

Compensaciones económicas para cónyuges y convivientes

Preguntas necesarias y respuestas posibles.

Mariel Molina de Juan.¹

Sumario: I. A las puertas de una nueva institución. II. Más allá del texto, el contexto. III. Claves para entender la nueva regulación. 1. ¿Para qué? 2. ¿Cuándo proceden? 3. ¿Cuánto se debe? 4. ¿Cómo se pagan? 5. ¿Hasta cuándo? IV. ¿Cuál es su esencia? 1. ¿Tienen carácter asistencial? 2. ¿Encuadran como un supuesto de responsabilidad civil? 3. ¿En qué se aproximan al enriquecimiento sin causa? 4. Una respuesta posible: Naturaleza propia. V. Conclusiones preliminares.

I. A las puertas de una nueva institución

El Código Civil y Comercial argentino regula *las compensaciones económicas* en el Libro Segundo correspondiente a las Relaciones de Familia. En el derecho matrimonial, se encuentran previstas como un efecto del divorcio (arts. 441 y 442); en relación con las uniones convivenciales, como una consecuencia posible del cese de la convivencia (arts. 524 y 525). También pueden ser reclamadas por el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido anulado (conf. arts. 428 y 429).

El propósito de este artículo es reflexionar sobre el alcance de esta nueva figura, que por su novedad plantea algunos retos interesantes. Analizar sus caracteres, presupuestos y naturaleza puede constituir un aporte de utilidad para orientar su aplicación así como también para resolver aquellos supuestos no previstos expresamente.

II. Más allá del texto, el contexto.

Las compensaciones económicas engarzan dentro del paradigma constitucional-convencional respetuoso del pluralismo, la democracia y la autonomía interna de las familias, que reconoce el derecho de las personas a casarse o vivir en unión convivencial, y la facultad de los conyuges de poner fin a su matrimonio sin invocar y acreditar una “causa” para obtener una sentencia judicial que disuelva el vínculo matrimonial.

Por eso, el nuevo régimen de divorcio es *incausado* ya que suprime el examen de la culpa en la ruptura matrimonial y, además, no exige acreditar plazos de matrimonio o de separación. Con ello procura disminuir los efectos perniciosos del divorcio, estimulando soluciones responsables que privilegien la realización de acuerdos para resolver los efectos de la crisis familiar.

Sin embargo, el respeto por la autonomía no legitima conductas egoístas. El CC y C promueve la responsabilidad con aquellos con que se ha compartido “vida familiar” y reconoce

¹ Doctora en Derecho Universidad Nacional de Cuyo. Profesora carrera de Doctorado en Derecho (UNC). Colaboradora en la Reforma CC y C Libro Segundo. Profesora Familia y Sucesiones UCH.

que puede existir una desigualdad patrimonial causada por la asignación de roles y responsabilidades entre cónyuges o convivientes. Los frecuentes sacrificios, postergaciones y renunciaciones de desarrollo personal y profesional, no deben ser ignorados si producen un resultado injusto.²

En este contexto, el nuevo derecho familiar ofrece algunas herramientas destinadas a evitar que la libertad de poner fin a la convivencia perjudique al otro cónyuge o conviviente, consolidando un desequilibrio injusto entre los miembros de la pareja que se disuelve. Estas herramientas apuntan a la *autosuficiencia* y a la *igualdad real de oportunidades*, de modo que cada uno desarrolle las estrategias necesarias para su propio sostenimiento en el nuevo proyecto de vida que emprenda, sin depender “económicamente” del otro,³ y evitando enojosas situaciones que en definitiva repercuten en una estigmatización personal y dificultan las futuras relaciones familiares.

III. Claves para entender la nueva figura

Las *compensaciones económicas* (prestaciones compensatorias, pensiones compensatorias, prestaciones post divorcio), rigen en varios sistemas legislativos. La figura surgió en Europa hacia el final del siglo XX y fue recogida por las reformas legislativas del derecho familiar en Francia, España, Italia, Dinamarca, Alemania. En América fue receptada por El Salvador, Quebec y Chile⁴. Si bien existe un sustrato común, cada uno de esos sistemas le asigna funciones específicas y acomoda su fisonomía a las propias necesidades.⁵

Por eso, no es fácil formular una definición única ni identificar sus requisitos de una manera uniforme y válida para las diferentes latitudes, como así tampoco precisar su naturaleza.⁶ Más aún, las sucesivas reformas operadas -en muchos casos al poco tiempo de su incorporación - ponen en evidencia ciertas dificultades para su aplicación.⁷

Las primeras experiencias en el derecho comparado las regularon sólo en relación al derecho matrimonial. El progresivo reconocimiento jurídico de las uniones convivenciales, llevó a que también se recurra a ellas para subsanar los menoscabos económicos padecidos por los miembros de una unión desavenida.⁸

² MOLINA DE JUAN, Mariel en KEMELMAJER DE CARLUCCI, MOLINA DE JUAN (DIR) *Alimentos*, Bs. As. Rubinzal Culzoni, 2014, t1 p. 299 y ss.

³Compulsar ARIANNA; *Reflexiones sobre las prestaciones post divorcio*, RDF 2011, 52, p 45.

⁴ Ampliar en FANZOLATO, *Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges*; Revista de Derecho Privado y Comunitario 2001 – I Alimentos; Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p 20

⁵ Compulsar VELOSO VALENZUELA, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica, en Grosman; Herrera *Hacia la armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 167.

⁶ Conf. ARIANNA, Carlos, *Reflexiones sobre las prestaciones post divorcio. Apuntes para una reforma*. RDF 52 - 2011, p 44.

⁷ PIZARRO WILSON, Carlos, VIDAL OLIVARES, Alvaro; *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial*; Legal Publishing, Santiago de Chile; 2009, p. 9.

⁸ Para ampliar, MOLINA DE JUAN, Mariel en KEMELMAJER DE CARLUCCI, MOLINA DE JUAN (DIR) *Alimentos*, Bs. As. Rubinzal Culzoni, t 1, 2014, p. 299 y ss. y “*Uniones convivenciales y compensaciones económicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial*”. ErreNews - Novedades - N° 1854 - 5/3/2014

En la Argentina, aunque el Código derogado no las contempló, pueden rastrearse algunos antecedentes exclusivamente en relación con el divorcio. Han sido tratadas por la doctrina⁹ que destaca sus beneficios e invocadas por alguna jurisprudencia precursora.¹⁰

Los artículos 441 y 524 del CC y C establecen sus requisitos y forma de cumplimiento, mientras que las pautas para determinar su procedencia y cuantía se regulan en los arts. 442 y 525 CC y C.

En los próximos párrafos procuraré brindar algunas respuestas posibles a los principales interrogantes que plantea la nueva regulación.

1. ¿Para qué?

La figura persigue la finalidad de “compensar” el perjuicio económico que la ruptura de la pareja provoca a uno de sus miembros, atenuando su impacto hacia el futuro. Se traducen en una prestación destinada a “corregir” el desequilibrio patrimonial causado por la vida en común, que hasta entonces permanecía oculto,¹¹ y se visibiliza con el divorcio o el cese de la convivencia.

No busca igualar patrimonios ni restituir lo perdido por su equivalente exacto, tampoco garantizar el nivel de vida que se tenía durante la convivencia.

2. ¿Cuándo proceden?

El derecho-deber a la compensación solo se configura si se dan los presupuestos previstos por la ley¹².

El artículo 441 propone: *“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 compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.”*

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. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la*

⁹FANZOLATO realizó una investigación sobre el tema; distinguió entre las prestaciones compensatorias civiles y las previsionales (Ampliar en FANZOLATO, Eduardo, Ignacio, *Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges*; Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2001 – I Alimentos; Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001, p. 19 y ss) Ver también los trabajos de GROSMAN, Cecilia *“Tendencias actuales en el derecho alimentario de los cónyuges divorciados”*, LL 1982-A – 750, AZPIRI, Jorge O., *“Aproximación a la pensión compensatoria”*, RDF 19-2001 P. 65, BELLUSCIO, Augusto, *“Alimentos y prestaciones compensatorias”*, LL 1995-A -1032.

¹⁰SCBA, 25 de noviembre de 2009; C. 98.408, *“L. , A. B. contra C. , E.L. . Divorcio contradictorio. Beneficio”*, www.scba.gov.ar/jurisprudencia BA B32240.

¹¹ CARBONNIER, Jean, *“La question du divorce”*, Memoire a consulter, p. 120.

¹² En el caso español, estos requisitos son valorados en forma cada vez más restrictiva. (De Verda y Beamonte, J. R. *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Valencia. Tirant lo Blanch , p. 103)

unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez”.

a) Desequilibrio económico manifiesto

Para comenzar, es necesario definir qué se entiende por *desequilibrio económico*, cuáles son los parámetros de comparación, en qué momento debe producirse, qué entidad debe tener para dar lugar a la compensación, etc.

Este presupuesto exige comparar la situación económica de las partes en dos sentidos. Uno interno, entre sí; el otro temporal (análisis de la evolución patrimonial de cada uno).

El desajuste que se compensa es el que expresa posibilidades diferentes derivadas del proyecto común; no así la disparidad producida por una inicial situación de desigualdad entre los patrimonios o de calificaciones profesionales.¹³ Se manifiesta como un enriquecimiento injusto del obligado al pago.

Este mecanismo no se pone en marcha por cualquier diferencia mínima; exige una desigualdad en las posibilidades económicas y de inserción laboral de entidad tal que condicione el desarrollo individual para el futuro. Sin embargo, no exige una situación *de necesidad*,¹⁴ aunque siempre será necesario valorar la totalidad de las circunstancias existentes para evitar el abuso del derecho o enriquecimiento injusto del que la peticiona (por ejemplo, si ha recibido por herencia una empresa en marcha que le permite obtener recursos para su desarrollo futuro, si la división de bienes de la comunidad lo beneficia, etc.).

El desequilibrio tiene que existir en el momento de la ruptura.¹⁵ Las circunstancias sobrevinientes o las alteraciones posteriores no dan derecho a la prestación.

b) Empeoramiento de la situación del que la reclama.

Este presupuesto importa valorar la evolución patrimonial en diferentes momentos temporales (antes, durante y luego del cese). Se compensa el empobrecimiento sufrido por su dedicación al hogar, a los hijos, o al trabajo del otro con la consiguiente pérdida de oportunidades y dificultad para reinsertarse en el mundo laboral.¹⁶

Exige una afectación concreta que signifique un descenso en el nivel de vida,¹⁷ aunque ello no quiere decir -como se ha anticipado- que la compensación apunte a garantizar el nivel de vida anterior.

c) Causa adecuada en el proyecto común y su ruptura.

Debe existir un nexo causal comprobable entre una determinada forma de organización familiar y el desajuste económico que provoca el divorcio o el cese de la unión.

Este presupuesto carece de connotación subjetiva, no interesa la causa de la ruptura ni tampoco si el beneficiario estuvo plenamente de acuerdo con la planificación familiar, aunque,

¹³ STS 23 de enero 2012 (Tol 2407043)

¹⁴ Trib. Sup. España Sala I en lo Civil, 03.10.2011; LL N 7746, Año XXXII ed. La Ley. La ley 18620/2011.

¹⁵ STS 2879/2013 Id Cendoj: 28079110012013100295 Consejo General del Poder Judicial.

¹⁶ STS 14 de marzo de 2011 (Tol 2080803) y 16 de noviembre 2012 (Tol 2685953)

¹⁷ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis “*La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*”. Sevilla: 2005.

naturalmente, no puede ampararse la desidia ni el abuso del derecho. En definitiva, subyace el respeto por los pactos que los miembros de la pareja han realizado para distribuir los roles durante la vida en común.

La fijación de una compensación económica es independiente del régimen matrimonial o de los eventuales pactos de convivencia. Tal vez sea de mayor utilidad si se aplicó la separación de bienes, pero ello no quiere decir que no sea posible reclamarla si ha mediado una comunidad. Puede suceder que el reparto de bienes no alcance a solucionar las desigualdades reales entre los integrantes de la pareja¹⁸ o, peor aún, que no haya bienes para repartir.

d) Sentencia firme de nulidad, divorcio o cese de la unión.

Solo son exigibles desde la sentencia firme de divorcio o luego del cese de la unión convivencial y dentro del plazo de caducidad. Pueden acordarse en el convenio regulador de los efectos del divorcio realizado durante las tratativas para alcanzar los acuerdos previos (art. 438), o en los pactos de convivencia (art. 514).

3. ¿Cuánto se debe?

Uno de los mayores interrogantes que genera la figura gira en torno de determinar el *quantum* de la compensación.

Al tratarse de una herramienta correctiva del desequilibrio en las posibilidades económicas, habrá que llevar adelante el análisis comparativo de una pluralidad de factores si lo que se busca es lograr una justa recomposición.¹⁹ Debe cotejarse la situación de ambos miembros, comparar la del perjudicado con la que tenía durante la convivencia, valorar las circunstancias presentes y las futuras previsibles y realizar un análisis cuantitativo y cualitativo de todas ellas.

Los arts. 442²⁰ y 525²¹ CC y C ofrecen una serie de pautas enunciativas para determinar si se deben o no y el alcance de la prestación debida. Pueden sistematizarse del siguiente modo:

¹⁸ ROCA, Encarna; *Familia y cambio social* (De la “casa” a la persona). Cuadernos Civitas, Madrid: 1999.

¹⁹ Fundamentos del Anteproyecto elaborados por la Comisión redactora.

²⁰ 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.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

²¹ ARTÍCULO 525.- Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. El juez determina 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 convivientes al inicio y a la finalización de la unión;
- b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;

a) condiciones existentes al comienzo de la vida en común:

Se refieren a las perspectivas laborales, cualificación profesional y demás elementos que generen expectativas ciertas de desarrollo personal. Si era estudiante o tenía un título, el grado y campo de aplicación de ese título, si tenía trabajo o no, la condición del empleo, la expectativa de acceder a jubilación, etc.

b) distribución de roles y responsabilidades durante la vida familiar:

Impone evaluar las tareas de cada uno durante la vida en común: la prestación de trabajo efectivo dirigida al desarrollo o mayor rendimiento de la actividad del otro (sea o no la principal), el tiempo y esfuerzo invertido en el cuidado de los hijos y las tareas domésticas, las postergaciones o renunciaciones por diferentes causas, por ejemplo mudanzas, atención de los familiares, etc.

c) circunstancias existentes al momento de la ruptura y su evolución en un futuro previsible:

Se refiere a las condiciones personales de los miembros del grupo familiar, edad y estado de salud (para apreciar las posibilidades de desenvolvimiento autónomo), si alguno está próximo a la jubilación, si tiene una enfermedad crónica o accidental, etc.

También debe considerarse la capacitación laboral y situación profesional del que la solicita en relación con el mercado laboral y sus posibilidades de adquirirla o complementarla, siempre calibrada con la actividad y posibilidades del que debe pagar.

Por último, debe incluirse el estudio de la situación patrimonial de cada uno, la existencia de bienes productores de rentas, el resultado de la liquidación de la comunidad si correspondiere, así como también la atribución de la vivienda familiar y el eventual pago de canon locativo (conf. Art. 444 y 526).

4. ¿Cómo se pagan?

La regla general es la autonomía personal para decidir la forma de cancelar esta obligación. El CC y C señala que puede consistir en una prestación única o en una renta por tiempo determinado y pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo. 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, la entrega de una suma de dinero o un bien para poner en marcha un negocio, etc.

En principio, la idea que encierran las normas es que se realice mediante una entrega única, porque permite disponer de un capital para reequilibrar la situación y evita los conflictos que puede generar el pago de una renta. Es decir, “solucionar el problema de una vez por todas.”

-
- c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;
 - d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;
 - e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;
 - f) la atribución de la vivienda familiar.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523.

Sin embargo, esta opción no siempre es posible dado que requiere una capacidad económica que a veces el deudor no tiene. Por eso, también puede pagarse mediante una renta temporaria. La hipótesis de renta indeterminada sólo se admite entre cónyuges y con carácter excepcional, en aquellos casos donde el desequilibrio sea *perpetuo*, lo que puede darse si la persona está en edad de jubilarse o próxima a ella y se ha dedicado toda su vida al hogar o los hijos, o si tiene una enfermedad que no le permite acceder al mercado laboral, etc. En este caso, tal como surge del art. 434, la fijación de una compensación excluye el reclamo alimentario.

5. ¿Hasta cuándo?

Establecida una compensación por acuerdo o sentencia ¿es posible modificarla o extinguirla si cambian las circunstancias? Debe recordarse que el art. 440 CC y C autoriza la revisión del convenio homologado o la decisión judicial si la situación se ha modificado sustancialmente.

La respuesta a este interrogante depende de la naturaleza que se le asigne. Duprat ha rechazado esta posibilidad porque al fijarse se tuvieron en cuenta circunstancias fácticas existentes en un momento determinado; el monto no se encuentra sujeto a situaciones sobrevinientes que hagan variar las cuestiones analizadas originariamente; salvo que las partes estén de acuerdo en el cambio.²²

Por otra parte, el derecho a la compensación económica se extingue por:

- Caducidad. Opera a los seis meses del cese de la unión o la sentencia de divorcio. Esto tiene directa relación con la finalidad de la figura: compensar la situación de desequilibrio producida por la ruptura, otorgando elementos para auto sustentarse²³ con la mayor brevedad.
- Cumplimiento de la condición resolutoria, acordada o fijada judicialmente, del plazo señalado o de la prestación debida.
- Renuncia expresa en el convenio regulador de los efectos del divorcio o en el pacto de cese de la unión. Sin embargo, aunque estos convenios se rigen por el principio de la autonomía personal, esta renuncia no debe afectar el núcleo de derechos fundamentales (arts. 439, 513, 515 CC y C).

¿Puede renunciarse en forma anticipada?

Entre cónyuges no es posible por imperativo del art. 447 CC y C, que fulmina de nulidad todo acuerdo relativo al patrimonio de los esposos diferente de los admitidos en el art. 446. Entre convivientes, existen dos posturas. Una a favor y otra en contra. Para los primeros, son renunciables al no estar expresamente prohibido por el art. 513.²⁴ Argumentan que no se estaría

²² DUPRAT, Carolina art. 440, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA, LLOVERAS, Tratado de derecho de familia, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014, T 1, p. 409.

²³ Ampliar en PELLEGRINI, María Victoria, art. 441 en KEMELMAJER, LLOVERAS, HERRERA, *Tratado de derecho de familia*, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014 T I p. 480

²⁴ MEDINA, Graciela *Compensación económica en el Proyecto de Código*, LA LEY 2013-A, 472 - DFyP 2013 (enero-febrero), 01/01/2013, p. 3 yss. Cita Online: AR/DOC/4860/2012.

abdicando a un derecho no nacido, sino a la ley aplicable (art. 13 CC y C)²⁵ aunque podría discutirse la renuncia de uno a favor de otro a título gratuito. Otros entienden que, si bien es un derecho de tinte patrimonial, constituye una figura con fuerte perspectiva de género por lo cual entraría en la prohibición genérica que recepta el art. 515²⁶. Se trata de uno de los tantos debates abiertos que genera el CC y C y que la doctrina y jurisprudencia irán desarrollando con el correr del tiempo.²⁷

El derecho a la compensación no se extingue por matrimonio o unión convivencial del beneficiario, pues tales 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.²⁸ Sin perjuicio de ello, si el caudal hereditario no alcanzara a satisfacer las necesidades de la deuda, los herederos pueden plantear la reducción o supresión, debiendo aplicarse las reglas del derecho sucesorio (art. 2280 CC y C).

IV. ¿Cuál es su esencia?

Es verdad que a comienzos del Siglo XXI, la pretensión de desentrañar la esencia o naturaleza de una institución jurídica puede ser puesta en tela de juicio y que, quizás, responda a una forma de estudio del derecho ya superada.

Sin embargo, en este caso puede ser de utilidad profundizar en esta cuestión. Es que el CC y C contiene una regulación limitada de la figura, por lo cual la reflexión sobre su esencia está orientada a aportar elementos para decidir qué normas aplicar a todo aquello que no ha sido previsto expresamente; por ejemplo, si son disponibles, renunciables, compensables, embargables, transmisibles, susceptibles de prescripción, si pueden modificarse, etc.

Los antecedentes comparados no se han puesto de acuerdo y las mayores discusiones giraron en torno de la naturaleza asistencial o resarcitoria. A pocos días de su entrada en vigencia, este debate también parece abrirse en la Argentina.

1. ¿Tienen carácter asistencial?

Aunque las compensaciones económicas responden al principio de solidaridad familiar, se apartan de la naturaleza estrictamente asistencial. Por eso se ha procurado diferenciarlas de la obligación alimentaria desde la misma denominación; nótese que prescinde de la voz “pensión” y en cambio utiliza la fórmula “compensación”. La fijación de una compensación económica no pretende atender a la subsistencia del beneficiario, sino corregir el menoscabo económico que padece.

²⁵ Para ampliar la discusión en el derecho español y chileno, LEHMAN y ot. *El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia* Rev. Der. de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII (2o Semestre de 2011) [pp. 93 - 113]

²⁶ SOLARI, Néstor E., *Sobre el carácter renunciable de la prestación compensatoria*, DFyP 2014 (julio), 14/07/2014, p. 8 y ss. Cita Online: AR/DOC/1884/2014.

²⁷ HERRERA, Marisa, MOLINA DE JUAN, Mariel, en *Incumbencias y desafíos de los escribanos sobre aspectos patrimoniales de las relaciones de familia entre adultos: matrimonio, divorcio y uniones convivenciales*, en prensa.

²⁸ A diferencia del derecho español, que indica que los herederos podrían solicitar al juez la reducción o supresión si su pago afectara la legítima (art. 101 CC E).

Los alimentos son inherentes a la persona (no se pueden ceder, compensar, transar, embargar, transferir por actos entre vivos y son irrenunciables); las compensaciones se presentan como un derecho de crédito, consecuentemente se aplican las normas de las obligaciones de dar.

Las compensaciones no proceden cuando se han fijado alimentos post divorciales. Esta incompatibilidad no tiene por finalidad asimilar ambas instituciones, sino remarcar el carácter excepcional de la prestación alimentaria posterior al divorcio y revalorizar el principio de autosuficiencia. Es decir, si existe una situación de desigualdad que pueda ser compensada, hay que atender primero a ella, y para el caso que no se den los presupuestos de procedencia, que no hayan sido reclamadas, o hayan caducado, queda habilitada la vía alimentaria.

Puede proceder aún en caso que no exista necesidad del cónyuge peticionante, requisito ineludible para la fijación de alimentos²⁹. También difieren en cuanto a su mutabilidad, pues mientras los alimentos se encuentran regidos por la regla “*rebus sic stantibus*,” la compensación fijada teniendo en cuenta el desequilibrio al momento de la ruptura, no podría ser modificada, por más que cambien las circunstancias.

2. ¿Encuadra como supuesto de responsabilidad civil?

La naturaleza indemnizatoria de las compensaciones fue sostenida por autores extranjeros. Algunos alegan que se resarce al cónyuge que ha quedado fuera del mercado, asimilándolas 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 operadas.³⁰

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 responsabilidad civil en la esfera familiar, deben acreditarse los presupuestos de la función resarcitoria que el Código Civil y Comercial conserva y explicita: antijuridicidad, factor de atribución, nexo causal, y lógicamente, daño.³¹

En consecuencia, corresponde evaluar si estos presupuestos concurren en el caso de las compensaciones económicas:

Como premisa, hay un daño o menoscabo tal como lo puntualiza el artículo 1737 CC y C: “*Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento*

²⁹ El Tribunal Supremo de España distinguió con claridad entre ambos derechos: “Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad” (SSTS de 17 octubre y 21 noviembre 2008 y 10 marzo 2009, entre otras). Es por ello que resolvió que la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas (...) Pero aclaró que la pensión compensatoria no es un sustituto del derecho de alimentos que se va a perder por la extinción del matrimonio por divorcio, Sup. Trib España Sala I 9.02.2010 <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=795>.

³⁰ Ampliar en LEPIN MOLINA (Dir) *Compensación económica. Doctrinas esenciales*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2013, p. 170.

³¹ Ampliar en PICASSO, en LORENZETTI (Dir.) *Código Civil y Comercial Comentado*, Rubinzal Culzoni, 2015, T 8, p. 339.

juridico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.” Como se ha explicado, la figura se define y explica por la existencia de un perjuicio o lesión a los intereses económicos del que la solicita, que tiene su fuente en un desequilibrio injusto en los términos de los arts. 441 y 524 CC y C.

Existe una relación de causalidad adecuada. El régimen legal de las compensaciones económicas exige una causalidad adecuada entre las decisiones adoptadas por los miembros de la pareja durante la vida en común y el desequilibrio visible al momento de la ruptura.

En cambio, el hecho que da origen al perjuicio no es antijurídico. En el nuevo CC y C, la antijuridicidad civil es material,³² objetiva (se abstrae totalmente de la voluntariedad o involuntariedad y de la culpa) y se configura por la existencia de un hecho que causa daño a otro. La excepción a esa regla está dada por las causas de justificación (arts. 1718-1720).³³ En la situación familiar que analizamos, aunque la situación sea injusta para el futuro y existe un perjuicio que puede generar consecuencias nefastas para el futuro, opera una causa de justificación (art. 1718) que responde a 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 (conf. art. 10 del CC y C). Es facultad de los cónyuges o convivientes organizar su vida en común, asignarse funciones e, inclusive, abdicar del propio desarrollo en pos del proyecto común. Tampoco es antijurídico el ejercicio del derecho de divorciarse o ponerle fin a la convivencia (art. 437 y 523 CC y C).

Por último, no se configura factor de atribución de responsabilidad. En doctrina existe acuerdo, para que nazca el deber de reparar los daños fundados en las relaciones familiares, la exigencia de un factor de atribución subjetivo, que aquí está ausente. Como regla, la figura procede con independencia de la culpa o inocencia en la ruptura de la pareja.³⁴ Excepcionalmente se detecta un componente subjetivo cuando se trata de nulidad del matrimonio, pues solo puede reclamarla el cónyuge de buena fe (art. 428).

³² TRIGO REPRESAS, LOPEZ MESA, *Tratado de responsabilidad Civil*, La ley, Bs. As 2004 T 1 p 809.

³³ Ampliar en PICASSO, Sebastián en LORENZETTI (Dir) Código Civil y Comercial Comentado, Rubinzal Culzoni, 2015, T 8, p. 363.

³⁴ Sigue la fuente española, ver. CAMPUZANO TOMÉ: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Barcelona: Librería Bosch, 1986, p. 28. En el mismo sentido, el Supremo Tribunal Español (10.03.09) 1130/2009, ID Cendoj 28079110012009100152 (www.poderjudicial.es) Se diferencia del Salvador (art. 114) que establece que no habrá derecho al pago de la pensión compensatoria en los casos de divorcio que se determine “grave conducta dañosa” de un cónyuge para con el otro. También del code francés que establece expresamente que “...el juez podrá denegar la concesión de dicha prestación cuando el divorcio, a la vista de las circunstancias particulares de la ruptura, fuera pronunciado atribuyendo todas las causas de culpabilidad a la parte que solicita el beneficio de dicha prestación.”(conf. art. 270).

Descartado el factor subjetivo, alguna doctrina extranjera ha sostenido que la obligación se encuadraría en la responsabilidad objetiva.³⁵ En nuestro ordenamiento jurídico, el factor de atribución objetivo (art.1722 CC y C) se vincula al riesgo, la garantía, la equidad, el abuso del derecho, etc., y el responsable se libera probando causa ajena. Como se ha anticipado, no se utiliza para la responsabilidad civil intrafamiliar y tal como han sido diseñadas las compensaciones económicas, tampoco parece correcto sostener que tengan su fuente en el “riesgo asumido al contraer matrimonio” o que exista una “garantía de no empobrecerse”. Aunque subyace una preocupación por la equidad y la prohibición del abuso del derecho, el desequilibrio responde al ejercicio regular del derecho de organizar la vida familiar.

Existen también diferencias en cuanto a la reparación y cuantificación. El objetivo de la indemnización por daños es reestablecer a la víctima a la situación anterior al hecho dañoso, fundada en la noción de justicia y por eso se pretende una reparación plena (art. 1740 CC y C). La finalidad de la compensación, en cambio, es corregir un desequilibrio patrimonial.

En el ámbito de la responsabilidad civil, la indemnización de las consecuencias patrimoniales puede comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante. El primero repara el perjuicio efectivamente sufrido, el empobrecimiento o la disminución patrimonial. El segundo, la frustración de las ventajas o ganancias razonablemente esperadas. La pérdida de chances resarce la probabilidad frustrada de expectativa de ganancias futuras; no se indemniza todo el beneficio esperado sino la oportunidad perdida.³⁶ Estos conceptos no son trasladables a la figura regulada en el ámbito familiar. La prestación compensatoria no persigue cubrir aquello que ha dejado de ganar su hubiera trabajado, sino corregir la situación generada por el matrimonio o la unión para que pueda retomar una actividad que le permita sostenerse. Aunque presupone trabajo sin remuneración, renunciaciones y sacrificios personales, en definitiva, persigue la autosuficiencia.

Por último debe descartarse toda pretensión de utilizar la compensación económica como vía de reparación del supuesto “daño moral” provocado por la ruptura. Se ha visto que no se valoran ni asignan culpabilidades, ni hay consecuencias fundadas en ellas, y el texto del anteproyecto es claro: *Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños*³⁷.

La indemnización de las consecuencias no patrimoniales derivadas de la responsabilidad civil implica una suerte de precio al dolor (conf. art. 1741 CC y C). Las compensaciones no pretenden proporcionar al beneficiario recursos aptos para mitigar la afectación o el sufrimiento que le provoca el fracaso del proyecto común.

³⁵ LEPIN MOLINA, Cristina, *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2010, p. 93).

³⁶ GALDOS en LORENZETTI, (Dir.) Código Civil y Comercial Comentado, Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2015, T 8, p.484

³⁷ Fundamentos del proyecto de elevación elaborados por la Comisión creada por decreto 191/11.

En consecuencia, el derecho–deber de compensar no se funda en la responsabilidad civil y su régimen legal resulta impracticable.

Sin embargo, quien haya sido víctima de un daño en su persona, por el hecho de su pareja o cónyuge, puede reclamar una indemnización en el sentido estricto del término, siempre que el planteo encuadre dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil. Un ejemplo de ello sería la reparación por daños causados por hechos de violencia de género conforme la ley 26485 (si es la mujer quien lo sufre) o la realización de actos intencionados que afecten el honor o la intimidad del otro cónyuge, conforme lo autoriza el art. 52 CC y C.

3. ¿En qué se asemeja al enriquecimiento sin causa?

El enriquecimiento sin causa es una fuente legal y autónoma de las obligaciones. Persigue la recomposición de un desequilibrio patrimonial que tiene lugar cuando se produce un desplazamiento económico de una persona a otra, de tal modo que esta última incrementa su activo o disminuye su pasivo y aquella se empobrece sin causa jurídica.³⁸ El límite es doble, el perjuicio sufrido por el empobrecido y el beneficio obtenido por quien se enriqueció.

El nuevo código lo regula expresamente: *Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda (art. 1794) La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido. (Art. 1795)* Incluso, también esta prevista su aplicación cuando sea necesaria una justa recomposición patrimonial entre convivientes que no han pactado la distribución de sus bienes (art. 528 CC y C).

Existe un punto de contacto inicial entre las compensaciones y el enriquecimiento sin causa, y así se ha expresado en los fundamentos del anteproyecto. Uno se enriqueció a expensas de los sacrificios del otro. Sin embargo, las notas propias del derecho familiar demuestran que no pueden equipararse. En las compensaciones económicas, el empobrecimiento y correlativo enriquecimiento están en directa relación con una causa permitida y consentida por la ley, aunque la ruptura luego torne injustas sus consecuencias. Asimismo, su reclamo judicial carece de la nota de subsidiariedad que exige el art. 1795 CC y C.

4. Una respuesta posible: Naturaleza sui generis.

De acuerdo a lo estudiado hasta aquí, puede afirmarse que las compensaciones tienen una naturaleza jurídica peculiar o propia. Aunque importan una reparación, no encuadran dentro de la responsabilidad civil; aunque se fundan en la solidaridad familiar, se apartan de la naturaleza asistencial.

A modo de síntesis, pueden enumerarse las notas fundamentales de esta figura sui generis propia del derecho matrimonial y convivencial:

³⁸ WIERZBA, Sandra, en LORENZETTI, (Dir.) Código Civil y Comercial Comentado, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2015, T 8. p. 708

a) *Es un derecho-deber de naturaleza familiar.*

Integra la órbita de los derechos–deberes derivados de las relaciones familiares.³⁹ Se deben en tanto existió un proyecto familiar común disuelto, que generó un desequilibrio económico perjudicial para uno de sus miembros.

Es recíproco. Cada uno es titular de un derecho-deber inversamente correlativo con el que tiene el otro. No obsta esta afirmación su valoración como institución con fuerte perspectiva de género. Aunque con el correr del tiempo sea de esperar que la igualdad reconocida en los textos legales se aproxime a la *igualdad real* de oportunidades, es sabido que todavía queda mucho camino por recorrer y que en muchas familias la mujer sigue siendo quien invierte mayor tiempo y esfuerzo en el cuidado de los hijos y en las tareas domésticas, que la hacen más vulnerable en sus posibilidades de desarrollo laboral.⁴⁰ Mientras duren estas circunstancias, ellas serán las más protegidas.

b) *Tiene contenido patrimonial.*

Se expresa mediante una prestación de contenido económico⁴¹ y es un efecto patrimonial de la ruptura, que impone a uno de los miembros de la pareja desavenida ejecutar una prestación de dar en beneficio de otro.⁴²

Una vez fijada, por sentencia judicial o por acuerdo homologado, nace un derecho personal para el beneficiario que ingresa a su patrimonio con todas las implicancias legales que ello representa.

c) *Es legal y objetiva*

Procede solo si se configuran los requisitos previstos expresamente, sin perjuicio de la facultad de las partes de acordarla.

Prescinde de la culpa en la ruptura y es independiente de las causas de la decisión, aunque no ampara la desidia. De las pautas de valoración examinadas surge que quien las solicita tiene que haber procurado un beneficio para el otro.

³⁹ Conf. MOLINA DE JUAN Mariel, cit. Ver también SCHIRO, María Victoria, “El derecho de daños en el derecho de familia”, KRASNOW A (Dir) *Tratado de derecho de familia. La Ley*, Bs. As. 2015. T 1, p. 1082

⁴⁰ Conf. MOLINA DE JUAN, Mariel, cit. Ver también REVSIN, *La compensación económica familiar en el nuevo régimen civil*. RDF 69 2015, p. 107-

⁴¹ En contra, un autor chileno sostiene la naturaleza extrapatrimonial (Ver LEHMANy ot. *El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII (Valparaíso, Chile, 2o Semestre de 2011) [pp. 93 - 113])

⁴² Sigue la idea de PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro; *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial*; cit. p.32 y 35. Para Lepin Molina, es el único efecto patrimonial que nace con la terminación del matrimonio (ampliar en *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*. cit. p. 55). Corral Talciani sostiene que no es propiamente asistencial o alimenticia (porque el matrimonio se extingue y con ello el deber de socorro) ni tampoco una manifestación del enriquecimiento sin causa (si efectivamente lo hay podrá reclamarse por una acción autónoma), ni una forma de responsabilidad civil contractual objetivada por lucro cesante o pérdida de chance (ampliar en *La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial*, en Rev. Chilena de Derecho, Volumen 34 N 1 Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007, p 23-40; actualizado y aumentado en *Separación, nulidad y divorcio. Análisis desde los principios y reglas de la ley de matrimonio civil*, Santiago, Abeledo Perrot, 2011, p 91-120, y en LEPIN MOLINA (Dir) *Compensación económica. Doctrinas esenciales*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2013, p. 170)

V. Conclusiones preliminares.

A lo largo de este artículo he tratado de responder a los principales interrogantes que genera la nueva regulación de las compensaciones económicas entre cónyuges y convivientes.

El Código Civil y Comercial introduce un correctivo jurídico de las desigualdades económicas familiares, que apunta a la igualdad real de oportunidades luego del cese del proyecto común. Persigue el propósito de que cada uno tenga la posibilidad de diseñar su propio proyecto de vida, de elegir libremente los medios para concretarlo y de poner en marcha las estrategias adecuadas para su realización.

Sin dudas subyace un valioso mecanismo de género orientado a evitar el “estigma” de tener que “ser alimentado”, generalmente asociado a un sistema de distribución de roles discriminatorio, que todavía impacta en mayor medida en las mujeres. Su aplicación puede resultar de utilidad para evitar un sinnúmero de conflictos nacidos de esa situación de “dependencia” económica padecida por quien resultó ser el miembro económicamente más débil de la relación familiar.

Es de esperar que los operadores jurídicos asuman con responsabilidad el desafío de ir haciendo camino al andar y, poco a poco, llenen de contenido los textos legales, suficientemente flexibles para dar una respuesta oportuna y eficaz a la necesidad social que los justifica.