase en uso y disfrute de la esposa e hijos del matrimonio y, además, se pactó el abono de una cantidad en concepto de “contribución a las cargas del matrimonio y alimentos para la hija menor”, rechazándose cualquier pago en concepto de pensión compensatoria. La citada sentencia se hizo eco de la doctrina dictada en Sala General y llegó a la conclusión de que tales prestaciones eran “obligaciones dinerarias que sin duda tenían por objeto compensar las dificultades económicas que la separación indudablemente había de producir a la esposa separada”. Como era de esperar, el fallo resolvió concediendo a la mujer solicitante la pensión de viudedad.

De otro lado, la STS (Sala de lo Social) de 26 de febrero de 2016 (rec. 2311/2014), también acogió sin fisuras la doctrina sentada por la Sala el pasado 29 de enero de 2014, en un supuesto de hecho donde los cónyuges se separaron judicialmente en el año 1994 y se acordó que el marido contribuiría a las cargas familiares con una cantidad abonada a la ex mujer y otra para la hija (a esta última contribuían ambos). Desde el año 2003 consta que la hija trabaja como maestra, por lo que disponía de su propio sustento y, pese a ello, la ex mujer continuaba percibiendo una cantidad mensual ingresada por el ex marido. Siguiendo la tendencia interpretativa que se está proyectando, se podrá deducir que en este supuesto el Tribunal Supremo concedió a la actora la pensión de viudedad. Para ello tuvo en cuenta los siguientes hechos: a) se había acordado una pensión para la hija y otra para la propia mujer; b) se concede por parte del juez una cantidad que textualmente viene referida para contribuir “a las cargas del matrimonio”; c) además, pese a la emancipación económica de la hija en común, la mujer continuó percibiendo dicha pensión hasta el fallecimiento del causante, que tuvo lugar más de seis años después. Por consiguiente, señaló el Tribunal Supremo que, “si ya la indefinición de la cantidad global fijada -aludiendo a las ‘cargas del matrimonio’- apuntaría a cualidad de pensión compensatoria, conforme a la doctrina más arriba expuesta, el hecho de que continuase siéndole abonada durante años tras emanciparse la hija en común, claramente sitúa a la cantidad referida -en todo caso- como exponente de la dependencia económica respecto del causante y con ello cumple -finalísticamente- el requisito al que atiende la pensión compensatoria”.

Así las cosas, el hecho relevante para poder lucrar la pensión de viudedad es la “dependencia económica” de uno de los cónyuges, extremo que tendría que existir en el momento del fallecimiento. En este sentido, la referencia legal a la pensión compensatoria prevista en el artículo 220.1 TRLGSS significaría simplemente que tal circunstancia presupone la realidad del desequilibrio patrimonial (AZAGRA SOLANO, “Pensión compensatoria, pensión alimenticia...”, Ob. Cit. p. 2). Ahora bien, tal y como se ha ido deduciendo a lo largo de este epígrafe, el tenor literal habría quedado ampliamente superado y la atención se ha ido centrando en el hecho de que el óbito del causante ponga fin a una renta a favor del solicitante de la pensión. Desde este punto de vista, la prestación de viudedad sería, en mi opinión, una

pensión que en el caso de las personas separadas o divorciadas actuaría en sustitución de la renta que una de las partes estaría recibiendo para su manutención, o bien como apoyo al levantamiento de las cargas matrimoniales. En consecuencia, aunque el artículo 220.1 TRLGSS se refiera expresamente a la pensión compensatoria y, además, direccione al artículo 97 CC, la viudedad se devengaría cualquiera que sea la denominación dada por las partes a la renta post matrimonial. Por ello, llegados a este punto y a la vista de la evolución jurisprudencial suscitada en la materia, me atrevo a aseverar que lo determinante para poder acceder a la prestación de viudedad es que el cónyuge “histórico” esté recibiendo cualquier renta que traiga causa en la ruptura del vínculo matrimonial. Ahora bien, esta deuda no sólo debe de haberse reconocido en el momento de la separación o divorcio, sino que, además, debe subsistir al tiempo del fallecimiento del ex cónyuge o dicho de otra forma, la muerte de éste tendría que poner fin a la misma. Por lo tanto, no basta con que en su momento se hubiera reconocido una pensión de naturaleza compensatoria a favor del ex cónyuge sobreviviente, sino que, además, ésta tendría que quedar extinguida con la muerte del causante. Por ello, en todos aquellos supuestos en los que la pensión se haya fijado de forma temporal o en los que, por cualquier otro motivo se haya extinguido con anterioridad a la muerte del deudor de la renta se frustraría el acceso a la pensión de viudedad. No hay que perder de vista que la limitación temporal de la pensión compensatoria imposibilitaría que, una vez concluido el plazo señalado, pueda volverse a conceder una nueva renta de estas características (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a. T.: “Consecuencias...”, cit. p. 4).

Otra duda interpretativa de calado consistiría en deducir que es lo que sucedería en los casos en los que el ex cónyuge dejara de abonar la citada pensión compensatoria -o renta de similares características-, manteniéndose dicha deuda en el momento del fallecimiento. El problema aquí radica en que el artículo 220.1 TRLGSS condiciona la pensión de viudedad a su existencia en el momento del óbito. Por lo tanto, no se accederá a la misma cuando la renta compensatoria se haya extinguido con anterioridad al fallecimiento del causante. Sin embargo, desde mi punto de vista, en los casos de impago la obligación del pagador no se habría extinguido, sino que lo que se produciría sería más bien un incumplimiento que no podría perjudicar a la parte acreedora a la hora de acceder a la pensión de viudedad, por cuanto su derecho crediticio continuaría vigente. El Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular, en su sentencia de 18 de septiembre de 2013 (rec. 2985/2012). El supuesto conocido por la Sala de lo Social gravitó en torno a una mujer que tenía reconocida una pensión compensatoria en la sentencia que acordó su separación y que la iba percibiendo mientras su ex marido trabajaba, procediendo la empresa a descontar mensualmente de su salario dicha cantidad. La mujer ingresó el correspondiente monto económico desde el año 1991 hasta el año 2000, momento en el que el acreedor se jubiló dejó de pagar. La mujer no solicitó judicialmente la ejecución de la sentencia de separación, habiendo fallecido su ex cónyuge el 28 de febrero de 2011. El Tribunal Supremo entendió que si la norma hubiera querido que la persona beneficiaria de la pensión de viudedad estuviera

recibiendo la pensión compensatoria hubiera exigido en el tenor del precepto que fuera “perceptora” de la misma en el momento del fallecimiento del cónyuge. Sin embargo, la norma establece el requisito de que la persona sea “acreedora de la pensión compensatoria”. Por consiguiente, entrarían en este concepto todos aquellos supuestos en los que el cónyuge sea insolvente. Por lo tanto, lo decisivo será que la persona solicitante tenga reconocido el derecho a dicha pensión, con independencia de que se perciba o no realmente (TRILLO GARCÍA, A. y ARAGÓN GÓMEZ, C. “Prestaciones por muerte y supervivencia: Una visión de conjunto a la luz de las últimas interpretaciones jurisprudenciales”, en *Revista de Información Laboral*, nº 5, 2014, p. 115). Asimismo, la ausencia de impugnación judicial sólo produciría la prescripción de los sucesivos periodos de pensión, pero en ningún caso supondría su extinción ni mucho menos podría considerarse como un signo terminante de renuncia a la misma. Por ello, a resultas de poder acceder a la pensión de viudedad la pasividad de la beneficiaria de la renta compensatoria no tendría ningún efecto, ya que dicha decisión no supone una renuncia, ni mucho menos simboliza su extinción. En consecuencia, la terminología empleada por el artículo 220.1 TRLGSS, que expresamente se refiere a que las personas solicitantes “sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil” significa que debe existir ese derecho en el momento del fallecimiento. Por este motivo, en todos aquellos supuestos legales en los que la renta conyugal llegue a su fin, no se tendría derecho a la pensión de viudedad. Cuestión distinta es que la pensión compensatoria exista pero su perceptor no la esté disfrutando por un acto de rebeldía por parte del deudor o bien por ser éste insolvente, en cuyo caso el derecho no se habría extinguido por esta circunstancia. En estos casos la extinción vendría provocada en el momento del fallecimiento del causante, puesto que hasta ese momento una de las partes seguía siendo “acreedora” de la misma. Por ello, este incidente compadecería con la dicción del artículo 220.1 TRLGSS. En fin, el impago de la pensión compensatoria no perjudica el derecho a la pensión viudedad, que sólo se produciría con la efectiva extinción de la primera.

3. Otra situación que podría ocurrir y que también plantea serias dudas en cuanto a las posibilidades de acceso a la pensión de viudedad, vendría representada por una eventual reconciliación de los cónyuges que previamente se hayan separado o divorciado. Para ello, primero habría que comprender los efectos jurídicos que producen, respectivamente, la separación judicial y el divorcio. La primera de estas figuras supone un relajamiento de la actividad conyugal que no disuelve por completo el matrimonio. Por el contrario, el divorcio rompe por completo el vínculo matrimonial y por ello habilitaría para contraer nuevas nupcias. Con todo, aquí el problema no se focaliza en el caso en el que una de las partes de la pareja pretenda rehacer su vida con otra persona, extremo que haría impracticable el acceso a la pensión de viudedad, sino en que sean los propios ex cónyuges quienes reanuden de nuevo la convivencia entre sí. De tal manera, desde mi punto de vista, en el primero de los casos ésta se podría lograr siempre que la reconciliación se

ponga en conocimiento del juez, no pudiéndose producir una convivencia *more uxorio* porque el vínculo matrimonial no se habría por completo. Por su parte, en los casos de divorcio las partes sí que podrían contraer nuevas nupcias entre sí o también formalizar *ex novo* una pareja de hecho.

Para resolver estos supuestos la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha sido algo más vacilante y no existiría por el momento una jurisprudencia firme y asentada que se inclinara por una solución definitiva. En un primer momento, el Tribunal Supremo obligaba a los cónyuges a validar su reconciliación ante el juez que dictó la sentencia de separación. Así, en la STS (Sala de lo Social) de 15 de diciembre de 2004 (rec. 359/2004) se consideró que en tanto en cuanto no se modifique la separación matrimonial por una nueva resolución judicial, la convivencia posterior sería legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica. Se determinó en la citada sentencia que debido a “las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho, la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha, en tanto no se obtenga el refrendo judicial modificador de la situación de separación y propio de la reconciliación matrimonial comunicada, oportunamente, al Órgano Judicial”. El resultado práctico de esta interpretación llevaría a que a la hora de valorar el derecho a la pensión de viudedad tengamos a acudir al actual artículo 220 TSLGSS, referido a las personas separadas o divorciadas, que cuenta con unos condicionantes más severos y no así al artículo 219 TRLGSS, que se ocupa de las personas que estaban casadas en el momento del óbito. En el supuesto conocido por la STS de 15 de diciembre de 2004 la mujer no cumplía con todos los requisitos exigidos para las personas separadas judicialmente, razón por la cual se le denegó la pensión. En fin, el elemento a destacar sería que la reanudación de la convivencia no produciría efectos frente a terceros, en este caso el INSS, en tanto en cuanto no haya sido comunicada al juez, tal y como se deduce en el código civil.

Esta doctrina dio un giro años más tarde, cuando se dictó la STS (Sala de lo Social) de 4 de marzo de 2014 (rec. 1593/2014). El supuesto de hecho de la citada sentencia consistió en una pareja que se separó judicialmente en el año 1998 y que posteriormente se reconcilió formalizando escritura pública notarial que, no obstante, no fue comunicada al juez. El Tribunal Supremo entendió que el anterior artículo 174.2 LGSS condicionaba la pensión a que no se hayan contraído nuevas nupcias o se hubiera constituido pareja de hecho con otras personas, por lo que sí que podrían, naturalmente, tener vínculo matrimonial entre ellos mismos. También abría la posibilidad a que se pudiera constituir una pareja de hecho o mantenerse una relación *more uxorio*. Con todo, desde mi punto de vista el problema no sería ese. Naturalmente que la interdicción acerca de rehacer la vida sentimental viene referida respecto de terceras personas, circunstancia que no haría otra cosa que anular la

expectativa de poder lucrar la pensión de viudedad. Pero en estos casos entiendo que habría que ir más allá y acudir a la naturaleza jurídica de una separación judicial y de un divorcio y a partir de ahí plantear los escenarios en los que de una forma legal, es decir, con repercusión no sólo *inter partes*, sino también frente a terceros cabría admitir una reconciliación. En este sentido, para que la reanudación de la relación conyugal surta efectos tras una separación judicial sería necesaria la intervención judicial, del mismo modo que para validar la separación se tuvo que acudir al pronunciamiento de un juez. La STS de 4 de marzo de 2014 llevó a cabo una interpretación flexible de los preceptos reguladores de la pensión de viudedad, muy alejado de su tenor literal, permitiendo su acceso en situaciones en las que, de otro modo, se tendría que haber denegado [PRESA GARCÍA-LÓPEZ. “Pensión de viudedad sí o sí. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2014”, en *Revista de Información Laboral*, nº 6, 2014, p. 3 (BIB 2014/2531)].

Posteriormente, el Tribunal Supremo corrigió la interpretación mantenida por la STS de 4 de marzo de 2014. Esta revisión doctrinal se produjo por mor de la STS (Sala de lo Social) de 16 de febrero de 2016 (rec. 33/2014). El supuesto de hecho consistió en una pareja que se casó en el año 1984 y en 1997 se separó judicialmente, renunciando expresamente a solicitarse pensiones compensatorias, si bien, optaron por reanudar la convivencia, la cual se mantuvo hasta la fecha del fallecimiento del causante (2009), circunstancia que nunca fue comunicada al juez que dictó la sentencia de separación. Para desdejar la solución alcanzada en 2014 el Tribunal Supremo realizó un esfuerzo interpretativo adicional para intentar comprender la génesis del problema derivado en los casos de separación y divorcio, cuya naturaleza es estrictamente civil, aunque sus efectos trasciendan al campo del Derecho Social. En este sentido, el Tribunal Supremo planteó los siguientes escenarios:

- En caso de separación el vínculo matrimonial sigue vigente. Por lo tanto, no podría constituirse válidamente una pareja de hecho entre los cónyuges “sin que a ello obste la privación del efecto natural del matrimonio de que los cónyuges vivan juntos, de modo que en caso de reconciliación no se constituirá una convivencia, con análoga relación de afectividad a la conyugal, constitutiva de una pareja de hecho, sino que pasa a tener nuevamente efectividad la obligación de los cónyuges de vivir juntos, presumiéndose otra vez que así lo hacen”.

- Sin embargo, en el divorcio, una vez disuelto el vínculo matrimonial, “puede generarse una situación de pareja de hecho entre los antiguos cónyuges, pues ya hemos visto que la reconciliación posterior no produce efectos legales y si los divorciados contraen entre sí nuevo matrimonio, será esta nueva situación matrimonial la que genere sus efectos”.

En fin, en los supuestos de separación judicial la reanudación de la convivencia podría canalizarse por varias vías. Por un lado, se podría interesar el reconocimiento de una posible situación de pareja de hecho, reconducible por el artículo 221

TRLGSS, si bien, esta opción es descartada por parte del Tribunal Supremo con base a la ausencia de la ruptura del vínculo matrimonial, que todavía seguiría vigente. De otro lado, se podría interesar la aplicación del artículo 219 TRLGSS pensado para los cónyuges “actuales”, es decir, aquellos que no estén separados ni divorciados. No obstante, para poder validar esta situación sería necesario un nuevo pronunciamiento judicial, pues como recuerda la STS (Sala de lo Social) de 16 de febrero de 2016 –ya citada– “la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no pueden surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha”. En este sentido, cuando las partes no han comunicado al juez la reanudación de su convivencia les resultarán de aplicación los requisitos del artículo 220 TRLGSS, en concreto, por ser el condicionante que más problemas puede causar en estos casos, que uno de ellos sea acreedor de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante. Consiguientemente, sería requisito imprescindible para poder eludir este escollo que los cónyuges insten el pronunciamiento judicial sobre su reconciliación. Sólo de este modo podría tener efectos frente a terceros, en concreto contra el INSS. Por su parte, en los casos de divorcio sería necesario que las partes vuelvan a contraer nuevas nupcias entre ellos o, incluso, éstos también podrían llegar a constituir válidamente una pareja de hecho, en cuyo caso habría que estar a las exigencias formales predicadas por el artículo 221 TRLGSS.

4. La incorporación del requisito consistente en que la pensión compensatoria se extinga con el fallecimiento del causante llevó al legislador a establecer un derecho transitorio para separaciones o divorcios consumados con anterioridad al 1 de enero de 2008 (que se amplió transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 2009). Este régimen especial se acomodó sistemáticamente en la Disposición transitoria 18^a LGSS y, en la actualidad, tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, se contiene en la Disposición transitoria 13^a TRLGSS. Por la vía de esta disposición transitoria se puede salvar el requisito de que la persona separada o divorciada sea acreedora de una pensión compensatoria en los términos vistos con anterioridad, siempre y cuando se cumplan con otra serie de condicionantes. Por lo tanto, el acceso a la pensión por esta senda su reconocimiento tampoco va a ser automático, sino que, más bien conduciría a una compensación entre restricciones legales, en el sentido de que para superar el escollo de la pensión compensatoria es necesario acreditar otra serie de situaciones de convivencia. En este sentido, a la luz de la señalada disposición transitoria se precisa que los ex cónyuges hayan mantenido el vínculo matrimonial durante más de 10 años y correlativamente que entre la fecha de la separación o divorcio hayan transcurrido menos de 10 años. En consecuencia, si la separación o divorcio tiene que ser anterior al 1 de enero de 2008 y entre esta vicisitud y el fallecimiento no pueden pasar más de 10 años significará que, como tarde, esta dinámica transitoria podrá prolongarse hasta el 1 de enero de 2018, momento a partir del cual ningún solicitante de la pensión cumpliría con el

predicado requisito. De esta forma se cumpliría con el objeto de la transitoriedad que lo que buscaría sería contrarrestar la exigencia de que el cónyuge “histórico” sea acreedor de la pensión compensatoria cuando en el momento de su separación o divorcio no era exigible o, por lo menos, de forma tan evidente, acreditar el percibo de la citada renta, pues no cabe olvidar que la misma es voluntaria y puede negociarse en el momento de la separación o divorcio.

Junto con las citadas exigencias temporales se tendrían que dar, además, alguno de los siguientes supuestos: a) la existencia de hijos comunes en el matrimonio y/o; b) que la persona solicitante tenga más de 50 años en el momento del fallecimiento del causante. Así las cosas, bastaría con que se cumpliera, por añadidura, con uno de los citados requisitos.

No obstante, la presente Disposición transitoria encierra algunas dudas interpretativas de calado, no tanto respecto a cuestiones de fondo, sino sobre el cómputo de los plazos en ella señalados y que, a la postre, supondría el ingrediente principal para poder salvar la ausencia de una pensión compensatoria. Así, de un lado, la citada norma indica que entre la separación o el divorcio y la fecha del óbito no pueden haber transcurrido más de 10 años. El cómputo de este plazo ha planteado algunos problemas en cuanto a la fijación de su *dies a quo*, sobre todo, en los supuestos nada infrecuentes en los que una pareja decide separarse judicialmente y con posterioridad acude a la figura del divorcio para liquidar definitivamente su vínculo matrimonial. Esta cuestión ha sido abordada en varias ocasiones por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que ha mantenido en este punto una postura uniforme en el sentido de interpretar que el *dies a quo* se produce con el primero de estos acontecimientos, es decir, la separación judicial. En concreto, la STS de 2 de noviembre de 2013 (rec. 3044/2012) conoció de un supuesto en el que una mujer se separó judicialmente de su marido en el año 1998, produciéndose posteriormente el divorcio en el año 2007. El causante falleció en 2010, habiendo pasado más de 10 años desde la separación. En consecuencia el Tribunal Supremo entendió que no era de aplicación la Disposición transitoria 18ª (ahora Disposición transitoria 13ª). Supuestos similares fueron abordados por las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de diciembre 2013 (rec. 721/2013), 28 de abril de 2014 (rec. 1737/2013), 19 de noviembre de 2014 (rec. 3156/2013), 5 de febrero de 2015 (rec. 166/2014) o 13 de mayo de 2015 (rec. 1253/2014). Algo más reciente, la STS (Sala de lo Social) de 16 de febrero de 2016 (rec. 2300/2014), también se ocupó de este problema en un supuesto donde la parte demandante vino ocupada por la última mujer del causante, que solicitó judicialmente que la ex mujer no tuviera derecho a una parte de su pensión, acogiéndose para ello en que habían transcurrido más de 10 años desde la separación de su marido con la primera (y no se había pactado una pensión compensatoria). En este supuesto concreto el causante se casó con su primera mujer en el año 1972, separándose judicialmente en el año 1985 y produciéndose el divorcio varios años más tarde, ya en 2005. Por lo tanto, si se tomara en consideración la fecha del divorcio no habrían pasado más de 10 años entre esta vicisitud y el fallecimiento, mientras que si se fija como *dies a quo*

la separación judicial, el citado periodo se habría superado con creces. En este sentido, la sentencia de 16 de febrero de 2016 considera que “el periodo de diez años debe computarse a partir ‘del divorcio o de la separación judicial’, esto es a partir de la situación jurídica que se produzca primero, la separación judicial o el divorcio, porque así lo indica la conjunción o que es disyuntiva, de lo que se deriva que el cómputo se hace a partir de la producción del primer hecho (jurídico) que suceda”. Así las cosas, en este supuesto concreto la primera mujer no tendría derecho a la pensión por no ser acreedora de ninguna pensión en el momento del fallecimiento del causante. Así, correspondería la totalidad de la pensión a la segunda mujer, que fue la que combatió la decisión del INSS que había reconocido su disfrute a la primera, fraccionando la pensión entre dos personas.

También llegó a esta misma conclusión la STS (Sala de Social) de 5 de octubre de 2016 (rec. 1613/2015) en la que, nuevamente, la persona causahabiente reclamó que el INSS resolviera en favor de la ex mujer, cuyo matrimonio se había terminado más 10 años año atrás. En este supuesto la separación se produjo en el año 1998, el divorcio en 2007 y el fallecimiento del causante en 2011. En principio, el INSS reconoció la pensión a la segunda mujer por una cantidad de 1.283,38 euros, y posteriormente dictó una nueva resolución por concurrencia con la primera y repartiendo la pensión en función del tiempo convivido (correspondiendo el 40% a la que fue su última mujer, que este contexto representaba 513,35 euros mensuales y obligándole a devolver una parte de lo que ya había cobrado). Como entre la sentencia de separación y el fallecimiento del causante habían transcurrido más de 10 años, el Tribunal Supremo reconoció la totalidad de la pensión a quien era la mujer en ese momento (en este caso la sentencia de separación con la primera esposa había reconocido pensión compensatoria a favor de la misma, pero quedó extinguida en otro momento posterior).

En fin, la dinámica conyugal permite, a la luz del Derecho Civil, que primero se produzca la separación judicial del matrimonio y más tarde el divorcio. Por el contrario, una pareja no podrá obtener el divorcio y posteriormente una sentencia de separación, puesto que la primera decisión rompe definitivamente el vínculo matrimonial y por ello sería necesario volver a contraer matrimonio. Visiblemente, los problemas respecto al *dies a quo* del plazo dispuestos en la Disposición adicional 13ª TRLGSS solamente aparecerán cuando la pareja se haya separado judicialmente y posteriormente inste el proceso de divorcio, en la mayoría de casos, para permitir que cualquiera de ellos pueda volver a contraer matrimonio de nuevo. En estos casos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo, habría que estar a la fecha de la separación judicial, siendo éste el inicio del cómputo de los 10 años que en la actualidad fija la Disposición transitoria 13ª TRLGSS. Esta interpretación compadecería con la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que en los casos en los que la separación precede al divorcio no permite revisar el desequilibrio económico entre los cónyuges dentro del segundo procedimiento, extremo que se debería fijar, en su caso, en la primera de las realidades. Así, por ejemplo, se podría traer a colación la STS (Sala de lo Civil) de 9

de febrero de 2010 (rec. 501/2006) en la que se puede leer lo siguiente: “procede declarar como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria”. Como vemos, para valorar el desequilibrio económico la jurisprudencia civil tiene en cuenta la primera de estas dos situaciones, otorgando un papel importante, no secundario, a la separación judicial cuando esta precede al divorcio. Consecuentemente, también parece congruente que para el eventual acceso a la pensión de viudedad se tenga en cuenta como fecha de referencia el momento de la separación judicial, extremo que ocurrirá, de acuerdo con el artículo 83 CC, con la firmeza de la sentencia o decreto que la declare, o bien desde la manifestación del consentimiento de ambos otorgado mediante escritura pública. No obstante, para poder desplegar efectos frente a terceros será necesario inscribir este hecho en el Registro Civil. Ahora bien, una vez inscrito, entiendo que los efectos de la separación se retrotraen a la fecha de la sentencia, decreto o escritura pública, momento en el que comenzaría a correr el señalado plazo de 10 años. El objetivo perseguido por la norma de Seguridad Social sería el de compensar el desequilibrio económico que producen la separación judicial o el divorcio, siendo que, dicho trastorno patrimonial vendría provocado por la situación que acontezca primero. Con todo, ni que decir tiene que si en el momento del óbito el cónyuge “histórico” fuera acreedor de una pensión compensatoria el tiempo transcurrido sería irrelevante, pues no resultaría de aplicación la Disposición transitoria 13^a TRLGSS, sino el artículo 220.1 TRLGSS. Subsiguientemente, todas estas consideraciones cobrarían sentido en el caso de separaciones producidas con anterioridad al 1 de enero de 2008 y en tanto en cuanto no perviva a favor del ex cónyuge una pensión compensatoria o renta de signo similar.

No se puede dejar pasar por alto en este punto la interpretación que la STS (Sala de lo Social) de 14 de marzo de 2016 (rec. 208/2015) llevó a cabo sobre el momento en el que comenzaría a correr el plazo en el supuesto de un divorcio donde las partes firmaron un convenio regulador el 20 de noviembre de 2007 (donde no se formulaba propuesta alguna respecto de la pensión compensatoria prevista en el art 97 del CC). Más tarde, con fecha de 12 de diciembre presentaron de común acuerdo demanda de divorcio, cuya sentencia recayó el 8 de febrero de 2008 (por lo que, legalmente, el divorcio tuvo lugar en esa fecha, es decir, con posterioridad al 1 de enero de 2008). En este concreto supuesto el Tribunal Supremo cometió una interpretación ciertamente discutible pero ceñida a un supuesto muy específico donde se concluyó que a pesar de que la “sentencia de divorcio se dictó en fecha 8 de febrero de 2008, debe estimarse que en este concreto supuesto debe reconocerse el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 18 de la Ley General de la Seguridad Social sin que resulte exigible para generar dicha prestación de viudedad la previa existencia de una pensión compensatoria tras la separación o el divorcio de los

cónyuges”. Tuvo en cuenta la Sala que el divorcio fue pactado de común acuerdo y que con anterioridad al 1 de enero de 2008 ya se había acordado un convenio regulador y se presentó demanda judicial, trasladando las consecuencias negativas al retraso judicial no imputable a las partes. Se trata de una interpretación flexible que resuelve una cuestión muy concreta y que por razones temporales evidentes ya no se podría volver a producir, por lo que entiendo que debería quedar circunscrita a este preciso supuesto y, en consecuencia, no sería trasladable analógicamente a otras situaciones.

Así las cosas, para solucionar estos supuestos habrá que estar a lo dispuesto por los artículos 83 y 89 del Código Civil que se refieren a los efectos de la separación judicial y divorcio, respectivamente. En la actualidad, tras la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, estos preceptos sitúan la fecha a partir de la cual comenzarán a producirse los efectos en el momento de la sentencia, decreto o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública. El objetivo de la reforma gravitó en aligerar el proceso de separación y divorcio en matrimonios sin hijos o siendo éstos mayores de edad y que de común acuerdo decidan poner fin al mismo. Por su parte, cuando existan hijos menores en común parece más prudente que el juez entre a conocer sobre la crisis matrimonial, pues deberá de pronunciarse sobre una serie de consecuencias con cierta relevancia práctica, necesarias para preservar el interés del menor. De esta suerte, la fecha dependería del camino procedimental seguido para llevar a cabo la separación o divorcio. En este sentido, cuando alguna de estas vicisitudes se solicita por la vía del artículo 82 CC o del artículo 87 CC habrá que estar a la fecha del decreto dictado por el Secretario Judicial o a la escritura pública notarial, mientras que sí se precisa la intervención del juez habrá que estar a la fecha de la firmeza de la sentencia. Como vemos, existen tres momentos distintos dependiendo de la senda recorrida. Ahora bien, la aplicación de la Disposición transitoria 13^a TRLGSS precisa que la separación o divorcio se haya producido con anterioridad al 1 de enero de 2008, por lo que tendríamos que tener en cuenta la redacción del Código Civil anterior, en la que solamente era posible obtener estas incidencias matrimoniales por la vía judicial. En este sentido, los artículos 83 y 89 CC se referían exclusivamente a la firmeza de la sentencia como fecha de manifestación de los efectos jurídicos. Por lo tanto, para contar el plazo de 10 años entre la separación o divorcio y el fallecimiento del causante habrá que estar a la fecha de la firmeza de la sentencia judicial que declaraba dicha situación, única opción legal existente con anterioridad a la reforma producida en 2015.

En último término interesa señalar que el legislador ha previsto un supuesto excepcional donde la pensión de viudedad podría ser concedida sin necesidad de acreditar los requisitos ordenados en la citada Disposición transitoria. No en vano, tendría que ser para “personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado anterior, aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo”, de lo que se deduce que tendría que ser para matrimonios separados o divorciados con anterioridad al 1 de enero de 2008, pues de otra forma no se

entendería su ubicación sistemática en una Disposición de naturaleza transitoria. Sin embargo, para poder tener derecho a la pensión de viudedad estas personas tendrían que tener al menos 65 años o más y que además no tengan derecho a otra pensión pública y que la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años. Por lo tanto, de lo que se le exonera es de que hayan pasado menos de 10 años entre la separación o divorcio y el fallecimiento y que además tenga hijos con el causante o, en su caso, más de 55 años. Por su parte, el tiempo de convivencia conyugal exigido se amplía de 10 a 15 años y se le añade el ingrediente de no tener derecho a otra pensión pública, por ejemplo, una incapacidad permanente o atendiendo a la edad evidenciada, quizás una pensión de jubilación. Como vemos, no sería una opción incondicionada, pues en la práctica lo que se produciría es un canje o intercambio de requisitos legales, salvando unos para condicionar otros. Con todo, la exigencia de una determinada edad unida a la carencia de rentas, en el sentido de no tener acceso a otra pensión pública, acercaría esta “modalidad” a un nivel un tanto más asistencial que, en mi opinión, sería por donde tendría que ir encaminada esta pensión.

La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 modificó el por aquel entonces era el artículo 172.2 LGSS para incluir como beneficiarias incondicionadas de la pensión de viudedad a las mujeres víctimas de violencia de género. La redacción del precepto, ahora ubicado en el artículo 221.1 TRLGSS, indica textualmente lo siguiente: “en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho”.

La Exposición de Motivos de la norma no explica cuál es el propósito de esta incorporación, si bien, en opinión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de febrero de 2013 (rec. 929/2012), a través de la misma “se pretende corregir la situación de desprotección de las víctimas de violencia de género en la fecha de separación o divorcio”. En la citada sentencia el Tribunal Supremo manifestó que sería más probable que estas mujeres se vean abocadas a renunciar a la pensión compensatoria en aras de poner fin a la indeseable convivencia y violencia que sobre ellas se ejercía. Por lo tanto, se opina que el legislador podría estar presumiendo una vinculación entre la violencia de género y la falta de pensión compensatoria. En cualquier caso, la técnica utilizada en el párrafo normativo acabado de reproducir no parece plantear dudas sobre la inexigibilidad de acreditar la extinción de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del ex cónyuge. La utilización del término “en todo caso”, unido a la inexistencia de cualquier tipo de salvedad, aclaración o apostilla parece inclinar la balanza hacia una interpretación literal, en detrimento de cualquier otra posible

explicación finalista. Así lo ha venido considerando sin ambages la jurisprudencia (SSTS 26 de enero de 20110 (rec. 4587/2009), de 5 de febrero de 2013 (rec. 929/2012) o de 20 de enero de 2016 (rec. 3106/2014). Por descontado, para todas aquellas mujeres que hubieran sido víctimas de violencia de género por parte de sus ex parejas tampoco resultaría de aplicación la Disposición transitoria 13^a TRLGSS y con ello los más de 10 años de convivencia, menos de 10 entre la separación o el divorcio y además tener hijos comunes o 55 años de edad. La razón es evidente, si las mujeres que hayan sufrido violencia de género no tienen la necesidad de ser acreedoras de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante, tampoco tendrían que acreditar aquellos requisitos que transitoriamente servirían para sortear la ausencia de la citada pensión. En definitiva, desde mi punto de vista el legislador habría hecho tabla rasa en materia de violencia de género, permitiendo la pensión de viudedad a las mujeres que acrediten ser víctimas de esta lacra, incluso, aunque se hubieran vuelto a contraer nuevas nupcias o formalizado pareja de hecho con otra persona. Ahora bien, persistiría la obligación de cumplir con los requisitos generales establecidos en el artículo 219 TRLGSS para los cónyuges sobrevivientes o “actuales”, es decir, aquellos matrimonios que no se han separado. En este sentido, *de facto*, el tratamiento dispensado sobre las mujeres víctimas de violencia de género que se hubieran separado o divorciado de su marido, sería idéntico al previsto para los cónyuges cuyo matrimonio ha perdurado hasta el fallecimiento de uno de ellos.

La forma de acreditar el padecimiento de alguna conducta reveladora de violencia de género consistirá, normalmente, en una sentencia dictada por un Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En cualquier caso, pese a que los supuestos en los que existe un pronunciamiento judicial firme son los más evidentes, el tenor de la norma también abre la posibilidad a otros momentos anteriores, tales como la adopción de una orden de protección como medida cautelar o incluso la existencia de un informe emitido por parte del Ministerio Fiscal donde se acrediten los indicios de violencia de género. Pero, además, el artículo 220.1 TRLGSS también habla de “cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho”, por lo que admitiría un amplio abanico de formas de acreditar una situación de violencia de género, que eso sí, debe de acontecer en el momento de la separación o divorcio. En este sentido, la STS (Sala de lo Social) de 20 de enero de 2016 –ya citada-, ante la ausencia de un pronunciamiento judicial que la sustente, acudió al panorama indiciario para reconocer el ejercicio de violencia de género sobre la ex mujer. En este supuesto, la mujer denunció por malos tratos a su marido (siendo este último absuelto, pero no por inexistencia de causa, sino porque la mujer retiró la denuncia); posteriormente, en el proceso de disolución del matrimonio volvió a resultar acreditado un clima hostil provocado por el marido; en último término, el causante fue condenado por amenazas provocadas contra el hijo común, llegándose a la conclusión que la violencia ejercitada contra el hijo redundaba también en una violencia contra la mujer (“es decir, si el padre ejerce violencia sobre el hijo común y la madre se enfrenta por tal motivo estamos ante un indicio de violencia de género”). Pese a no existir sentencia condenatoria, medidas cautelares, ni informe del Ministerio Fiscal, el TS

concedió la pensión de viudedad a la ex mujer del causante, pues el panorama indiciario suministró los medios probatorios suficientes, que en su conjunto, demostraban que ésta fue víctima de violencia de género durante los años anteriores a la separación matrimonial -y también durante dicho proceso-.

En último término señalar que el propio artículo 220.1 TRLGSS sugiere que la violencia de género se produzca “en el momento de la separación judicial o el divorcio”. De esta forma, se produciría en mi opinión cierta conexión entre la conducta violenta, la separación o divorcio y la ausencia de aprobación de una pensión compensatoria. Por lo que, siendo cierto que el legislador ha querido privilegiar el acceso a la pensión de viudedad a las mujeres víctimas de violencia de género, dispensándolas de cualquier otro requisito, sí que parece exigir que el ejercicio de dicha conducta concorra en el momento de la separación y divorcio. Con todo, los órganos jurisdiccionales no suelen ser muy estrictos este punto. Evidentemente, la situación violenta tiene que producirse alrededor del proceso de separación y divorcio y no en momentos temporales totalmente descontextualizados con este suceso, pero ello no significa que se tenga que reproducir justo durante este periodo. En este sentido, por el “momento de la separación judicial o el divorcio” se han admitido conductas acaecidas uno o dos años antes de la crisis matrimonial, o incluso después.

5. Como se habrá podido comprobar, el vínculo existente entre la pensión de viudedad y la pensión compensatoria, acordada en los procesos de separación o divorcio, evidencia una serie de problemas interpretativos bastante significativos. Desde su implantación en el año 2007 como requisito de acceso de la pensión de viudedad han sido numerosos los pronunciamientos judiciales los que han intentado perfilar su régimen jurídico, en especial, el Tribunal Supremo. Sin embargo, las dificultades interpretativas que origina este requisito legal no sería el principal problema que encierra su inserción en la norma de Seguridad Social. La cuestión es mucho más profunda y se plantea en torno a la necesidad de que el fallecimiento del ex cónyuge extinga una pensión compensatoria a favor del superviviente. En mi opinión, la pensión compensatoria no refleja con fidelidad la situación económica del ex cónyuge del causante, por varios motivos. Se trata de un negocio jurídico que refleja el desequilibrio económico en el momento de la separación o divorcio, que no se fija en el mayor o menor patrimonio de las partes, sino en su peor situación respecto de la situación marital. Además, su reconocimiento es de carácter voluntario y no viene señalado *sine die*, sino que puede fijarse temporalmente o bien extinguirse en un momento determinado, frustrando en estos casos el acceso a la pensión de viudedad. Por lo tanto, su dinámica podría dar lugar a escenarios absurdos, tales como que una persona con patrimonio suficiente para sobrevivir pueda acceder a una prestación de naturaleza pública por haber mantenido el derecho a percibir una pensión compensatoria o similar hasta el momento en que su ex cónyuge fallece, mientras que otra persona sin recursos y con mayores

necesidades podría ver frustrado este derecho por el simple hecho de que su antiguo cónyuge no venía obligado/a a satisfacer ninguna renta. Junto con ello, se estarían prácticamente anulando las posibilidades de que los hombres puedan acceder a la prestación por viudedad, pues según datos del INE, en el año 2013 en 9 de cada 10 casos de separación o divorcio el pago de la pensión compensatoria fue asignado al esposo, en 2014 el porcentaje fue del 92,2% y los últimos datos recogidos, de 2015, el mismo significó el 92,3%. Lo que evidencia que los hombres no suelen ser beneficiarios de ninguna renta tras la ruptura del matrimonio, por lo que, con independencia de la situación económica en la que se encuentren en el momento del eventual fallecimiento de la ex esposa no podrían acceder a la pensión de viudedad. En fin, el carácter voluntario, privado, restringido en cuanto al momento de su reconocimiento y volátil o temporal de la pensión compensatoria hace pensar que no sea el mejor patrón de medida para poder acceder a una prestación permanente y de naturaleza pública como es la pensión de viudedad, cuyo propósito debería centrarse en analizar la verdadera situación económica del solicitante.

BIBLIOGRAFÍA

AZAGRA SOLANO, M.: “Pensión compensatoria, pensión alimenticia y pensión de viudedad”, *Aranzadi Doctrinal* n° 7, 2012.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Pensión de viudedad de separados y divorciados: la pensión compensatoria y el problema de las pensiones innominadas”, en *Actualidad Civil* n° 6, 2014.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a. T.: “Consecuencias negativas de la relación pensión compensatoria-pensión de viudedad de separados y divorciados”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° 52, 2012.

PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: “La pensión compensatoria como requisito de la viudedad (Notas sobre la STS de 14 de febrero de 2012)”, en *Aranzadi Social* n° 2, 2012.

PÉREZ ALONSO, M^a.A.: “La pensión compensatoria y la pensión de viudedad: comentario a la STSJ de Cantabria de 22 de enero de 2009”, en *Aranzadi Social* n° 6, 2009.

PRESA GARCÍA-LÓPEZ: “Pensión de viudedad sí o sí. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2014”, en *Revista de Información Laboral*, n° 6, 2014.

TRILLO GARCÍA, A. y ARAGÓN GÓMEZ, C.: “Prestaciones por muerte y supervivencia: Una visión de conjunto a la luz de las últimas interpretaciones jurisprudenciales”, en *Revista de Información Laboral*, nº 5, 2014.



EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN DELITO DE IMPAGO DE
PENSIONES COMO INSTRUMENTO DE TUTELA FRENTE A LE
DESIGUALDAD DE GÉNERO

*THE VALUE PROTECTED IN THE CRIME OF NON-PAYMENT OF PENSIONS AS A
MEANS OF GENDER VIOLENCE*

DRA. M^a ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO
Profesora Titular de Derecho Penal
Universitat de València
asuncion.colas@uv.es

RESUMEN: En el trabajo se analiza la posible interpretación del bien jurídico protegido del delito de impago de pensiones como instrumento de tutela frente a una más de las manifestaciones de la violencia de género, la violencia económica.

PALABRAS CLAVE: pensión compensatoria, pensión de alimentos, delitos contra las relaciones familiares, violencia de género.

ABSTRACT: The paper studies the value protected in the crime of non-payment of pensions as a means of gender violence.

KEY WORDS: compensatory pension, alimony, offenses against family relationships, gender violence.

FECHA DE ENTREGA: 21/08/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/09/2016.

SUMARIO: 1. Consideraciones político criminales del delito de impago de pensiones
2. Antecedentes. 3. La controversia sobre el interés tutelado. 4. Conclusiones. El delito de impago de pensiones como instrumento de tutela frente a la violencia económica.

1. El delito de impago de pensiones recogido en el art. 227 del vigente Código penal, tipifica la conducta consistente en dejar de abonar durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos, la pensión compensatoria en favor del ex cónyuge o la de alimentos en favor de los hijos, prestaciones fijadas mediante convenio judicialmente aprobado o mediante resolución judicial.

Es una figura bastante polémica, cuestionada por la doctrina por su cercanía a la criticada “prisión por deudas” prohibida, como es sabido, por el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1962 (Vigente en España por instrumento de ratificación firmado el 20 de septiembre de 1976, BOE 30 de abril de 1977, nº 103. Establece el citado artículo: Art. 11: “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.”). Por lo que interpretada exclusivamente como tal devendría ilegítima. Por ello han sido importantes los esfuerzos realizados para interpretar el precepto con el fin de acomodarlo a las exigencias constitucionales.

En esta línea encontramos posiciones que fundamentan la razón de ser de la figura en la sanción por el incumplimiento de resoluciones judiciales,- como ya se ha subrayado, la regulación española exige que la pensión haya sido establecida o refrendada por una resolución judicial-. En tanto otras posiciones focalizan la razón de ser de la misma en la especial vulnerabilidad que el incumplimiento provoca en la parte más débil de la familia, por la grave situación de necesidad que el incumplimiento del deudor aboca a los acreedores (cónyuge y/o hijos).

Precisamente considerar que es este último el bien jurídico protegido y, en atención a la realidad criminológica que confirma que autor de este delito suele ser el varón (como se puede comprobar en la estadística anualmente publicada por el INE, los datos del año 2015 refieren que, de un total de 6983 condenas por delito de abandono de familia- no se recoge el dato concreto referido al impago de pensiones, en 6417 casos el condenado es varón y en los restantes 566, mujeres: <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t18/p466/a2015/l0/&file=01009.px>. Consultado el 18 de noviembre de 2016), no resulta muy forzado considerar que en muchas ocasiones se utiliza este ilícito como instrumento para perpetuar la desigualdad estructural que discrimina a la mujer (Sobre el concepto de violencia económica y su inclusión en la violencia de género, vid. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “El impago de pensiones como violencia económica”, en AA.VV.: *Violencia*

contra las mujeres. Un enfoque jurídico (coord. M^a A. ZURILLA CARIÑANA/ P. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ), Septem ediciones, Oviedo, 2011, pp. 111 y ss.)

Sin embargo, cabe plantearse si la mejor manera de superar dicha evidente desigualdad sea la de castigar penalmente tal conducta. Una significativa mayoría doctrinal considera que acudir al Derecho Penal para hacer frente a este tipo de incumplimientos es doblemente desafortunado, en primer lugar porque se desconoce el principio de *ultima ratio* que ha de tener en cuenta el legislador en la selección de las conductas merecedoras de ser castigadas en vía penal y, en segundo lugar, porque decidido que el bien jurídico lesionado merece la tutela penal, es importante indagar si existen ya mecanismos en el Código Penal vigente para sancionar tales incumplimientos.

Es cierto que una de las consecuencias más graves derivadas de la ruptura del matrimonio es la desatención de los miembros más débiles de la familia, pero parece un tanto desproporcionado el acudir al derecho penal como si no hubiera en el ordenamiento jurídico mecanismos para hacer frente a dichas situaciones [OLMEDO CARDENETE, M. en *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. L. MORILLAS CUEVA), Dykinson, Madrid, 2016, p. 384]. Agotar las posibilidades para la exigibilidad de los derechos en el ámbito jurídico que le es propio de manera original, el Derecho de familia en este caso, no significa más que reconocer el carácter subsidiario del Derecho penal.

Si dicho primer nivel se revela ineficaz pues nos encontramos ante un incumplimiento intencional, grave y reiterado cabrá plantearse acudir al derecho penal. Es la decisión político criminal que, en su momento, adoptó el legislador, no obstante como ha subrayado la doctrina hubiera sido suficiente acudir a figuras ya reguladas, sin necesidad de incorporar al texto un nuevo delito.

Así, si tenemos en cuenta que la figura parte de la existencia de una resolución judicial, ante un incumplimiento de la misma, y concibiendo la figura en clave formal, para los supuestos de incumplimiento voluntario grave siempre se hubiera podido acudir a la aplicación del delito de desobediencia a las disposiciones judiciales, castigado, paradójicamente con similar penalidad.

Si, por el contrario, se hace recaer el fundamento y la razón de ser de la misma en la situación de desamparo del deudor, se podría valorar la posibilidad de aplicar el delito de alzamiento de bienes.

Nos encontramos, por tanto, una vez más, ante la utilización simbólica del derecho penal que evidencia la incapacidad del Estado de utilizar con mesura todos sus instrumentos. No es de recibo, ciertamente, que los miembros más débiles de la familia queden desatendidos, pero tampoco es admisible que ante el impago de dos mensualidades de pensión el Estado amenace con imponer al incumplidor una pena de hasta un año de prisión. Hay mecanismos mucho más efectivos para conseguir lo

que de verdad interesa: que el cónyuge -la cónyuge en la mayoría de los casos- y los hijos reciban la pensión.

La realidad, por otro lado, demuestra que es una figura que se aplica con bastante frecuencia por los tribunales, como se puede comprobar consultando el importante número de sentencias recogidas en los repertorios jurisprudenciales. Siendo significativo el incremento de resoluciones jurisprudenciales en el periodo temporal coincidente con la crisis económica que se ha padecido en España en los últimos años, lo que intensifica las dudas respecto a su adecuación para hacer frente al problema de fondo que late tras la misma.

Ciertamente, en España la crisis ha supuesto un importante incremento de las cifras de desempleo, por lo que no es peregrino aventurar que ello se haya traducido en un aumento de los incumplimientos en el pago de las pensiones, con las consiguientes demandas o denuncias de la parte perjudicada.

No obstante, a pesar del incremento de sentencias, muchas de ellas son absolutorias debido, en su mayoría, a la incapacidad del sujeto activo de hacer frente a los pagos por haber quedado en situación de desempleo, incapacidad que denota la falta de intencionalidad, elemento esencial para la relevancia penal de la conducta. Al respecto existe una interesante controversia, tanto en sede doctrinal como jurisprudencial, sobre el fundamento de dicha absolución, discutiéndose si ello da lugar a una causa de atipicidad o bien a una situación de estado de necesidad.

En definitiva, nos encontramos ante una contestada figura (MAGRO SERVET, V.: “La casuística del delito de impago de pensiones en el nuevo CP”, *Diario La Ley* 2004, num. 5934, pp. 1-2) que sirve de refuerzo al incumplimiento de resoluciones civiles, y que aparece nuevamente como manifestación de la huida hacia el derecho penal para resolver cuestiones que deberían tener cabida en otros ámbitos del derecho. El derecho penal, que debería ser último recurso del ordenamiento por la gravedad de sus consecuencias, se convierte en la primera opción a la que se acude. Hay que tener en cuenta que las consecuencias negativas ante infracciones de escasa entidad, más en un ámbito tan delicado y privado como el de las relaciones familiares, pueden ser mayores que de acudir a las otras opciones que ofrece el ordenamiento, en primer lugar la jurisdicción civil y, como ámbito que se va abriendo camino en los últimos tiempos con esperanzadoras posibilidades: la justicia reparadora tanto en el ámbito civil como en el penal.

2. Si analizamos los antecedentes del delito en examen (MUÑOZ GONZÁLEZ, L.: “Líneas evolutivas en la criminalización de la inasistencia familiar-conyugal y postconyugal”, *Eguzkilore*, Diciembre 2009, pp. 269-276; COLÁS TURÉGANO, M^a. A.: “Breve reflexión sobre el delito de impago de pensiones. Art. 227 del CP.”, *Revista boliviana de Derecho*, enero 2014 núm. 17, pp. 212 y ss.), comprobamos que la figura

es relativamente novedosa, de alguna manera se inscribe en la corriente de intervención en ámbitos como el familiar en que tradicionalmente el derecho penal quedaba fuera. Únicamente se acudía a éste para la tutela de los bienes de mayor entidad, como la vida o la libertad sexual, casos en los que la relación familiar implicaba una mayor penalidad -siendo un buen ejemplo los históricos delitos de parricidio o infanticidio o ataques a la moral sexual, como los abusos sexuales incestuosos-, pero la mayoría de las ofensas en el seno familiar eran resueltas a través del derecho privado, es por ello que en la etapa de la codificación no se contempla este tipo de incumplimientos en el CP.

Sin embargo cabe subrayar que en los dos periodos históricos en que ha estado vigente en España la posibilidad de disolver el matrimonio mediante el divorcio, de forma paralela, se ha tipificado en el CP el delito de impago de pensiones. Así, durante la Segunda República, la ley del divorcio lo contemplaba en su artículo 34 y, tras el paréntesis del régimen franquista, con el establecimiento del régimen democrático y la aprobación de la Ley del divorcio en 1981, mediante la LO 3/89 de 21 de junio se introduce en el art. 487 bis del CP, ubicado en el ámbito de los delitos contra la libertad y seguridad, junto al delito de abandono de familia

Tal como había ocurrido durante la Segunda República, se comprueba que una de las consecuencias más indeseables del nuevo panorama de las relaciones familiares, es el importante grado de incumplimiento de las prestaciones civiles derivadas de los convenios reguladores en las situaciones de separación o divorcio. Ante el grave problema social que dichos incumplimientos provocan y dada la incapacidad de la jurisdicción civil para hacer frente al mismo, se decide la penalización de tales incumplimientos

El CP de 1995, mantuvo la figura si bien cambió la ubicación sistemática al crearse un nuevo título, el decimosegundo, dedicado a los delitos contra los derechos y deberes familiares cuya sección 3ª regula los delitos de abandono de familia, menores e incapaces, dedicando el Art. 227 al impago de pensiones, en el que se establece:

“1º. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de *prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses*.

2º. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida en forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3º. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.”

Se configura como infracción semipública al requerir la denuncia de la persona ofendida o de su representante legal, si bien, en el caso de ser menor o persona con discapacidad, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal (art. 228 Cp.)

3. La discusión en torno a la oportunidad de la figura, alcanza de manera especialmente intensa a la determinación de cuál sea el bien jurídico protegido por la misma. Punto en el que encontramos diferentes posturas que van, desde las que la conciben en clave estrictamente formal asimilándola al delito de desobediencia, considerando que el interés tutelado es el estatal en el cumplimiento de las resoluciones judiciales que, como sabemos, es una exigencia típica; hasta los que, desde planteamientos menos formalistas consideran que el delito pretende tutelar la seguridad en las relaciones familiares, el propio entramado de derechos y obligaciones que surgen de dichas relaciones o también apelando a bienes jurídicos individuales, la salud e integridad de los miembros más vulnerables de la familia, beneficiarios de las prestaciones incumplidas. Diversidad de posturas que también encontramos tras el análisis de la jurisprudencia, si bien en este ámbito son mayoritarias las sentencias que se inclinan por considerar que es la seguridad familiar o el entramado de derechos que surgen de las relaciones familiares, el bien tutelado.

La cuestión tiene especial interés puesto que dependerá de cómo se conciba el bien jurídico el que sea relevante o, en su caso no, la situación económica en la que quedarían los beneficiarios insatisfechos por el impago de la prestación. Quienes mantienen una concepción más formalista no exigen la prueba de dicha situación económica, en tanto que aquellos que postulan un entendimiento más sustancial del bien jurídico excluyen la responsabilidad penal, por ausencia de lesividad, si los beneficiarios tienen cubiertas sus necesidades.

En el seno de la doctrina española, autores como Muñoz Conde, González Rus y también Álvarez García [ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Sobre quebrantamiento de condena, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 2007, nº 19, p. 20; GONZÁLEZ RUS, J.J, en AA.VV. *Derecho Penal Español. Parte Especial* (coord. M. COBO DEL ROSAL), 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2005; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 322 y ss.], postulan un entendimiento formal de la misma, afirmando Muñoz Conde que nos encontramos ante un supuesto especial de desobediencia a las resoluciones judiciales que amparan el cumplimiento de la prestación, deduciendo que el delito existe independientemente de que el nivel de los beneficiarios de las pensiones sea alto o bajo, incluso aunque sea superior al del obligado al pago de la pensión.

La principal crítica que se puede formular a esta postura es su alejamiento de las exigencias del principio de intervención mínima y del carácter subsidiario del derecho penal, derivado de su excesivo formalismo, al requerir la intervención penal ante el mero incumplimiento de la resolución judicial, sin necesidad de verificar la situación en la que quedan los beneficiarios de la prestación. Por otro lado, dichos beneficiarios tienen en su mano el denunciar o no, estamos, no olvidemos, ante un delito semipúblico, lo que a su vez no encaja demasiado bien con la consideración como bien jurídico del principio de autoridad, bien de carácter público no disponible para los particulares.

Otro sector doctrinal considera, por el contrario, que el objeto de tutela está vinculado con el entramado de derechos y deberes que surgen de las relaciones familiares, y desde dicho punto de partida se ha apelado al concepto de seguridad en dicho ámbito, posición que también se mantiene respecto a otras figuras del mismo capítulo. Postura que enlaza con la ubicación sistemática del delito de abandono de familia en el CP de 1944, donde se tipifica el impago de pensiones cuando es introducido en el año 1989.

En dicha dirección se sitúan Boix Reig, Bernal del Castillo, Corcoy Bidasolo, Roca Agapito, Torres Rosell [BERNAL DEL CASTILLO, J.: *El delito de impago de pensiones*. Bosch, Barcelona, 1997; BOIX REIG, F.J.: *Derecho penal. Parte especial*, Iustel, Madrid, 2012; CORCOY BIDASOLO, M.: *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*, t. I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; ROCA AGAPITO, L.: en AA.VV. *Derecho Penal Español. Parte Especial* (dir. J. ALVAREZ GARCÍA, coord. A. MANJON CABEZA, VENTURA PUNCHEL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.; TORRES ROSELL, N.: en AA.VV.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª ed. (dir G. QUINTERO OLIVARES, coord. F. MORALES PRATS), Aranzadi, Cizur menor, 2011].

Laurenzo Copello nos ofrece una síntesis muy adecuada de la posición de este sector, la autora afirma que el delito de impago de pensiones y las restantes figuras de abandono de familia se dirigen a proteger “la integridad personal de los beneficiarios de las prestaciones, entendida no solo en el reducido alcance de la vida y la salud física y psíquica de estas personas, sino en el sentido más amplio del conjunto de condiciones-en este caso materiales- susceptible de garantizarles una vida digna” (LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.69.)

Desde alguna posición aislada se ha defendido el carácter pluriofensivo de la figura, así Magro Servet, citando la STS 3 abril de 2001 en la que se considera que el bien jurídico protegido “es la seguridad familiar... también se encuentra afectado el respeto y acatamiento a las decisiones judiciales”. Al igual que la jurisprudencia que se inscribe en tal posición pluriofensiva no exige, comprobar en el caso concreto, la situación de necesidad del sujeto pasivo derivada del incumplimiento de la prestación (MAGRO SERVET, V.: “La casuística”, cit., p. 4).

Si repasamos la jurisprudencia encontramos claramente dos posturas que no coinciden exactamente con el esquema que hemos trazado en la doctrina. Por un lado tenemos un grupo de resoluciones que mantiene una visión amplia de la figura, en tanto consideran se protege con la misma la seguridad familiar y el principio de autoridad, en línea con lo mantenido por Magro Servet.

En dicha dirección podemos citar la SAP de Granada 3 mayo 2013 (Sección 1ª) (JUR 2013, 304260) en la que se afirma que “el bien jurídico protegido no se limita a la seguridad personal de los miembros más débiles económicamente de la familia, aun cuando ya fuera la finalidad primordial de su tipificación penal, sino que incluye también el interés del estado en el cumplimiento de las resoluciones judiciales y el respeto al principio de autoridad.” Su consecuencia práctica más palmaria radica en la no exigencia de comprobar la situación de necesidad de los beneficiarios de la prestación ante el impago de la misma, lo que viene a aproximar -al menos en su consecuencia- tal postura jurisprudencial con la de los autores que conciben el delito de impago de pensiones como una modalidad del delito de desobediencia.

Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria considera que el bien jurídico es uniofensivo centrado en la tutela del mantenimiento de las condiciones de vida de los miembros de la familia, en situaciones de vulnerabilidad provocadas por una ruptura o interrupción del vínculo.

Así el propio TS, en las escasas ocasiones en que se ha pronunciado sobre la cuestión, sitúa el bien jurídico protegido el conjunto de derechos y deberes prestacional para con los miembros de la familia. Así en la STS 2 octubre 2012 (RJ 2012, 10152) se afirma: “El bien jurídico defendido se integra por el deber prestacional hacia los destinatarios de la obligación legal de alimentos, en este caso, hacia los seres indefensos, como los menores necesitados de una protección para asegurar su libre desarrollo de la personalidad, aun en situaciones de crisis familiar.” Y también de la misma sala y sección, la sentencia 28 noviembre 2007 (RJ 2008, 551): “El artículo 227 del Código Penal...se encuentra en el Título XII que protege como bien jurídico las relaciones familiares y dentro de las obligaciones de prestar y cumplir los deberes familiares prestando asistencia a los menores que la necesitan y que además ha sido fijada por resolución judicial.”

En la jurisprudencia menor, también encontramos un buen número de sentencias que consideran que el valor tutelado tiene que ver con la seguridad en el ámbito de la familia, que se vería comprometida de no abonarse la prestación, considerando secundaria la afectación al principio de autoridad. Así SAP de Málaga 4 octubre 2002 (JUR 2003, 70488), SAP de Las Palmas 12 diciembre 2002 (ARP 2003, 1649), SAP de Valencia 10 julio 2013 (JUR 2013, 279992), entre otras muchas.

La consecuencia lógica derivada de mantener que se está tutelando el cúmulo de derechos y deberes familiares radica en la necesidad de constatar más allá de la mera

desobediencia, la situación de desamparo que el incumplimiento provoca en los beneficiarios insatisfechos.

4. El repaso de las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales en torno a cual sea el interés tutelado ha de ponerse necesariamente en relación con los principios penales y con las consideraciones político criminales planteadas al inicio de este trabajo. Como se señaló, son muchas las críticas dirigidas contra la tipificación penal de los incumplimientos económicos tras la ruptura del vínculo matrimonial. Por ello, para salvar la constitucionalidad de la misma resulta necesario realizar una interpretación respetuosa con el principio de intervención mínima, especialmente cuestionado al considerarse que la figura es una clara manifestación del expansionismo penal.

Desde dicha perspectiva, a la hora de tomar postura por cualquiera de las opciones parece más plausible decantarse por considerar que el interés que se tutela guarda relación con la salvaguarda de los que, tras la ruptura familiar, quedan en situación de franca desventaja, en situación de especial vulnerabilidad; de acuerdo con los datos estadísticos consultados: la mujer y los hijos. Considerar que son los intereses, los bienes, la seguridad de estas personas el bien que intenta proteger el delito, nos lleva a tener que constatar la situación de peligro que se deriva del incumplimiento, frente a la postura de quienes ven en la figura un mero delito de desobediencia, posición desde la cual es indiferente la situación por la que atraviesan los acreedores de la prestación.

Considerar que se tutela la seguridad familiar de los más débiles, resitúa la figura en los límites del principio de intervención mínima pues sólo cuando se haya constatado dicha situación de peligro se cumplirán las exigencias típicas.

En conclusión, nos hallamos ante una modalidad específica de abandono de familia mediante la cual el legislador pretende establecer una protección especial para los miembros más débiles de la familia en los procesos de separación, divorcio, nulidad o filiación. El valor que está tutelando el precepto es el mantenimiento de las condiciones materiales necesarias para que los mismos puedan desarrollar sus actividades de manera digna. Erigiéndose de esta forma como mecanismo para soslayar una más de las manifestaciones de la violencia de género: la violencia económica.

Por otro lado, al movernos en el delicado ámbito de las relaciones familiares cabría explorar otras vías de resolución del conflicto penal, como la posibilidad de acudir a las opciones que ofrece la justicia restaurativa, máxime en una figura como esta, de carácter semipúblico. Tal solución se me antoja mucho más integradora que el mero recurso a la pena.

BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Sobre quebrantamiento de condena, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 2007, nº 19.

BERNAL DEL CASTILLO, J.: El delito de impago de pensiones. Bosch, Barcelona, 1997.

BOIX REIG, F.J.: Derecho penal. Parte especial, Iustel, Madrid, 2012.

COLÁS TURÉGANO, M^a. A.: “Breve reflexión sobre el delito de impago de pensiones. Art. 227 del CP.”, *Revista boliviana de Derecho*, enero 2014 núm. 17.

CORCOY BIDASOLO, M.: Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados, t. I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “El impago de pensiones como violencia económica”, en AA.VV. *Violencia contra las mujeres. Un enfoque jurídico* (coord. M^a A. ZURILLA CARIÑANA/ P. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ), Septem ediciones, Oviedo, 2011.

GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal Español. Parte Especial* (coord. M. COBO DEL ROSAL), 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2005.

LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MAGRO SERVET, V.: “La casuística del delito de impago de pensiones en el nuevo CP”, *Diario La Ley*, 2004, núm. 5934.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ GONZÁLEZ, L.: “Líneas evolutivas en la criminalización de la inasistencia familiar-conyugal y postconyugal”, *Eguzkailore*, Diciembre 2009.

OLMEDO CARDENETE, en *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. L. MORILLAS CUEVA), Dykinson, Madrid, 2016.

ROCA AGAPITO, L.: en AA.VV.: *Derecho Penal Español. Parte Especial* (dir. J. ÁLVAREZ GARCÍA, coord. A. MANJÓN CABEZA, VENTURA PUNCHEL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

TORRES ROSELL, N.: en AA.VV.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed. (dir. G. QUINTERO OLIVARES, coord. F. MORALES PRATS), Aranzadi, Cizur menor, 2011



LA TRIBUTACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA COMO CONSECUENCIA DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO EN ESPAÑA

TAXATION OF COMPENSATORY PENSION AS A RESULT OF SEPARATION OR DIVORCE
IN SPAIN

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
Abogado y Profesor Asociado
Universidad de Valencia
Universidad Jaime I (Castellón)
Fernando.Hernandez-Guijarro@uv.es

RESUMEN: La pensión compensatoria está contemplada en el Código Civil para los casos de separación o divorcio en los que se produce un desequilibrio económico en entre los excónyuges. Esta institución genera unas consecuencias fiscales para el obligado tributario que debe abonar la compensación, así como para el que la recibe. En el presente artículo se expone y analiza el régimen tributario que se deriva para los excónyuges como consecuencia del establecimiento de la pensión compensatoria.

PALABRAS CLAVE: pensión compensatoria; separación; divorcio; resolución judicial; régimen tributario.

ABSTRACT: The compensation pension is provided for in the Civil Code for cases of separation or divorce in which there are an economic imbalance between the former spouses. This institution generates tax consequences for the taxpayer who paid compensation as well as for the recipient. This article presents and analyzes the tax regime for ex-spouses derived as a result of the establishment of the compensation pension.

KEY WORDS: compensation pension; separation; divorce; judicial decision; tax regime.

FECHA DE ENTREGA: 19/08/2016/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 02/09/2016

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Régimen legal de la pensión compensatoria en España.- 3. Régimen fiscal de la pensión compensatoria en el IRPF.- 4. La tributación en los diversos supuestos y casos de pensión compensatoria.- 5. Conclusiones.

1. El presente trabajo de investigación se realiza en torno a la fiscalidad de las denominadas pensiones compensatorias. Para la realización del mismo, se hace necesario citar sucintamente la legislación española que regula esta institución jurídica para, después, traer a colación la normativa tributaria sobre la misma y su aplicación. En este sentido, tras un primer apartado sobre las normas civiles, se expondrán las disposiciones legales y reglamentarias en materia fiscal que nos dirá de qué forma debe tributar la persona que queda obligada a entregar la pensión, así como el cónyuge al que se le reconoce el derecho a su obtención.

Junto a ello, y dada las diversas opciones y formas en que puede quedar reconocida la compensación, así como sus posibles variaciones a lo largo del tiempo, se expondrá la opinión de la Dirección General de Tributos (DGT) sobre la manera que deben declararse en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF). Asimismo, también se relacionarán resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) que se pronuncian sobre la fiscalidad de la citada pensión.

Con todo ello, se pretende exponer el régimen fiscal de la pensión compensatoria desde un punto de vista, no sólo teórico-normativo, sino práctico. Dejando al lector de forma clara y casuística, las diversas situaciones jurídico-tributarias que deriven de la citada pensión tras la resolución judicial de separación o divorcio.

2. Sin ánimo de extenderme más de lo debido en este apartado, es necesario citar los preceptos que regulan el régimen sustantivo de la pensión compensatoria en el Derecho Civil español. Esta referencia se hace a los efectos de conocer el sustrato o relación jurídica sobre la que el legislador tributario centrará su normativa a la hora de establecer su régimen fiscal.

A tal efecto, el artículo 96 del Código Civil (CC) establece que “el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”. Dicho precepto, como puede

comprobarse, establece un derecho para el cónyuge que sufre un desequilibrio económico y una obligación para el otro. Por ello, lo primero que debemos considerar es que, como consecuencia de una separación o divorcio, cuando exista dicho desequilibrio y se reconozca la pensión compensatoria, surgirán dos situaciones jurídicas con transcendencia fiscal. La del cónyuge que abona la pensión y la del que la recibe.

Para determinar la cuantía de la compensación, el citado precepto continúa diciendo que, “a falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges, la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, la pérdida eventual de un derecho de pensión, el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge y cualquier otra circunstancia relevante”.

La periodicidad de la pensión compensatoria, su forma de pago -así como su actualización-, la duración y las garantías para su efectividad, se fijarán en la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario.

Por último, y de cara a reunir todos los elementos que pueden afectar a la fiscalidad de la compensación, el artículo 99 del CC establecerá que “en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado 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”. Por lo que, además de estudiar la tributación derivada de la fijación de la pensión en el momento de producirse la separación o divorcio, habrá que tener en cuenta las posibles variaciones sobre la misma, en los términos del citado precepto.

3. En el anterior apartado hemos expuesto la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria establecida como consecuencia de una separación o divorcio. De ella, como se ha dicho, surgen obligaciones y derechos, y el legislador tributario dota a cada una de ellas de una fiscalidad propia y en función de las circunstancias que, en cada caso concreto, existan.

La ley que regula la tributación de las personas físicas en España es la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF). Esta norma es a la que debemos acudir para comprobar la tributación que corresponde a cada uno de los cónyuges.

De conformidad con lo expuesto, resulta procedente analizar la situación de cada uno de ellos en función de su situación jurídica determinada en la resolución judicial.

En relación a la parte que sufre el desequilibrio económico y que, por lo tanto, se le reconoce el derecho a recibir la pensión compensatoria, el artículo 17.2.f) de la LIRPF establece que dicha percepción debe tributar como rendimiento del trabajo. A tal efecto dicho precepto dispone que, “en todo caso, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo: f) Las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge”.

El artículo transcrito deja meridianamente claro la situación tributaria del cónyuge que recibe la pensión. En este sentido, deberá incluir el importe de la compensación recibida como renta procedente del trabajo en su declaración del IRPF. Dicho rendimiento será compatible con la obtención de otros rendimientos con la misma naturaleza, así como cualquier otro que perciba procedente el capital mobiliario, capital inmobiliario, ganancia patrimonial, etc. Todos ellos formarán la base imponible del IRPF y deberán ser declarados en la autoliquidación a presentar en los términos y plazos que determine el reglamento.

Es importante señalar que, como indica el artículo 96.3 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas RIRPF, los contribuyentes estarán obligados a presentar y suscribir declaración por este Impuesto. No obstante, no tendrán que declarar los contribuyentes que obtengan rentas procedentes exclusivamente de pensiones compensatorias del cónyuge con el límite de 12.000 euros anuales. Por lo que el cónyuge que perciba una compensación que supere dicho umbral, estará obligado a presentar autoliquidación por este impuesto.

La otra parte interviniente en la separación o divorcio, es decir, la que debe abonar la compensación, tendrá derecho a una reducción en su base imponible del IRPF como consecuencia del pago del citado emolumento. Ello tiene razón de ser dado que, además de no disponer de dicha renta, el legislador ha decidido que tribute el cónyuge que recibe la compensación, por lo que el que la abona debe eliminarla de su base imponible. De no ser así, se estaría tributando dos veces por lo mismo; el cónyuge que recibe la pensión y el que la paga. Todo lo cual daría con un enriquecimiento injusto de la Administración Tributaria, el cual está prohibido por el ordenamiento jurídico.

El mecanismo de la reducción de la base imponible se contempla en el artículo 56 de la LIRPF que establece que “las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de

reducción en la base imponible”¹. Es por ello que se aprecia que la intención del legislador es llevar la carga de tributar por la compensación a quien la recibe y no a quien la abona. Con ello, entendemos que se realiza una correcta distribución de la obligación de contribuir. Su reparto entre los cónyuges, por un lado cumple con el mandato constitucional de que todos deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica y al trasladar la tributación de la compensación del cónyuge que la abona al que la recibe, se evita los efectos del sistema progresivo dado que el reparto de la renta atempera el tipo impositivo aplicable en el IRPF.

Dicha reducción de la base imponible, que aminorará la cuota íntegra del cónyuge que paga la pensión compensatoria, conlleva, de forma encadenada, la consideración de dicha circunstancia a la hora de determinar la base para calcular el tipo de retención. A tal efecto, el artículo 83 del RIRPF establece que “cuando el perceptor de rendimientos del trabajo estuviese obligado a satisfacer por resolución judicial una pensión compensatoria a su cónyuge, el importe de ésta podrá disminuir la cuantía” de las retribuciones del trabajo a efectos de la base para el cálculo de la retención. A tal fin, continúa el citado precepto “el contribuyente deberá poner en conocimiento de su pagador, en la forma prevista en el artículo 88 de este Reglamento, dichas circunstancias”.

4. Tal y como hemos visto en la cita de la legislación civil, 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. Por lo que tanto, la compensación podrá tener diversas formas y modos de establecerse.

También hemos visto que, en cualquier momento, podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. Es decir, una vez establecida la compensación a favor del cónyuge, ésta puede sufrir cambios a lo largo del tiempo.

En los siguientes apartados se van a exponer diversos supuestos y casos donde la Dirección General de Tributos ha manifestado su criterio, así como resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central donde se resuelven conflictos en la

¹ Sobre la reducción de la base imponible para obtener la base liquidable como consecuencia del abono de pensiones compensatorias, también se pronuncia el art. 15.3 de la LIRPF cuando afirma que “la base liquidable será el resultado de practicar en la base imponible, en los términos previstos en esta Ley, las reducciones por atención a situaciones de dependencia y envejecimiento y pensiones compensatorias”.

aplicación de la tributación derivada de la compensación por separación o divorcio, así como las consecuencias de una eventual modificación de la misma.

4.1. Supuestos resueltos por consulta de la DGT.

- Supuesto en el que, además de pensión compensatoria, el cónyuge abona el importe del arrendamiento de la vivienda familiar cuyo uso corresponde a su exesposa y a sus hijos:

Consulta número: 0332-01. El contribuyente, en virtud de sentencia de divorcio, abona mensualmente, además de la pensión compensatoria a la exesposa y la pensión alimenticia a los hijos, el importe del arrendamiento de la vivienda familiar cuyo uso corresponde a su exesposa y a sus hijos. Cuestión: Si procede reducir la base imponible por el importe satisfecho por el citado arrendamiento.

Contestación: “el apartado 2 del artículo 46 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, permite reducir en la parte general de la base imponible las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial.

La pensión compensatoria a que se refiere este artículo, y en cuyo importe anual puede reducirse la parte general de la base imponible, es la regulada en el artículo 97 del Código Civil: «El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial (...)”.

Es diferente la atribución del uso de la vivienda familiar y el levantamiento de las cargas familiares, a los que se refiere el artículo 90 del Código Civil, que no dan derecho a reducir la base imponible, pues no cabe entenderlas comprendidas en los conceptos de pensión compensatoria ni anualidades por alimentos a favor de la esposa, a los que se refiere el artículo 46.2 de la Ley del Impuesto.

En consecuencia, las cantidades satisfechas por el consultante por el arrendamiento de la vivienda familiar, cuyo uso corresponde a su ex-esposa y a sus hijos, no dan derecho a reducir la parte general de la base imponible”.

- Supuesto en el que se plantea la sustitución una pensión compensatoria por un pago único o un seguro de renta vitalicia de prima única:

Consulta número: 1057-04 (en idéntico sentido V1546-05). Por sentencia judicial, el consultante viene satisfaciendo a su excónyuge la pensión compensatoria. Cuestión:

ante la posibilidad de sustituir la pensión periódica por un pago único o contratar, en favor de su excónyuge, un seguro de renta vitalicia de prima única, se pregunta sobre la incidencia de tal sustitución en el IRPF.

Contestación: “el artículo 62 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo (BOE del día 10), dispone que “las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible”.

Por su parte, el artículo 99 del Código Civil determina que “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”.

Conforme con la normativa expuesta, esta Dirección General viene manteniendo el criterio (consultas nº 1357-97, 1409-98 y 2131-03) que la sustitución a que hace referencia el artículo 99 del Código Civil permite aplicar la reducción por pensión compensatoria del artículo 62 de la Ley del Impuesto.

Respecto a la aplicación de esta reducción en el caso consultado, en sus dos variantes –contratación de un seguro de renta vitalicia o satisfacción de un pago único-, la misma operaría en el período impositivo en que se satisficiera la prima única o el pago único, debiendo tenerse en cuenta en su aplicación lo dispuesto en el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

“1. La base liquidable general estará constituida por el resultado de practicar en la parte general de la base imponible, exclusivamente y por este orden, las reducciones a que se refieren los artículos 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 62 de esta ley, sin que pueda resultar negativa como consecuencia de dichas disminuciones.

La base liquidable especial será el resultado de disminuir la parte especial de la base imponible en el remanente, si lo hubiere, de las reducciones previstas en el párrafo anterior sin que pueda resultar negativa como consecuencia de tal disminución.

2. Si la base liquidable general resultase negativa, su importe podrá ser compensado con los de las bases liquidables generales positivas que se obtengan en los cuatro años siguientes.

La compensación deberá efectuarse en la cuantía máxima que permita cada uno de los ejercicios siguientes y sin que pueda practicarse fuera del plazo a que se refiere el párrafo anterior mediante la acumulación a bases liquidables generales negativas de años posteriores”.

Respecto a la tributación del excónyuge, ambos supuestos (contrato de seguro de renta vitalicia o pago único) comportan para aquel la obtención de rendimientos del trabajo (por el importe de la prima, en el primer caso, o por el capital recibido, en el segundo caso), tal como resulta de lo dispuesto en el artículo 16.2.f) de la Ley del Impuesto, que otorga tal calificación a “las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge”. A su vez, en aplicación del artículo 17.2.a) de la misma Ley y del artículo 10.1.e) del Reglamento del Impuesto (aprobado por el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, BOE del día 9) operaría la reducción del 40 por 100, al tratarse de rendimientos obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo”.

4.2. Casos resueltos por el TEAC.

- Caso sobre la reducción de la base imponible por pensiones compensatorias y por las anualidades por alimentos a favor del cónyuge.

Resolución del TEAC nº 2309/2004, de 14 de septiembre de 2016, FD 4º: “la reducción de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, prevista en el artículo 71.2 de la Ley 18/1991 y en el artículo 62 del vigente Real Decreto Legislativo 3/2004, sólo se producirá por las pensiones compensatorias satisfechas a favor del cónyuge, a las que se refiere el artículo 97 del Código Civil, que se establezcan y se cuantifiquen por sentencia judicial, así como por las anualidades por alimentos satisfechas también a favor del cónyuge, excluyéndose por lo tanto las prestaciones acordadas por cualquier otro concepto, como por ejemplo, las cargas familiares.

El fundamento cuarto aclara: los conceptos de “cargas del matrimonio” y el de “pensión compensatoria” tienen diferente naturaleza y fundamento jurídico, pues el primero puede considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, y, en cambio, la pensión compensatoria tiene como finalidad evitar el desequilibrio económico que la nulidad, separación, o el divorcio pueden producir en uno de los cónyuges. Por tanto al no poderse equiparar ambos conceptos, la base imponible se reducirá, exclusivamente, en el importe de las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos satisfechas, ambas, por decisión judicial, excluyéndose por lo tanto las prestaciones derivadas de las cargas familiares”.

- Caso sobre la consideración como pensión compensatoria a favor del cónyuge las cantidades satisfechas por préstamos de adquisición de la vivienda atribuida en uso a los hijos o al cónyuge.

Resolución del TEAC nº 2416/2000, de fecha 4 de abril de 2003, FD 3º: “el importe del préstamo hipotecario satisfecho por el interesado no puede ser considerado como parte de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 71.2

de la ley 18/1991, cuando, como en este caso, no establece el convenio regulador aprobado por el órgano judicial, cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria a favor del cónyuge, ni cuando, como ocurre en la resolución citada, si existe pensión compensatoria fijada por el órgano judicial pero no se incluyen las cantidades satisfechas por el préstamo, por lo que no reduce la base imponible; y en consecuencia, procede estimar en parte el recurso extraordinario y declarar en unificación de criterio que “a efectos de lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley 18/1991, las cantidades satisfechas por el préstamo destinado a la adquisición de la vivienda cuyo uso se atribuye a los hijos y al cónyuge no forma parte de las pensiones compensatorias a favor del cónyuge, salvo que así se establezca por resolución judicial”⁴.

- Caso sobre los requisitos para la deducibilidad de las pensiones compensatorias a favor del cónyuge. La deducibilidad en la base imponible del IRPF de las pensiones compensatorias entre cónyuges exige no sólo el establecimiento de las mismas por decisión judicial sino, también, el efectivo abono y justificación del pago de las citadas pensiones.

Resolución del TEAC nº 797/1999, de fecha 7 de marzo de 2002, FJ 3º: “cabe señalar la existencia en el precepto referenciado de un requisito necesario para la producción del efecto pretendido por el mismo, que por lo que se refiere al caso que nos ocupa, de la minoración de los rendimientos en el ejercicio del obligado a satisfacer las anualidades por alimentos, es el de la efectiva satisfacción de las dichas cantidades mediante su correspondiente abono, ya que dicha condición se desprende de su tenor literal al referirse a las mismas como “satisfechas”, y, reiterarse igualmente al final del precepto cuando se alude a la minoración de los rendimientos del obligado a “satisfacerlas”, reproduciéndose, asimismo, la exigencia de dicho requisito en la legislación posterior, constituida por la ley 18/1991, que, en su artículo 71 referido a las reducciones en la base imponible regular, permite la reducción de la misma de las partidas satisfechas por anualidades por alimentos como consecuencia de decisión judicial. CUARTO: Aplicado lo expuesto al caso examinado, del examen del expediente se desprende que no fue acreditado en el mismo el efectivo abono de las citadas cantidades controvertidas a los efectos pretendidos de minoración de los rendimientos del obligado a satisfacerlas ya que requerido por la Oficina Gestora para la aportación de los correspondientes justificantes de pago de las anualidades referenciadas no se acreditó el abono en cuestión, por todo lo cual, y respetando la situación jurídica particular derivada de las resoluciones recurridas debe estimarse el recurso interpuesto y revocar las resoluciones recurridas declarando que para la minoración de los rendimientos del ejercicio del obligado al pago de anualidades por alimentos es condición necesaria no sólo la existencia de resolución judicial al efecto sino también la efectividad del pago de su importe”.

5. La pensión compensatoria establecida por el Derecho Civil tiene como finalidad evitar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio pudiera producir en uno de los cónyuges.

Esta compensación despliega efectos jurídicos en ambas partes: por un lado la obligación de abonar la pensión y en el otro el derecho a recibirla. Estas obligaciones y derechos tendrán unos efectos en el ordenamiento jurídico tributario. A tal efecto, el legislador ha previsto un régimen fiscal para cada uno de los excónyuges: la parte que recibe la compensación tributará por ella como rendimiento del trabajo en el IRPF; y la parte que la satisface, podrá reducir de su base imponible en dicho impuesto la cantidad abonada. En resumen, este régimen tributario pretende distribuir el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos entre los dos excónyuges, pues así lo ha determinado el ordenamiento civil al establecer dicha pensión para equilibrar ambas situaciones económica y con ello distribuir igualmente la capacidad económica que es, al fin y al cabo, lo que grava los tributos.

Dentro del régimen fiscal, cuyo sustrato económico vendrá determinado por la norma civil, hemos podido comprobar en la doctrina de la DGT y las resoluciones del TEAC que esta compensación debe cumplir dos requisitos fundamentales para que pueda tener efectos en la parte que abona la pensión, es decir, para que el contribuyente que satisface la compensación pueda reducirla de su base imponible del IRPF debe darse una condición formal y otra material. La primera es que la pensión compensatoria debe estar recogida expresamente en la resolución judicial de separación o divorcio, sólo así podrá tener cabida como cuantía a minorar en su renta; la segunda, que dicha compensación debe ser satisfecha efectivamente al otro excónyuge y ello debe ser acreditarlo, en su caso, con la aportación de los correspondientes justificantes de pago de la misma. Sólo cumpliendo con este doble requisito podrá reducir de la base de su IRPF el importe de la pensión que abone.



DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL Y PENSIÓN COMPENSATORIA ENTRE CÓNYUGES

SPANISH INTERNATIONAL PRIVATE LAW AND ALIMONY BETWEEN SPOUSES

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Miguel Hernández de Elche
alfonso.ortega@umh.es

RESUMEN: La pensión compensatoria entre cónyuges en el ámbito del Derecho internacional privado español es fiel reflejo del proceso de codificación internacional en la materia desarrollado en los tres ámbitos tradicionales: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de las relaciones en esta materia. La compleja situación que ha existido hasta el momento en esta materia se ha resuelto gracias al Reglamento 4/2009 (y al Protocolo de La Haya 2007). En una sola norma se regulan los tres sectores clásicos del Derecho internacional privado, incorporando disposiciones en materia de asistencia jurídica gratuita y sobre cooperación entre las autoridades centrales.

PALABRAS CLAVE: Pensión Compensatoria; Derecho internacional privado; Jurisdicción internacional; Ley aplicable; Reconocimiento y ejecución.

ABSTRACT: The alimony between spouses in the field of private international law is a true reflection Spanish international coding process in the field developed in the three traditional areas: international jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of relations in this area. The complex situation that has existed so far in this matter has been resolved by Regulation 4/2009 (and the Hague Protocol 2007). In a single standard the three classic sectors of private international law, incorporating provisions on legal aid and cooperation between central authorities are regulated.

KEY WORDS: Alimony; Private international Law; international jurisdiction; Applicable law; Recognition and enforcement.

FECHA DE ENTREGA: 19/08/2016/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 02/09/2016

SUMARIO: 1. Planteamiento: pensión compensatoria entre cónyuges y relaciones privadas internacionales.- 2. El sistema español de competencia judicial internacional en materia de pensión compensatoria entre cónyuges.- 3. La determinación de la ley aplicable a la pensión compensatoria entre cónyuges.- 4. Reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones en materia de pensión compensatoria entre cónyuges.- 5. Reflexiones finales.

1. Un supuesto de partida: Marie, de nacionalidad francesa y con residencia en París (Francia), reclama una pensión compensatoria a Tomas, un ciudadano belga residente en Alicante (España), padre de un hijo que tienen en común, y que vive en París con su madre. Varias preguntas clave nos asaltan: ¿Serían competentes los tribunales españoles, belgas o franceses para conocer de la acción de reclamación de la pensión compensatoria? y ¿Qué Ley regirá la reclamación de dicha pensión compensatoria: la ley española, la belga y/o la francesa?

Nos encontramos ante un tema, en los últimos años, muy actual, consecuencia del creciente carácter multicultural de nuestra sociedad. El incremento de matrimonios mixtos ha generado, directamente, un aumento del volumen de estas reclamaciones de pensiones compensatorias.

Hablar de “pensión compensatoria entre cónyuges” es hablar de la “obligación de alimentos”. El concepto de “obligaciones alimenticias” debe ser objeto de una interpretación amplia, tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (a partir de ahora, TJUE)¹, en el contexto del Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos² (en adelante, el Reglamento 4/2009): prestaciones cuyo objeto sea satisfacer las necesidades socio-económicas del individuo a partir de una relación de familia, independientemente de que se trate de pagos periódicos o de una suma total única, e incluye, en particular, las pensiones compensatorias entre cónyuges, en la medida en que derivan de la ruptura de una

¹ *Vid.* STJUE de 6 de marzo de 1980; as. 120/1979; y STJUE de 27 de febrero de 1997; as. C-220/1995.

² DOUE L7 de 10 de enero de 2009. El Reglamento 4/2009 entró en vigor el 30 enero 2009 pero se aplica, en general, desde del 18 junio 2011. En efecto, la Decisión del Consejo de 30 noviembre 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DOUE L33 de 16 de diciembre de 2009) indica (= artículo 4) que al adherirse al Protocolo, la Unión Europea declarará que “aplicará las normas establecidas en el Protocolo con carácter provisional a partir del 18 de junio de 2011 (...), si dicho Protocolo no hubiere entrado en vigor en esa fecha de conformidad con su artículo 25, apartado 1”

relación de familia y/o se basan en las necesidades y recursos respectivos de los esposos, que tienen una naturaleza equivalente a la pensión de alimentos³.

De conformidad con el artículo 97 del Código Civil, redactado por Ley 30/1981, de 7 de julio, esta pensión es la cantidad periódica que un cónyuge debe satisfacer a otro tras la separación o el divorcio, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge (el acreedor), en relación con el otro cónyuge (el deudor), como consecuencia directa de dicha separación o divorcio, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio. No se trata de reparar otros daños causados por un cónyuge a otro, cuya reclamación tiene un cauce y unos medios diferentes. No es el propósito de la pensión igualar el patrimonio privativo de los cónyuges después de la separación o el divorcio o economías dispares; más bien el objetivo de la pensión compensatoria es la sustitución de los deberes de asistencia y de socorro mutuos.

La pensión compensatoria entre cónyuges en el ámbito del Derecho internacional privado es fiel reflejo del proceso de codificación internacional en la materia desarrollado en los tres ámbitos tradicionales: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de las relaciones en esta materia. A continuación, vamos a ocuparnos de estos con el fin de fijar adecuadamente el régimen jurídico de la pensión compensatoria entre cónyuges en el Derecho internacional privado español.

2. El principal instrumento legal vigente para España en esta materia es, como ya hemos señalado, el Reglamento 4/2009. Este contiene un conjunto de normas que regulan competencia judicial internacional en esta materia. No contiene ninguna norma sobre la ley aplicable a los alimentos. El artículo 15 del mismo indica, simplemente, que “la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento”. El Reglamento 4/2009 regula el reconocimiento y exequatur de las decisiones en materia de alimentos dictadas por autoridades de los Estados miembros (= Capítulo IV del Reglamento 4/2009). Las decisiones dictadas por autoridades de Estados miembros vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 disponen, como veremos, de un régimen más favorable para alcanzar su

³ Aunque, recientemente, se ha aprobado el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183/1, de 8 de julio de 2016), siendo su ámbito de aplicación los regímenes económicos matrimoniales, se excluyen expresamente determinadas cuestiones relacionadas con el tema matrimonial (= artículo 1.2): entre otras, las obligaciones de alimentos (= pensión compensatoria entre cónyuges). Por tanto, es el Reglamento 4/2009 la norma a tener en cuenta a todos los efectos.

efectividad en los demás Estados miembros (= sección 1 Capítulo IV del Reglamento 4/2009), mientras que las procedentes de Estados miembros no vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 están sujetas a un régimen más severo (= sección 2 Capítulo IV del Reglamento 4/2009). Establece una serie de medidas que permitan facilitar el pago de los créditos alimenticios en situaciones transfronterizas. Estos créditos se derivan de la obligación de ayudar a los miembros de su familia en caso de necesidad.

El estudio del régimen e competencia judicial internacional previsto en el Reglamento 4/2009 nos debe llevar, *a priori*, a destacar las siguientes ideas:

1ª) La jurisdicción competente para decidir en materia de obligaciones alimentarias es: la jurisdicción del lugar de residencia habitual del demandado o el acreedor; o la jurisdicción competente para examinar una acción en materia de estado de las personas (un divorcio, por ejemplo) o de responsabilidad parental, cuando esté asociada una demanda relativa a una obligación alimentaria (siempre que esta competencia no se base únicamente en la nacionalidad de una de las partes).

2ª) Salvo los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto a un menor de edad inferior a 18 años, las partes podrán, según ciertas condiciones, atribuir de común acuerdo la competencia a un órgano jurisdiccional o a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para resolverlo.

3ª) Será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el cual comparezca el demandado, excepto si éste pretende impugnar tal competencia.

4ª) Si no se cumple ninguna de las condiciones antes mencionadas, el litigio podrá interponerse, según ciertas condiciones, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que residan las dos partes.

5ª) De no darse esa circunstancia, si el procedimiento no puede interponerse en un Estado tercero con el que el litigio tiene un estrecho vínculo, la demanda podrá interponerse ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro con el que el asunto presente un vínculo suficiente.

6ª) Si el acreedor sigue viviendo en el Estado miembro que ha dictado la resolución en materia de obligaciones de alimentación, el deudor no podrá, salvo excepciones, iniciar un procedimiento para modificarla en ningún otro Estado miembro. Sin embargo, el acreedor podrá aceptar que otro órgano jurisdiccional conozca del recurso.

7ª) Si un procedimiento concerniente a las mismas partes y con el mismo objeto y la misma causa se presentase ante los órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, será competente el órgano jurisdiccional ante el cual se interpuso primero.

8ª) Independientemente del órgano jurisdiccional competente en el fondo, se pueden presentar medidas provisionales y cautelares ante todo órgano jurisdiccional de todo Estado miembro, desde cuando son previstas en la ley del Estado en cuestión.

El artículo 3 del Reglamento 4/2009 establece cuatro foros alternativos: a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o b) el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o c) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, o d) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes.

El Reglamento 4/2009 también prevé el juego de la autonomía de la voluntad (= artículo 4 del Reglamento 4/2009). Las partes podrán convenir en que el órgano u órganos jurisdiccionales siguientes de un Estado miembro sean competentes para resolver los litigios en materia de obligación de alimentos suscitados o que puedan suscitarse entre ellos: por lo que respecta a las obligaciones de alimentos entre cónyuges o ex cónyuges: i) el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial, o ii) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio hayan tenido su última residencia habitual común los cónyuges durante al menos un año.

No se exige que dichas partes o una de las partes tenga su residencia habitual o domicilio en un Estado miembro.

La elección deberá hacerse por escrito y tendrá alcance exclusivo. Se considerará hecho “por escrito” toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo, como, p. ej., intercambio de *emails* (= artículo 4.2 del Reglamento 4/2009).

Además, con independencia de los casos en los que su competencia resultare de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que compareciere el demandado (= artículo 5 del Reglamento 4/2009).

Cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los artículos 3, 4 y 5, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que las partes tengan nacionalidad común (= artículo 6 del Reglamento 4/2009).

Cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los artículos 3, 4 y 5, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, en casos excepcionales, conocer del litigio si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación (= artículo 7 del Reglamento 4/2009).

Esta disposición pretende evitar que las partes que no pueden, en la práctica, litigar en un tercer Estado, tampoco lo puedan hacer en un Estado miembro. Si existe un Estado miembro que presenta una conexión suficiente con dicho pleito, los tribunales de dicho Estado miembro “podrán” conocer del litigio. Tales órganos valorarán de manera discrecional la oportunidad de declararse competentes al efecto y no están obligados a hacerlo.

El órgano jurisdiccional de un Estado miembro al que se haya recurrido para un asunto respecto del cual no sea competente en virtud del Reglamento 4/2009 se declarará de oficio incompetente (= artículo 10 del Reglamento 4/2009).

Si un demandado con residencia habitual en el territorio de un Estado distinto del Estado miembro donde se ejercitó la acción no compareciera, el órgano jurisdiccional competente suspenderá el proceso hasta que se demuestre que al demandado se le notificó el escrito de interposición de la demanda o documento equivalente con antelación suficiente para que pudiera defenderse o que se tomaron todas las diligencias posibles a tal fin (= artículo 11 del Reglamento 4/2009).

Si se formularan demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, el órgano jurisdiccional ante el que se haya formulado la segunda demanda suspenderá de oficio el proceso hasta que se declare competente el órgano jurisdiccional ante el cual se interpuso la primera. Cuando el tribunal ante el cual se interpuso la primera demanda se declare competente, el tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquel (= artículo 12 del Reglamento 4/2009).

Cuando demandas conexas⁴ estuvieran pendientes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes, el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda posterior podrá suspender el proceso. Cuando tales demandas conexas estuvieran pendientes en primera instancia, cualquiera de los órganos jurisdiccionales a los que se hayan presentado las demandas posteriores podrá de igual modo inhibirse, a instancia de una de las partes, a condición de que el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la primera demanda fuere competente

⁴ Se considerarán conexas las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente.

para conocer de las demandas de que se trate y de que su ley permita su acumulación (= artículo 13 del Reglamento 4/2009).

Podrán solicitarse las medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, incluso si, en virtud del Reglamento 4/2009, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro sea competente para conocer sobre el fondo (= artículo 14 del Reglamento 4/2009).

3. El mencionado Reglamento 4/2009 no contiene normas de determinación de la ley aplicable, sino que hace una remisión al régimen jurídico establecido en el Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007⁵ (en lo sucesivo, el Protocolo de La Haya de 2007) (= artículo 15 del Protocolo de La Haya de 2007). Este texto normativo, que tiene alcance universal (= artículo 2 del Reglamento 4/2009), desplaza tanto las soluciones contenidas en otros Convenios de La Haya (p. ej., el Convenio de La Haya de 1973), así como al artículo 9.7 de nuestro Código Civil.

La regla general es la aplicación de la ley de residencia habitual del acreedor de la pensión compensatoria. En caso de cambio de residencia, se aplicará ex nunc la ley del nuevo país de residencia (= artículo 3 del Protocolo de La Haya de 2007). A partir de ahí, se establece una norma especial relativa a los cónyuges y ex cónyuges (= artículo 5 del Protocolo de La Haya de 2007): no se aplicará la ley de residencia del acreedor si la otra parte se opone y el supuesto presenta una vinculación más estrecha con la ley de otro Estado, en particular el de la última residencia habitual común, en cuyo caso se aplicará esta última. Además, el Protocolo de La Haya de 2007 permite el juego de la autonomía de la voluntad, aunque limitado (= artículos 7 y 8 del Protocolo de La Haya de 2007). Sólo se puede elegir dentro de un elenco limitado de leyes y queda excluida la posibilidad de elección cuando el acreedor es menor de 18 años o un adulto incapaz.

La aplicación de la ley determinada conforme al Protocolo solo podrá rechazarse en la medida en que sus efectos fueran manifiestamente contrarios al orden público del foro (= artículo 13 del Protocolo de La Haya de 2007).

El Protocolo de La Haya de 2007 establece, además, en aras de ajustar la cuantía de la pensión compensatoria a los diferentes niveles de vida de los Estados miembros en que vive cada una de las partes, que en la determinación de la ley aplicable conforme a las reglas anteriores siempre deberán tenerse en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, así como cualquier compensación concedida

⁵ Firmado y ratificado por la Unión Europea como consecuencia de la Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009. DOUE L 93 de 7 de abril de 2011. Sobre el estado del Protocolo, *vid.* www.hcch.net.

al acreedor y los recursos del deudor, así como cualquier compensación concedida al acreedor en lugar de un pago periódico de alimentos, incluso cuando aquella ley no lo previese (= artículo 14 del Protocolo de La Haya de 2007).

Con respecto a un Estado en el que se apliquen en unidades territoriales diferentes dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas, relativos a las materias reguladas por el propio Protocolo de La Haya de 2007, se aplican las siguientes normas: a) si en dicho Estado existen normas en vigor que determinen como aplicable a la ley de una unidad territorial, se aplicará la ley de dicha unidad; b) en ausencia de tales normas, se aplicará la ley de la unidad territorial determinada (= artículo 16 del Protocolo de La Haya de 2007).

4. Numerosos instrumentos internacionales se ocupan de facilitar la eficacia extraterritorial de decisiones en esta materia⁶. Esta “superproducción de instrumentos internacionales” responde a la idea de favorecer al demandante de *exequatur*, que es, normalmente el acreedor de la pensión compensatoria. La abundancia de instrumentos internacionales en esta materia provoca la necesidad de fijar el concreto “instrumento internacional aplicable”.

A continuación, nos centraremos en el estudio del instrumento normativo “fundamental” en materia de pensión compensatoria entre cónyuges: el Reglamento 4/2009. Cuatro datos debemos destacar:

1º) Las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos dictadas por un Estado miembro deben ser reconocidas en otros Estados miembros sin que sea necesario procedimiento especial alguno.

2º) Aunque la resolución sea dictada por un Estado miembro vinculado por el Protocolo de la Haya de 2007, no podrá impugnarse su reconocimiento. Si es ejecutoria en el Estado miembro que la ha adoptado, disfrutará de la fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin necesidad de una declaración. En ciertos casos, queda sin embargo la posibilidad de solicitar el reexamen de la resolución, así como el rechazo o la suspensión de su ejecución. En aquellos casos en los que la resolución

⁶ Los siguientes instrumentos internacionales permiten el reconocimiento y ejecución, en España, de resoluciones extranjeras en materia de alimentos: 1º) el Reglamento 4/2009; 2º) el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, en su, hoy, muy reducido ámbito de aplicación espacial; 3º) el Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007, aplicable a las decisiones en materia de alimentos procedentes de Estados partes en este Convenio pero que no son Estados miembros del Reglamento 4/2009; 4º) el Convenio de La Haya de 15 abril 1958 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en cuestión de obligaciones alimenticias con los menores; 5º) el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias; y 6º) distintos Convenios bilaterales firmados por España, que suelen cubrir la eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras dictadas en materia de alimentos.

es dictada por un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007, su reconocimiento podrá revocarse en ciertos casos. Podrá ponerse en ejecución en otro Estado miembro –si es ejecutoria en el Estado miembro que la ha dictado– siempre que obtenga del Estado miembro de ejecución una declaración que constate la fuerza ejecutiva.

3º) No podrá revisarse el fondo de la resolución dictada en un Estado miembro en el Estado miembro en el que se solicite el reconocimiento, la fuerza ejecutiva o la ejecución.

4º) Las partes de un litigio se podrán beneficiar de un acceso efectivo a la justicia en otro Estado miembro, incluido en el marco de los procedimientos de ejecución y de los recursos. En particular, los Estados miembros facilitarán, según determinadas condiciones, asistencia jurídica.

El Reglamento 4/2009 establece un doble reconocimiento y ejecución de las resoluciones en esta materia en función de que el estado miembro de origen esté o no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007. Si está vinculado por dicho Protocolo, las resoluciones se reconocerán y ejecutarán directamente, sin necesidad de procedimiento alguno (= artículo 17.1 del Reglamento 4/2009). En cambio, si el Estado de origen no es parte del Protocolo de La Haya de 2007 (Reino Unido y Dinamarca), la resolución se someterá a un régimen de reconocimiento y ejecución. En este caso, se podrá denegar el reconocimiento si se dan ciertas condiciones (= artículo 24 del Reglamento 4/2009).

Veamos cada uno de estos supuestos:

A) Resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007.

Estas resoluciones serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a proceso alguno y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento. Surten un reconocimiento de pleno derecho o, con otras palabras, no necesitan reconocimiento en los demás Estados miembros. Estas resoluciones se tratan como si fueran resoluciones “nacionales” (= artículo 41.1 del Reglamento 4/2009). Vinculan a las autoridades de todos los Estados miembros y extienden su efecto de cosa juzgada a todos los Estados miembros (= artículo 17.1 del Reglamento 4/2009).

Estas resoluciones, siempre que presenten carácter ejecutivo en el Estado miembro de origen, gozarán de fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de otorgamiento de la ejecución. Es decir, no necesitan exequatur para poder ser ejecutadas en los demás Estados miembros. Pasan directamente a ejecución mediante solicitud de la parte interesada como si hubieran sido dictadas por una autoridad del Estado miembro requerido (= artículo 17.2 del Reglamento 4/2009). No obstante, aunque no puede denegarse el exequatur de estas resoluciones, porque

el *exequatur* de las mismas ha sido eliminado, sí que puede denegarse la “ejecución” de estas resoluciones. Los motivos de denegación o suspensión de la ejecución en un Estado miembro son las siguientes:

a) Prescripción del derecho ya sea en virtud del Derecho del Estado miembro de origen o en virtud del Derecho del Estado miembro de ejecución, si éste estableciera un plazo de prescripción más largo (= artículo 21.2 del Reglamento 4/2009).

b) Incompatibilidad de la resolución dictada por el órgano jurisdiccional de origen con una resolución dictada en el Estado miembro de ejecución o con una resolución dictada en otro Estado miembro o en otro Estado tercero que reúna las condiciones necesarias para ser reconocida en el Estado miembro de ejecución (= artículo 21.2 del Reglamento 4/2009).

c) Es causa de mera suspensión de la ejecución la solicitud de reexamen de la resolución dictada por un órgano del Estado miembro de origen interpuesta con arreglo al artículo 19 del Reglamento 4/2009, siempre que se solicite dicha suspensión a instancia del deudor. La autoridad competente del Estado miembro de ejecución “podrá”, en dicho supuesto, suspender total o parcialmente la ejecución de la resolución del órgano jurisdiccional de origen (= artículo 21.3 del Reglamento 4/2009).

d) Es causa obligatoria de suspensión de la ejecución de la resolución del órgano jurisdiccional de origen en caso de que se suspenda su fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, pero siempre que ello haya sido solicitado por el deudor (= artículo 21.3 del Reglamento 4/2009).

e) Todos los motivos de denegación o suspensión de la ejecución previstos por el Derecho del Estado miembro de ejecución, pero exclusivamente en la medida en que no sean incompatibles con los anteriores motivos recogidos en el artículo 21.2 y 3 del Reglamento 4/2009.

B) Resoluciones dictadas por un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007.

Las resoluciones dictadas en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno (= artículo 23 del Reglamento 4/2009). No obstante, en casos de duda, cualquier parte interesada que invoque el reconocimiento de una resolución a título principal podrá solicitar, que se reconozca la resolución con carácter *erga omnes* (= reconocimiento por homologación). Si el reconocimiento se invoca como cuestión incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional será competente para conocer del asunto.

Se denegará imperativamente el reconocimiento de una resolución en los siguientes supuestos:

a) Si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que se solicita el mismo. El criterio del orden público no podrá aplicarse a las reglas relativas a la competencia judicial.

b) Por lo que respecta a las resoluciones dictadas en ausencia del demandado, si el escrito de interposición de la demanda o documento equivalente no se notificó al demandado con antelación suficiente y de manera tal que pudiera organizar su defensa, a menos que el demandado, habiendo podido recurrir la resolución, hubiera optado por no hacerlo;

c) Si la resolución es incompatible con otra dictada en el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento;

d) Si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en el que se solicita el mismo. Una decisión que tenga por efecto modificar, debido a un cambio de circunstancias, una decisión anterior relativa a alimentos no se considerará como una decisión incompatible según lo establecido en el artículo 24 letras c y del Reglamento 4/2009).

Para su ejecución material, estas resoluciones precisan la obtención de un exequatur en el Estado requerido, que se solicitará, en todo caso, por cualquier parte interesada (= artículo 26 del Reglamento 4/2009).

Una vez obtenido, en su caso, el exequatur, la resolución extranjera se ejecutará en los mismos términos que se ejecutan las resoluciones nacionales en el Estado requerido (= artículo 41.1 del Reglamento 4/2009).

El Capítulo VI del Reglamento 4/2009 establece que las transacciones judiciales y los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán reconocidos en los demás Estados miembros y tendrán en ellos la misma fuerza ejecutiva que las resoluciones, de conformidad con el Capítulo IV del Reglamento 4/2009.

Finalmente, es de reseñar que en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, el Reglamento 4/2009 reemplaza en las relaciones entre los Estados miembros a los convenios internacionales en vigor, pero los deja vivir frente a terceros Estados. Fuera del ámbito convencional se aplicará el régimen previsto en nuestra Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

5. Nos encontramos ante un tema, en los últimos años, muy actual, consecuencia del creciente carácter multicultural de nuestra sociedad. El incremento de matrimonios mixtos ha generado, directamente, un aumento del volumen de reclamaciones.

La evolución del Derecho de familia internacional, así como los cambios sociales y jurídicos tienen un marcado reflejo en las reclamaciones de pensiones compensatorias entre cónyuges en supuestos de tráfico jurídico externo. El incremento de los matrimonios entre personas de distinta nacionalidad, las familias con residencia en diferentes países, el aumento de las crisis matrimoniales internacionales, las divergencias entre los derechos sustantivos de los diferentes Estados, o las dificultades que los desplazamientos transfronterizos plantean a la hora del cobro de una pensión compensatoria reflejan la necesidad de que los Estados actúen en un ámbito reservado, por tradición, a la esfera privada familiar.

La pensión compensatoria entre cónyuges en el ámbito del Derecho internacional privado es fiel reflejo del proceso de codificación internacional en la materia desarrollado en los tres ámbitos tradicionales: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de las relaciones en esta materia.

La compleja situación que ha existido hasta el momento en esta materia se ha resuelto gracias al Reglamento 4/2009 (y al Protocolo de La Haya 2007). En una sola norma se regulan los tres sectores clásicos del Derecho internacional privado, incorporando disposiciones en materia de asistencia jurídica gratuita y sobre cooperación entre las autoridades centrales. Ha supuesto la sustitución del modelo español de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable y, en mayor o menor medida, de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en esta materia.

